

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

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:

Fábia Fernandes Carvalho

George Galindo

João Roriz

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 19	n. 3	p. 1-447	dez	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 3 - . 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.....	14
PRÁTICAS DE ENSINO DO DIREITO INTERNACIONAL: CONTRIBUIÇÕES SOBRE O CASO POLLO RIVERA VS PERU PARA A CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS.....	16
Cristina Terezo Ribeiro, Maria Eduarda Dias Fonseca e Sofia Sewnarine Negrão	
1 Introdução	17
2 A educação clínica a serviço das vítimas de violações de direitos humanos	18
2.1 A clínica de direitos humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará.....	19
3 Apresentação do caso Pollo Rivera e outros vs. Peru	20
3.1 O Acompanhamento processual do Caso e a metodologia aplicada	22
3.2 A construção do amicus curiae como estratégia para o caso	23
4 Considerações finais	27
Referências.....	28
EDITORIAL	31
Fábia Fernandes Carvalho, George Galindo e João Roriz	
DOSSIÊ.....	34
BRAZIL AND THE 1919 PEACE NEGOTIATIONS: A NEWCOMER AMONG THE GREATS.....	36
Paulo Roberto Almeida	
1 Brazil before and after the Versailles Treaty: economics, rather than power politics	37
2 Direct and indirect impacts of the Great War on Brazil	39
3 Brazil's participation in the Paris peace negotiations: prestige, coffee and ships.....	41
4 Paris was not a moveable feast for Brazil, up to the end in Geneva, in 1926.....	46
References.....	50
DIREITO INTERNACIONAL IMPERIAL E A CIRCULAÇÃO DE UMA CULTURA JURÍDICA HEGEMÔNICA: POR UMA MATRIZ	52
Roberto Guilherme Leitão e Rômulo Guilherme Leitão	
1 Introdução	53
2 Direito internacional imperial e circulação de uma cultura jurídica: uma abordagem assentada na realidade brasileira.....	55

3 Direito internacional com base em uma perspectiva brasileira: a matriz constitucionalmente consagrada do desenvolvimento econômico frente às ingerências e condicionantes econômico-financeiras dos atores internacionais não estatais	58
4 The World Bank Legal Review: circulação de uma cultura jurídica hegemônica, a teoria dos legal transplants e escola da law and development.....	60
5 Rule of Law e a matriz desenvolvimentista do Banco Mundial.....	63
6 Grupo Banco Mundial, law and development e o desenvolvimentismo exógeno	64
7 A estéril recepção da escola “law and development” no Brasil e o modelo de desenvolvimento econômico transformador	64
8 Considerações finais	66
Referências.....	68

ANÁLISE DE DOIS EPISÓDIOS SINGULARES DE DIREITO DO MAR NO BRASIL: A “GUERRA DA LAGOSTA” E O MAR TERRITORIAL DE 200 MILHAS MARÍTIMAS72

Alexandre Pereira da Silva

1 Introdução	73
2 A “Guerra da Lagosta”: a Disputa Jurídico-Diplomática entre Brasil e França.....	74
3 O Mar Territorial de 200 milhas marítimas: projeção do Brasil sobre o mar adjacente	79
4 Considerações finais (e um breve olhar para o presente e o futuro)	83
Referências.....	84

THE ARBITRATOR EPITÁCIO PESSOA AND THE BRAZILIAN APPROACH TO ARBITRATION: AN ANALYSIS OF THE SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN PUBLIC ENTITIES AND FOREIGN INVESTORS88

Henrique Lenon Farias Guedes e Marcilio Toscano Franca Filho

1 Introduction	89
2 Latin American and Brazilian resistance: an outline	89
2.1 Arbitration, war and investment	90
2.2 Arbitration in Brazil	91
2.3 Brazil and investment arbitration.....	93
3 The forsaken awards	94
3.1 An overview of the arbitrator’s legacy.....	94
3.2 The investor-state awards.....	95
4 Epitácio Pessoa: international theorist and Judge	97
4.1 The international theorist Pessoa.....	98
4.2 The international Judge Pessoa	98
5 Conclusion	99
References.....	100

O DIREITO DAS GENTES CONTRA A ESCRAVIDÃO EM PADRE ANTÔNIO VIEIRA..... 103

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

1 Introdução	103
3 Uma leitura escravagista de Vieira: a escravidão africana	107
4 As formas lícitas de escravidão no pensamento vieiriano	110
5 O problema da justiça numa guerra no século XVII	112
6 O debate da escravidão voluntária herdado por Antônio Vieira.....	116
7 A escravidão africana até Vieira.....	124
8 Considerações finais	130
Referências.....	131

O UTI POSSIDETIS COMO CONTRIBUIÇÃO LATINO-AMERICANA AO DIREITO INTERNACIONAL..... 137

Marcos Pascotto Palermo e Alfredo de Jesus Dal Molin Flores

1 Introdução	138
2 O uti possidetis do direito romano para o direito internacional público: um ensaio para explicar a sua transposição e utilização	139
2.1 A gênese do uso do princípio para a delimitação das fronteiras entre as colônias da América do Sul (século XVIII)	141
2.2 O uso do princípio para a delimitação das fronteiras sul-americanas no século XIX: o caso de Palmas ou Misiones	143
3 O uti possidetis entre o século XX e o início do século XXI	147
3.1 A Corte Internacional de Justiça e o emprego do uti possidetis: breves considerações	147
3.2 Considerações jurídico-doutrinárias e políticas para alguns casos ainda pendentes no início do século XXI: há possibilidade da aplicação do uti possidetis?	148
4 Considerações finais	149
Referências.....	150

POLÍTICA EXTERNA, SOBERANIA E DIREITOS INDIVIDUAIS DOS ESTRANGEIROS: O EPÍLOGO DO CASO BATTISTI À LUZ DE UMA ANÁLISE HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)..... 153

Daniel Damasio Borges

1 Introdução	154
2 O STF como garantidor dos direitos fundamentais dos estrangeiros: a soberania como ordem constitucional contra o arbítrio do Poder Executivo	157
2.1 A proteção dos direitos dos estrangeiros que comprometem a segurança nacional ou a tranquilidade pública: os limites impostos à discricionariedade do Poder Executivo	158
2.2 A proteção dos direitos dos estrangeiros e a cooperação internacional em matéria de extradição: os limites impostos pelo STF	164

3 O STF como chancelador das razões de Estado que atentam contra os direitos fundamentais dos estrangeiros: a soberania como a onipotência do Poder Executivo	169
3.1 As expulsões arbitrárias de estrangeiros sob o manto das razões de Estado: a omissão do STF na proteção dos direitos fundamentais dos estrangeiros	170
3.2 O STF e o perigo do precedente Battisti na defesa dos direitos individuais do estrangeiro.....	178
4 Considerações finais	183
Referências	184

ARTIGOS..... 189

LANGUAGE RIGHTS OF INDIGENOUS TRIBAL MINORITIES (ITM) AND THEIR PROTECTION UNDER THE AMBIT OF HUMAN RIGHTS LAW..... 191

Sheikh Sultan Aadil Huque e Chimirala Uma Maheshwari

1 Introduction	192
1.1 Understanding Linguistic Inequality: the case of India.....	193
1.2 Conceptions of linguistic disadvantage	196
1.3 Language discrimination and its forms.....	197
1.3.1 Discursive discrimination	197
1.3.2 Systemic Discrimination.....	197
1.3.3 Structural discrimination	198
2 Understanding the role of language in accessing health space	198
2.1 Language barriers in health space.....	198
2.2 Impact of linguistic barriers on right to access health spaces.....	199
2.3 Linguistic marginalization and health disparities.....	199
3 Understanding ‘language rights’ as an integral part of ‘human rights’	200
3.1 Analyzing ‘language’ in human rights frameworks	201
3.2 Language in United Nations Conventions	202
3.3 Language rights as measures of linguistic tolerance: the principle of non-discrimination	203
3.4 Ensuring freedom of expression to linguistic minorities.....	204
3.5 Language as right to development and self determination	205
3.6 Language Rights and Right to self-determination	205
4 Operationalizing the UN Framework for Language Rights.....	207
5 Judicial engagement with question of access to health space for ITM community	208
5.1 Judicial engagement with Access to Health Space (significant case laws).....	208
5.2 Judicial engagement with the question of access to health space: Indian Case-laws	215
5.2.1 Indian judicial approach to right to health.....	216
6 Interim findings: towards a way forward	218
7 Recommendations: towards safeguarding ITM linguistic rights	221

7.1 Restructuring the concept of linguistic rights under the ambit of human rights.....	221
7.2 Proposed legal approach for safeguarding ITM linguistic rights.....	222
7.2.1 Proportional approach for safeguarding ITM linguistic rights.....	222
7.2.2 Importance of constructive approach in including language as a basic constituent of human rights.....	223
7.2.2.1 Access to health care with respect to ITM communities	223
7.2.2.2 Learning from best Legislative practices from around the World With respect to Indigenous Linguistic & Health Rights	223
8 Conclusion	225
References.....	226

COMENTÁRIOS AO RELATÓRIO DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE NORMA IMPERATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL GERAL (JUS COGENS).....229

Alvaro Augusto Santos Caldas Gouveia e Igor de Holanda Cavalcanti

1 Introdução	230
2 CDI e os seus relatórios sobre jus cogens	231
2.1 Breve histórico dos relatórios da CDI sobre jus cogens.....	231
2.2 Esboço de conclusões da CDI sobre jus cogens	234
2.2.1 Introdução (Conclusão 1 a 3)	234
2.2.2 Identificação das normas imperativas (Conclusão 4 a 9).....	236
2.2.3 Consequências legais: tratados e outras fontes jurídicas (Conclusões 10 a 16).....	239
2.2.4 Consequências legais: responsabilidade internacional (Conclusões 17 a 19)	243
2.2.5 Previsões gerais: interpretação e procedimento recomendado (Conclusões 20 e 21).....	245
2.2.6 Previsões gerais: não exaurimento do tema e lista exemplificativa (Conclusões 22 e 23)	248
3 Considerações finais	250
Referências.....	251

A CONSTRUÇÃO DA CIBERSOBERANIA NA UNIÃO EUROPEIA: A CIBERSEGURANÇA E A INTEGRAÇÃO DO CIBERESPAÇO EUROPEU.....256

Leonardo Rafael de Souza e Cinthia Obladen de Almendra Freitas

1 Introdução	257
2 A tutela do ciberespaço como raison d'être da União Europeia na Era da Informação	258
3 A soberania no ciberespaço europeu e o papel da cibersegurança para a integração dos países membros.....	261
4 Um futuro digital para a Europa e a cibersegurança como pilar de integração à promoção e defesa do seu ciberespaço.....	264
5 Considerações finais	267
Referências.....	268

A LEGAL ANALYSIS OF THE AIR DEFENSE IDENTIFICATION ZONE (ADIZ) WITH SPECIAL REFERENCE TO THE EAST CHINA SEA AIR DEFENSE IDENTIFICATION ZONE272

Mohammad Owais Farooqui, Nazzal Kisswani, Sheer Abbas e Tahir Qureshi

1 Introduction	273
2 Air Defense Identification Zones: inception to international law.....	274
2.1 Origin and rationale	274
2.2 Definition	276
2.3 Legal basis under international law.....	277
2.4 State practices and Indian position.....	279
3 A case study of East China Sea ADIZ.....	280
4 Chinese government communiqué and FIR Requirements for aircraft identification and sovereignty in airspace.....	282
4.1 Identification and tracking of aircraft in China.....	282
4.2 Comparison with FIR Requirements	282
4.3 Sovereignty of airspace.....	283
5 Conclusion	283
5.1 Recommendations.....	283
References.....	284

LA TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

LATINOAMERICANO.....288

Lorayne Finol Romero e Ronald Chacín Fuenmayor

1 Introducción.....	289
2 Marco conceptual.....	291
2.1 Transparencia de la Función Pública: Un principio de gestión pública constitucionalmente reconocido	292
2.2 Derecho de Acceso a la Información Pública	295
3 La transparencia de la función pública en el derecho constitucional de Latinoamericano	296
3.1 Marco constitucional comparado	297
3.2 Examen comparado de la transparencia en Latinoamérica	301
4 Conclusiones	305
Referencias.....	307

ACORDOS PLURILATERAIS E ACORDOS DE LIVRE-COMÉRCIO: ENCRUZILHADA OU CAMINHO ALTERNATIVO AOS ACORDOS MULTILATERAIS DE COMÉRCIO? 312

Vivian Daniele Rocha Gabriel

1 Introdução.....	313
2 Evolução do sistema multilateral do comércio: do GATT à OMC.....	314

3 Alternativas ao sistema multilateral do comércio	321
3.1 A opção pelos acordos plurilaterais de comércio.....	321
3.1.1 Acordo sobre Compras Governamentais.....	322
3.1.2 Acordo sobre Comércio de Aeronaves Cíveis.....	323
3.1.3 Negociações sobre Facilitação de Investimentos.....	324
3.1.4 Negociações sobre Comércio Eletrônico.....	325
3.1.5 Negociações sobre Regulamentação Doméstica em Serviços.....	325
3.2 Acordos de livre-comércio.....	326
4 O Mercosul e os acordos de livre-comércio	328
5 O Brasil e as alternativas às negociações multilaterais de comércio	330
6 Considerações finais	331
Referências	332

DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E AS ARMAS AUTÔNOMAS LETAIS337

Rafael Gonçalves Mota

1 Introdução	338
2 A Inteligência Artificial e seu emprego militar: armas autônomas e o futuro da guerra	339
3 O Direito Internacional Humanitário: princípios e fundamentos	344
4 A responsabilidade do comandante militar que ordena o emprego de sistemas e armas autônomas dotadas de inteligência artificial	346
5 Considerações finais	351
Referências	352

ACOMPANHAMENTO NACIONAL DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS PROFERIDAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UM OLHAR PARA AS EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS356

Maria Valentina de Moraes e Mônia Clarissa Hennig Leal

1 Introdução	357
2 Algumas experiências estrangeiras já existentes em matéria de acompanhamento das decisões internacionais e interamericanas	357
3 Os fluxos internos de acompanhamento mexicanos: um caso de sucesso?	359
4 A experiência peruana na busca por melhores índices de cumprimento	363
5 A evolução colombiana no acompanhamento das determinações internacionais em matéria de direitos humanos	367
6 Considerações finais	370
Referências	370

PODEMOS PENSAR NUM DIREITO INTERNACIONAL COMPARADO? VIABILIDADES E OBSTÁCULOS NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO COMPARADO.....373

Deo Campos e Raphael Carvalho de Vasconcelos

1 Introdução	374
2 Entendendo o direito internacional comparado	376
3 Aplicando o direito internacional comparado	380
4 Considerações finais	386
Referências	386

STATE HUMANITARIAN POLICY OF UKRAINE IN WAR CONDITIONS IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE..... 391

Elvira Sydorova, Oleksandr Sydorov e Elena Marchenko

1 Introduction	392
2 Humanitarian policy of the Ukrainian state: pre-war prerequisites and current wartime realities	394
3 International practice of formation of humanitarian policy in the conditions of war and post-war reconstruction	395
4 Administrative and legal conflicts in the implementation of two approaches to ensuring the humanitarian policy of the state in the conditions of war	397
5 Modern humanitarian policy of Ukraine: organizational and administrative mechanism of implementation in the conditions of war	399
5.1 Spiritual and value-based constituent of the state humanitarian policy	399
5.2 Energy security as a basis for the development of humanitarian sphere in the conditions of war.....	400
5.3 The role of science in enhancing the country's defense capability and its post-war reconstruction.....	400
5.4 State healthcare policy of Ukraine in the conditions of war.....	401
6 Conclusion	402
References	403

STATE SUPPORT FOR COMPATRIOTS: IMPROVING KAZAKHSTAN LEGISLATION407

Svetlana Zharkenova, Yerkin Ongarbayev, Amanzhol Nurmagambetov e Guzal Galiakbarova

1 Introduction	408
2 Legal aspects of supporting compatriots abroad in Germany, Russia and Korea in the context of the development of the relevant Kazakhstani legislation	413
2.1 Method.....	413
3 Findings	414
3.1 The Federal Republic of Germany: state and public support.....	414
3.2 The Republic of Korea: the way to openness	415
3.3 The Russian Federation: totally state support.....	416
3.4 Support for compatriots of Kazakhstan: update process.....	422

3. 5 Practical recommendations.....	427
4 Discussion.....	428
5 Conclusion	430

RESENHA 431

RESENHA

JOUANNET, EMMANUELLE. QU'EST-CE QU'UNE SOCIÉTÉ INTERNATIONALE JUSTE? LE DROIT INTERNATIONAL ENTRE DÉVELOPPENT ET RECONNAISSANCE. PARIS: PEDONE, 2011.433

Ademar Pozzatti

Direito internacional para in/justiça global 433

Referências..... 440

RESENHA

BORDIN, FERNANDO LUSA. THE ANALOGY BETWEEN STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS. CAMBRIDGE: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2018.442

Juliana Valle Pereira Guerra

NORMAS EDITORIAIS.....445

Envio dos trabalhos:..... 446

www.rdi.uniceub.br..... 447

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

CRÔNICAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Práticas de ensino do Direito

Internacional: Contribuições sobre o caso Pollo Rivera vs Peru para a Clínica de Direitos Humanos

Training practices in

international law: Pollo Rivera vs Peru contributions to Human Rights Clinic of UFPA?

Cristina Terezo Ribeiro

Maria Eduarda Dias Fonseca

Sofia Sewnarine Negrão

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Práticas de ensino do Direito Internacional: Contribuições sobre o caso Pollo Rivera vs Peru para a Clínica de Direitos Humanos*

Training practices in international law: Pollo Rivera vs Peru contributions to Human Rights Clinic of UFPA?

Cristina Terezo Ribeiro**

Maria Eduarda Dias Fonseca***

Sofia Sewnarine Negão****

Resumo

O presente artigo visa apresentar a atuação dos discentes, docentes e colaboradores da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará no caso Pollo Rivera e outros *vs.* Peru, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2016. Por meio do presente caso, discentes prestaram assessoria aos Defensores Interamericanos, resultando na primeira experiência de uma clínica jurídica brasileira em prestar tal serviço, que culminou com sustentação oral em audiência na Corte Interamericana. Nesse contexto, este artigo apresenta um panorama da educação clínica e como o método pode ser utilizado para ensinar o Direito Internacional, além de promover Direitos Humanos. A partir da narrativa das etapas metodológicas de trabalho, é possível verificar o empoderamento discente e o desenvolvimento de habilidades, comprovando a excelência do método de trabalho. O artigo, também, expõe o estudo relevante realizado sobre a convergência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário para resolução do caso em tela, sendo esse um dos principais problemas verificados no julgamento.

Palavras-chave: Ensino clínico jurídico. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Direito Internacional Humanitário. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisprudência.

Abstract

This article aims to present the performance of students, teachers and collaborators of the Amazon Human Rights Clinic of the Federal University of Pará in the case of Pollo Rivera et al. Vs. Peru, judged by the Inter-American Court of Human Rights in 2016. Through this case, students provided legal advice to the Inter-American Defenders, resulting in the first experience of a Brazilian legal clinic in providing such a service, which culminated in oral arguments in a public hearing at the Inter-American Court. In this context, the article presents an overview of clinical education and how the method

* Recebido em 15/09/2022
Aprovado em 21/02/2023

** Advogada, Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará, coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará, visiting scholar da American University, Washington College of Law (2009-2010), visiting scholar da McGill University, Montreal, Canadá (2022).
Email: cterezo@ufpa.br

*** Advogada, Mestranda em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA); Graduada em Direito pela UFPA. Integrante do projeto de pesquisa da área Internacional da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA.
Email: mefonseca29@gmail.com

**** Advogada, Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Pará na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Ex-bolsista e voluntária da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. Oradora da equipe vencedora do Concurso Audiências Temáticas ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIPDH-UNESCO), ocorrido em setembro de 2019 em Buenos Aires.
Email: sofiasew21@gmail.com

can be used to teach International Law, in addition to promoting Human Rights. From the narrative of the methodological stages of work, it is possible to verify student empowerment and the development of skills, proving the excellence of the work method. The article also exposes the relevant study carried out on the convergence between International Human Rights Law and International Humanitarian Law to resolve the case, which is one of the main problems found in the trial.

Keywords: Legal clinical training. International Human Rights Law. International Humanitarian Law. Inter-American Court of Human Rights. Jurisprudence.

1 Introdução

Desde março de 2011, o Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Pará (UFPA) mantém o Laboratório de Direitos Humanos, que tem por finalidade associar a pesquisa da Pós-Graduação à extensão acadêmica, desenvolvendo atividades que potencializem a pesquisa empírica e criem um ambiente privilegiado de informação e apoio à efetividade dos Direitos Humanos.

O presente Laboratório de Direitos Humanos abriga a Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA) desde o mesmo período, a fim de integrar ações de pesquisa e extensão, as quais são desenvolvidas pelos docentes, discentes da referida Pós-Graduação e discentes da Graduação em Direito.

A CIDHA, atualmente, tem duas linhas específicas de ação, mas que estão interligadas: (1) Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com atividades de pesquisa e fomento de políticas públicas relacionadas com ordenamento territorial, gestão e manejo agroflorestal, regularização fundiária (pequena, média e grande propriedade), reconhecimento de áreas quilombolas e populações tradicionais, demarcação das áreas indígenas e criação de unidades de conservação, regulamentação e implementação de planos urbanísticos-ambientais; e (2) Internacional, com a capacitação dos discentes para acionar, juntamente a organizações não governamentais e movimentos sociais, os Sistemas Internacionais de Proteção, em casos paradigmáticos de violações de direitos humanos.

A CIDHA, mediante suas duas frentes de ação, foi criada para valorizar o aspecto pedagógico que o caso real ou hipotético proporciona para o desenvolvimento da habilidade do estudante de Direito, assim como incentivativa que suas “ações de interesse público” ensejem em transformações na sociedade, principalmente no tocante à garantia dos Direitos Humanos.

As ações da Clínica estão baseadas em casos concretos e hipotéticos. Em casos reais, são priorizados aqueles considerados paradigmáticos, em que haja promoção do interesse público e afetem, negativamente, a proteção dos Direitos Humanos, considerando os seguintes critérios: promoção do interesse público, violação dos Direitos Humanos, novidade do caso, viabilidade jurídica, condição econômica da vítima e experiência obtida pelos estudantes.

Como um dos objetivos da CIDHA é atuar em casos paradigmáticos de violações de Direitos Humanos, a busca de parcerias foi fundamental para a propositura de demandas judiciais nacionais e internacionais. Nesse sentido, convém destacar a parceria com a Defensoria Pública do Estado do Pará, em especial com o Defensor Público, Carlos Eduardo Barros, o qual exerceu mandato como Defensor Interamericano, estando vinculado à Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEP), criada em 2003, para prover assistência e representação legal de pessoas vulneráveis, garantindo a ampla defesa e o acesso à justiça em âmbito internacional.

A partir da parceria com o Defensor Interamericano, os discentes da CIDHA passaram a estudar casos em andamento no Sistema Interamericano, como o caso Pollo Rivera e outros *vs.* Peru, que tramita na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

O caso foi submetido à CorteIDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em março de 2015 e versa sobre várias violações de Direitos Humanos praticadas pelo Peru, em prejuízo do médico Luis Williams Pollo Rivera e seus familiares, desde sua detenção inicial, ocorrida no período da ditadura de Alberto Fujimori, assim como durante o período de justiça de transição, marcado por violações de direitos relacionados ao devido processo legal, diante da acusação do delito de terrorismo.

A temática central do caso é relevante, pois envolve a criminalização do ato médico em cenários de conflito armado, a qual é proibida pelo Direito Internacional

Humanitário e, mais recentemente, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além disso, o caso também apresenta discussões sobre terrorismo em dois cenários: período de ditadura vivenciado pelo Peru durante os anos 90 e contexto de justiça transicional, já referente aos anos 2000.

Com efeito, o presente artigo visa apresentar como, de forma inédita, discentes de Direito e da Clínica de Direitos Humanos brasileiros peticionaram juntamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, o artigo expõe, de um lado, a metodologia usada pela Clínica, por meio da educação clínica, para atuar em caso estrangeiro, bem como as diferentes estratégias de litígio colocadas em práticas diante da importância do caso não somente para o contexto peruano, como também enquanto jurisprudência interamericana, com enfoque no trâmite juntamente à Corte e às pesquisas realizadas sobre a convergência entre Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos, necessária para a resolução da demanda internacional e que resultaram em *amicus curiae* e publicações acadêmicas. De outro lado, o artigo contextualiza a busca por medidas de reparação dos familiares das vítimas em um cenário de criminalização de profissionais liberais diante do conflito armado interno.

Diante dos elementos que serão enfrentados pelo artigo, tem-se como conclusão a confirmação da hipótese de que a educação clínica permite ao docente ensinar, de forma prática, a advocacia internacional, sensibilizando os discentes para a temática dos direitos humanos, bem como a confirmação da hipótese de que o litígio estratégico, juntamente ao Sistema Interamericano, proporciona a obtenção de precedentes importantes na jurisprudência interamericana.

Por fim, o artigo apresenta a metodologia e técnica inédita no ensino jurídico brasileiro, utilizada pela Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará para assessorar os representantes das vítimas no presente caso, com a finalidade de ilustrar as experiências e práticas de ensino do Direito Internacional no Brasil.

2 A educação clínica a serviço das vítimas de violações de direitos humanos

As Clínicas de Direitos Humanos, institucionalizadas no âmbito dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito das Universidades, surgem como um movimento pedagógico que dissemina o método clínico, para proporcionar o ensino jurídico diferenciado e, por meio do protagonismo do discente, é capaz de aproximar a teoria com a prática jurídica, empoderar os discentes na atuação em litígios, apresentar soluções para casos complexos e contribuir para a resolução de problemas sociais, proporcionando transformações na sociedade, em especial sobre o cerne da garantia de Direitos Humanos.

Com o método de ensino, o discente desenvolve habilidades específicas e, por meio da interação para o aprendizado e práticas pedagógicas, são trabalhadas características voltadas para a resolução de problemas, análise jurídica e raciocínio jurídico, identificação e pesquisa de temas jurídicos, investigação de fatos, habilidade de oratória, assessoria jurídica, negociação e mediação, conhecimento de procedimentos de litígio e resoluções extrajudiciais de controvérsias, organização e gerenciamento de atividades profissionais e, por último, identificação e resolução de questões éticas da profissão¹.

As experiências práticas adquiridas pelos estudantes, quando realizam atividades clínicas, se destacam como formação diferenciada, tornam-se profissionais jurídicos mais sensíveis e especializados em questões de Direitos Humanos e na resolução de litígios em geral.

Desde seu surgimento, a educação clínica tem comprovado sua importância como ferramenta pedagógica para a formação de discentes e, por outro lado, desde sua inserção no movimento latino-americano para educação jurídica, esse serviço volta-se para casos sobre interesse público e vulnerabilidade de vítimas e familiares representados, demonstrando seu compromisso não apenas com a formação, mas com princípios democráticos e de Direitos Humanos.

No Brasil, o movimento clínico-jurídico acompanha o contexto latino-americano, embora seu enfoque ini-

¹ LOMOWSKI, Dariusz. **The Legal Clinic: The Idea, Organization, Methodology**. The Legal Clinics Foundation: Warsaw, 2005.

cial fosse para casos hipotéticos, impulsionados pelas *Moot Courts* e em acesso aos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos, como comprovado por Fernanda Lapa em sua pesquisa de Doutorado². Atualmente, várias clínicas brasileiras assumem protagonismo na assessoria e representação legal de movimentos sociais e organizações não governamentais, como iniciativas presentes na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo.

2.1 A clínica de direitos humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará

A educação jurídica brasileira tem sido objeto de muitas críticas quanto ao seu permanente conservadorismo metodológico e as clínicas jurídicas buscam, entre outras finalidades, permitir experiências que possam tanto qualificar quanto diversificar as modalidades formativas até aqui praticadas.

A Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará se consolidou no cenário nacional como referência para a educação clínica no ensino jurídico, devido à expansão das suas ações, avaliação que é feita em relação aos egressos e a significativa consolidação e ampliação de parcerias.

A CIDHA iniciou suas atividades em 2011 voltada, fundamentalmente, para questões socioambientais rurais e intervenção na área internacional dos Direitos Humanos. Com a expansão do corpo docente, suas ações na área socioambiental foram ampliadas para os temas fundiário urbano e a prática do trabalho escravo, os quais colocam o Estado do Pará no *ranking* de primeiro lugar em conflito fundiário e uso de mão de obra escrava³.

A partir de novas ações, a Clínica passa a firmar parcerias com outros entes, os quais identificam a CIDHA como uma referência acadêmica sobre os temas que atua e vislumbram na parceria o intercâmbio de experiências e de práticas para a proteção dos Direitos Humanos, tendo como exemplo a parceria com a Prefeitura Muni-

cipal de Belém, Ministério Público do Estado e Federal e a Defensoria Pública, as quais demandam casos de interesse público que, por sua vez, apresentam-se como ferramenta pedagógica para o ensino do Direito.

Nessa esteira, a Clínica do PPGD/UFPA é capaz de lidar com demandas de alta complexidade — estruturantes ou litígios estratégicos — normalmente relacionadas à necessidade de alguma modificação nas regras em sociedade, seja por política pública, seja por mobilização social, com parcerias da sociedade civil ou, com atuação seja pelo judiciário, nacional e internacional.

A Clínica já se encontra regulada no Curso de Graduação em Direito por meio da Resolução n.º 09 FAD/ICJ, de 06 de março de 2018; documento que institucionaliza a metodologia clínica como um aporte pedagógico capaz de conduzir à interação entre ensino, pesquisa e extensão, baseadas na atuação em casos paradigmáticos junto, às instituições da justiça e outros órgãos governamentais e não governamentais, como também em organismos internacionais, por meio da advocacia e litigância estratégica.

A CIDHA trabalha por meio de um tripé articulado, envolvendo ensino, pesquisa e extensão, por meio de atividades voltadas para a promoção de Direitos Humanos, contendo publicação de materiais de treinamento, cartilhas informativas sobre a temática de Direitos Humanos, cursos de capacitação e pesquisas científicas. Além de também trabalhar para proteção de direitos, por meio de consultorias para entes governamentais e governamentais, produção de bancos de dados contendo jurisprudências (nacionais e internacionais), legislações e tratados internacionais sobre direitos humanos, publicação de propostas incidentais para a defesa de Direitos, dentre outras ações.

Em uma articulação direta com a sociedade, a Clínica também desenvolve a consultoria e advocacia relacionada a Direitos Humanos, perante as diversas instâncias nacionais, como órgãos administrativos e jurisdicionais, bem como organismos internacionais, a exemplo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A atuação da Clínica, em casos concretos nos Sistemas Internacionais, ocorre por meio da produção de memoriais escritos, *amicus curiae* e assessoria jurídica perante os órgãos internacionais. A busca de parcerias foi fundamental para a propositura de demandas.

² LAPA, Fernanda B. **Clínica de Direitos Humanos: uma proposta metodológica para a educação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

³ TEREZO, Cristina; CAZETTA, Ana Carolina; FONSECA, Maria Eduarda. **Clínica de Direitos Humanos da Amazônia: da Institucionalização à sua Expertise em Competições Internacionais**. In: TEREZO, Cristina; LAPA, Fernanda; LOUREIRO, Silvia. *Clínicas jurídicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

Nesse sentido, convém destacar a parceria com a Defensoria Pública do Estado do Pará⁴, em que, inicialmente, os discentes da CIDHA passaram a atuar em casos abertos no Sistema Interamericano, como o caso Pollo Rivera e outros *vs.* Peru, que tramita na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), e o Caso Gerson Millusk de Carvalho *vs.* Brasil, que está em análise na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Para o presente artigo, optou-se em desenvolver o caso em aberto na Corte Interamericana e a experiência acadêmica obtida.

3 Apresentação do caso Pollo Rivera e outros vs. Peru

Para tal atividade, realizou-se uma parceria entre a Clínica de Direitos Humanos da Amazônia e a Defensoria Pública do Estado do Pará, como já mencionado, com o fim de assessorar o Defensor Público Carlos Eduardo Barros, que exercia mandato de Defensor Interamericano, vinculado à Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF), a qual fazia a representação legal das vítimas nos Casos Gerson Millusk de Carvalho *vs.* Brasil e Pollo Rivera *vs.* Peru.

Convém ressaltar que a atuação dos Defensores Interamericanos perante a CorteIDH é realizada em casos em que as supostas vítimas e seus familiares não possuam representação legal, sendo possibilitada pela parceria com a Associação Interamericana de Defensorias Públicas.

No presente caso, a representação legal dos familiares da vítima foi feita pelos Defensores Públicos Interamericanos, Lisy Emilse Bogado Duarte (Paraguai) e Carlos Eduardo Barros (Brasil), os quais prepararam a demanda inicial com a assessoria dos discentes de Graduação em Direito da CIDHA/UFPA.

O caso foi submetido à CorteIDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em março de 2015 e versa sobre várias violações de Direitos Humanos praticadas pelo Peru, em prejuízo de Luis Williams Pollo Rivera e seus familiares, desde sua detenção inicial

ocorrida no período da ditadura de Alberto Fujimori, assim como durante a fase de justiça de transição, marcado por violações de direitos relacionados ao devido processo legal, diante da acusação do delito de terrorismo.

Luis Williams Pollo Rivera, médico especialista em traumatologia e ortopedia, o qual prestava serviços no Hospital Nacional 2 de Mayo, foi detido e processado em 2 ocasiões, sob a acusação de ter realizado atos médicos a favor de membros da organização terrorista, Partido Comunista do Peru, também conhecida como Sendero Luminoso. Durante sua primeira detenção em 1992, foi conduzido às instalações da DINCOTE e interrogado pela polícia, momento em que foi submetido à tortura e a lesões em sua coluna vertebral, o que o deixou com sequelas que o impediam de caminhar e que o obrigaram ao uso de uma cadeira de rodas, pela excessiva dor e falta de força em seus membros inferiores. Ele foi processado e condenado à prisão perpétua pelo delito de traição à pátria, por juízes “sem rosto” e em foro militar.

Posteriormente, em 1994, foi julgado pela justiça comum e absolvido das acusações. Contudo, anos depois, em 2004, foi novamente processado e acusado em relação aos mesmos fatos, pelo crime de terrorismo, na modalidade colaboração, sendo condenado a 10 anos de pena privativa de liberdade, sentença que foi confirmada pela Suprema Corte do Peru, e executada a partir de 2005, no Centro Penitenciário de Segurança Máxima Miguel Castro Castro. Além disso, Luis Pollo Rivera padecia de diabetes *melittus*, com perda progressiva da visão, de síndrome paralítica não especificada e de hipertensão secundária, e alegou ter recebido tratamento clínico irregular para tais complicações médicas enquanto estava preso, devido à ausência de medicamentos no centro penitenciário, em que se encontrava no momento em que peticionou à CIDH, com o auxílio da advogada Carolina Loayza Tamayo.

A CIDH promoveu medidas cautelares e, posteriormente, um relatório de mérito com recomendações ao Estado, o qual não as cumpriu de forma substancial. Assim, submeteu o caso à CorteIDH. Antes da submissão do caso à Corte, Luis Pollo Rivera faleceu e são seus familiares que buscam reparação perante a Corte IDH.

No presente caso, para a representação legal de duas das três famílias da vítima — Família Pollo Del Pino e Silva Pollo —, a AIDEF designou os Defensores Públi-

⁴ TEREZO, Cristina; VIEIRA, Flavia; GIFFONI, Jonhy. A parceria entre a Defensoria Pública do Estado do Pará e a Clínica de Direitos Humanos da Amazônia/UFPA no enfrentamento de violações de direitos humanos por empresas transnacionais. **Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, v. 3, p. 44-64, 2019.

cos Interamericanos já mencionados, os quais solicitaram assistência da CIDHA, para atuar em parceria, na defesa das vítimas.

Assim, a atuação foi dividida em duas vertentes: processual e acadêmica, e a atuação processual se refere à assistência técnica aos Defensores Interamericanos no processo internacional que tramita perante a CorteIDH. Essa assessoria vem sendo realizada desde junho de 2015 até o presente momento, cumprindo ressaltar especialmente atividades realizadas para esse fim.

Durante a preparação do Escrito de Solicitações, Argumentos e Provas, peça que inaugura a atuação dos representantes das vítimas perante o processo interamericano, verificou-se que algumas das informações obtidas sobre o caso, por meio da documentação processual enviada pela CorteIDH, não estavam completas e, para esclarecê-las, considerou-se de extrema importância realizar um viagem com destino à Lima, a fim de conversar com os familiares da vítima e compreender mais claramente o contexto de conflito armado peruano e seu processo transicional, mediante o auxílio de profissionais especialistas nestas temáticas.

Assim, duas discentes de graduação, integrantes da CIDHA, Ana Caroline Monteiro e Ivana Feijó, acompanharam o Defensor Interamericano Carlos Eduardo Barros, na qualidade de assistentes técnicas, de modo a assessorá-lo na realização das atividades ao longo da viagem. Esta ocorreu no período de 20 a 28 de outubro de 2015 e consistiu na realização de diversas atividades.

Em campo, as discentes, acompanhadas pelo Defensor Interamericano, se reuniram com os advogados que representam outras vítimas na demanda internacional, composto pela Sra. Maria Ricse e sua filha Milagros, então companheira e filha do Sr. Pollo Rivera, respectivamente. O objetivo do encontro foi obter um panorama geral a respeito da situação da família Ricse e, assim, compreender como era sua relação com o Sr. Pollo Rivera e com as demais famílias dele, além de articular a atuação em prol da defesa das vítimas, no presente caso.

A visita *in loco* também serviu para compreender a estrutura normativa do Peru e sua ausência de adequação aos *standards* interamericanos. Com efeito, a comitiva se reuniu com Yvan Montoya, professor da Pontifícia Universidade Católica do Peru e esclareceu diversas dúvidas a respeito da legislação penal e processual penal peruana, durante o cenário de conflito armado, temática na qual é especialista; esteve com Mario Rodriguez

Hurtado, também professor da mesma Universidade, visando convidá-lo para atuar como perito no processo internacional relativo ao caso em questão, em razão de sua experiência com o tema do terrorismo e de já ter sido perito no Caso De La Cruz Flores *vs.* Peru; nessa mesma esteira de estratégia, a comitiva esteve com Carlos Rivera, vice-presidente do Instituto de Defesa Legal, para convidá-lo para atuar como perito no caso, também pela sua experiência com diversos acontecimentos envolvendo terrorismo no contexto de conflito armado peruano; a comitiva também realizou reunião com Jesus Bonilla, presidente da Federação Médica Peruana, que foi atuante na luta contra o encarceramento de médicos pelo simples ato profissional, durante o contexto de conflito armado que assolou o país. O encontro visou buscar informações a respeito daquele período, a fim de averiguar a questão do tratamento oferecido aos médicos, como categoria profissional. Com essa mesma finalidade, discentes da CIDHA e o Defensor Interamericano se reuniram com Julio Castro, no Colégio Médico do Peru, finalizando as entrevistas para levantamento de informações que podem embasar a tese argumentativa acerca de criminalização de atos médicos.

Também se considerou relevante se reunir com a advogada Carolina Loayza, que é professora de Direito Internacional na Universidade de Lima e uma experiente advogada em litígios perante o SIDH, tendo atuado em casos importantes na jurisprudência da CorteIDH, como o Caso Loayza Tamayo *vs.* Peru, em que foi a representante legal de sua própria irmã ao longo do processo internacional, além de casos relevantes para a temática médica em si, como o Caso De La Cruz Flores *vs.* Peru, que será citado mais adiante. O objetivo do encontro foi conversar, principalmente, sobre a sua atuação como representante do Sr. Pollo Rivera e seus familiares, enquanto o caso em questão tramitava na CIDH, além de obter informações acerca dos desentendimentos familiares.

As visitas, também, incluíram na agenda encontros com a Família Pollo Del Pino. Em outra oportunidade, a família acompanhou a comitiva em visita ao Hospital Nacional 2 de Mayo, para conversar com profissionais que trabalharam com o Sr. Pollo, assim como ver as condições do local onde ficou internado, durante vários anos, antes de falecer.

Além de técnicos, a comitiva buscou contato com especialistas que auxiliaram Pollo Rivera. Com efeito, se

reuniram com Maximiliano Cárdenas Díaz, na Universidade Nacional Mayor de San Marcos. Max Cárdenas é o atual chefe da Oficina de Processos de Admissão, da Universidade Nacional Mayor de San Marcos, instituição na qual o Sr. Pollo Rivera fez seu curso de Medicina e atuou como professor. Ele já foi presidente do Colégio Médico do Peru e também atuou na Federação Médica Peruana, na qual exerceu a presidência exatamente durante o período de conflito armado, nos anos 90. O objetivo dessa reunião foi obter informações a respeito de como a categoria profissional médica era tratada no contexto de conflito armado interno, além de compreender quais foram as principais atuações das entidades representativas médicas durante aquele período, bem como ouvir relatos a respeito da atuação em prol da defesa do Sr. Pollo Rivera, visto que Max Cárdenas foi uma das pessoas mais atuantes na luta por sua liberdade, tanto no contexto de sua primeira detenção quanto da segunda, mediante a influência que possuía por meio das entidades que representava.

3.1 O Acompanhamento processual do Caso e a metodologia aplicada

Os documentos processuais do caso foram enviados pela CorteIDH aos Defensores Interamericanos e foram disponibilizados em pastas no *Dropbox*, para que os envolvidos tivessem acesso *online*. Ademais, durante a viagem a Lima, diversos documentos físicos foram cedidos pela advogada Carolina Loayza, possibilitando duas formas para o armazenamento dos arquivos referentes ao Caso Pollo, sendo estas: *online* (enviadas pela CorteIDH e *e-mails* das famílias) e modo físico (adquiridas na viagem à Lima).

Decidiu-se, assim, realizar um fichamento de todos os arquivos, a fim de organizar tais documentos e averiguar seu conteúdo. O processo consistiu em analisar documento por documento e preencher seus principais dados em uma tabela, as quais continham seus títulos, descrição, data, número de folhas e observações.

O primeiro fichamento, realizado em outubro de 2015, referiu-se aos arquivos disponíveis no *Dropbox*, os quais constituem cerca de 5000 páginas, que foram divididas entre 5 integrantes da CIDHA. Já o segundo foi realizado no mês de dezembro de 2015 e refere-se aos arquivos físicos, o qual compreendeu 8 volumes, divididos entre 4 discentes da CIDHA e o Defensor Interamericano Carlos Eduardo. Ambos os fichamentos se

tornaram arquivos bastante extensos e juntos somam, aproximadamente, 200 páginas.

Ademais, além do contato constante com as famílias representadas, diversas peças simples foram encaminhadas à Secretaria da CorteIDH, destacando-se (1) a solicitação de manifestação do tribunal a respeito de determinação de qual profissional exerceria a representação da vítima direta (Sr. Luis Williams Pollo Rivera); (2) a apresentação da lista definitiva dos declarantes oferecidos pela representação das vítimas para testemunhar e oferecer perícias durante a Audiência Pública do caso; (3) observações a respeito da lista de declarantes proposta pelo Estado peruano; (4) apresentação da lista de pessoas que participariam da Audiência Pública pela representação das vítimas e envio das perguntas que gostariam de realizar aos peritos participantes.

No mês de março de 2016, a CorteIDH divulgou a data de Audiência Pública do caso, o que possibilitou uma preparação estratégica voltada para tal atividade, de modo a organizar os argumentos a serem apresentados e realizar treinos para a sustentação oral perante o tribunal. Assim, nos dias 25 e 26 de abril, foi realizada a Audiência Pública, na sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em San José, Costa Rica.

Uma comitiva da Clínica de Direitos Humanos da UFPA, composta pela professora coordenadora do projeto, Cristina Terezo e duas discentes integrantes, Isabela Feijó Sena Rodrigues e Ana Caroline Lima Monteiro, participaram da Audiência, na qualidade de Assistentes Técnicas da representação das vítimas. As discentes realizaram sustentação oral, individualmente, dividindo o tempo de fala com o Defensor Interamericano, ocasião em que apresentaram teses jurídicas que haviam sido discutidas no âmbito da CIDHA, sobre a proteção dos médicos em cenários de conflito armado e a inacabada justiça transicional peruana. Foi a primeira vez que discentes de uma clínica jurídica brasileira atuavam frente um caso aberto na Corte Interamericana.

Em maio de 2016, novos estudos foram realizados mediante reuniões de trabalho, com o objetivo de construir os argumentos finais da defesa das vítimas, para a produção de mais uma peça processual: alegações finais escritas. Nesse documento, o objetivo foi consolidar alguns argumentos jurídicos de defesa das vítimas, com base nas discussões identificadas como mais relevantes durante a Audiência Pública, promovida no mês ante-

rior, bem como trazer respostas a determinadas perguntas realizadas pelos juizes ao longo da Audiência.

Ao final de 2016, o acompanhamento da tramitação processual do Caso continuou considerando, especialmente, a promulgação da sentença da CorteIDH, emitida em outubro de 2016, mas notificada à representação das vítimas apenas em dezembro de 2016, em que a CorteIDH determinou a responsabilidade internacional do Estado peruano, frente às violações de Direitos Humanos cometidas contra Luis Williams Pollo Rivera e seus familiares.

Dias depois à notificação da sentença, o Estado informou que havia publicado tal decisão integralmente em um sítio eletrônico vinculado ao Estado e disponibilizado o resumo fornecido em seu diário oficial. A CorteIDH remeteu tal documentação para a representação das vítimas e a CIDH, solicitando que apresentassem as observações que considerassem pertinentes. Assim, em janeiro 2017, foi preparada uma peça processual contendo observações as informações encaminhadas, confirmando o cumprimento das medidas tomadas pelo Estado quanto à publicação da sentença, ressaltando que ainda faltavam cumprir com determinados elementos, a partir do apontado na sentença do caso.

3.2 A construção do *amicus curiae* como estratégia para o caso

Várias atividades de pesquisa foram realizadas para estudar e debater o tema do ato médico em cenário de conflito armado e a proteção ao sigilo profissional. As pesquisas consistiram na análise dos principais tratados internacionais, jurisprudências e doutrinas relevantes, relativa a casos de conflito armado. Tais estudos subsidiaram a elaboração de um *amicus curiae* para o caso, bem como outras publicações acadêmicas.

O *amicus curiae*, em especial, debate que a proteção internacional dos direitos das pessoas se fragmentou em vertentes, que surgem com base nas relações entre os Estados, no âmbito da atual comunidade internacional, por diferentes razões e diversos contextos, são elas: Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR). Para o presente caso do Sr. Luis Williams Pollo Rivera e seus familiares, torna-se relevante discutir as duas primeiras vertentes aplicáveis diretamente, as quais se convergem, devendo

a Corte Interamericana, embora especializada em Direitos Humanos, baseados na Convenção Americana de Direitos Humanos, se declarar competente para aplicar normas oriundas de ambos os regimes de Direito Internacional.

Tanto DIH quanto DIDH são aplicáveis à situação de conflitos armados internacionais e não internacionais.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), em duas Opiniões Consultivas, aborda o Princípio da *Lex Specialis* para interpretar qual o melhor ramo do Direito Internacional, que se aplicaria a situação de conflitos⁵, da mesma forma que a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas⁶. De acordo com esse princípio, a norma mais explícita para resolução do caso, comparada àquela norma que é implícita, deve prevalecer, assim como a norma mais específica que abarca todos os elementos do caso. Assim, a lei especial é a norma que melhor se aplica ao contexto do caso.

A norma que deve ser aplicada é aquela que fixa regras para as condutas de hostilidade. Com efeito, para a CIJ, na Opinião Consultiva de 08 de julho de 1996, quando houver uma particular violação ao direito à vida, pelo uso de certo armamento em situação de conflito armado, cuja obrigação está contida no artigo 6 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que veda a privação da vida de forma arbitrária, tal questão somente pode ser decidida pela norma aplicável em conflito armado e não pelo referido tratado internacional de direitos humanos, o qual possui, em seu artigo 4, uma cláusula de suspensão das obrigações em situações excepcionais que ameaçam a nação, desde que arguidas pelo Estado envolvido no conflito.

Já na Opinião Consultiva de 09 de julho de 2004, que versa sobre a construção do muro nos territórios ocupados da Palestina, a CIJ altera o seu posicionamento sobre aplicação exclusiva e clássica do Princípio da *Lex Specialis* pelo fato do Estado de Israel, envolvido na demanda, não ter alegado a suspensão dos direitos contidos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Na oportunidade, a CIJ afirma, primeiramente, que, sobre a relação entre DIH e DIDH, há três pos-

⁵ Corte Internacional de Justiça. Opinião Consultiva, de 09 de julho de 2004, parágrafos 105-106; Idem, Opinião Consultiva, de 08 de julho de 1996, parágrafo 25.

⁶ ONU. Comissão de Direito Internacional. **Relatório de trabalho, 58 sessão**, UN Doc. A/61/10 (2006), p. 409.

sibilidades: alguns direitos devem ser tratados à luz do DIH; outros, exclusivamente, sob as normas de DIDH e a última possibilidade autorizaria que o caso fosse tratado sobre ambas as normas: DIDH e DIH⁷; o que ocorreu no presente caso, em que a Corte Internacional de Justiça aplicou ambos os regimes legais, na medida em que algumas violações encontraram proteção específica nas normas de DIDH, muito embora a questão envolvesse, fundamentalmente, um conflito armado.

Ainda sobre a discussão acerca da aplicação da *lex specialis*, a Comissão de Direito Internacional de Organização das Nações Unidas publicou em 2006, um estudo sobre a fragmentação do Direito Internacional, em que fixa as duas funções do Princípio da Lei Especial: a primeira é quando a regra geral é incompatível com a regra especial e a segunda função é quando ambas são compatíveis, mas apenas a especial é mais detalhada para abranger a situação particular⁸. No entanto, a referida Comissão entende que a norma mais geral pode fornecer elementos interpretativos para a lei especial.

Diante do exposto, muito embora haja a aplicação da *lex specialis*, a Corte Internacional de Justiça, no importante caso envolvendo Israel e os Territórios Ocupados da Palestina em 2004, aplicou ambos os ramos do Direito Internacional para a demanda envolvendo conflito armado internacional. Essa tese foi defendida pelo *amicus curiae* no Caso Pollo Rivera e outros *vs.* Peru e a competência da Corte Interamericana para essa finalidade.

Com efeito, estudiosos passam a entender que o Princípio da *Lex Specialis* não deve ser tratado de maneira excessivamente formal. Não se está diante de um esquema matemático; assim, as normas de DIH em conflitos armados não devem ser imediatamente aplicadas, a despeito das normas de DIDH, mas ambas devem ser levadas em consideração, enquanto regras de interpretação. Portanto, em casos envolvendo o direito à saúde em situações de conflitos armados internacionais e não internacionais, por exemplo, aplicam-se as regras de DIH, assim como as obrigações contidas no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual fixa obrigações mais detalhadas acerca do exercício desse direito⁹.

Na mesma esteira, afirma Cordula Droege, para quem a relação entre os dois ramos do Direito Internacional é sempre descrita como geral e especial, em que o Direito Internacional Humanitário é o especial. Isso não auxilia uma abordagem complementar, mas apenas ajuda na criação de um método de resolução de conflito entre normas, quando forem incompatíveis¹⁰.

A clássica divisão entre os dois comentados ramos do Direito de que o DIH se refere à conflitos armados e o DIDH para indivíduos em tempos de paz, também é questionada pela leitura dos artigos de alguns dos principais tratados de Direitos Humanos, que disciplinam sua vigência em situações de crise, como Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: artigo 4; Convenção Europeia de Direitos Humanos: artigo 15; e Convenção Americana de Direitos Humanos: artigo 27.

A convergência entre os dois regimes legais também é apontada por alguns organismos internacionais, como o Comitê de Direitos Humanos, em suas Observações Gerais n. 29 (2001) e n. 31 (2004), em que reconheceu que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos se aplica, também, para situações de conflito armado, as quais são objeto das normas oriundas do Direito Internacional Humanitário. De igual forma, tem-se o entendimento do Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2007, o qual concebe que as questões que envolvam o DIH fazem parte do seu mandato, “dada la naturaleza complementaria y de mutua relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, el examen tendrá em cuenta el derecho internacional humanitario io aplicable”¹¹. No ano seguinte, em 2008, o Conselho aprovou a Resolução 9/9 sobre proteção dos direitos humanos à população civil em conflitos armados, reforçando a convergência entre DIH e DIDH.

No âmbito do Sistema Interamericano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso da invasão de Granada pelos Estados Unidos em 1983, faz interpretação do artigo 1 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem à luz dos princípios de

complementarity of IHL and the right to health. **International Review of the Red Cross**. Violence against health care, 2013, v. I, p. 29-165.

¹⁰ DROEGE, Cordula. The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict. **Israel Law Review**, v. 40, n. 2, dezembro, 2007, p. 340.

¹¹ ONU. Conselho de Direitos Humanos, 2007, A/HRC/5/21, p.6.

⁷ Corte Internacional de Justiça, 2004, Op. cit., parágrafo 106.

⁸ ONU, 2006, Op. Cit., parágrafos 56-58.

⁹ MULLER, Amrei. States' obligations to mitigate the direct and indirect health consequences of non-international armed conflicts:

Direito Internacional Humanitário, ao atribuir a responsabilidade do Estado por ter bombardeado um hospital psiquiátrico.

Entre os Tribunais de Direitos Humanos, cita-se o caso *Al-Jedda vs. Reino Unido* (2011), em que a Corte Europeia de Direitos Humanos se pronunciou sobre o Direito Internacional Humanitário, fazendo uso da IV Convenção de Genebra, relativa à proteção de pessoas civis em tempo de conflitos, entendendo que esta não poderia se sobrepor às obrigações contidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Muito embora o caso verse sobre a detenção arbitrária de uma pessoa sob investigação diante de um contexto de conflito armado no Iraque, a Corte Europeia afasta qualquer aplicação da considerada norma especial (DIH), para aplicação de uma norma proveniente do DIDH: Convenção Europeia de Direitos Humanos. Para o Tribunal de Strasbourg, o Direito Humanitário não autoriza o Estado, com poder de ocupação, o uso indiscriminado da detenção sem qualquer julgamento¹². Logo, há um afastamento das normas de DIH, para aplicação de normas de DIDH, não aplicando, portanto, o Princípio da *Lex Specialis*.

No caso *Hassan vs. Reino Unido* (2014), embora a Corte Europeia não tenha reconhecido a responsabilidade internacional do Estado, foi instada a se pronunciar mais uma vez acerca do Direito Internacional Humanitário, mais precisamente sobre III e IV Convenções de Genebra.

Esse foi o primeiro caso em que um Estado requereu ao Tribunal Europeu que afastasse sua obrigação nos termos do art. 5 da Convenção Europeia, a partir de uma interpretação à luz do Direito Humanitário, por entender que tal artigo não poderia ser considerado diante de conflitos armados, aplicando-se, portanto, *lex specialis*.

In casu, a Corte não acolheu a alegação do Estado de aplicar tão somente as provisões das Convenções de Genebra. No entanto, o Tribunal Europeu afirmou que a Convenção Europeia não pode ser interpretada em um vácuo e deve, tanto quanto possível, ser interpretada em harmonia com outras normas de Direito Internacional de que faz parte¹³. Em consonância com

a Corte Internacional de Justiça e citando alguns precedentes como já narrados acima, “[...] a Corte Europeia considera que mesmo em situações de conflito armado, a Convenção Europeia continua sendo aplicada, ainda que interpretada no contexto das disposições do Direito Internacional Humanitário”¹⁴.

Para o Tribunal Europeu, os Estados-parte da Convenção Europeia não teriam derogado, tacitamente, as obrigações da Convenção Europeia diante de situações de conflito armados, em que se aplicam, também, as Convenções de Genebra. Isso significa afirmar que as obrigações decorrentes da detenção descritas no artigo 5 da Convenção Europeia devem estar com consonância com o DIH e, mais ainda, com o verdadeiro objetivo do artigo 5, que é proteger os indivíduos de arbitrariedades. Logo, o artigo 5 deve ser interpretado considerando o contexto e as regras aplicáveis do DIH¹⁵, havendo, sempre que possível convergência entre os dois regimes legais internacionais.

Já no caso *Korbely vs. Hungria* (2008), a Corte Europeia interpretou, diretamente, o artigo 3 comum das quatro Convenções de Genebra. Ao decidir se Korbely era acusado de cometer homicídio e incitação ao homicídio nos moldes da lei doméstica ou se o crime se enquadraria no âmbito do Direito Internacional, constituindo violação ao artigo 3 das Convenções de Genebra, a Corte caracterizou se Korbely poderia ser considerado “pessoa fora de combate”, à luz dos crimes contra a humanidade, como eram interpretadas as obrigações contidas nas referidas Convenções em 1956.

O Tribunal Europeu destacou que, com base no artigo 71 da Convenção Europeia, seu papel era avaliar se o ato cometido por Korbely, ao tempo em que fora praticado, constituía uma ofensa suficientemente definida, segundo os critérios da *accessibility* e *foreseeability*, tanto fosse da lei doméstica quanto da norma internacional aplicada.

Assim, ao realizar a análise, a Corte Europeia entendeu que, embora os artigos 3 das Convenções de Genebra, pudessem servir de base para fundamentar que a conduta do requerente fosse imputada como crime contra a humanidade (*accessibility*), outros elementos deviam ser analisados para verificar a perfeita correspondência

¹² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Al-Jedda vs. Reino Unido*, 2011, parágrafo 107.

¹³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Has-*

san vs. Reino Unido, 2014, parágrafo 77.

¹⁴ *Ibidem*, parágrafo 104.

¹⁵ *Ibidem*, parágrafo 106.

da conduta de Korbely com o supracitado artigo e sua interpretação dada à época (*foreseeability*).

Dessa maneira, quanto ao critério da previsibilidade (*foreseeability*), a Corte Europeia fixou que devia ser feita uma investigação dos elementos do Direito Internacional Humanitário. Por consequência, tornava-se necessário determinar se a conduta foi um ato isolado ou foi parte de uma ação ou política de Estado contra civis ou parte de ataques estatais sistemáticos contra seus cidadãos.

Conforme entendeu a Corte Europeia pelas provas apresentadas, a Corte Húngara não determinou qual seria o caso, mas tão só analisou o aspecto se podiam ou não as vítimas do incidente serem protegidas pelo artigo 3 da Convenção de Genebra, sem analisar os demais componentes do fato típico.

No que tange ao enquadramento da vítima fatal da alegada ofensa como “não combatente” nos termos do artigo 3 da Convenção de Genebra, a Corte Europeia, levando em consideração a interpretação comumente aceita pelos padrões internacionais à época, não ficou satisfeita quanto à definição da vítima como “não combatente” nos termos do artigo 3 da Convenção, uma vez que esta tinha sido líder dos insurgentes na tomada do prédio da polícia e não havia ficado claro se ia ou não se render na ocasião do incidente.

Dessa forma, não obstante ter passado no teste da “acessibilidade”, o crime não passou pelo teste da “previsibilidade”, havendo violação do artigo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Para alcançar essa decisão, a Corte Europeia interpreta o artigo 3 comum às Convenções de Genebra diante dos fatos do caso, afasta a aplicação das referidas normas para declarar a Convenção Europeia como norma violada. Portanto, ela enfrenta o regime do Direito Internacional Humanitário¹⁶.

Já pela aplicação do DIH pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem-se algumas iniciativas, como no já mencionado caso *De la Cruz Flores vs. Peru* (2004), que versa sobre a médica María Teresa De La Cruz Flores que foi detida em 1996, por membros da polícia, por ter, supostamente, prestado serviços médicos a membros do Sendero Luminoso. E, a partir disto, ter sido considerada integrante dessa organização ter-

rorista, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) reconheceu que o ato médico é tratado em diversos instrumentos internacionais, ressaltando também a proteção fornecida pelo DIH acerca da temática.

A CorteIDH usa as normas do DIH como reforço argumentativo ao afirmar que:

a título informativo, la Corte recuerda que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que ‘[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos’. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que ‘[n]o se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad’. Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos Internacionales¹⁷.

No caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000), que versa sobre um enfrentamento armado entre combatentes do grupo guerrilheiro Frente Luis Ixmatá e membros do Exército da Guatemala, a Corte afirma que, apesar de carecer de competência para declarar que um Estado é internacionalmente responsável pela violação de tratados internacionais que não a atribuíram tal competência, se pode observar que certos atos ou omissões que violam os Direitos Humanos encontram-se proibidos não somente pelos tratados interamericanos, mas também para outros instrumentos internacionais de proteção, como as Convenções de Genebra de 1949 e, em particular, seu artigo 3 (comum às quatro Convenções)¹⁸.

No caso *Massacres de El Mozote e lugares próximos vs. El Salvador* (2012), em que as Forças Armadas de El Salvador realizaram uma série consecutiva de execuções massivas, coletivas e indiscriminadas de civis em El Mozote e locais próximos, a Corte, finalmente, fez uso das normas de DIH, a fim de interpretar e definir o alcance e conteúdo dos direitos e das obrigações contidas na CADH:

el Tribunal considera útil y apropiado, tal como lo ha hecho en otras oportunidades, al analizar e interpretar el alcance de las normas de la Convención Americana en el presente caso en que los hechos

¹⁶ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Korbely vs. Hungria*, 2008, parágrafos 73-95.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *De la Cruz Flores vs. Peru*. Sentença de mérito, reparações e custas, 2004, parágrafo 141.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentença de mérito, 2000.

ocurrieron en el contexto de un conflicto armado no internacional y de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana, recurrir a otros tratados internacionales, tales como los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en particular el artículo 3 común a los cuatro convenios, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977 (en adelante “Protocolo II adicional”) del cual el Estado es parte, y el derecho internacional humanitario consuetudinario, como instrumentos complementarios y habida consideración de su especificidad en la materia¹⁹.

A Corte utilizou o artigo 4 do II Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, o qual protege o direito à vida de civis e dos que deixaram de participar ativamente das hostilidades, assim como o artigo 13 do citado Protocolo, que fornece uma proteção específica à população civil, para a análise que faz de diversos artigos da CADH, conjuntamente, demonstrando que direitos como liberdade, integridade pessoal, vida, entre outros, são inderrogáveis, mesmo em cenário de conflito armado.

A Corte acrescenta que o DIH impõe aos Estados a obrigação de investigar e julgar crimes de guerra. Por isso, as pessoas suspeitas de terem cometido tal crime ou que estejam condenadas em virtude de sua prática não podem sofrer anistia. Ao alcançar tal conclusão, a Corte interpreta o artigo 6(5) do II Protocolo Adicional.

Ainda em 2012, a Corte julgou o caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, em que as forças armadas da Colômbia e a guerrilha protagonizaram diversos enfrentamentos. Semelhante à estratégia de defesa dos Estados perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Colômbia apresentou uma exceção preliminar sob a alegação de incompetência material, em virtude da necessidade de aplicação do Direito Internacional Humanitário ao caso, argumentando a visão clássica do Direito Internacional e seguindo os primeiros precedentes da Corte Internacional de Justiça sobre o tema, de que deveria ser aplicada a *lex specialis*.

A Corte desestimou tal alegação afirmando que, apesar da Convenção Americana apenas ter atribuído competência a ela, para que determine a compatibilidade de ações e omissões ou de normas dos Estados-parte com a própria Convenção, ela pode sim interpretar, à

luz de outros tratados e princípios consuetudinários, os direitos contidos na CADH, em particular matérias provenientes do Direito Internacional Humanitário²⁰, entendimento, também, exposto no Caso *Las Palmeras vs. Colômbia* (2000); Caso da Comunidade *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), Caso *Liakat Ali Ali-bux vs. Suriname* (2014); Caso *Rodríguez Vera e outros vs. Colômbia* (2014).

Como os fatos do caso ocorreram em um contexto de conflito armado não internacional, “el Tribunal considera útil y apropiado interpretar el alcance de las normas de las obligaciones convencionales en forma complementaria con la normativa del Derecho Internacional Humanitario, habida consideración de su especificidad en la materia”²¹.

Embora registram-se avanços na jurisprudência internacional sobre o tema, a Corte Interamericana faz uso do DIH como reforço argumentativo para suas decisões, sem fazer uso de princípios do DIH ou critérios apontados pelas Convenções de Genebra para declaração de situação de violação ou não do tratado, diverso que do se observou na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Para além da aplicação dos regimes de Direito Internacional em casos de violações de Direitos Humanos a serem apreciados por Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, o *amicus curiae* também enfrentou o ato médico em tempos de conflitos armados internos e sua legitimidade, apontando as normas internacionais que protegem profissionais liberais no exercício da sua profissão, situação que corresponde também ao caso trabalhado pela CIDHA.

4 Considerações finais

A sentença do Caso *Pollo Rivera vs. Peru* foi emitida em outubro de 2016, tendo sido notificada às partes em dezembro do mesmo ano. Em que pese a CIDHA ter conquistado a condenação do Estado peruano perante a Corte IDH, verificou-se que o tribunal não enfrentou determinados aspectos relevantes para o caso, mormen-

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Massacres de El Mozote e lugares próximos vs. El Salvador*. Sentença de mérito, reparações e custas, 2012, parágrafo 141.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Sentença de exceções preliminares, mérito e reparações, 2012.

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit., 2012, parágrafo 141.

te a aplicação direta de normas de Direito Internacional Humanitário, com vista a reconhecer a atuação de profissionais liberais em contexto de conflito armado interno, sem qualquer caracterização como integrantes de grupos combatentes, mas os considerando fora de combate.

Por tal razão, pesquisas sobre o tema permanecem ativas dentro da CIDHA, por entender, ainda, que o caso em que se atuou reflete a realidade de vários outros que seguem pendentes no Sistema Interamericano e em âmbito interno, em que muitos profissionais liberais, como médicos, advogados, dentre outros, prestaram serviços para grupos de combate organizados e continuam sendo criminalizados.

Convém ressaltar como uma atuação de ensino clínico, o caso em apreço deve, portanto, refletir uma realidade não meramente individual, de representação de vítimas e familiares, mas ter reflexos coletivos, com mudanças de legislações ou políticas públicas, como a Lei Antiterrorismo no Peru, que foi usada para condenação de Pollo Rivera, que segue em vigor.

Nesse sentido, a atuação da CIDHA/UFPA, por meio de uma demanda em trâmite no Sistema Interamericano, além de ter possibilitado aos estudantes a participação em assessoria jurídica internacional relevante, contribui para debates internos sobre normas vigentes e, ainda, a repercussão em *standards* jurisprudenciais internacionais.

Certamente, ensinar a aplicação de normas de DIDH e DIH, por meio de um caso real, cuja temática tem grande repercussão para um país da América Latina, proporcionando campo, com entrevistas, contatos com vítimas e atuação prática em audiência de um tribunal Internacional, não é só inédito no Brasil, mas questiona a forma de ensinar o Direito Internacional, por meio de uma educação meramente formal.

Referências

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados.** Versão Digital. Disponível em [http://www.icrc.org/por/re-](http://www.icrc.org/por/re-sources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm)

[sources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm](http://www.icrc.org/por/re-sources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm), Parte I.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Al-Jedda vs. Reino Unido, 2011.

_____. Caso Korbely vs. Hungria, 2008.

_____. Caso Hassan vs. Reino Unido, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentença de mérito, 2000.

_____. Caso Cruz Sánchez e Outros *vs.* Peru, Sentença de mérito, reparações e custas, 2003.

_____. Caso De la Cruz Flores vs. Peru. Sentença de mérito, reparações e custas, 2004.

_____. Caso do “Massacre de Mapiripán” *vs.* Colômbia. Sentença de mérito, reparações e custas, 2005.

_____. Caso Massacre de Santo Domingo *vs.* Colômbia. Sentença de exceções preliminares, mérito e reparações, 2012.

_____. Caso Massacres de El Mozote e lugares próximos *vs.* El Salvador. Sentença de mérito, reparações e custas, 2012.

Corte Internacional de Justiça. Opinião Consultiva, de 08 de julho de 1996.

_____. Opinião Consultiva, de 09 de julho de 2004.

DROEGE, Cordula. The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict. **Israel Law Review**, v. 40, n. 2, dezembro, 2007.

ESPIELL, H. Gros. **Derechos humanos, derecho internacional humanitário y derecho internacional de los refugiados.** In: Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de La Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet. 1984.

LAPA, Fernanda B. **Clínica de Direitos Humanos: uma proposta metodológica para a educação jurídica.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

ŁOMOWSKI, Dariusz. **The Legal Clinic: The Idea, Organization, Methodology.** The Legal Clinics Foundation: Warsaw, 2005.

MULLER, Amrei. States’ obligations to mitigate the direct and indirect health consequences of non-international armed conflicts: complementarity of IHL and

the right to health. **International Review of the Red Cross**. Violence against health care, 2013, v. I, p. 29-165.

ONU. Comissão de Direito Internacional. **Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the ILC's Study Group on Fragmentation**, A/CN.4/L.682, 13 April 2006 (hereinafter ILC Report).

_____. Comissão de Direito Internacional. **Relatório de trabalho, 58 sessão**, UN Doc. A/61/10 (2006).

_____. Conselho de Direitos Humanos, 2007, A/HRC/5/21.

TEREZO, Cristina Figueiredo, *et al.* **Manual para clínicas jurídicas no Brasil: de onde vem? O que é? Pra que serve? Como funciona?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

TEREZO, Cristina. **Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. In: SILVA NETO, Nirson Medeiros et al., (Orgs.). Educação clínica em direitos humanos: experiências da rede amazônica de clínicas de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 9-20. 2016.

TEREZO, Cristina; CAZETTA, Ana Carolina; FONSECA; Maria Eduarda. **Clínica de Direitos Humanos da Amazônia: da Institucionalização à sua Expertise em Competições Internacionais**. In: TEREZO, Cristina; LAPA, Fernanda; LOUREIRO, Silvia. *Clínicas jurídicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

TEREZO, Cristina; VIEIRA, Flavia; GIFFONI, Jonhy. A parceria entre a Defensoria Pública do Estado do Pará e a Clínica de Direitos Humanos da Amazônia/UFPA no enfrentamento de violações de direitos humanos por empresas transnacionais. **Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, v. 3, p. 44-64, 2019.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editorial

Fábia Fernandes Carvalho

George Galindo

João Roriz

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Fábia Fernandes Carvalho**

George Galindo***

João Roriz ****

Ao se glorificar a obra dos que se esforçaram pelo reconhecimento da independência brasileira, não se fará justiça completa se se olvidar o trabalho, muitas vezes anônimo, mas quase sempre eficaz, da então Secretária de Estado dos Negócios Estrangeiros. De fato, foi a conjugação dos esforços dos que lá fora se dedicaram a essa obra patriótica e dos que aqui lhes auxiliaram a tarefa que resultou a entrada do Brasil, em curto prazo, no grêmio das nações independentes.¹

Assim, Hildebrando Accioly concluiu um artigo sobre o que chamou de diplomacia da independência do início do século XIX. Seu escrito ressaltou a atuação internacional do império que almejava o reconhecimento de sua independência juntamente às grandes potências. Ele destacou a importância de figuras como Caldeira Brant, Silvestre Rebello e Gameiro Pessoa em suas negociações com coroas europeias, bem como sua aproximação com os Estados Unidos pela doutrina Monroe.

O texto de Accioly foi publicado em uma edição especial da *America Brasileira* em 1922, em comemoração ao primeiro centenário da independência do Brasil. Os assuntos que circularam na publicação carioca são demonstrativos não somente de ponderações sobre os primeiros cem anos da nação, mas também dos imaginários e desejos sobre ela — que circulavam à época. Nos textos da revista, protagonizaram-se personagens para transformá-los em heróis (Rocha Pombo destacou a figura de D. Pedro I), favoreceram-se campos de conhecimento para guiar uma boa sociedade (Pontes de Miranda fez uma contundente defesa da ciência jurídica), escolheram-se traços culturais para induzir comportamentos (Graça Aranha elogiou o idealismo do povo brasileiro). Enfim, celebrou-se o passado com acenos ao futuro e se modulava o debate público do momento.

Ao posicionar em privilégio a atuação dos primeiros diplomatas da nova nação independente, o texto de Accioly tanto direcionou um olhar para o passado quanto fortaleceu a instituição na qual ele começava uma longa carreira. Ele havia ingressado no serviço diplomático há oito anos em 1922; ainda faltavam quase quatro décadas até ele se desvincular do Ministério das Relações Exteriores.² Não é, entretanto, na história diplomática que se associa o nome de Accioly à sua carreira profissional de forma mais marcante, mas no direito internacional. Quase dez anos depois do seu artigo de 1922, ele inaugurou uma série de trabalhos nesse campo: em 1933 publicou o primeiro volume do *Tratado de direito internacional público*, e iniciou uma prolífica

** Senior Fellow with the Transnational Law and Racial Justice Network (TLRJN), University of Windsor, Faculty of Law, Canada.
E-mail: fabia.vecoso@gmail.com

*** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.
E-mail: ggalindo@unb.br.

**** Professor da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Federal de Goiás.
E-mail: joaororiz@ufg.br

¹ ACCIOLY, Hildebrando. A diplomacia da independência. *America Brasileira*: Resenha da Actividade Nacional, ano 1, n. 9, 1922. p. 55-56.

² Accioly se aposentou como diplomata em 1953, mas continuou como consultor jurídico da instituição até 1960, dois anos antes da sua morte. Para uma breve nota biográfica de Accioly e uma análise de sua obra jusinternacionalista. RORIZ, João. Um dever do 'homem culto': Hildebrando Accioly, jurista, diplomata. In: Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Direito internacional no Brasil*: pensamento e tradição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. v. 1. p. 31-59.

carreira internacionalista exercida tanto pela diplomacia quanto por textos acadêmicos.

Para as leitoras que nos leem: escolhemos começar o editorial com essa história por dois motivos. Primeiro, porque a nossa geração também passou por um marco da independência do Brasil, agora de duzentos anos. Ao pontuarmos a data, nosso intuito não é de uma celebração acrítica, mas o contrário: tomamo-la como uma ocasião oportuna de reflexão sobre o passado com vistas a trazer à tona debates no nosso campo hoje, ou seja, entendemos que há entrelaçamentos com engajamentos do presente.³ Se a historiografia moderna imaginou o tempo a partir de marcos, que nós os aproveitemos não somente como celebração, mas também como reflexão. Resgatar a história do direito internacional no Brasil é entender melhor nossas trajetórias e tradições, nossas lutas e resistências como campo acadêmico.⁴ É também entender que esse campo foi e é formado por pessoas (geralmente homens⁵ brancos de elites) com projetos políticos específicos, e questionar como eles contribuíram para repetir processos de violência e exclusão, ou para promover menos desigualdade e mais proteção a vulneráveis. No limite, favorece o nosso reconhecimento e compreensão enquanto coletividade, como uma comunidade imaginada chamada Brasil.

Em segundo lugar, a trajetória acadêmica de Accioly sugere um maior envolvimento entre direito internacional e história. O internacionalista cearense seguiu com escritos que ajudaram a formatar o direito internacional no Brasil, assim como se dedicou a trabalhos mais historiográficos.⁶ Mas, se, atualmente, divide-se sua contribuição em dois campos diversos — de um lado o direito internacional e, do outro, a história — talvez isso revele mais sobre um olhar epistemológico dos dias de hoje — que defende fronteiras nítidas e rígidas em

saberes — do que o dele à época. Em outras palavras, aqueles que hoje se distanciam da história para pensar ou exercer o direito internacional talvez façam parte de uma geração funcionalista que supõe operar uma técnica atemporal e, portanto, apolítica. Entendemos que o processo de despolitizar ou desistoricizar o direito internacional é um projeto que o enfraquece e reproduz uma forma alienada de se posicionar no mundo. Nosso intuito com esse número especial é uma tentativa de resistir a tal processo.

Esse editorial e os trabalhos publicados nesta edição da *Revista de Direito Internacional* são um convite para que tenhamos um resgate da nossa história, ou melhor, das nossas histórias, no plural. Voltar-se ao passado do direito internacional do Brasil é permitir “a construção de diferentes alternativas possíveis para a organização jurídica internacional do presente e do futuro ao levar em consideração uma necessária prestação de contas devida para com as gerações passadas.”⁷

Nessa primeira leva de textos, temos muita satisfação de contar com trabalhos instigantes sobre temas diversos sobre a história do direito internacional no Brasil. No texto ‘*Brazil and the 1919 Peace Negotiations: A Newcomer Among the Greats*’, **Paulo Roberto Almeida** trata do envolvimento do Brasil nas negociações de Versalhes de 1919 após a Primeira Guerra Mundial. Prestígio, café e navios são artefatos que o autor elege para nos ajudar a escavar a participação brasileira naquele evento, com destaque para a atuação do internacionalista Epitácio Pessoa, eleito presidente do Brasil enquanto estava em Paris. Com perspicácia e rigor, o trabalho de Almeida resgata um dos eventos centrais no imaginário do Brasil sobre sua participação em organizações internacionais e sobre sua própria autoimagem no plano externo.

Por sua vez, **Alexandre Pereira da Silva** nos oferece uma criativa interpretação do Brasil sobre o direito do mar com base em dois episódios, a chamada ‘Guerra da Lagosta’ na década de 1960 e a posição do país quanto à expansão de seu mar territorial para 200 milhas marítimas da década de 1970 em diante. Seu texto “O Direito do Mar no Brasil em Dois Episódios: a Guerra da Lagosta” e o Mar Territorial de 200 Milhas Marítimas” contribui para uma melhor compreensão da posição do país ao longo do tempo e de como se empregou a lin-

³ ORFORD, Anne. *International law and the politics of history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021; KOSKENNIEMI, Martti. Why history of international law today? *Rechtsgeschichte*, v. 4, p. 61-66, 2004.

⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Introdução: juntando peças de uma tradição possível. In: Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Direito internacional no Brasil: pensamento e tradição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. v. 1. p. 1-21.

⁵ Charlesworth, Hilary; Chinkin, Christine. *The boundaries of international law: a feminist analysis*. Manchester: Manchester University Press, 2000.

⁶ Por exemplo, seu texto de 1922 foi desdobrado em livros, primeiro “O reconhecimento da independência do Brasil” de 1927, e depois o mesmo assunto com foco nos EUA, em “O reconhecimento do Brasil pelos Estados Unidos da América” de 1936, além de outros.

⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, 2015. p. 352.

guagem do direito internacional com base em interesses nacionais.

No artigo “Política externa, soberania e direitos individuais dos estrangeiros — o epílogo do caso Battisti à luz de uma análise histórica da jurisprudência do STF”, **Daniel Damásio Borges** argumenta que há uma relação entre a política externa brasileira e a proteção de direitos individuais de estrangeiros, principalmente em questões de expulsão e de extradição. O autor entende que o STF tem duas interpretações concorrentes sobre soberania, o que se reflete em sua jurisprudência que envolve a relação entre o executivo e judiciário. O escrito de Borges está em uma necessária agenda que analisa o direito internacional em relação à política, além de posicionar um importante ator nesse processo, o STF.

A figura de Epitácio Pessoa também é central no artigo de **Henrique Lenon Farias Guedes** e **Marcilio Toscano Franca Filho**. Em “The arbitrator Epitácio Pessoa and the Brazilian approach to arbitration: an analysis of the settlement of disputes between public entities and foreign investors”, os autores questionam uma suposta tradição brasileira de resistir à solução de disputas investidor-Estado em arbitragens. O texto oferece uma cuidadosa pesquisa sobre os fundamentos jurídicos da posição brasileira sobre o assunto e disponibilizam uma análise rica sobre um personagem central no direito internacional do Brasil.

Em “Direito internacional imperial e a circulação de uma cultura jurídica hegemônica: por uma matriz desenvolvimentista brasileira”, **Roberto Guilherme Leitão** e **Rômulo Guilherme Leitão** questionam se há um conflito entre interesses do Brasil e imposições do Banco Mundial exercidas pelo que eles denominam de “direito internacional imperial”. A partir de disputas relativas à noção de desenvolvimento econômico, os autores provocam seus leitores a repensar a instrumentalização do direito internacional e as resistências possíveis a ela. O artigo se soma a uma crescente literatura crítica sobre a relação dos Estados com instituições econômicas internacionais que ocorrem com base em disputas de poder e de lógicas de dominação.

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo resgata o pensamento do padre Antônio Vieira sobre o direito das gentes, mais especificamente sobre a questão da escravidão indígena e africana. O texto “O direito das gentes contra a escravidão em Padre Antônio Vieira” retrata a complexidade das posturas do padre Vieira,

que se posicionava como defensor dos povos indígenas, mas, ao mesmo tempo, foi acusado de escravocrata em relação aos negros. Macedo questiona classificações simplistas sobre o padre Vieira e oferece uma rica avaliação do seu pensamento a partir do direito das gentes.

Por fim, o texto “O *uti possidetis* como contribuição latino-americana ao direito internacional” de **Marcos Pascotto Palermo** e **Alfredo de Jesus Dal Molin Flores** posiciona a América Latina na história do princípio do *uti possidetis*. O artigo navega por grandes períodos históricos, do direito romano ao direito internacional moderno até chegar na experiência colonial da América do Sul. O trabalho colabora com um recente esforço na literatura em se entender melhor a relação da América Latina com ideias, processos e eventos de direito internacional.⁸

Os artigos publicados nesta edição partem de questões distintas, empregam metodologias múltiplas e se localizam em tradições teóricas diversas. Sua pluralidade epistemológica demonstra uma riqueza de possibilidades de envolvimento com o passado. Em seu conjunto, oferecem às leitoras desse número caminhos possíveis para outras inquietações e outras pesquisas.

Mas o engajamento com o passado é um processo contínuo e em perpétuo fazer. Como pensou Edward Said, a

a história é feita por homens e mulheres, e do mesmo modo ela também pode ser desfeita e reescrita, sempre com vários silêncios e elisões, sempre com formas impostas e desfiguramentos tolerados, de modo que o ‘nosso’ Leste, o ‘nosso’ Oriente possa ser dirigido e possuído por ‘nós’.⁹ Quando as histórias que contamos são reveladas, é crucial que nos atentemos àquelas que ainda não o foram, àquelas que, por razões diversas, ficaram para trás, por descuido, omissão, ou porque o campo ainda não tem condições de escutar seus subalternos. Desconfiamos que, ainda, há muitas histórias assim em nossa trajetória e fazemos votos que os trabalhos de escavação continuem.

⁸ Por exemplo, Carvalho Veçoso, Fabia Fernandes. Intervention through sovereign debt: a redescription of the drago doctrine. *Third World Approaches to International Law Review*, v. 1, p. 74-92, 2020.

⁹ SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 14.

DOSSIÊ

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Brazil and the 1919 peace negotiations: a newcomer among the greats

O Brasil e as negociações de paz de 1919: um aprendiz entre os grandes

Paulo Roberto Almeida

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Brazil and the 1919 peace negotiations: a newcomer among the greats*

O Brasil e as negociações de paz de 1919: um aprendiz entre os grandes

Paulo Roberto Almeida**

Abstract

After some huge funding loans at the end of the Monarchy and in early Republic, to consolidate old debt into new debt, the Great War represented a serious disturbance for Brazil's fragile economy: reduction of its exports (mainly coffee) to Europe and no one cent lent by Brazil's official bankers, the London Rothchilds, during the whole duration of the war. Brazil had a minor participation in the fights, either naval or terrestrial, having declared a state of war against the German Empire only in the second semester of 1917, with some naval patrols in the Atlantic waters and a "Brazilian hospital" in Paris, but most of the personnel sent to Europe succumbed to the Spanish flu at the end of the conflict. Brazilian participation in the peace conference was assured by an especial delegation, having at the head a prestigious envoy, Mr. Epitácio Pessoa, who was not only selected as presidential candidate, but also was to be elected while in Paris, without any campaign at home. Main issues in defense of Brazilian interests at the Paris Peace Conference were the payment of Brazilian coffee stocks in Hamburg and Trieste, retained by the central empires, and a financial or material compensation to be offered against German ships retained in Brazilian ports. Brazil signed only the Versailles treaty, was admitted in the League of Nations, but choose to quit the organization five years later, when Germany was elected to a post Brazil expected to be assigned for it.

Keywords: Great War; Paris peace negotiations; Brazil's delegation; Epitácio Pessoa.

Resumo

Depois de importantes empréstimos de consolidação ao final da monarquia e no começo da República, para aliviar a situação de sua dívida externa, a Grande Guerra representou uma enorme perturbação para a frágil economia brasileira: redução de suas principais exportações (sobretudo café) para a Europa e nenhum centavo emprestado pelos seus banqueiros oficiais, a casa bancária Rothschild, de Londres, durante toda a duração da guerra. O Brasil teve uma participação marginal no conflito, seja naval ou com forças terrestres, tendo declarado guerra contra o Império Alemão apenas no segundo semestre de 1917, participando com algumas patrulhas navais nas águas do Atlântico e a instalação de um "hospital brasileiro" em Paris,

* Recebido em 11/01/2022
Aprovado em 02/02/2023

** Doutor em Ciências Sociais; Mestre em Planejamento Econômico; diplomata de carreira; professor universitário. Diretor de Publicações no Instituto Histórico e Geográfico do DF.
Emails: pralmeida@me.com

mas a maior parte do pessoal enviado sucumbiu à gripe espanhola ao final da guerra. A participação do Brasil na conferência de paz foi feita por uma delegação especial liderada por um enviado de prestígio, Epitácio Pessoa, que foi não apenas escolhido como candidato presidencial em 1919, como foi eleito enquanto estava em Paris, sem jamais fazer campanha no Brasil. Os temas principais da delegação na conferência da paz de Paris foram a defesa dos interesses brasileiros na questão do pagamento dos estoques de café retidos pelos impérios centrais nos portos de Trieste e Hamburgo, bem como alguma compensação financeira ou material pelos navios alemães detidos nos portos brasileiros. O Brasil assinou apenas o Tratado de Versalhes, foi admitido na Liga das Nações, mas decidiu abandonar a organização cinco anos depois, quando a Alemanha foi eleita para a cadeira que o Brasil considerava que deveria ser sua.

Palavras-chave: Grande Guerra; negociações de paz de Paris; delegação do Brasil; Epitácio Pessoa.

1 Brazil before and after the Versailles Treaty: economics, rather than power politics

Starting with its “discovery” by Portuguese navigators in 1500 and up to the Independence in 1822, Brazil’s integration into the world economy was essentially made through the “colonial pact,” and as an exporter of commodities, especially of “dessert products” (sugar, and since from Independence, coffee and cocoa), as well as a few other products: cotton, rubber, iron ore, etc. Those basic goods, together with the current addition of soya beans, meat products and orange juice, still continue to be at the top of the list of Brazilian commodity supply to the world. Since the start of its nation-building, at the beginning of the third decade of the 19th century, Brazil has been chronically dependent on foreign financing, both for investments, and, especially, for financing the State, which has ever been a concern for a country without sufficient domestic savings. For the whole duration of the monarchical period (1822-1889), contrary to some of its South American neighbors, Brazil was a responsible debtor, even if resorting sometimes to funding loans. Starting with the Republic’s loose federal system, it eventually turned into a ruined debtor, and remained so throughout the Great

War. After the 1929 crisis and with the Depression in the 1930s, a technical moratorium on its foreign debts became inevitable.¹

The Great War represented a serious disturbance for Brazil’s fragile economy. Despite a huge funding loan obtained shortly before the conflict, to consolidate old debt into new debt, the war caused a serious reduction of Brazil’s exports (mainly coffee) to Europe and a complete halt – not a single cent – on lending to Brazil by its official bankers, the London Rothschilds, during the whole duration of the war.² Brazil had a minor combat role, either on land or at sea, having declared a state of war against the German Empire only in October 1917. Some naval patrols were sent to the South Atlantic waters and a “Brazilian hospital” was established in Paris. Many among the military personnel sent to Europe fell victim to the Spanish flu epidemics before seeing action – which would have been at the end of the conflict, anyway. The Spanish flu swept the globe in 1918-1919 and in a few months made more victims than the total number of battlefield deaths during the war. Estimates range from approximately 20 to 50 million deaths worldwide, making it one of the most devastating public health crises of recent history.

One of the most interesting memorialists among Brazilian diplomats, Heitor Lyra, a historian by training, with a long trajectory in the Foreign Service – from 1916 to 1958 –, and distinguished author of many works on Brazilian diplomatic history, presents a more colorful picture of the Brazilian decision to declare war against the Central Empires, more specifically against Germany, which took place soon after the replacement of a “Germanic” Foreign minister in the Brazilian chancery, known as Itamaraty:

When Lauro Muller left [the Foreign Ministry], on May 3rd, 1917, he was replaced by Nilo Peçanha, governor of the state of Rio de Janeiro state, who was assigned to Itamaraty two days later. This appointment, by the way, had no other significance than to bring Brazil into war against Germany [...]

Together, in this manner, with the war program that he brought, he ordered, a month after taking office, the “fiscal possession” of the German ships docked in our ports; and revoked, at the same time, our neutrality in the war in favor of the United Sta-

¹ CARVALHO, Carlos Delgado de. *História diplomática do Brasil (1959)*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2016. passim.

² BARRETO, Fernando de Mello. *Os sucessores do Barão: relações internacionais do Brasil, 1912-1964*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. passim.

tes of America. Shortly thereafter, he extended this measure to other Allied countries. And, three months later, the state of war was proclaimed.

It was, by the way, a *drôle de guerre*, which remained, for us, little more than ink on paper. Because it was declared at the final phase of the hostilities, only to pay lip service to a *League for the Allied*, we barely had time to prepare our disjointed Fleet, which crept through the seas towards the European *naval theater*. . . [but] didn't arrived [on time]: it was caught by surprise, near the port of Dakar, by the Spanish flu, that decimated a great share of our troops, delayed its march – enough time for the fight to end with the allied forces' victory, without time to allow our participation in it.³

Indeed, only in a few places the pandemic was as deadly as among the Brazilian fleet sent to the coast of Senegal. In Dakar, the cemetery still has the graves of the more than a hundred Brazilian soldiers (over one-tenth of the entire crew) who succumbed to the flu outbreak. The reports of that experience make a grim reading and describe one of the most tragic episodes in the history of the Brazilian armed forces.⁴

Nilo Peçanha remained only one year at the head of Itamaraty, being replaced by a career diplomat, Domício da Gama, a former assistant to the great Baron of Rio Branco (1902-1912, who served under four presidents), and a long time ambassador in Washington (from 1911 to 1918, and the only ambassador that belonged to the professional staff at that time), where he made many goods friends, among them Robert Lansing, Wilson's Secretary of State, the Undersecretary Frank Polk, and even Wilson himself, through his friend, Colonel House, alter ego of the American president.⁵ As both Great Britain and France – or, perhaps, Lloyd George and Clemenceau – converged on the idea that the presence of countries such as Brazil should be very limited, under the correct assumption that our participation in the actual war effort was indeed limited, Brazil's role in Paris was only secured thanks to Domício's friends in the American government.⁶

Brazil participated in the peace conference with an important delegation, headed by a prestigious envoy, Mr. Epiácio Pessoa, who was not only to be selected as presidential candidate shortly thereafter, but would even be elected while in Paris, without campaigning at home.⁷ Other members of the Brazilian delegation were João Pandiá Calógeras, deputy head, who was an eminent intellectual, political figure, and future minister of the War (Army); Olyntho de Magalhães, Brazilian minister in Paris; Raul Fernandes, a distinguished jurist; Rodrigo Octavio de Menezes, a professor of International Law in Rio de Janeiro; two senior military officials (Army and Navy) and some other diplomats.⁸ One of the first cables from the Delegation to Rio de Janeiro, after Pessoa and other members arrived in Paris (January 28), complained about the meagerness of their accommodations in Paris, and the lack of automobiles, alluding to the more than 25 new cars at the service of the American delegation.⁹

Key Brazilian interests at the Versailles Peace Conference were the payment for Brazilian coffee stocks in European ports, held by the Central Empires, and a financial or material compensation to be offered against German ships seized two years earlier in Brazilian ports.¹⁰ Brazil signed the Versailles treaty, and joined the League of Nations, but choose to leave the organization five years later, when Germany was admitted as a permanent member of the Executive Council, a position Brazil expected to be assigned for itself. This is the general framework within which Brazilian participation in the Paris peace negotiations must be analyzed: besides building up political prestige, the main objectives were of an economic nature: the first one grounded on the real, and unique strength of the Brazilian economy, that is coffee, the second one related to our main predicament, finances and foreign capital.

³ LYRA, Heitor. *Minha vida diplomática*. Brasília: UnB, 1981. v. 1. p. 45.

⁴ VINHOSA, Francisco Luiz Teixeira. *O Brasil e a Primeira Guerra Mundial: a diplomacia brasileira e as grandes potências*. Rio de Janeiro: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1990. p. 87.

⁵ LYRA, Heitor. *Minha vida diplomática*. Brasília: UnB, 1981. v. 1. p. 87.

⁶ SMITH, Joseph. *Unequal giants: diplomatic relations between the United States and Brazil, 1889-1930*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1991. p. 55.

⁷ GABAGLIA, Laurita Pessoa Raja. *Epiácio Pessoa (1865-1942)*. São Paulo: Livraria José Olympio Editora, 1951. v. 1. p. 225.

⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagens presidenciais (1919-1922)*: Delfim Moreira e Epiácio Pessoa. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 1978. p. 185.

⁹ PESSOA, Epiácio. *Obras completas: Conferência da Paz, diplomacia e direito internacional*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961. v. 14. p. 15.

¹⁰ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Guerra da Europa: documentos diplomáticos, atitude do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. p. 45.

2 Direct and indirect impacts of the Great War on Brazil

A little more than a century ago, Brazil was coffee and coffee was Brazil (indeed since the middle of the 19th century, and it so remained for the most part of the 20th). The main source of state revenue were foreign trade tariffs, including a tax on coffee exports, but starting with the Republican Constitution (1891) federal receipts were based on import taxes, while states retained or could introduce tariffs on exports (thus, the relative “riches” of São Paulo, the main coffee producer in the federation, allowing it to pay for the “importation” of immigrants). For a while, from 1870 to 1913, the booming rubber exports from the Amazonia region was also an important provider of foreign exchange, until the Malaysian production, developed by the British with the use of *Hevea brasiliensis* seeds from Brazil, displaced Brazilian rubber in the most important markets. Brazil’s main trade partners were, of course, European countries, first of all United Kingdom, followed by Germany. But United States was, since the end of the Civil War, the biggest importer of Brazilian coffee and also of its rubber. Financing, both for the central government and for direct investments and infrastructure works (mainly railways), was assured by UK bankers and investors; Brazilian bonds used to sell relatively well, and the London Rothschilds became exclusive representatives of the Brazilian Treasury from the second half of the 19th century up to the 1930s.

Ten years before the Great War, Brazil offered one innovation to the English economic vocabulary, the concept of “valorization”, the outcome of an economic pact among most the important coffee producing states – São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais – to retain huge amounts of excess production, stocks that had to be financed by a foreign emission and a supplementary tax on its exports. As the Rothschilds bankers refused to finance such a distortionary device, and Brazilian planters had to resort to American banks in New York to sustain the anti-competitive scheme. Brazil supplied, then, almost 4/5 of the world’s supply of coffee, and that position allowed the producers to use their market power to increase prices (Colombia, still developing its coffee plantations, and thus unable to compete with Brazil in volume, started to leverage the quality of its yields, a strategy that returned higher prices, albeit only a few cents, for its produce in the New York exchange).

Later on, Brazil was sued in New York tribunals for this kind of unfair maneuvers.

This occurred about the same time when financial markets suddenly closed for Brazil and other peripheral borrowers, with the start of the Great War, in August 1914. They would not be open again until 1919, but a big funding loan had been concluded shortly before the debacle (amounting to 13,7 million pounds). For almost a century, since its first loan agreed with London bankers and businessmen, in 1824, Brazil had depended on foreign financing to cope with its State expenditures, including interests of old debts, and some investments in transportation and urban improvements. Most often, those investments took the form of Public-Private Partnerships (PPP), where a company, usually established in London, would have a guaranteed yearly return of 6%, almost the double of the normal rates practiced in central capitalist countries. Brazil had previously contracted a huge funding loan in 1898 (8.6 million pounds), that is, a consolidation agreement exchanging various former bonds for new debt titles, putting forward payment of principal, and interests funded by the receipts of Rio customs. After a new one before the war, there would be no more relief for Brazil in capital markets, which represented a tremendous challenge for the Brazilian economy. Compounded with the closing of some commodity markets in continental European countries, that would be one of the most pressing problems for the economic authorities.¹¹

The outbreak of the Great War in August 1914, and the naval battles that ensued, brought in a serious disturbance to bear upon maritime communication lines, as Imperial Germany had built a war navy almost as powerful as that of old Britain. In the course of events, German U-boats sank almost 5,000 ships with nearly 13 million gross register tonnage. Later on, the Royal Navy regained some form of control over the Atlantic and North Sea waters, but commercial transportation was seriously affected by the unforeseen performance of the German U-boats. In addition to some coffee in the German North Sea ports, even stocks in the Mediterranean, in Trieste, were blocked by the central empires, in this case by Austro-Hungarian control of that city.¹² Brazil lost an important portion of its coffee sa-

¹¹ VINHOSA, Francisco Luiz Teixeira. *O Brasil e a Primeira Guerra Mundial: a diplomacia brasileira e as grandes potências*. Rio de Janeiro: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1990. p. 37.

¹² BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Guerra da Europa:*

les abroad, even to the American markets, which also experienced some cuts. After a century of domination of its foreign trade by Great-Britain, Germany had become an important, and growing, market for Brazilian products, adding in the new partnership some financing and a few direct investments in industry and trade. Other European markets were also engulfed in the continental conflict, adding to Brazil's losses.

At the domestic political and cultural level, Brazilian intellectuals and politicians engaged in a fierce and passionate debate about which side the country should take in the conflict. Most people in the Brazilian elite, for obvious reasons, expressed sympathy to the Allied cause, especially towards Belgium and France, since Brazilian travelers enjoyed disbursing their "mil-reis" (in principle a convertible currency) in Parisian cabarets. Some others sided with Germany, though few expressed openly positive feelings for that cause. In 1915, Ruy Barbosa, former Finance minister at the beginning of the Republic, delegate to the Second Hague Peace Conference (in 1907), became the president of Brazilian League for the Allied. One year later, in July 1916, in a famous speech as Brazilian envoy to the centennial anniversary of Argentinian independence, Barbosa insisted that Brazil could not remain neutral after the invasion of Belgium by German troops. He remains, up to this day, one of the most important doctrinaires in Foreign Policy, and his lessons, articles and speeches, together with those of the Baron of Rio Branco (Foreign minister from 1902 to 1912), are an integral part of the Brazilian contribution to International Law, a kind of Brazilian *Weltanschauung* in diplomacy and foreign matters.¹³

One of the victims in the dispute between "Germanophiles" and "Francophiles" was the minister of Foreign Affairs himself, Lauro Muller, of German descent, who had to renounce the post after Brazil declared cessation of diplomatic relations with the German Empire, in April 1917. Most important, the Germans helped to push Brazil towards the Franco-British alliance with their torpedoes directed against Brazilian ships, both freight and passenger carriers, when Brazil was still officially neutral. After a long overdue decision, a state of war was declared, in October 1917, and a protracted

and modest supportive force was sent in two modalities: a small navy taskforce in charge of patrolling South Atlantic waters (around Cape Verde) and a Brazilian medical battalion sent to France, but arriving just at the end of field battles (yet still providing much-needed relief for the gas and bombing victims, by means of the *Hôpital Brésilien*, in Paris).

On the whole, the Great War involved substantial commercial and financial losses for Brazil, even if the participation in actual war travails was almost ineffectual. The country's involvement in the Paris peace negotiations, in 1919, was enthusiastic. Brazil obtained modest compensations for its coffee stocks retained in European ports, as well as in relation to the German ships blockaded in Brazilian ports, which were, for some part, delivered to France before the end of the conflict. The European powers, themselves, were actively engaged in squeezing Germany of all kinds of its assets, and Brazil was not so important a belligerent to be given a place at the main table.

But there were also indirect effects of the Great War for Brazil and for many other countries. Consequences of the war were not limited to the military or commercial domains; they were critical in the economic field as a whole. Besides the brutal interruption of financial links, of the almost free flows of goods, capital, payments and even people, the war "administration" changed irrevocably economic policies, public finance, monetary patterns, not to forget the nationalization of domestic and foreign properties. Inflation and public debt gathered strength during the war and were never driven out of the terrain of the distorted public policies that followed. Direct state intervention in the productive sector also started for good, in almost every country engaged in the war, including in distant states such as Brazil. The world would never be the same again, as new doctrines and economic conceptions opened the door to "innovations" in political and social ideas, notably fascism, communism, as well as other collectivist experiments. Brazil was also contaminated by the corporatist appeal of the interwar period, reflected in the Vargas dictatorship of the "Estado Novo" (1937-1945).

Material losses and overall costs of the war were of course important, but the change in mentalities also generated new perceptions, transferring those new ideas to the realm of governance. In Brazil, protectionism, interventionism, *dirigisme*, picked up from a modest le-

documentos diplomáticos, atitude do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.

¹³ CARDIM, Carlos Henrique. *A raiz das coisas: Rui Barbosa, o Brasil no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

vel during the 19th century and the beginning of the Republic, and acquired a new vigor. Nationalism was reinforced, preference for Brazilian products followed the need to develop domestic industries, to supply manufactures no longer coming from Europe. Military intervention in political affairs began or intensified in the post-war period, starting in the early 1920s, and was to go on recurrently up to the 1980s. If militarism receded afterwards, nationalism, interventionism and protectionism never faded away since then. Internal market, state guidance, corporatism became ingrained in Brazil, acquiring a legitimacy that persists up to our days.

3 Brazil's participation in the Paris peace negotiations: prestige, coffee and ships

Brazilian bilateral trade with Germany was practically paralyzed in the first months of the war, due to the maritime blockade exerted by the Allies, but Brazil maintained its neutral stance. It was the “black lists” (Statutory List) imposed by Great Britain that inflicted significant losses on the Brazilian trade relations with the continent, even more so because of the British classification of coffee as a “superfluous” good in the context of war restrictions. In 1915, Ruy Barbosa was inaugurated as the first president of the Brazilian League for the Allies: the League thought that a Brazilian participation in the war would increase its exports of foodstuffs and other primary products to them. Foreign minister Lauro Muller still insisted on neutrality, but a German U-boat torpedo that sunk a Brazilian ship in April 1917 also provoked the dismissal of Muller and the Brazilian decision to enter into war against the Central Empires.¹⁴

Brazilian military involvement in the war had no major significance – a naval taskforce reached Gibraltar on the eve of the Armistice, after plenty of troubles in the Atlantic trip –, but, together with the Brazilian Hospital installed in Paris, it served to justify Brazilian demands to be an active participant of the peace talks on the basis of president Wilson's 14 points and Brazil's clear support for his proposal of a League of Nations. American support was decisive in the acceptance of a Brazilian delegation in the peace talks, albeit limited to

three delegates, compared to five, in the case of great powers (United States, France, Great Britain, Italy and Japan), not to mention the more vexing disappointment represented by the distinction made by them between “powers with general interests”, and the lesser powers, with only “limited interests”.¹⁵

At the beginning, the name of the great international legal scholar Ruy Barbosa was mentioned as the suitable Brazilian head of delegation for the Paris peace process, almost immediately after the armistice of November 1918 was signed, as his many titles justified the choice: notable jurist, counselor during the Empire (even though he was a monarchist, himself, he supported the Republic because of his “federalism”, as opposed to the unitarian structure of the monarchical regime), the first Finance minister of the Republic, diplomatic envoy in short term “embassies”, senator and three times presidential candidate.¹⁶ Nevertheless, Barbosa refused to travel to Paris because he was in bad terms with the Foreign minister Domício da Gama (who, by the way, also aspired to be appointed by the president), but also because the appointed deputy head of the delegation would be a colleague from the Senate and former Supreme Court judge, Epitácio Pessoa, who had somewhat endorsed federal intervention in Barbosa's native state of Bahia, in the context of regional uprisings during the First Republic.¹⁷

The choice was then made by the President Rodrigues Alves (inaugurated in November 1918, returning to office many years after a previous presidency) in the person of that same jurist, Epitácio Pessoa, who possessed as many titles as Barbosa: representative of his North-East state of Paraíba at the first republican Constitutional Assembly (1890-91); professor at the Law School of Recife (1891-98); Justice minister (1898-1901); attorney general and Supreme Court judge (1902-12), author of a first Brazilian Code of International Public Law, but also of controversial rulings on the occasion of the Union's intervention in Bahia (which aroused Barbosa's ire against his inaction); after that a long term senator (1912-19) and again in 1924-1930, at the same time as he acted as judge at the International Permanent Court

¹⁴ CARVALHO, Carlos Delgado de. *História diplomática do Brasil (1959)*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2016. p. 228.

¹⁵ NICOLSON, Harold. *Peacemaking 1919*. London: Constable, 1933. p. 34.

¹⁶ CARDIM, Carlos Henrique. *A raiz das coisas: Rui Barbosa, o Brasil no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 39.

¹⁷ GABAGLIA, Laurita Pessoa Raja. *Epitácio Pessoa (1865-1942)*. São Paulo: Livraria José Olympio Editora, 1951. v. 1. p. 87.

of Justice in Hague; among many other achievements as Congressman, he was the rapporteur of the 1916 Brazilian Civil Code.

Two ironies concerning these two distinguished Brazilian personalities must be recorded here. First, Pessoa and delegates embarked, on January the 2nd, 1919, on the new Brazilian Lloyd “acquisition”, the ship *Curve-lo*, formerly known as *Bremen*, a German freight ship seized, among some seventy others, soon after April 1917, when Brazil, a few months before entering the war, severed diplomatic relations with the German Empire. The question of the allocation of German ships apprehended (not confiscated) by Brazil was to be one of the central issues of the delegation in Paris, together with the payment for the coffee held in European ports, both with frustrating practical results, even if some formal acquiescence from the major powers was obtained.

Almost immediately a second surprise intervened: in a January 26 layover in the port of Lisbon, they were informed of the untimely death (January 17) of Brazilian president Rodrigues Alves, at the very start of negotiations. A few weeks later, Pessoa was handpicked by the oligarchic Republican leaders to be their presidential candidate, notwithstanding his Parisian mission. For the opposition, Ruy Barbosa presented himself for the fourth time: his historic “civilist” campaign in 1910 was deemed a “moral victory”, but he lost to an Army Marshal in rigged elections. Not surprisingly, Pessoa, without abandoning the conference, was elected on April 13 to be the new Brazilian president for the remaining three years of that period, until November 1922. He was the sole Brazilian president to be elected without ever campaigning, and without even being in Brazil, a detail that made no difference at all, consistent with the prevalent pattern of “fake” elections in Brazil’s political traditions of the old patrimonial first Republic.

Already being in Paris for the opening of the Conference, on January 18, Pandiá Calógeras, deputy head of the Brazilian delegation, reacted almost immediately to the first article of the Regulations, establishing a difference between the powers with “general interests” and those with “particular interests”, to be admitted only in the sessions about which they could effectively have direct interest. Arguing with his European counterparts, Calógeras tried to demonstrate, how “illogic [it was to] proclaim the principle of the League of Nations, based on the equality of all Nations according to the Law, and

to deny it in its application”.¹⁸ Nevertheless, Foreign minister Domicio da Gama obstructed any opposition to this unequal treatment, seeking not to enter into a political skirmish against his American friends. In a cable to Paris, he stated that the main responsibility was an attribute of the winners, and that the main interests of Brazil in the conference could suffer in case of an early challenge related to procedural questions.¹⁹

In a second cable to Rio de Janeiro, after his late arrival in Paris, Pessoa renders a record of his meeting (February 1st) with Georges Clemenceau, the French chief delegate, who didn’t hide his differences with the Americans in connection with the organization of the League of Nations. He also gives his “general impressions” of the Peace conference, where the presence of minor powers and declared “democratic principles” served only to give a “liberal feature” to the whole exercise:

The general impression here is that all will be decided exclusively by the Five Great Powers according to their interests or individual viewpoints, as the presence of small nations will only serve to confer a liberal appearance to the conference. I am still excited by the hope of obtaining something out of the agreement of France, whose dispositions Olyntho [de Magalhães, Brazilian ambassador in Paris] and Calógeras see as hostiles. It would help if you cabled to Lansing [the U.S. Secretary of State] to have Wilson read our briefs in order to support our positions.²⁰

At the first meeting of the Commission in charge of drafting the project for the League, Pessoa witnessed an alternate draft being presented to compete with the original Wilson proposal – that of an Executive Council made up of delegates from major States and some other representatives from the small states – by Cecil Rhodes, from Great Britain, who preferred just five delegates from the Great Powers, and representatives of other countries only if the issues being considered by the Cou-

¹⁸ SIMONSEN, Roberto *et al.* *Calógeras na opinião de seus contemporâneos*. São Paulo: Siqueira, 1934. p. 66.; *Diário de Calógeras*; apud GARCIA, Eugenio Vargas. *Entre América e Europa: a política externa brasileira na década de 1920*. Brasília: Editora da UnB-Funag, 2006. p. 53.

¹⁹ BRASIL. Diplomatic Historical Archives of the Brazilian Foreign Ministry (AHD-Itamaraty), in Rio de Janeiro. *Series Paris Peace Conference* (273, 2, 08-11).; Minister Da Gama dispatch January 23rd; apud GARCIA, Eugenio Vargas. *Entre América e Europa: a política externa brasileira na década de 1920*. Brasília: Editora da UnB-Funag, 2006. p. 54.

²⁰ BRASIL. Diplomatic Historical Archives of the Brazilian Foreign Ministry (AHD-Itamaraty), in Rio de Janeiro. *Series Paris Peace Conference* (273, 2, 08-11).; Cable n. 6, February 1st, 1919; From Pessoa to Foreign Minister Domicio da Gama.

ncil could have some direct interest to them. That was too unbalanced, if not a mockery, from the view point of the Brazilian delegates. Following the precedent of Ruy Barbosa at Hague II, Pessoa defended the principle of equality of status for all States. The new project was approved by middle February and presented in a plenary session by Wilson himself: the future Council would be composed of five delegates from the Great Powers, plus four temporary representatives of small states, to be elected by the Assembly. Pessoa cabled immediately to the foreign Minister, suggesting a *démarche* toward the American Ambassador in Rio, asking him to contact Lansing and Wilson to obtain a place for Brazil in the forthcoming designation as one of four nations with “*intérêts particuliers*” in the first Executive Council.²¹

Together with Brazil, effectively supported by the Americans, the three other countries elected to the first Council were Spain, Belgium and Greece.²² Among the most pressing issues for Brazil, the coffee from São Paulo retained by the Central Powers, and the German ships seized by Brazil in 1917, the first had only a minor importance for European powers, while the second had a more complex treatment, because of their value as assets to be counted in the reparations. As for many other subjects of its central or secondary interests, the Brazilian delegation endeavored to obtain the support of the American delegation, in order to overcome the disdain or resistance from France and Great Britain regarding its concrete objectives. A kind of asymmetric alliance – in fact, a practical dependence – started to be established between the United States and Brazil – following the years of an “unwritten alliance”, said to be informally inaugurated during the Rio Branco years (1902-1912) –, which would be reinforced at the inter-war period, and further strengthened during and immediately after World War II, when a sort of “Americanization of Brazil” endured for the first twenty years of the Cold War, ending, paradoxically, in frustration during the right-wing military regime (1964-1985).

The Brazilian Foreign minister, Domício da Gama, expressed his satisfaction to Pessoa with this first “vic-

tory” by the sole South American country involved in the war. He also sent a letter to Secretary of State Robert Lansing to thank him for the American support for the Brazilian objective, stressing the need for an “implicit understanding”, between the two largest countries of the Hemisphere, which for the Brazilian minister would be preferable to a formal agreement or alliance:

As you know, an understanding is almost always better than an alliance or an association under precise terms. It covers a larger domain, is comprehensive and flexible (“elastic”), and, more honorable in its absence of other obligations than those of a moral nature, connected to esteem and reciprocal trust. I believe that this is easy and natural, either for Brazil or the United States. I also believe that Brazil has a satisfactory position in the world, which we owe in a large part to the consideration of our friends towards our national and international policies.²³

The relationship between the two delegations went beyond this kind of general political matter. The fact is that even though most of its pressing interests were on the fringes of the peace conversations, the Brazilian delegation had to, with the help of the American Big Brother, bring home positive results for its general and specific political objectives: not only to be diplomatically recognized as a respectable nation, desiring to be involved in issues of war and peace among the Great Powers, but also to find a satisfactory solution to the two single most important economic subjects penned in the memorials in respect of which Pessoa wanted the attention of Lansing and even Wilson: the payment for the Brazilian coffee quarantined in European ports, and German ships kept in custody by Brazil for almost two years. In fact, beyond the initial questions of procedure and diplomatic representation, the whole set of Brazilian claims against Germany was much larger, as presented in a research work of one of the best-known Brazilian historians specializing in this period of Brazilian diplomatic history, Eugenio Garcia:

The Brazilian government was planning to obtain the definitive regularization of its main contentions arising from the state of war. For Domício da Gama, those questions should be treated and resolved as early as possible, not depending on the resuming of relations with Germany, ‘because our position would be less solid then’. Brazil expected to collect from Germany indemnities related to: a) expenditures by the Brazilian fleet in the Atlantic (Naval Division in War Operations) and other expen-

²¹ BRASIL. Diplomatic Historical Archives of the Brazilian Foreign Ministry (AHD-Itamaraty), in Rio de Janeiro. *Series Paris Peace Conference* (273, 2, 08-11).; Cable n. 61, Feb. 12.

²² UNITED STATES OF AMERICA. Library of Congress. *Treaty of Versailles*. Text in English. Available at: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>. Access in: June 4, 2019. Article 4.

²³ GARCIA, Eugenio Vargas. *Entre América e Europa: a política externa brasileira na década de 1920*. Brasília: Editora da UnB-Funag, 2006. p. 68.

ses of the Navy, with a total amount of 3,686,000 pounds; b) ships apprehended or sunk before the war declaration, causing some 462,000 pounds in costs to Brazilian Lloyd; c) indemnities to parents of Brazilian sailors dead or wounded serving in ships sunk before and after the breaking of diplomatic relations; d) charges related to the preparation for war, including the reimbursement of 500,000 pounds paid in advance to Krupp; and e) various. The total amount that Brazil was considering claiming [from Germany] would attain the impressive amount of 20 million pounds as indemnities. The Brazilian delegation, however, had no opportunity to discuss in detail all these claims, a complex and controversial issue that would be transferred to the competence of the Reparation Commission, after the conclusion of the conference. Coffee and ships would be, in fact, the main questions which would retain the attention of the Brazilian delegates to the Peace conference.²⁴

A brief description of those two issues have to be made, because they were at the center of the concerns of the Brazilian government. But, before entering into the details of the negotiations by the Delegation in Paris, a first remark must be advanced as regards the different conceptual understanding of the issues. The Brazilian government in Rio de Janeiro considered that a good deal could be made if Germany kept the sum of the coffee stocks retained in Europe, and Brazil took possession of the ships. Epiácio Pessoa, for his side, disagreed since the beginning with that conception. As a jurist and professor of Law, his advice was that the two questions should be dealt with separately, because they were, from both a legal and a factual standpoint, independent in nature and not correlated in principle. The value of the coffee retained should be paid in full, and with interests; the value of the ships seized should be subject to a balancing of accounts, bearing in mind the value of the two Brazilian merchant ships torpedoed by the Germans.

At the beginning of the war, the main producer of coffee in Brazil, the state of São Paulo, possessed almost two million sacks in stock in the ports of Hamburg, Bremen, Antwerp and Trieste, which served as a collateral for loans contracted earlier with four European banking houses: J. Henri Schroeder, from London; S. Bleischroeder, from Berlin; and Société Générale and Banque de Paris et des Pays Bas. Those stocks were sei-

zed, and almost sequestered by the Central Empires, which led São Paulo to sell all of them to the Berliner banking house Bleischroeder, for a total amount of 125 million gold marks; that value was later blocked by Germany, announcing that the deposit would be immobilized until the end of the war. At the Paris conference, Brazil tried hard to receive the entire amount, plus interests, at the exchange rate in vigor at the moment of the sale contract. This was crucial for Brazilian negotiators, as the Reich mark, with a parity of 700 Brazilian reis at that time, was valued less than 80 reis in 1919.

Unhappily for them, Brazil was not represented at the Financial Commission, which was to debate the question of German arrears. A first advice on the matter stated that the matter was of a private nature, and thus, should be discussed between the state of São Paulo and the house Bleischroeder. A second approach resulted in a still worse situation, as the amount owed to Brazil should be incorporated to the war payments Germany would be obliged to pay for the ensuing 30 years, in annual instalments divided among the parties in the agreement, in proportion with their respective losses. Pessoa insisted on a legalist argument: that the amount owed to Brazil was related to legitimate assets existing before the war, without any connection to losses thereafter incurred, never transferred to Germany by any decision related to the conflict, and should not be included in values to be spread among war belligerents; the case was to be treated as the restitution of a deposit, not as damage reparation.

The situation was discussed again in the Financial Commission, and after many other *démarches* and *allers et retours*, with Brazilian delegates always in contact with American partners, at that juncture the U.S. Treasury representative Norman Davis, a final decision was inserted in an article of the Versailles treaty, but without an explicit reference to gold marks, as follows:

ARTICLE 263

Germany gives a guarantee to the Brazilian Government that all sums representing the sale of coffee belonging to the State of Sao Paolo in the ports of Hamburg, Bremen, Antwerp and Trieste, which were deposited with the Bank of Bleischroeder at Berlin, shall be reimbursed together with interest at the rate or rates agreed upon. Germany, having prevented the transfer of the sums in question to the State of Sao Paolo at the proper time, guarantees

²⁴ Cable from Gama to Magalhães, December 28, 1918, apud GARCIA, Eugenio Vargas. *Entre América e Europa: a política externa brasileira na década de 1920*. Brasília: Editora da UnB-Funag, 2006. p. 56.

also that the reimbursement shall be realized at the rate of exchange of the day of the deposit.²⁵

In the following years, the question of the exact rate of exchange and the transfer of the amount from Berlin to London was kept in the bilateral agenda between Brazil and the new Republican government of Germany, without an immediate solution, due as well to the fact that payments to Brazil remained a lower priority, in face of all other commitments held in favor of the direct targets of German aggression. In the end, Germany finally paid to the state of São Paulo the 125 million gold marks, converted into sterling pounds, at the exchange rate of the deposit date.²⁶

The question of the German ships was tackled in another framework, also with some difficulties in relation to Brazilian expectations and the crude realities of the bargaining procedures followed by the main contestants in a tough competition for the German assets. The initial move was the arrest of some 70 ships docked at various Brazilian ports in April 1917, as a measure of “police and security”, not of confiscation, as stated in a message delivered to the Congress in May 26. Those ships represented a considerable tallying to the Brazilian fleet at that moment:

Brazil counted at that time with a merchant fleet of 169 ships of high seas, with a total of 297,800 tons, of which 63 were owned by the Brazilian Lloyd, 23 belonged to the Company of Trade and Navigation, twenty to the National Company of Coastal Navigation, and the rest to small companies. German ships arrested represented thus more than a quarter of Brazil’s merchant fleet.²⁷

The following June, two presidential decrees authorized the use of those ships, with the Brazilian flag. Responding to a protest by the German government, represented at that moment by the Netherlands legation in Rio, Brazilian authorities argued that those seized ships “could serve as a reparation of injured interest”, if needed. After the declaration of the state of war between the two countries, those ships could be declared

“battle prey”, as in the case of Portugal, recognized by the Conference as a legitimate owner of a certain number of German ships apprehended; Brazil, nevertheless, preferred to keep the former status, for “absolute respect for private property”, and at the end of the hostilities could no more resort to the same argument.

The first proposal by the Brazilian delegation suggested a reasonable indemnity to the shipowners, as assessed at the moment of the seizure, to be paid later, in a balance of respective accounts. The Conference opposed such an outcome, and the Financial Commission decided in favor of all German merchant vessels being distributed among the Allies, in proportion of their maritime losses, excepted those submitted to Prizes courts or used by the United States. This represented a big disappointment for the Brazilian delegation, since their maritime losses had been negligible indeed. Pessoa complained (April 25) against this decision; but all his efforts were in vain, as the Council of the Four rejected his remonstrations; this new “council” was created only in late March, to try to speed up the complicated deliberations in plenary or commissions. Two weeks later, a protocol presented by Wilson and Lloyd George to deal with the apportioning of German ships among the nations – in proportion of the verified losses of each one – was approved against the opinion of France. A Reparations Commission would have full power to proceed with the distribution, after collecting all information available about the “existing enemy vessels, captured, seized or retained by any of the allies or associated during the war”.

The French, who had earlier (December 1917) leased some 30 of the German ships apprehended in Brazil, declared their willingness to buy those ships, but, later, at the Conference, also offered to renew the existing arrangement. The delegation tried to use this disposition as a “proof” that France recognized some kind of Brazilian property over the crafts. Pessoa was personally favorable in the selling of the ships to the French, in order to use those proceeds to buy new vessels adapted to Brazilian ports. Though, in a new surprising move, the French declared that they could not pay in cash the full amount, inducing Pessoa, already in his quality as president-elect, to look for another opportunity with a New York freight company. No solution emerged from either side, and the French continued to protract any definitive solution, sometimes dealing directly with Brazil, other times mentioning the Reparations Commis-

²⁵ UNITED STATES OF AMERICA. Library of Congress. *Treaty of Versailles*. Text in English. Available at: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>. Access in: June 4, 2019.

²⁶ PARDELLAS, Carlos Alberto Pessoa. *Epitáfio Pessoa: na Europa e no Brasil*. Brasília: Funag, 2018. p. 344.

²⁷ Report of the Brazilian Foreign Affairs Ministry, 1918, p. 66-71.; NAVY MINISTRY. *História naval brasileira*. 1985. v. 5. t. 2. p. 246; apud GARCIA, Eugenio Vargas. *Entre América e Europa: a política externa brasileira na década de 1920*. Brasília: Editora da UnB-Funag, 2006. p. 57.

sion, as a possible partaker in the affair; the leasing was renewed twice, until 1921; after that, a bilateral commission decided for the devolution of the remaining ships to Brazil, the less desired solution for this country.

4 Paris was not a moveable feast for Brazil, up to the end in Geneva, in 1926

As president elect, Pessoa left Paris as soon as he could. In fact, before returning to Brazil, at the end of July, and as a consequence of his vigorous, but amiable, performance during the negotiations, he received a number of invitations from the governments of Belgium, Italy, the United Kingdom, the Netherlands, Spain, Portugal, the United States, Canada, Peru, Chile, and Argentina.²⁸ He could only accept the visits to Belgium – King Albert would come to Brazil in 1920 –, Italy (and an interview with the Pope in the Vatican), after a return to France (to receive the Legion d’Honneur offered by president Poincaré), before going to meet George V in England and, eventually, while in Europe, a brief layover in the young Republic of Portugal. Crossing the Atlantic, and with Wilson still in Paris, Pessoa was received by the vice-president Marshall in Washington, and paid a two-day visit to Canada.²⁹

In his last, long, cable (n. 91, June 2nd) to the Foreign Minister, before leaving Paris, Pessoa made a thorough summary of his accomplishments in the framework of the peace negotiations.³⁰ Starting by declaring that, in the treaty proposed by Allies, and “due to it being signed by the Germans,” Brazil’s “reclamations” were “duly attended,” Pessoa signaled his personal efforts to have the question of coffee retained in European ports inserted in a specific clause in the Treaty, stating that the due amount would be paid at the exchange rate at the time of sale, “with interests of 5%, counting from that date,” a detail not inscribed in the Article 263 (actual

wording in the official version of the Treaty only says: “shall be reimbursed together with interest at the rate or rates agreed upon”).

As regards the question of the ships, Pessoa recognizes that the issue was “much more complex,” due to the “significance of the act stated by the Brazilian government at the moment of apprehension”.³¹ He takes that opportunity of a final “report” to make a comparison between Brazil and other affected parties in connection to the matter of the total tonnage lost among maritime vessels, with an implicit understanding that the German ships apprehended by Brazil would be incorporated into the Brazilian fleet:

[...] England lost about 8 million tons and captured only 500 thousand; France lost 900 thousand and caught only 45 thousand; whereas Brazil lost 25 thousand and apprehended 232 thousand [...] United States [losing only 389 thousand, ready to gain 628], later England joined the Brazilian viewpoint, signing a Protocol with this understanding. France refuses to sign it, albeit agreeing with an exception open to the United States. This is the current state [of the situation]. A perspective that is favorable to Brazil, either France eventually signing the Protocol, recognizing our property [over the ships], or refusing to do it, and in this case the text of the Treaty will prevail [...]. which contains this acceptance by Germany about the ships apprehended by the Allies. [...] Our claims against Germany amount to 106 million gold marks. Ships were calculated before the war at 75. [...] I presume thus that my presence here is not indispensable [...] ask permission to return to Brazil. [...] I find it appropriate to publish this cable, in order to bring knowledge to the country about the work of this Delegation. [...]³²

The two last cables, sent from Lisbon, June 9 and 10, told about his visit to England, the refusal to pay similar visits to Switzerland, Chile, Peru, or Cuba, and the decision put forward by the Foreign minister of France, Pinchon, to create an embassy of France in Rio de Janeiro. The same collection of “complete works” by Epitácio Pessoa includes another draft, with the same date as the “long cable” (June 2nd), which provides another version of the same information, with the same detail of the 5% interests to be paid by Germany not having been included in the final wording of the Treaty.³³

²⁸ PARDELLAS, Carlos Alberto Pessoa. *Epitácio Pessoa: na Europa e no Brasil*. Brasília: Funag, 2018. p. 357.

²⁹ MARTINS, Pedro Augusto Amorim Parga. *Epitácio Pessoa e a política externa brasileira: estudo histórico, diplomático e cultural*. 2011. Dissertação (Mestrado em Diplomacia) – Instituto Rio Branco, Brasília, 2011. passim.

³⁰ PESSOA, Epitácio. *Obras completas: Conferência da Paz, diplomacia e direito internacional*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961. v. 14. p. 48-51.

³¹ PESSOA, Epitácio. *Obras completas: Conferência da Paz, diplomacia e direito internacional*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961. v. 14. p. 49.

³² PESSOA, Epitácio. *Obras completas: Conferência da Paz, diplomacia e direito internacional*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961. v. 14. p. 49-50.

³³ PESSOA, Epitácio. *Obras completas: Conferência da Paz, diplo-*

The treaty, signed in Versailles on June 28, carried the signatures of the three remaining Brazilian delegates: Mr. João Pandiá Calógeras, the deputy head of mission – who would go on to be appointed first and the sole civilian minister of the Army in the 20th century, from October 1919 to the end of Pessoa’s term in office, in 1922 –; Mr. Raul Fernandes, a jurist, Brazilian representative at the Reparations Commission from 1919 to 1921, delegate to the League from 1920 to 1925, and future minister, twice, of Foreign Affairs, but only after the Second World War; and Mr. Rodrigo Octavio de Menezes, professor of International Law in Rio de Janeiro, elected vice-president in the first Assembly of the League, in 1920. It was approved by the Brazilian Parliament in November, without any major difficulty.³⁴

The League of Nations came into existence on January 10, 1920, when Germany ratified the Versailles treaty, which included the Pact. The Assembly was one of the main bodies of the League of Nations, together with the Council, and a Secretariat, based in Geneva. The Council should have five permanent members, but with the empty space created by the U.S. Senate refusal to ratify the treaty, only four were present on January 16, for its first meeting, to which Brazil, Greece, and Belgium sent representatives.³⁵ The non-permanent members grew to six in 1922 and to nine in 1926, the year when Brazil decided to leave the organization, on the grounds of not being reappointed to its Council, vacating the place in order to please Germany. The election of a Republican president (Warren Harding) in November 1920 implied also the replacement of the Wilsonian idealism by a new American isolationism: the non-approval of the Versailles treaty by the Senate of United States – even with amendments, which would compel new negotiations with the Allied nations – required the signing of separate peace agreements between the U.S. and Germany, Austria, and Hungary, but the geopolitical consequences of this terrible absence would be greater than those of any other diplomatic arrangements.

As the United States retracted from international commitments, Brazil came to lose the most important

of its preferred “partners” among the Great Powers, having already lost any trust in diplomatic understandings with France and Great Britain. Despite having representatives both in the Council and in the new International Court of Justice, Brazil’s participation in the activities of the League was somewhat erratic, limited to the Reparations Commission and to some other minor questions. Among the reasons that could explain the low profile adopted by the Brazilian diplomacy afterwards, one could point out the personality of the new Foreign minister designated by President Epitácio Pessoa as president, an obscure professor of Law in São Paulo, to replace Domicio da Gama, the commander of Pessoa during the Paris conference: José Manuel de Azevedo Marques, whose credentials to lead Itamaraty, according to the memorialist Heitor Lyra, were only the facts of being a man “rich and well-traveled.”

This historian of the “old” Itamaraty makes a devastating portrait of the new minister – his boss –, who has “an incredible ignorance of diplomacy, not to say a total ignorance of everything”.³⁶ In a short, but shocking chapter of his memoirs, titled tersely “The minister of Mr. Epitácio,” Lyra cannot explain why this obscure “provincial professor of Law,” totally unknown in Brazil, was chosen to command the external policy of Brazil:

Indeed, Azevedo Marques was the embodiment of mediocrity. [...]

I think that the mediocrity of Azevedo Marques as Foreign minister went beyond Epitácio’s expectations, who became remorseful for having appointed him to the Government. That was the impression he gave to me in a meeting [...] in the summer of 1921, when he deplored the disorder existing in Itamaraty, and confessed that in fact he had no ‘Foreign minister’. [...]

In Itamaraty we had to depend upon the lack of authority and passivity of the minister of State, as well as his shortage of capacity for the task. [...]

He had a confused and a clumsy spirit.³⁷

The same opinion was held by foreign envoys in Rio de Janeiro. As recorded in the history of this period by Eugenio Garcia, the British ambassador, John Tilley, reported to the Foreign Office, in April 1921, that the “incompetence of the minister of Foreign Relations”

macia e direito internacional. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961. v. 14. p. 69.

³⁴ ROCHA, Regina da Cunha. *Parlamento brasileiro e política exterior na república (1889-1930)*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 248.

³⁵ DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Histoire diplomatique de 1919 à nos jours*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1993. p. 58-59.

³⁶ LYRA, Heitor. *Minha vida diplomática*. Brasília: UnB, 1981. v. 1. p. 82.

³⁷ LYRA, Heitor. *Minha vida diplomática*. Brasília: UnB, 1981. v. 1. p. 103-105.

was so evident to the point of being a “public scandal,” pointing out that his attitude was not unusual among his peers: “To do justice to His Excellency, I can add that, to my knowledge, he is not worse than the minister of Finance and probably others among his colleagues”.³⁸ As an overall evaluation, this historian considers that the priorities of Brazil at that juncture stood in strengthening the approximation with the United States and pursuing the politics of prestige in Europe, where Brazil believed in the general acknowledgment of its status as a distinct Latin American member of the first league of the world powers.

At the first meetings of the League of Nations, Brazil was the sole representative of the American Hemisphere in the new organization, a position without precedent in its diplomatic history, especially among other Latin American nations. One of the consequences was the establishment of diplomatic relations with almost all of the States that emerged in the follow-up to the peace treaties in Europe and elsewhere. In May 1920, Brazil recognized the independence of Poland, Czechoslovakia and Finland, followed in August by that of Iceland and Austria, and in November by that of Armenia. In March 1921, legations in Warsaw and Prague were inaugurated, and in December of that year Brazil recognized the sovereignty of the three Baltic States: Estonia, Latvia, and Lithuania (it is worthy of note that Brazil never recognized the suppression of the sovereignty of those States by the Soviet Union in 1940). In parallel decisions, the governments of Great Britain, Italy, and later France, all in 1919, decided to upgrade the status of the legations in Rio de Janeiro to the level of embassies, a move immediately followed by Brazil in reciprocity. A remarkable indication of the new acquired prestige was the visit to Brazil, in 1920, of the “hero-king” of Belgium, Albert I and his wife Elisabeth, responding to the invitation made personally by Epiácio Pessoa one year earlier.

Brazil believed to have an “implicit mandate” from other Latin American states to represent them in the League, especially in the absence of the United States. At the first formal meeting of the Council, on January 16, 1920, the Brazilian representative, the ambassador in Paris, Gastão da Cunha, declared that his country

was sitting as the “spokesman of the Pan-American consciousness”.³⁹ The Brazilian representative in the discussion of the Statute for the Permanent International Court of Justice, Raul Fernandes, gave a valuable contribution to its Article 36, introducing the “facultative clause” for the compulsory jurisdiction of the Court in cases of juridical litigation among member States. Later on, in 1923, Epiácio Pessoa was elected a judge of the Court, succeeding to Ruy Barbosa, who had been the first Brazilian member, elected in 1921.

The hypothesis of a “continental representation” of the American Hemisphere by Brazil would be put to a severe test in the following years, as the different positions of European countries and the nations in other continents started to become more visible, in terms of representation, permanent membership, or other issues. Of particular interest for Brazil was the choice of a method for the selection of new non-permanent members, in the context of a competition among small powers for this temporary membership and the increase in the number of seats, from four to six. The great powers only accepted this resolution with the expectation that the number of permanent members would also be increased; in 1922, Brazil was reelected to the Council, but the thesis of *roulement* gained support among many other states, including from Latin America.

To circumvent a possible “ejection,” Brazil started a campaign for a permanent seat in the Council, a quest that was to dominate the foreign policy of the next government. The successor of Epiácio Pessoa in the presidency, Arthur Bernardes, obsessed with the idea of prestige for Brazil, set as a goal for himself this status upgrade for the country in the international arena, irrespective of its many fragilities, both in terms of domestic problems and a low ability of external exposure, not to mention the likely opposition of the Latin American neighbors. The candidacy was presented first in a confidential letter of September 1923 to certain members, defending the accession of Spain (already in consideration) and of Brazil, as the best qualified member of the Latin American family; the idea was that the two countries should occupy places reserved for the United States and Germany. The idea received only indifference from two great powers, Great Britain and the United

³⁸ GARCIA, Eugenio Vargas. *Entre América e Europa: a política externa brasileira na década de 1920*. Brasília: Editora da UnB-Funag, 2006. p. 98.

³⁹ Cable from Paris, January 17; apud GARCIA, Eugenio Vargas. *Entre América e Europa: a política externa brasileira na década de 1920*. Brasília: Editora da UnB-Funag, 2006. p. 350.

States, approached by Brazil, but excusing themselves due to not being a member of the League.

Notwithstanding the establishment of a full Brazilian delegation in Geneva – with a future foreign minister, Afranio de Melo Franco, designated as ambassador there –, the cause of a permanent seat for Brazil remained a very difficult one; even though, a new mandate was accepted for Brazil as a non-permanent member.⁴⁰ Raul Fernandes was sent by the president in a tour to various European capitals, trying to convince those countries – France, Belgium, the Netherlands, Sweden, Great Britain – of the legitimacy of the Brazilian request. Brazil was even willing to accept an interim seat, as a temporary substitute for the United States, in the expectation that this country would eventually join the League.

In the meantime, Germany expressed, in September 1924, its interest in joining the organization, an intention officially confirmed by a letter in February 1926, while many Latin American countries appeared to be “conspiring” against Brazil in Geneva or elsewhere, a move evident in thesis of the “alternation,” or *roulement*, defended by many of them.⁴¹ Adding to the bitterness, a resolution submitted by a Latin American group, and approved by all in 1925, declared that a new vote should be required in 1926 for the temporary seats: that move practically implied in the “expulsion” of Brazil by its Latin American “colleagues.” New candidacies for a permanent seat in the Council, other than those of Spain and Brazil, were put forward by Poland, Belgium and China. From all sides, the Brazilian pretentiousness was being sabotaged in an atmosphere of great confusion and cynicism.

It was in an ambiance of acrimony and with an inappropriate policy formulation, enshrined in a slogan directing the Brazilian diplomacy “to win or, at least, to not be defeated,” that the Brazilian president gave instructions to the delegation in Geneva to support, in the meeting of March 1926, the twin candidacy of Germany and Brazil to two permanent seats in the Council, or to use, otherwise, its veto right, blocking the choi-

ce of Germany to that position.⁴² President Bernardes, against the advice of the Brazilian delegate in Geneva, elevated his stubbornness to a triple point of national dignity, a matter of honor and self-esteem, and refused to retreat from his intransigence, thus condemning Brazil and its diplomacy to a condition of universal isolation, with additional negative repercussions for the financial sector of its economy.

The first semester of 1926 was characterized by many indecisions, vacillations and doubts, within the professional diplomacy of Brazil, concerning the proper attitude to be taken by Brazil in the League and in its relationship with Latin American countries, as well as with major and mid-level European powers. The Brazilian delegate in Geneva, Melo Franco, tried, without success, to favor a rational behavior in connection with the next meeting of the League, which would be in September. However, without even alerting Melo Franco, the president and his Foreign minister decided to sustain their erratic policy of impulsiveness towards the League, even to the point of short-circuiting procedure and announcing directly to the Secretary of the League their decision to leave the Geneva organization in June 1926.

That was the end of a diplomatic adventure that had started so well in 1919, with a very good understanding with the United States, France, and Great Britain, and that ended with a pathetic gesture of withdrawal by Brazil from its first great exercise in the realm of multilateral diplomacy. For the first time in its centenary trajectory as an independent nation, Brazil was alone, not only in America, but also in Europe, and perhaps in the world. This “international parenthesis”, opened with the Brazilian decision to enter the Great War in 1917, was closed almost a decade later with this melancholic break and a new immersion into asymmetric Pan-Americanism, until a new world order started to be built after Bretton Woods, under the multilateral guidance of the United States. Woodrow Wilson would approve of that...

⁴⁰ FRANCO, Afonso Arinos Melo. *Um estadista da república: Afrânio de Melo Franco e seu tempo*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1955. v. 3. p. 215.

⁴¹ BARACUHY, Braz. *Vencer ao perder: a natureza da diplomacia brasileira na crise da Liga das Nações (1926)*. Brasília: Funag, 2005. p. 44.

⁴² GARCIA, Eugenio Vargas. *O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926): vencer ou não perder*. Porto Alegre: Editora da UFRGS; Brasília: Funag, 2000. p. 189.

References

- BARACUHY, Braz. *Vencer ao perder: a natureza da diplomacia brasileira na crise da Liga das Nações (1926)*. Brasília: Funag, 2005.
- BARRETO, Fernando de Mello. *Os sucessores do Barão: relações internacionais do Brasil, 1912-1964*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagens presidenciais (1919-1922)*: Delfim Moreira e Epitácio Pessoa. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 1978.
- BRASIL. Diplomatic Historical Archives of the Brazilian Foreign Ministry (AHD-Itamaraty), in Rio de Janeiro. *Series Paris Peace Conference (273, 2, 08-11)*.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Guerra da Europa: documentos diplomáticos, atitude do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.
- CARDIM, Carlos Henrique. *A raiz das coisas: Rui Barbosa, o Brasil no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- CARVALHO, Carlos Delgado de. *História diplomática do Brasil (1959)*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2016.
- DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Histoire diplomatique de 1919 à nos jours*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1993.
- FRANCO, Afonso Arinos Melo. *Um estadista da república: Afrânio de Melo Franco e seu tempo*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1955. v. 3.
- GABAGLIA, Laurita Pessoa Raja. *Epitácio Pessoa (1865-1942)*. São Paulo: Livraria José Olympio Editora, 1951. v. 1.
- GARCIA, Eugenio Vargas. *Entre América e Europa: a política externa brasileira na década de 1920*. Brasília: Editora da UnB-Funag, 2006.
- GARCIA, Eugenio Vargas. *O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926): vencer ou não perder*. Porto Alegre: Editora da UFRGS; Brasília: Funag, 2000.
- LYRA, Heitor. *Minha vida diplomática*. Brasília: UnB, 1981. v. 1.
- MARTINS, Pedro Augusto Amorim Parga. *Epitácio Pessoa e a política externa brasileira: estudo histórico, diplomático e cultural*. 2011. Dissertação (Mestrado em Diplomacia) – Instituto Rio Branco, Brasília, 2011.
- NICOLSON, Harold. *Peacemaking 1919*. London: Constable, 1933.
- PARDELLAS, Carlos Alberto Pessoa. *Epitácio Pessoa: na Europa e no Brasil*. Brasília: Funag, 2018.
- PESSOA, Epitácio. *Obras completas: Conferência da Paz, diplomacia e direito internacional*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961. v. 14.
- PESSOA, Epitácio. *Obras completas: mensagens ao Congresso*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1956. v. 17.
- PESSOA, Epitácio. *Pela verdade*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1925.
- ROCHA, Regina da Cunha. *Parlamento brasileiro e política exterior na república (1889-1930)*. Curitiba: Juruá, 2010.
- SIMONSEN, Roberto *et al.* *Calógeras na opinião de seus contemporâneos*. São Paulo: Siqueira, 1934.
- SMITH, Joseph. *Unequal giants: diplomatic relations between the United States and Brazil, 1889-1930*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1991.
- UNITED STATES OF AMERICA. Library of Congress. *Treaty of Versailles*. Text in English. Available at: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/must000002-0043.pdf>. Access in: June 4, 2019.
- VINHOSA, Francisco Luiz Teixeira. *O Brasil e a Primeira Guerra Mundial: a diplomacia brasileira e as grandes potências*. Rio de Janeiro: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1990.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Direito internacional imperial e a circulação de uma cultura jurídica hegemônica: por uma matriz desenvolvimentista brasileira

Imperial International Law and the circulation of a hegemonic legal culture: towards a Brazilian developmental matrix

Roberto Guilherme Leitão

Rômulo Guilherme Leitão

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Direito internacional imperial e a circulação de uma cultura jurídica hegemônica: por uma matriz *

Imperial International Law and the circulation of a hegemonic legal culture: towards a Brazilian developmental matrix

Roberto Guilherme Leitão**

Rômulo Guilherme Leitão***

Resumo

A compreensão dos problemas e das idiosincrasias das políticas de desenvolvimento do Brasil perpassa uma análise crítica da geopolítica mundial, da circulação de uma cultura jurídica e do direito internacional. A questão a ser discutida é como estabelecer uma preponderância da matriz endógena e soberana de desenvolvimento nacional diante das condicionantes externas veiculadas pela dogmática do direito internacional. Os institutos e instrumentos de ordenação-manipulação de poder veiculados pelo direito internacional produzem efeitos contrários aos interesses geopolíticos e da soberania brasileira? Este é o objeto central do artigo. Para tanto, dispõe-se a enfrentar o tema das ingerências e condicionamentos impostos pelo Banco Mundial, por meio de uma análise dos relatórios *The World Bank Legal Review*. A pesquisa revelou que o Direito Internacional Imperial, sob agência do Banco Mundial, e a circulação de uma cultura jurídica hegemônica desenvolvimentista veiculadas nos *The World Bank Legal Review*, nos anos de 2003 a 2016, suscitam uma nova perspectiva de desenvolvimento econômico que vão de encontro ao modelo constitucional de desenvolvimento. A história da disciplina e a bibliografia do direito internacional no Brasil específica do Banco mundial tem sido negligenciada. Procura-se, modestamente, por meio do ensaio preencher esse hiato, narrando o desenvolvimento econômico e a agência do Banco Mundial a respeito da difusão de base jurídica e normativas com base em uma perspectiva não prevista constitucionalmente.

Palavras-chave: direito internacional imperial; cultura jurídica; desenvolvimento econômico; Grupo Banco Mundial.

Abstract

Understanding the problems and idiosyncrasies of development policies in Latin America, as a whole, and Brazil, in particular, permeates a critical analysis of world geopolitics and international law. Latin America, under a Eurocentric regional integration matrix, regionally homogeneous, and an ideology that involves methodological categories (center-periphery, metropolis-

* Recebido em 15/08/2022
Aprovado em 22/11/2022

** Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza/Brasil. É Procurador Federal - Advocacia Geral da União - AGU; e Professor Universitário de Direito Internacional na UNINTA.
Email: rguilhermeleitao@gmail.com

*** Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2013), com doutorado-sanduiche na Boston University, Massachusetts (EUA) e Pós-doutorado em Ciência Política pela Boston University, Massachusetts, EUA (2014). Atualmente é coordenador e docente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (mestrado e doutorado) da Universidade de Fortaleza, docente do Programa de Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Procurador do Município de Fortaleza.
Email: romuloleitao@unifor.br

colony, civilization-barbarism, production-reception) raises and faces relational considerations involving the ideas of empire, hegemony, globalization, international law, the laws of empire, the rule of law, economic development, the theory of legal transplants and the School of Law and Development. The issue to be discussed is, in this perspective, how to establish a relational link between the integration policies of Latin America and Brazil engendered from the centers of local power in the face of global geopolitics and the normative manifestations conveyed by the dogmatics of international law. Does the plurality of institutes and instruments of ordering-manipulation of power conveyed by international law produce effects contrary to the geopolitical interests of the Latin American region? This is the main object of the article. Therefore, International Law must be conceived as a complex system, that is, as a system in which the interaction between actors and processes, in a space-time relationship, which presents its own diversity and dynamics. Indeed, an approximation must be made to the striking elements of the geopolitics of legal knowledge (International Law) and the models of economic development, consecrated by non-state international organizations. It is willing to face the issue of interference and constraints imposed by International Organizations, with the aim of promoting, financing, implementing the legal and political-institutional framework in Latin America. The article addresses the theories of legal-constitutional comparison, in a dynamic perspective of “legal flows”, typical of the globalizing normative context, using the doctrinal foundations of the theory of legal transplants historically and culturally contextualized with the Latin American reality, with the purpose of consecrate identity and legitimizing foundation of International Law. By legal flows, communicative interactions are conceived that occur between legal operators of different legal orders and rationales. This normative dynamic produced imitations, migrations of constitutional ideas, constitutional borrowings between various legal orders. It should be noted, in the case of Latin America, the existence of voluntary transfers and others often violent, resulting from the theorization of the theory of imperial law consecrating the general process of Americanization of legal thought. As a consequence of the phenomenon, a dominant layer of legal systems around the world is formed and is produced, in the interests of international capital, by a variety of public and private institutions, and shared with a legitimacy gap. In this context, the aforementioned legisla-

tive model is shaped by a spectacular process of forcefulness, for the purposes of hegemonic domination, establishing and subordinating local legal arrangements around the world, reproducing on a worldwide scale the same phenomenon of legal dualism that until now has as a characteristic the international law of developing countries. The internationalization of political-institutional and legal models, with low democratic density, crosses borders, stains the National State and corrupts Political Sovereignty, leading to shocks and erosions in political systems that affect the normative paradigm both at the level of internal systems and in the social order. international and supranational. Reinforcing, Ferrajoli notes that “The West exported during the last century a model already in a state of national crisis, and, together, the illusion that there were sufficient guarantees for self-determination and independence.” It happens, however, that such a model presupposes an anticipated decision-making process at the center of the world: that is, of policies decided “democratically” by the rich and influential majorities of a restricted number of western powers that control international institutions and the right resulting from them.

keywords: imperial international law; legal culture; economic development; World Bank Group.

1 Introdução

A compreensão dos problemas e das idiossincrasias das políticas de desenvolvimento econômico da América Latina, como um todo, e do Brasil, em específico, perpassa uma análise crítica da geopolítica mundial, a circulação da cultura jurídica, de caráter hegemônico, e do direito internacional em um contexto histórico.

A América Latina, sob uma matriz de desenvolvimento econômico, regionalmente homogêneo, e uma ideologia que envolve categorias conceituais e metodológicas (centro-periferia, metrópole-colônia, civilização-barbárie, produção-recepção) suscitam considerações relacionais que envolvem as ideias de império, hegemonia, globalização, do direito internacional, das leis de império, do Estado de Direito, desenvolvimento econômico, teoria dos transplantes legais e a Escola direito e desenvolvimento.

Uma das questões a representar desafio é precisamente aquela de como estabelecer um liame relacional

entre as políticas de desenvolvimento econômico do Brasil, engendradas com base nos *centros de poder local*, constitucionalmente consagradas, frente à geopolítica mundial e à circulação da cultura jurídica veiculadas pelas organizações internacionais do direito internacional, especificamente os relatórios do Banco Mundial.

Os institutos e instrumentos de ordenação-manipulação de poder, veiculados pelo direito internacional, produzem efeitos contrários aos interesses de desenvolvimento econômico e da soberania brasileira? Este é o objeto central do artigo. Para tanto, dispõe-se a enfrentar o tema das ingerências e condicionamentos impostos pelo Banco Mundial, por meio de uma análise dos relatórios *The World Bank Legal Review*.

O Direito Internacional Imperial¹ há de ser concebido como um sistema complexo, isto é, como sistema no qual a interação entre atores e processos, numa relação espaço-temporal, que apresenta diversidade e dinâmica próprias. Há de ser dada, no fenômeno, uma relevância do colonialismo para a evolução do direito internacional atual e universal. A questão central abordada é a seguinte: temos de considerar o direito internacional excludente da Era Imperial (culminando ao final do século XIX) como uma anomalia e não como acidente nas relações internacionais.

Com efeito, há de ser feita uma aproximação dos elementos marcantes da geopolítica do conhecimento jurídico (Direito Internacional) e dos modelos de desenvolvimento econômico, consagrados por organismos internacionais não estatais. Dispõe-se a enfrentar o tema das ingerências e condicionamentos impostos por Organismos Internacionais, com o intuito de promover, financiar, implementar o arcabouço jurídico e político-institucional no Brasil.

Em outras palavras, busca-se compreender em que medida as principais transformações do direito internacional do século XX representaram uma ruptura com o passado imperialista da disciplina. Assim, a partir da articulação das principais teorias críticas da história do direito internacional, concluiu-se que a relação entre direito internacional imperialismo é estrutural, mútua e constante; que transcende a forma colonial, e que continua presente nas formas contemporâneas do capitalismo global e nas práticas contemporâneas do direito

internacional, principalmente do direito internacional econômico.

Tal lógica, que vincula e aproxima o Direito Internacional à herança colonial, e consagra os modelos político-institucionais e econômico-sociais de modernidade e pós-modernidade na região, dá contornos e norteamentos nos ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos. Como estabelecer e conceber um modelo de estudo e ensino de Direito Internacional emancipatório (descolonial), com base no pluralismo próprio da região, frente à multiplicidade de institutos e instrumentos de ordenação-manipulação de poder?

O Direito Internacional revela a interação entre atores e processos, numa relação espaço-temporal, que apresenta diversidade e dinâmica próprios, e, portanto, com natureza jurídica-normativa incompatível com a matriz eurocêntrica dos séculos XVI e XVII. Nessa perspectiva, Bhupinder S. Chimni^{2,3}, no artigo: *Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: Um Manifesto*, atribui uma permanente interrelação entre o Estado, o direito internacional em contínua evolução.

O Estado é o principal sujeito do direito internacional. Mas a relação entre o direito do Estado e internacional evolui continuamente. Cada era vê a reconstrução material e ideológica da relação entre a soberania do Estado e o direito internacional. As mudanças são impulsionadas principalmente por forças sociais dominantes e por estados da época. A era da globalização não é uma exceção a esta regra. A globalização não é um fenômeno autônomo, sendo muito facilitado pelas ações dos Estados, em particular dos Estados dominantes. A adoção de regimes jurídicos apropriados desempenha um papel fundamental nesse processo. A reestruturação em curso do sistema jurídico internacional não é inteiramente diferente daquela que viu o capitalismo estabelecer e consolidar-se na esfera nacional.

O Direito Internacional Econômico, concebido a partir da realidade brasileira, há de ser engendrado no

² CHIMNI, Bhupinder S. *Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: um manifesto*. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, 2018.

^{Sob} uma perspectiva decolonial, vide o ensaio: MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. *Quem tem medo do pós-colonial no direito internacional? Uma resenha de "Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality"* de Sundhya Pahuja. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p. 484-488, 2018.

³ Vide sob a perspectiva desenvolvimentista, PAHUJA, Sundhya. *Decolonising International Law: development, economic growth and the politics of universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

¹ Neste sentido, vide: GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. *Resenha do livro Empire*, de Michael Hardt e Antonio Negri. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, 2018.

sentido de estabelecer um tensionamento entre a geopolítica clássica (das escolas alemã, britânica e francesa) conservadora, absorvida e propalada acriticamente, frente aos modelos de renovação do pensamento geopolítico⁴.

2 Direito internacional imperial e circulação de uma cultura jurídica: uma abordagem assentada na realidade brasileira

Há muito, historiadores do direito internacional questionam a metodologia do estudo da história do direito internacional como objeto de estudo: o passado como um complexo sistema normativo, legislações e doutrinas ou estudo da historiografia do direito. Anne Orford⁵ aduz a relevância do imperialismo para o direito internacional moderno, notadamente com base nos estudiosos jurídicos internacionais críticos, incluindo vários estudiosos associados ao Third World Approaches to International Law (TWAAIL), têm sido atores importantes para a defesa da relevância da história do imperialismo em relação à política internacional moderna.

A questão de saber se — e como — o passado imperial é relevante para o direito internacional permanece muito disputado e sem qualquer consenso. Para muitos historiadores do direito internacional, a descolonização teve um *locus* de excelência, e o direito internacional e a comunidade internacional são essencialmente anticoloniais, e a verdadeira questão política deveria ser como o direito internacional — verdadeiramente universal — pode acabar com sofrimento humano, sem ser vítima de abusos por parte de estados poderosos.⁶

⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. Mudando a geopolítica do sistema-mundo: 1945-2025. In: MARTINS, Carlos Eduardo; VALÊNCIA, Adrián Sotelo. *América Latina e os desafios da globalização*: ensaios em homenagem a Ruy Mauro Marini. Rio de Janeiro: Editora PUC, 2009.

⁵ Em sentido conforme, vide: SANTOS, Theotonio dos. A América Latina na encruzilhada. *Revista Brasileira de Administração Política*, v. 6, n. 2, p. 15-60, 2013.

⁶ ORFORD, Anne. The past as law or history? The relevance of imperialism for modern international law. In: JOUANNET, Emmanuelle; RUIZ-FABRI, Hélène (ed.). *Tiers Monde: Bilan et Perspectives*. Paris: Société de Législation Comparée, 2021.

⁷ ROTH, Brad. Governmental illegitimacy and neocolonialism: response to review by James Thuo Gathii. *Mich. L. Rev.*, v. 98, p. 2056, 1999.

⁸ GATHII, James Thuo. Neoliberalism, colonialism and international governance: decentering the international law of governmental legitimacy. *Mich. L. Rev.*, v. 98, p. 1996-1999.

Nas palavras de Brad Roth⁷, crítico da perspectiva decolonial, “o colonialismo é uma aberração jurídica” e “caracterizando o direito internacional contemporâneo como essencialmente contínuo com padrões de dominação ocidental do passado” não tem utilidade política e menospreza “as duras conquistas das lutas anticolonialistas”.

Em contraste, os estudiosos das TWAAIL — Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional — têm uma perspectiva de continuidade do fenômeno do imperialismo com a história do direito internacional. O “TWAAIL” é tanto um movimento político como intelectual e assim possui múltiplas perspectivas com longa tradição do internacionalismo crítico.

A perspectiva abordada no presente artigo é tradição do internacionalismo crítico, com importantes pensadores do TWAAIL e contra o esquecimento seletivo e voluntário do passado imperial do direito internacional e de como o imperialismo está “enraizado no direito internacional como o conhecemos hoje”.⁸ O embate sobre as heranças do passado imperial no presente, complexo e sistêmico direito internacional são constantes.

Em parte, isso ocorre porque a autoridade e a legitimidade do direito internacional moderno repousam sobre sua pretensão de ter transcendido suas heranças eurocêntricas e norte-americanas e de operar, atualmente, como uma normatividade universal capaz de representar a humanidade. Além disso, a ideia de que imperialismo não tem relevância para a ordem global contemporânea desempenha um papel significativo e tem justificado o *status quo*.

Muitos regimes jurídicos internacionais de desenvolvimento econômico são baseados na suposição de que extremos atuais de desenvolvimento desigual, desigualdade, movimento em massa de migrantes, a insegurança alimentar e a pobreza são consequência das características inerentes ou falhadas liderança de Estados pós-coloniais, ao invés dos efeitos de uma construção global historicamente construída.

⁷ ROTH, Brad. Governmental illegitimacy and neocolonialism: response to review by James Thuo Gathii. *Mich. L. Rev.*, v. 98, p. 2056, 1999.

⁸ GATHII, James Thuo. Neoliberalism, colonialism and international governance: decentering the international law of governmental legitimacy. *Mich. L. Rev.*, v. 98, p. 1996-1999.

Destaca-se, para os fins do presente artigo, a dimensão normativa do conceito de geopolítica⁹, entendida como o estudo das práticas políticas, militares, diplomáticas, econômicas, ideológicas e culturais, nas mãos das grandes potências do mundo e dos Estados que se opõem a elas, com o objetivo de controlar em seu benefício hegemônico os territórios, a população e os mercados de outros Estados-nação e seus recursos. Essas práticas estão ligadas a visões hegemônicas de controle ou influência global que são disputadas entre os países mais importantes do planeta. A geopolítica expõe as narrativas em favor dessas práticas, bem como os pontos de vista críticos sobre os esforços de controle ou influência mundial exercidos pelas grandes potências. A contextualização normativa da geopolítica revela-se espaço-temporalmente como um grande circuito de comunicação de poder e regulação¹⁰.

De um lado, na “geopolítica” de origem, as grandes elaborações teórica e conceituais do constitucionalismo e da teoria jurídica têm desfrutado e tem uma força própria, não tanto e não apenas para o registro histórico ou originalidade de pensamento, e sim para condições, materiais e sociais, comunicação e circulação, sempre permitidos, para essas elaborações, enriquecer-se com contribuições constantemente renovadas de debate e experimentação, capazes de projetar-se numa dimensão que é verdadeiramente e a sua própria “Teoria Transnacional do Direito.”¹¹

⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Las características jurídicas del neoliberalismo. *Cuestiones constitucionales*, n. 32, p. 3-44, 2015. (Tradução dos Autores). No original: “La geopolítica estudia las prácticas políticas, militares, diplomáticas, económicas, ideológicas y culturales, en manos de las grandes potencias del mundo y de los Estados que se les oponen, con el propósito de controlar en su beneficio hegemónico los territorios, la población y los mercados de otros Estados-nación, y sus recursos. Esas prácticas están vinculadas a visiones hegemónicas del control o influencia mundial que se disputan entre sí los países más importantes del planeta. La geopolítica expone las narraciones a favor de esas prácticas al igual que los puntos de vista críticos sobre los esfuerzos de control o influencia mundial que ejercen las grandes potencias.”

¹⁰ CARDUCCI, Michele. Diritto pubblico e “flussi giuridici” tra Italia e Brasile. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 11, n. 46, p. 13-42, 2011.

¹¹ No original: Infatti, il “‘usso” scandagliato da Medina risulta ricavabile attraverso una serie di contestualizzazioni “geopolitiche”, se per “geopolitica” si intende la focalizzazione spazio-temporale del circuito comunicativo del “usso” dal suo luogo di origine al suo percontorenale. Da un lato, nella “geopolitica” di origine, le grandi elaborazioni teoriche e concettuali del costituzionalismo e della teoria del diritto hanno goduto e godono di una forza propria, non tanto o non solo per primato storico o per originalità di pensiero, quanto per condizioni, materiali e sociali, di comunicazione e circolazione, che hanno sempre consentito, a quelle elaborazioni, di arricchirsi con costantemente rinnovati contributi di dibattito e sperimentazioni,

Por fluxos jurídicos concebem-se interações comunicativas que ocorrem entre os operadores do direito de diversos ordenamentos e racionalidades jurídicas. Essa dinâmica normativa produz imitações, migrações de ideias constitucionais, empréstimos constitucionais entre várias ordens jurídicas. Toda a dinâmica e fluxo de formantes e fontes jurídicas revela grande similitude entre a realidade experimentada entre Metrópole-Colônia nos séculos XV e XVI, diante da realidade vivida no ocaso do século XX e início do século presente.

Na história do Direito Internacional do Brasil, a historicidade e as experiências imperiais da América Latina e do Brasil consagraram e imprimiram as políticas, o ensino e as práticas do direito na região, impondo e condicionando o padrão eurocêntrico das metrópoles (Espanha, Portugal, França e Inglaterra). Outrossim, é imperioso consignar a narrativa imperial. Com o transcorrer dos séculos, alterou-se em forma, mas não na essência. Em sentido conforme, Sara Araújo¹², em ensaio publicado na *Hendu-Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, sob o título de “Desafiando a Colonialidade. A Ecologia de justiça Como instrumento Da descolonização Jurídica” constata um legado de injustiça, assente na colonialidade do poder:

O colonialismo europeu não foi apenas um projeto econômico e político, que envolveu a exploração de recursos e a dominação política de povos, tendo terminado com as descolonizações formais. Deixou um legado de injustiça, assente na colonialidade do poder¹³, alimentado por uma estrutura colonizadora responsável pela marginalização de sociedades, culturas e seres humanos. Se as relações políticas mudaram com o fim político dos impérios coloniais, as narrativas hegemônicas sobre as quais assentou a alegada superioridade dos países do Norte não foram decisivamente postas em causa e são constitutivas do projeto da modernidade.

Portanto, o colonialismo e o movimento descolonial guardam consigo operacionalidades e similitudes de dominação política dos povos que demonstram o caráter imperial, veiculados por leis imperiais (e posteriormente do imperialismo pós-colonial, neoimperial) imbricadas com narrativas históricas de gestão e governos, inter-

one, capaci di proiettarsi in una dimensione diversa e propria “Teoria Transnacional del Derecho”. (Tradução nossa).

¹² ARAÚJO, Sara. Desafiando a colonialidade: a ecologia de justiça como instrumento da descolonização jurídica. *Hendu-Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, v. 6, n. 1, p. 26-46, 2015.

¹³ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. *Contextualizaciones latinoamericanas*, v. 2, n. 5, 2009.

venções políticas, econômicas de direito internacional e do direito nacional ou doméstico.

Walter Mignolo¹⁴ defende o contexto histórico de construção e conformação da América Latina, guardando imbricada relação com o passado imperial da colonização. No trabalho “Novas reflexões sobre “Ideia da América Latina”: a direita, a esquerda e a opção descolonial”, o autor assevera que:

O Novo Mundo e a América são invenções europeia-cristãs, cujos agentes foram as monarquias e, em seguida, os estados-nacionais do Atlântico. A formação histórica do mundo moderno-colonial resultou das ações e das narrativas produzidas basicamente em quatro das seis línguas modernas imperiais: português, castelhano, francês e inglês. [...] Por tudo isso, é necessário atender ao nível ontológico da ideia da América Latina, e prestar atenção além do mais ao nível ôntico. Isto é, não aceitar a América Latina como uma coisa natural e contar histórias do que lá acontece, esquecendo que tudo que lá ocorre tem sua razão de ser na história imperial-colonial de como a América Latina foi constituída.

Nessa ambiência de Metrôpole-Colônia, as leis imperiais de outrora guardam aproximada relação com as reformas político-institucionais e jurídicas impostas e condicionadas por organismos internacionais não governamentais, engendradas por nações desenvolvidas. O elemento de *discrimen* há de ser ressaltado, no caso da América Latina; nos casos de fluxos normativos, é a existência de transferências voluntárias e outras frequentemente violentas, resultantes da teorização da Teoria da Lei Imperial consagradora do processo geral de americanização do pensamento jurídico.

Como consequência do fenômeno, forma-se uma camada dominante dos sistemas jurídicos em todo o mundo e é produzida, no interesse do capital internacional, por uma variedade de instituições públicas e privadas, e compartilhada com uma lacuna de legitimidade.

Nesse contexto, o referido modelo legislativo é moldado por um processo espetacular de contundência, para fins de dominação hegemônica, estabelecendo e subordinando arranjos legais locais de todo o mundo, reproduzidos em escala mundial o mesmo fenômeno do dualismo legal que, a interesse do capital internacional e sob um vazio de legitimidade, tem como característica o direito internacional dos países em desenvolvimento.

¹⁴ MIGNOLO, Walter D. Novas reflexões sobre “Ideia da América Latina”: a direita, a esquerda e a opção descolonial. *Caderno CRH*, v. 21, n. 53, p. 239-252, 2008.

A internacionalização de modelos políticos-institucionais e jurídicos, com baixa densidade democrática, perpassa fronteiras, macula o Estado Nacional e corrompe a soberania política, pautando abalos e corrosões nos sistemas políticos que afetam o paradigma normativo tanto em nível de sistemas internos, como na ordem internacional e supranacional.

Reforçando, Ferrajoli constata que “o Ocidente exportou durante o século passado um modelo já em estado de crise nacional, e, em conjunto, a ilusão de que havia garantias suficientes para autodeterminação e independência.” Ocorre, no entanto, que tal modelo pressupõe um processo decisório antecipado de tomadas de decisões no centro do mundo: isto é, das políticas decididas “democraticamente” pelas maiorias ricas e influentes de um número restrito de potências ocidentais que controlam Instituições internacionais e o direito internacional delas resultantes.

Referida sistemática de reprodução normativa enfrenta crítica desde o século XIX, seja relativamente ao continente europeu, seja aplicável às então colônias da América Latina. Na medida em que a ordem jurídica europeia sofria modificações, a fim de ajustar-se às novas concepções e movimentos que aconteciam em solo europeu, tais modificações aportaram, na América Latina, com evidente e diferente grau de intensidade.

No caso dos Estados Unidos, com sua independência, a liberdade defendida como elemento da fundação daquela República consiste no exemplo maior de hipocrisia política, como lembra David Runciman¹⁵: “no event in modern political history has been so marked by the problem of hypocrisy as the American Revolution. The most elementary reason for this can be summarised in a single word: slavery”.

O mesmo se pode dizer do caso brasileiro, constituído sob a forma liberal de uma monarquia constitucional, a garantir igualdade, numa sociedade de escravos,

¹⁵ O que pode ser traduzido por: “Nenhum evento na história política moderna foi tão marcado pelo problema da hipocrisia quanto a Revolução Americana. A razão mais elementar para isso pode ser resumida em uma única palavra: escravidão”. RUCIMAN, David. *Political hypocrisy: the mask of power, from Hobbes to Orwell and Beyond*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008. p. 74. O que pode ser traduzido por: “Nenhum evento na história política moderna foi tão marcado pelo problema da hipocrisia quanto a Revolução Americana. A razão mais elementar para isso pode ser resumida em uma única palavra: escravidão”.

com mulheres e pobres impedidos de qualquer participação em quaisquer processos de decisão política.

Na obra *À Questão Judaica*, Karl Marx reflete a respeito do conteúdo dos direitos humanos resultantes da Revolução Francesa, para chamar a atenção dos claros limites ainda que provenientes de um ambiente revolucionário de queda radical do antigo regime. Dessa maneira,

o direito humano da propriedade privada [do art. 16 da Constituição de 1793] é (à sua vontade), autoritariamente, sem relação aos outros seres humanos do direito do uso próprio, independente da sociedade, do direito de gozar de seu patrimônio e de dispor sobre o mesmo^{16 17}.

Assim, a segurança jurídica das relações, no âmbito dos direitos humanos, revela-se um egoísmo de um homem contra o outro. Em outras palavras, os direitos humanos funcionam como um limite do direito de um contra o outro; e não de um com o outro: “por meio do conceito da segurança jurídica a sociedade burguesa não supera seu egoísmo. A segurança jurídica representa bem mais a garantia de seu egoísmo”¹⁸.

Referida perspectiva adverte que, mesmo no âmbito de uma formulação inovadora, em relação ao passado próximo, a formação jurídica europeia, para a mesma Europa, já apresentava suas deficiências e limites. É preciso, portanto, diante da advertência histórica marxiana, não perder a racionalidade de que a dificuldade de inovação no sistema jurídico, e fora dele, representa enorme desafio, mesmo quando se têm, diante dos olhos, movimentos inovadores de tentativa de estruturação de novas ordens de regulação. No caso das constituições latino-americanas, a partir dos anos 2000, ainda que contêm consideráveis novidades e originalidade, não estão imunes a contradições estruturais.

Assim, a identidade e a homogeneidade do constitucionalismo latino-americano revelam-se um constitucionalismo com institutos, instituições e dinâmicas próprias. Tal afirmação requer análise bibliográfica de títulos nacionais e estrangeiros, notadamente estes, dando-se ênfase à doutrina de centros acadêmicos com rea-

lidade social, cultural e econômica que guarde similitude com a realidade brasileira após-1988.

Outrossim, é estudado e compilado bancos de dados institucionais, nacionais e de atores e agentes internacionais e multilaterais, notadamente as agências do Banco Mundial. Por fim, far-se-á uma análise crítico-constitutiva e histórica das ingerências e condicionamentos impostos por Organismos Internacionais Multilaterais, de natureza econômica e financeira, notadamente as engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional latino-americano, veiculando como propósito o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico, bem como perscrutar as consequências normativas desse fenômeno frente ao Estado de Direito.

3 Direito internacional com base em uma perspectiva brasileira: a matriz constitucionalmente consagrada do desenvolvimento econômico frente às ingerências e condicionantes econômico-financeiras dos atores internacionais não estatais

Com efeito, há de ser feita uma aproximação dos elementos marcantes do Direito Internacional de desenvolvimento econômico, consagrados por organismos internacionais não estatais com as matrizes constitucionais de enfrentamento do subdesenvolvimento. Dispõe-se a enfrentar o tema das ingerências e condicionamentos impostos por Organismos Internacionais, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico e político-institucional no Brasil.

A Constituição de 1988 possui, expressamente, um plano de transformação da sociedade brasileira, com base normativas de enfrentamento ao subdesenvolvimento, com o reforço dos direitos sociais, a proteção ao mercado interno (artigo 219), o desenvolvimento e a erradicação da miséria e das desigualdades sociais e regionais (artigos 3º e 170) como objetivos da República, isto é, com a inclusão do programa nacional-desenvolvimentista no seu texto¹⁹.

¹⁶ MARX, Karl. Zur Judenfrage: Marx-Engels Werke, Bd. 1. Berlin: Dietz Verlag, 1977.

¹⁷ No original: “Das Menschenrecht des Privateigentums ist also das Recht, willkürlich, (à son gré), ohne Beziehung auf andere Menschen, unabhängig von der Gesellschaft, ein Vermögen zu genießen und über dasselbe zu disponieren, das Recht des Eigentums”. (Tradução nossa).

¹⁸ MARX, Karl. Zur Judenfrage: Marx-Engels Werke, Bd. 1. Berlin: Dietz Verlag, 1977.

¹⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.; BERCOVICI, Gilberto. *A Con-*

E como harmonizar o Direito internacional do desenvolvimento com as matrizes constitucionais de enfrentamento do subdesenvolvimento? O equacionamento dessa questão denota uma das premissas do trabalho, no sentido de se buscar, de que forma, com qual engenharia político-institucional e normativa, os países pertencentes à geopolítica latino-americana salvaguardam os seus respectivos mercados internos das ingerências e condicionantes econômico-financeiras dos atores internacionais não estatais.

Para tanto, são necessárias as respostas de tais questionamentos: há um constitucionalismo de matriz latino-americana? Em caso afirmativo, há um direito internacional de matriz latino-americana? O que há de originalidade na Região que revela um direito internacional de matriz latino-americana com institutos, instituições e dinâmicas próprios a ponto de adjetivá-los? A resposta somente pode ser positiva, para o primeiro questionamento. Já para a segunda pergunta, na América Latina, o imperialismo e colonialismo presentes na Região conformaram um modelo de direito internacional colonial, próprio dos séculos XIV e XV. E a razão surge do cotejo entre o constitucionalismo liberal clássico e o constitucionalismo latino-americano. Gisele Cittadino²⁰, ao imprimir a juridicidade estatal (monismo), consagra o modelo do constitucionalismo clássico:

O constitucionalismo clássico, de matriz liberal, associa o ordenamento normativo a defesa da autonomia privada dos sujeitos não apenas porque ela fixa os limites dos mecanismos da violência monopolizada pelo Estado, mas também porque institucionaliza os processos de tomada de decisão, de elaboração legislativa e da aplicação da lei aos casos concretos. Não é por outra razão que os ordenamentos normativos costumam ser analisados como sistemas jurídicos vinculados aos Estados, ou, em outras palavras, o modelo dominante de juridicidade é o direito estatal.

Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo, próprio do ocaso do século XX e início do século XXI, e sob a égide do fenômeno da mundialização da econo-

stituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Teoria da Constituição: ensaios sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁰ AVRITZER, Leonardo; GOMES, L. C. B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. C.; CITTADINO, Gisele. *O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

mia de mercados, da política, da governança global padece de novas engenharias normativas e institucionais em relação à consecução de ordenar juridicamente tal fenômeno.

Acresça-se aos efeitos da globalização, na matriz constitucional contemporânea, as condicionantes da fragmentação e a privatização. Tais problemas suscitam a constitucionalização de regimes regulatórios transnacionais e supranacionais bem como a emergência de novas formas de colisão entre regimes normativos (*latu sensu*), que alteram os mecanismos de funcionamento e exercício do poder estatal. Nas formas emergentes de administração do direito e do poder regulatório em nível transnacional e supranacional²¹, as políticas públicas de desenvolvimento econômico padecem de interferências determinantes e condicionantes por atores internacionais não estatais.

Nesse contexto de mundialização de mercados, fragmentação de racionalidades normativas e privatização de atores não estatais globais, o constitucionalismo contemporâneo busca compatibilizar sua matriz liberal e monista estatal originária com o contexto histórico, político, econômico e jurídico constitucional atual.

A solução de compatibilidade entre o constitucionalismo clássico, de matriz liberal, e o constitucionalismo contemporâneo possibilita a emergência de ordens plurais para além do Estado nacional, veiculadas por termos como “pluralismo jurídico”²². Essa pluralidade de racionalidades normativas possibilita ao constitucionalismo latino-americano se insurgir do processo histórico de colonização, desconstruindo-se e buscando alternativas emancipatórias. Nesse contexto, pertinente à observação de Valéria Ribas do Nascimento²³:

o Constitucionalismo Contemporâneo na América Latina vem surgindo enquanto mudança de paradigma que visa implementar parâmetros de descolonização e reaproximação das características originárias dos povos latinos em sua essência, perme-

²¹ HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. *Revista Dados*, v. 57, n. 4, 2014.

²² TEUBNER, Gunther. Global Bukovina: legal pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a State*. Dartmouth, 1996. p. 3-28. p. 4.

²³ NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MARTINS, Evilhane Jum; IRIGARAY, Micheli Capuano. O Constitucionalismo latino-americano: desafios para uma maior aproximação brasileira através da Lei nº 13.123/2015. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 8, n. 15, p. 542-567, jul./dez. 2016.

ando pela representação do Estado Plurinacional, para o surgimento de um novo constitucionalismo latino-americano. Esse novo modelo constitucional latino-americano é fruto de reivindicações de comunidades locais, que em todo contexto histórico existente até a atualidade, manteve sua identidade sociocultural própria excluída do cenário global.

O constitucionalismo latino-americano surge como consectário do Estado Plurinacional, fruto das vicissitudes históricas, políticas, econômicas e jurídico-constitucionais. Além disso, surge uma *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), veiculando uma abordagem regional-local sobre o constitucionalismo transformador²⁴. A razão para o direito constitucional comum latino-americano se revela nos seguintes termos:

Esse enfoque se assenta na inquietante experiência adquirida com as inaceitáveis condições de vida existentes, e aponta para a transformação da realidade política e social da América Latina, por meio do fortalecimento da democracia, do Estado de direito e dos direitos humanos. Os problemas comuns aos países latino-americanos, tais como a exclusão de amplos setores da sociedade, bem como a deficiente normatividade dos direitos, são temas centrais dessa abordagem. O ICCAL não aposta somente na integração funcional da região, mas sim em um constitucionalismo regional dos direitos com garantias supranacionais. Como resultado deste, os representantes do ICCAL reconhecem a tão estreita relação que existe entre os direitos constitucional, internacional e comparado. A abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais de numerosos países latino-americanos, com o direito internacional e, em particular, com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, é de particular importância e constitui o núcleo normativo do ICCAL.

Superados os questionamentos iniciais, entende-se por necessário o dimensionamento das formas de ingerências dos atores internacionais não estatais nas políticas de desenvolvimento econômico nacionais.

Para tanto, e com a utilização das teorias dos *legal transplants* e da *law and development*, descrevem-se políticas de desenvolvimento econômico engendradas pelo Banco Mundial, bem como o nível de inserção e ingerência destas nas políticas nacionais de desenvolvimento econômico.

²⁴ BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, 2015.

4 The World Bank Legal Review: circulação de uma cultura jurídica hegemônica, a teoria dos *legal transplants* e escola da *law and development*

Uma perspectiva dinâmica dos “fluxos jurídicos”, em um contexto normativo globalizante, de matriz desenvolvimentista, pode ser possibilitada pelos fundamentos doutrinários da Teoria dos *legal transplants*²⁵, contextualizando, histórica e culturalmente, o propósito de consagrar identidade e fundamento legitimador ao constitucionalismo latino-americano.

Lucio Pegoraro²⁶, em ensaio *Trasplantes, injertos, diálogos: Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado* adverte para a pluralidade de nomenclaturas utilizadas para se referir ao mesmo fenômeno jurídico: “*trasplantes*”, “*legal borrowing*”, “*migracion*” “*turismo legal*” “*cross-fertilizacion*” e “diálogos” com variantes devidas aos sistemas jurídicos que originam. Caracterizados e contextualizados os fluxos normativos, notadamente pela Teoria dos *Legal Transplants*, o lança-se luzes nas interferências e condicionantes dos atores internacionais não estatais, de natureza econômica e financeira, notadamente as engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional brasileiro, e da América Latina como um todo, veiculando como propósito o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico, bem como perscrutar as consequências normativas desse fenômeno diante dos Estados nacionais.

Com efeito, as múltiplas significações dos termos teoria dos *legal transplants* e Escola da *Law and development* apresenta-se útil para uma mais apropriada apreensão

²⁵ WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. Georgia: University of Georgia Press, 1993. p. 17.; MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Plunder: when the rule of law is illegal*. [S. l.]: John Wiley & Sons, 2008.; MEDINA, Diego López. El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde américa latina. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, v. 13, n. 26, 2015.

²⁶ PEGORARO, Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos: jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado*. In: DIÁLOGO jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. [S. l.]: Tirant lo Blanch, 2013. p. 33-82. p. 33.

do tema. Observe-se que o debate acadêmico das temáticas tem suscitado, no estudo das ciências jurídicas, metodologias, sobremaneira alargadas e, diante da multiplicidade de enfoques, necessárias são alguns esclarecimentos conceituais. Para tanto, maior ênfase será dada às significações com reflexos na ordem jurídico-constitucional.

Inicia-se pela Teoria dos *Legal Transplants*. A dimensão conceitual do fenômeno jurídico da transnacionalidade do direito, e por via de consequência, de seus efeitos, vem sendo objeto de estudo multidisciplinar, que, muitas vezes, acertadamente, interagem e concebem múltiplas teorias acerca da sua compreensão. Marcelo Neves, em sua obra sobre a transnacionalidade do Direito, aponta para a dificuldade de a ciência jurídica tradicional conceber o fenômeno da transnacionalidade do direito frente à prescindibilidade estatal, uma vez que o Estado-Nação habita o cerne da doutrina do direito internacional. Nesse contexto, Neves²⁷ assevera:

a emergência de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientista sociais em geral. O que intriga a “ciência” jurídica tradicional é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordem jurídica que prescindem do Estado ou como ordem jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em cheque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico.

Em estudo acerca da relação existente em transnormatividade e cosmopolitismo jurídico, Branco²⁸ sintetiza a ideia de transnacionalidade do Direito como “fenômeno jurídico-axiológico que se consolida mediante a transcendência e a capilaridade de normas e regulamentos internacionais sobre o direito doméstico dos países”.

O binômio transcendência-capilaridade (ou, para os fins do estudo, cartilha de reformas do Banco Mundial/*legal transplants*) é atributo das políticas econômicas en-

gendradas pelo Grupo do Banco Mundial, notadamente na matriz neoinstitucionalista de desenvolvimento consagrada, que perpetra frequentes reformas político-institucionais, com arranjos jurídicos-processuais subjacentes, em relação ao cumprimento das metas das cartilhas do *World Bank Legal Report*.²⁹

Tais cartilhas têm como seu idealizador Douglas North, que consagrou a celebre frase: “a fonte primordial do crescimento econômico é a estrutura institucional/organizacional de uma economia.” Com tal postulado, Douglas North³⁰ consagrou o entendimento de que fora força motriz de Escola Neoinstitucionalista e, por via de consequência, programa do Banco Mundial em políticas de desenvolvimento econômico da América latina, sobretudo no Brasil.

Com efeito, ao idealizar as estruturas Institucionais como motor propulsor do desenvolvimento econômico, vislumbraram-se possibilidades de arranjos jurídicos que alterassem o modelo desenvolvimentista — periférico e tardio, resultante da falência de um Estado Providente ou Welferista — e, como consequência, houve a necessidade “premente” das Reformas de Estado.

Tais reformas seriam concebidas, política, intelectual e financeiramente, pelo Banco Mundial, por meio de suas publicações, relatórios e por “The World Bank Legal Review”. As bases institucionais e arranjos jurídicos, que têm marco temporal dos anos 90 até a crise financeira global de 2008, e que foram balizadas por meio do “Consenso de Washington” tinham, como principais políticas públicas a disciplina fiscal, a liberalização financeira e comercial, total abertura da economia para investimentos, privatização, desregulamentação e proteção direta dos direitos de propriedade intelectual das multinacionais.

A principios de los 90, este nuevo modelo de desarrollo centrado en el mercado fue auspiciado por los organismos multilaterales (sobre todo por el Banco Mundial –BM– y el Fondo Monetario Internacional

²⁷ NEVES, Marcelo (coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 9.

²⁸ BRANCO, Luizella. Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 168, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3163>. Acesso em: 05 jun. 2017.

²⁹ LAW, Justice and Development Week 2017 discussed law and justice as enabler for gender equality. The World Bank, 28 mar. 2017. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/events/2017/03/28/law-justice-and-development-week-2017>. Acesso em: 06 jun. 2021.

³⁰ “Para dar inteligibilidade às evidências históricas e contemporâneas, precisamos repensar todo o processo de crescimento econômico [...]. A fonte primordial do crescimento econômico é a estrutura institucional/organizacional de uma economia.” NORTH, Douglass C. Some fundamental puzzles in economic history/development. In: ARTHUR, W. Brian; DURLAUF, Steven N.; LANE, David A. (ed.). *The economy as an evolving complex system II*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1997. p. 224.

–FMI–) y sintetizado en el nsenso de Washington, que incluía una serie de reformas y medidas que tenían que implementar los gobiernos de la región para retomar la senda del desarrollo: disciplina fiscal, liberalización financiera y comercial, apertura total de la economía a las inversiones directas, privatización, desregulación y protección de los derechos de propiedad intelectual de las multinacionales.³¹

A abordagem e o interesse do Banco Mundial em se utilizar da Teoria dos Legal Transplants — que metafóricamente aproveita as imagens vívidas da área da anatomia e da cirurgia relacionada ao transplante; “transplante legal” — têm obtido sucesso em transmitir uma percepção ampla do Direito como matéria quase orgânica, bem como uma ideia geral sobre a natureza complexa de fazer leis e instituições legais evoluírem em um ambiente legal e institucional particular, fora de seu “habitat” natural.

O conceito de “transplantes legais” obteve atenção acadêmica a partir do famoso debate, ocorrido nos anos 70 (setenta), entre Otto Kahn Freund e Alan Watson, que pode ser verificado nos textos “On Uses and Misuses of Comparative Law” e “Legal Transplants and Law Reform”. Esse foco incomum pode ser encontrado nas opiniões polarizadas, tomadas por estudiosos proeminentes do debate sobre “transplantes legais”. Alguns veementemente negam ao conceito e ao fenômeno subjacente qualquer legitimidade, enquanto outros, como Watson, tendem a ver o transplante legal como principal fonte de mudança e evolução, de forma mais geral³².

Outra razão para o interesse contínuo nessa problemática pode ser vista em sua relevância prática renovada e intensificada. Especialmente desde o colapso do comunismo ao final da década de 80 (oitenta) e às subsequentes reformas legais e institucionais em grande escala nos países que, anteriormente, faziam parte da esfera de influência soviética, as transferências legais ou “transplantes” têm aumentado.

Apesar das duras críticas direcionadas ao movimento de Direito e Desenvolvimento anterior (primeira fase, década de 70), a década de noventa (segunda fase, década de 90) é marcada por uma nova onda de engajamento de agências estrangeiras de ajuda ao desenvolvimento e organizações internacionais na reforma e transição

legal. Organizações econômicas internacionais como o Banco Mundial (BM) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), mas também agências nacionais de ajuda ao desenvolvimento e organizações privadas como a American Bar Association, embarcaram em projetos ambiciosos de assistência jurídica, com leis comerciais, leis civis e até constituições sendo “exportadas em massa” de países desenvolvidos para economias em transição.

E qual é a relação entre o exposto e o tema do presente artigo? Essa relação pode ser instrumentalizada por meio da compreensão de que o conflito entre duas ordens — Nacional/Regional e transnacional (ou, ordem constitucional e Banco Mundial) — poderia ampliar, ainda mais, o suposto grau de colisão e irracionalidade a respeito da aplicação do direito constitucional local³³. Isso porque haveria dois níveis de sopesamento entre, pelo menos, dois modelos de direito constitucional. O constitucionalmente consagrado constitucionalismo latino-americano, e por via de consequência, concebido sob um viés de historicidade, subjacente a direitos sociais advindos da redemocratização latino-americana e, de outra perspectiva, o transplantado de modelos de nações desenvolvidas, de natureza exógena, pois concebido por atores internacionais não estatais, e construídos sob um arcabouço jurídico da common law.

Gunther Teubner defende a tese do conflito das racionalidades na obra *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Para o autor, o antagonismo das lógicas jurídicas entre os diferentes subsistemas (a razão de natureza constitucional desenvolvimentista consagradas na Constituição Federal de 1988 diante do modelo do law and development concebido pelo Banco Mundial), e sua consequente colisão entre a racionalidade de um subsistema com as diferentes racionalidades que os vários atores têm de uma sociedade global (notadamente o Banco Mundial) e, ainda, conflitos de racionalidades de um subsistema com os próprios padrões racionais compreendidos como necessários para sua expansão tornam-se frequentes e contraproducentes. Marcelo Varella³⁴, em sentido conforme, corrobora:

³¹ ZURBRIGGEN, Cristina. La falacia tecnocrática y la reforma del Estado: a 10 años del Informe del Banco Mundial. *Nueva Sociedad*, v. 210, p. 156-174, 2007.

³² WANG, Chenguang. Legal transplantation and legal development in transitional China. *The World Bank Legal Review*, dez. 2012.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. (org.). *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 101.

³⁴ VARELLA, Marcelo. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Direito nacional e direito internacional ampliam seus elementos comuns. O direito constitucional é pressionado em função do aumento da governança internacional, que se torna cada vez mais efetiva, removendo barreiras centrais para alcançar os ordenamentos domésticos. Ambos, direito nacional e direito internacional, sofrem mudanças radicais. A clássica distinção entre a esfera doméstica e a internacional torna-se menos nítida, sobretudo em alguns temas e regiões.

Para que se possa estabelecer um juízo acerca dos dilemas e os desafios propostos pela emergência de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais, no que se refere ao modelo desenvolvimentista latino-americano e o conflito não aparente com as políticas jurídico-institucionais, patrocinadas pelo Banco Mundial.

5 *Rule of Law*³⁵ e a matriz desenvolvimentista do Banco Mundial

As instituições internacionais multilaterais, ou atores internacionais não estatais concebem a ideia de desenvolvimento econômico atribuindo intrínseca relação deste com uma matriz institucional e de arranjos normativos concebidos no sistema jurídico da *common-law* e, portanto, discrepante das normatividades latino-americanas, de natureza romano-germânica (*civil law*).

Nesse diapasão, a teoria dos transplantes jurídicos, consagrando os modelos globalizantes de capital e a matriz do *rule of the law*, veiculou e propagou o modelo de desenvolvimento econômico, financiado pelo Banco Mundial, sob a condicionante de reformas institucionais, jurídicas e de gestão administrativa em toda América Latina. “É difícil imaginar uma outra expressão do discurso político anglo-americano, que seja melhor conhecida e prestigiada a nível global do que a *rule of the law*.”

Parte do prestígio do engenho político-institucional fora consagrado, no entendimento de Mattei³⁶, em en-

saio *Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development* pela experiência constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, que:

Forneceram um impulso vital para o prestígio do Estado de direito. Especificamente, em *The Federalist Papers* (em particular, no Madison N.º 10 e de Hamilton N.º 23), o Estado de Direito foi concebido como a única maneira de garantir a estabilidade política numa sociedade caracterizada por desigualdades e em que ricos proprietários estavam em minoria e deviam ser defendido contra a maioria da população que não possui propriedade. O Estado de Direito, que era confiado aos tribunais, possuía a sabedoria de proteção jurídica da propriedade privada, essencial e permanente garantia institucional para os proprietários na ordem constitucional americana pós-revolucionária e destinada a ganhar a hegemonia em todo o mundo atual.

A internacionalização de modelos políticos-institucionais e jurídicos-constitucionais, com baixa densidade democrática, perpassa fronteiras, macula o Estado Nacional e corrompe a soberania política, pautando abalos e corrosões nos sistemas políticos que afetam o paradigma constitucional tanto em nível de sistemas internos, como na ordem internacional e supranacional. Ocorre, conforme defendido por Ferrajoli, deformação das linhas tradicionais da democracia política e do Estado de Direito iniciada com base na crise do Estado-Nação soberano, e sua localização por meio das fronteiras nacionais, resultante do processo de globalização de parcelas crescentes poder, tanto pública como privada.

Na Era da Mundialização, as necessidades e pautas de reivindicações de cada país latinoamericano se tornam estereis das políticas de desenvolvimento econômico endógenas, para, progressivamente, agentes exógenos, notadamente por meio do Banco Mundial, legitimados por poderes apolíticos e sob a chancela do desenvolvimentismo institucionalizado.

Essa dinâmica, própria do capitalismo de mercado, se aplica, especialmente, para os países em vias de desenvolvimento, como é o caso brasileiro e da América Latina, em sua totalidade. Reforçando tal entendimento, Ferrajoli constata que “O Ocidente exportou durante o século passado um modelo já em estado de crise nacional, e, em conjunto, a ilusão de que havia garantias

Didier; PANDOLFI, Mariella (ed.). *Contemporary states of emergency: the politics of military and humanitarian interventions*. [S. l.]: Zone Books, Forthcoming, 2009.

Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021. p. 104.

³⁵ THE ROLE of law. In: WORLD BANK. *Governance and the law*. Washington: World Bank Group, 2017. Disponível em: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25880/9781464809507_Ch03.pdf?sequence=35&isAllowed=y. Acesso em: 04 jun. 2021.

³⁶ MATTEI, Ugo. *Emergency-based predatory capitalism: the rule of law, alternative dispute resolution, and development*. In: FASSIN,

suficientes para autodeterminação e independência.” Ocorre, no entanto, que tal modelo pressupõe um “processo decisório” que é antecipado, isto é, das políticas desenvolvimentistas decididas por Instituições internacionais multilaterais, tais como Banco Mundial, o FMI, a Organização Mundial do Comércio Mundial, o G-8, o próprio Conselho de Segurança da ONU, bem como a Cepal e por grandes empresas multinacionais e transnacionais.

Em ensaio lançado originariamente em inglês, Plunder: when the rule of law is illegal³⁷, Mattei e Nader desconstruem o termo rule of law, ao acentuar que o termo, de origem do *common law*, fora concebido sem qualquer reivindicação democrática, e fundamente: “o Parlamento Inglês não era uma instituição democrática”.

Acresça-se às ideias defendidas acerca da Teoria dos Transplantes Legais, de sua vinculação ao conceito do rule of law, instrumento normativo da mundialização do capital e, nas palavras de Michael Hardt³⁸ e Antonio Negri³⁹, Niall Ferguson⁴⁰, a dimensão de hegemonia como poder que combina força e consentimento por meio da persuasão. Negri defende a tese de que a construção de consensos (o Consenso de Washington é emblemático neste sentido) suscita a incapacidade de determinação dos povos e Nações. É por via de consequência que a recepção ou adoção de padrões-tipo (*standart*) jurídico-normativos se faz premente.

6 Grupo Banco Mundial, law and development e o desenvolvimentismo exógeno

“A fonte primordial do crescimento econômico é a estrutura institucional/organizacional de uma economia.” Com tal postulado, Douglas North⁴¹ consagrou o enten-

³⁷ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Plunder: when the rule of law is illegal*. [S. l.]: John Wiley & Sons, 2008.

³⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *La multitud contra el Imperio*. *Osal*, v. 7, p. 159-166, 2002.

³⁹ NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.

⁴⁰ FERGUSON, Niall. *Empire: the rise and demise of the British World and the Lessons for Global Power*. New York: Basic Books, 2003.

⁴¹ NORTH, Douglass C. Some fundamental puzzles in economic history/development. In: ARTHUR, W. Brian; DURLAUF, Steven N.; LANE, David A. (ed.). *The economy as an evolving complex system II*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1997.

dimento que fora força motriz de escola neoinstitucionalista e, por via de consequência, dos programas do Banco Mundial e da Cepal em políticas de desenvolvimento econômico da América latina, sobretudo no Brasil.

Com efeito, ao idealizar as estruturas Institucionais como motor propulsor do desenvolvimento econômico, vislumbraram-se possibilidades de arranjos jurídicos que alterassem o modelo desenvolvimentista — periférico e tardio, resultante da falência de um Estado providente ou welferista — e, como consequência, surge a necessidade premente das reformas de Estado.

Tais reformas seriam concebidas política, intelectual e financeiramente pelo Banco Mundial, e outros atores internacionais, que, por meio de suas publicações, relatórios e estatísticas consagram e condicionam os modelos nacionais de desenvolvimento. São veiculados, notadamente, pelos *The World Bank Legal Review*.⁴² As bases institucionais e arranjos jurídicos têm marco temporal dos anos 90 até a crise financeira global de 2008, e foram balizadas por meio do Consenso de Washington. Tem como principais políticas públicas a disciplina fiscal, a liberalização financeira e comercial, total abertura da economia para investimentos, privatização, desregulamentação e proteção direta dos direitos de propriedade intelectual das multinacionais.

A questão que se coloca agora é a de estabelecer um repasse crítico acerca da escola *law and development*, bem como dos relatórios do Banco Mundial “The World Bank Report”, no sentido de qualificá-los como recepção ou imposição ao modelo de desenvolvimento econômico consagrado pelo constitucionalismo latino-americano.

7 A estéril recepção da escola “law and development” no Brasil e o modelo de desenvolvimento econômico transformador

Para fundamentar tal análise, busca-se respaldo na doutrina de Nitschke⁴³ que assevera que a realidade das

⁴² CISSÉ, Hassane; MULLER, Sam; THOMAS, Chantal; WANG, Chenguang. *The World Bank Legal Review*. volume 4: legal innovation and empowerment for development. Washington, DC: World Bank, 2013. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12229>. Acesso em: 05 jun. 2017.

⁴³ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Ativismo arbitral e*

transplantações jurídicas permeia a História da cultura jurídica latino-americana, notadamente a brasileira. E continua, “na tradição luso-brasileira, desde a Lei da Boa Razão, há combinação entre direito nacional e direito estrangeiro”. Com efeito, a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, permitia a resolução de “lacunas do ordenamento jurídico”, concedendo a juízes recorrerem, conforme a Cruz:

“primitivos Princípios”, ao “Direito das Gentes” e ao “que se estabelece nas Leis Políticas, Económicas, Mercantis e Marítimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado”. Para este último caso, a Lei ia ainda mais longe: “(...) sendo muito mais racional, e muito mais coerente, que nestas interessantes materias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã jurisprudencia.

A absorção dos transplantes legais pelo ordenamento jurídico, que a época era colônia, portanto, reforça a prática reiterada do fenômeno de recepção, e, mais especificamente, em relação ao presente estudo, concebe um entendimento histórico do binômio condicionado: desenvolvimento econômico-pacote institucional e jurídico.

No sítio do Banco Mundial, acerca da temática da teoria dos Legal Transplants e da Cultura Jurídica, a instituição entende que muitos preceitos legais são, muitas vezes, inspirados por experiências estrangeiras. E, apesar dos acalorados debates acadêmicos, os transplantes legais são, não somente possíveis como também uma prática comum, necessária e imperativa para a busca plena do desenvolvimento.

Em trabalho acerca da Cultura Jurídica e Reforma Judiciária, revela a importância da cultura legal para a reforma legal e a contextualização do desenvolvimento, embora incidindo sobre os problemas difíceis de definir, medir e fazer argumentos causais sobre o amplo e conceitualmente confuso fator “cultura jurídica.”

Na ambiência global em que vivemos, em que uma multiplicidade de ordens normativas interage e colide, é comum as concepções que relacionam as reformas dos sistemas jurídicos com modelos-tipo de desenvolvimento econômico. Há uma transplantação de paradigmas e arranjos jurídico-institucionais, com expertise e eficiência econômica, contextualizado social, jurídico,

cultural e economicamente numa realidade de prosperidade institucional, para inseri-los em outros contextos, temporalmente diferenciados, sem a prévia análise das adaptações necessárias à sua implantação. As trajetórias de instituições escolhidas para os projetos de crescimento e desenvolvimento “estão inseridas nos novos programas assistenciais voltados à disseminação e execução dos marcos jurídicos, ou o que se convencionou chamar de transplantes legais (*legal transplants*).”⁴⁴

Alvaro Santos⁴⁵, no ensaio: *The World Bank’s Uses of the Rule of Law Promise in Economic Development*, aponta — mesmo que refutando — a consagração da doutrina do “Estado de direito” (ou, com algo próximo do postulado da *rule of law*) como condicionante do discurso e prática de desenvolvimento. A ideia das regras da “*Rule of Law*”, da Common Law, e de matriz liberal, deveriam ser o modelo crucial do sistema jurídico para o crescimento econômico. Além disso: a previsibilidade, a exequibilidade e a eficácia do modelo jurídico seriam imprescindíveis para uma economia de mercado a florescer. Nesse sentido, esclarece:

law is at the center of development discourse and practice today. The idea that the legal system is crucial for economic growth now forms part of the conventional wisdom in development theory. This idea’s most common expression is the “rule of law” (ROL): a legal order consisting of predictable, enforceable and efficient rules required for a market economy to flourish. Enthusiasm for law reform as a development strategy boomed during the 1990s and resources for reforming legal systems soared everywhere.⁴⁶

A ideia de reformas jurídico-institucionais é consagrada e disseminada, hegemonicamente, pelo Banco Mundial em países em via de desenvolvimento

⁴⁴ GOMES NETO, José Mário Wanderley. Direito e desenvolvimento na perspectiva da consolidação do rule of law. *Duc In Altum-Caderno de Direito*, v. 3, n. 4, 2012.

⁴⁵ SANTOS, Álvaro. The World Bank’s uses of the ‘Rule of Law’ promise in economic development. In: SANTOS, Alvaro; TRUBEK, David (org.). *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300.

⁴⁶ Tradução livre: “o direito está hoje no centro do discurso e da prática do desenvolvimento. A ideia de que o sistema legal é crucial para o crescimento econômico agora faz parte da sabedoria convencional da teoria do desenvolvimento. A expressão mais comum dessa ideia é o “Estado de Direito” (ROL): uma ordem legal que consiste em regras previsíveis, exequíveis e eficientes necessárias para que uma economia de mercado floresça. O entusiasmo pela reforma da lei como estratégia de desenvolvimento cresceu durante a década de 1990 e os recursos para reformar os sistemas legais dispararam em todos os lugares.”

na América Latina — com realidades de dimensões históricas, sociais, culturais, econômicas, institucionais e jurídicas diferenciadas. Inúmeros estudiosos do movimento “Direito e Desenvolvimento” corroboram tal entendimento. Para citar alguns, podemos mencionar: Trubek⁴⁷, Mattei⁴⁸, Garavito⁴⁹, Gargarella⁵⁰ e Santos⁵¹.

8 Considerações finais

A compreensão dos problemas das políticas de desenvolvimento do Brasil perpassa por uma análise crítica da história do direito internacional global, bem como a perspectiva regional (América Latina) e local (Brasil). Além disso, sobre o estudo de três fenômenos históricos imbricados: a geopolítica mundial, a circulação de formantes jurídicos de uma cultura jurídica e do modelo de desenvolvimento econômico desejado por cada povo.

O enfrentamento dos problemas das políticas desenvolvimentistas requer, inicialmente, a preponderância da matriz endógena e soberana de desenvolvimento nacional diante das condicionantes externas veiculadas pela dogmática do direito internacional.

Para tanto, e sob uma perspectiva do Direito Internacional Imperial há de ser concebido como um sis-

tema complexo, que apresenta diversidade e dinâmica próprias. Essa característica há de ser concebida à luz da relevância do colonialismo para a evolução do direito internacional atual e, portanto, temos de considerar o direito internacional excludente da Era Imperial (culminando no final do século XIX) como uma anomalia e não como acidente nas relações internacionais. Em outras palavras, o direito internacional do século XX não representou uma ruptura com o passado imperialista da disciplina.

Assim, a partir da articulação das principais teorias críticas da história do direito internacional, concluiu-se que a relação entre direito internacional imperialismo é estrutural, mútua e constante; que transcende a forma colonial, e que continua presente nas formas contemporâneas do capitalismo global e nas práticas contemporâneas do direito internacional, principalmente do direito internacional econômico.

Tal lógica, que vincula e aproxima o Direito Internacional à herança colonial, e consagra os modelos político-institucionais e econômico-sociais de modernidade e pós-modernidade na região, dá contornos e norteamentos nos ordenamentos jurídicos também considerando-se a perspectiva do desenvolvimentismo.

O principal sujeito do direito internacional, o Estado, evolui continuamente. Cada era vê a reconstrução material e ideológica da relação entre a soberania do Estado e o direito internacional. As mudanças são impulsionadas, principalmente, por forças sociais dominantes e por estados da época.

O passado imperial merece uma relevante característica para o direito internacional presente, notadamente o Direito Internacional Econômico, sob a perspectiva do desenvolvimento, em que pese uma disputa e sem qualquer consenso. A perspectiva abordada no artigo é de tradição do internacionalismo crítico, com importantes pensadores do TWAIL e contra o esquecimento seletivo e voluntário do passado imperial do direito internacional, e de como o imperialismo está enraizado no direito internacional como o conhecemos hoje.

A razão dessa crítica radica a autoridade e a legitimidade do direito internacional moderno repousam sobre sua pretensão de ter transcendido suas heranças eurocêntricas e norte-americanas e de operar, atualmente, como uma normatividade universal capaz de representar a humanidade. Além disso, a ideia de que imperialismo não tem relevância para a ordem global

⁴⁷ TRUBEK, David. The ‘Rule of Law’ in development assistance: past, present, and future. In: SANTOS, Alvaro; TRUBEK, David (org.). *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

⁴⁸ TRUBEK, David; GALANTER, Michael. Scholars in self-estrangement: some reflection on the crisis in law and development studies in the U.S. *Wisconsin Law Review*, n. 82, p. 1062. 1974.

⁴⁹ MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and economics. *International Review of Law and Economics*, v. 14, n. 1, p. 3-19, 1994.; MATTEI, Ugo. Emergency-based predatory capitalism: the rule of law, alternative dispute resolution, and development. In: FASSIN, Didier; PANDOLFI, Mariella (ed.). *Contemporary states of emergency: the politics of military and humanitarian interventions*. [S. l.]: Zone Books, Forthcoming, 2009.

⁵⁰ GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

⁵¹ GARGARELLA, Roberto. As pré-condições econômicas do autogoverno político. In: GARGARELLA, Roberto. *Explicando el constitucionalismo latinoamericano*. [S. l.]: Rechtsgeschichte-Legal History, 2014.

⁵² SANTOS, Álvaro. The World Bank’s uses of the ‘Rule of Law’ promise in economic development. In: SANTOS, Alvaro; TRUBEK, David (org.). *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300.

contemporânea desempenha um papel significativo e tem justificado o *status quo*.

No contexto de uma realidade histórica e normativa, na América Latina e no Brasil, há de se advertir que, as várias fases de desenvolvimento dos países latino-americanos são prejudicadas por problemas inerentes a contextos exógenos (organizações internacionais) e endógenos (disputas institucionais internas e, notadamente, alterações constitucionais e legislativas). Mesmo no âmbito de uma formulação constitucional inovadora, como é o caso do novo constitucionalismo latino-americano (v.g. Estado Plurinacional de algumas constituições), novos obstáculos institucionais e de poder perpetuam o subdesenvolvimento e as vicissitudes históricas, políticas, econômicas e jurídico-constitucionais da região e do Brasil.

O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (IC-CAL), veiculando uma abordagem regional-local sobre o constitucionalismo transformador. No caso das constituições latino-americanas, a partir dos anos 2000, ainda que contenham consideráveis novidades e originalidade, não estão imunes a contradições estruturais.

Assim a identidade e a homogeneidade do constitucionalismo latino-americano revela-se um constitucionalismo com institutos, instituições e dinâmicas próprios. Tal afirmação requer análise bibliográfica de títulos nacionais e estrangeiros, notadamente estes dando-se ênfase à doutrina de centros acadêmicos com realidade social, cultural e econômica que guarde similitude com a realidade brasileira após-1988.

No caso do Grupo Banco Mundial, uma análise crítico-construtiva e histórica das ingerências e condicionamentos impostos por Organismos Internacionais Multilaterais, de natureza econômica e financeira, notadamente as engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional latino-americano, veiculando como propósito o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico, bem como perscrutar as consequências normativas desse fenômeno diante do Estado de Direito, conclui-se a incompatibilidade destas com os instrumentos constitucional de enfrentamento do subdesenvolvimento.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 salvaguarda os direitos sociais, a proteção ao mercado interno (artigo 219), o desenvolvimento e a erradicação da miséria e das desigualdades sociais e regionais (artigos 3º e

170) como objetivos da República, isto é, com a inclusão do programa nacional-desenvolvimentista no seu texto. A Constituição de 1988 possui, expressamente, um plano de transformação da sociedade brasileira, com bases normativas de enfrentamento ao subdesenvolvimento.

E como harmonizar o Direito internacional do desenvolvimento com as matrizes constitucionais de enfrentamento do subdesenvolvimento? O equacionamento dessa questão denota uma das premissas do trabalho, no sentido de se buscar, de que forma, com qual engenharia político-institucional e normativa, os países pertencentes à geopolítica latino-americana salvaguardam os seus respectivos mercados internos das ingerências e condicionantes econômico-financeiras dos atores internacionais não-estatais.

A natureza imperial do direito internacional e do modelo de desenvolvimento econômico patrocinado pelo Grupo Banco Mundial, no caso brasileiro desde o ano de 1947, por seus institutos e instrumentos de ordenação-manipulação de poder veiculados pela análise dos relatórios *The World Bank Legal Review*, nos anos de 2003 a 2016, suscitam uma nova perspectiva de desenvolvimento econômico que vão de encontro ao modelo constitucional de desenvolvimento.

A disciplina e o ensino do direito internacional no Brasil, com algumas exceções, tem dedicado pouca ênfase ao estudo de organizações internacionais desenvolvimentistas, especificamente o Grupo Banco Mundial. O ensaio procura, modestamente, preencher esse hiato, narrando o desenvolvimento econômico e a agência do Banco Mundial na difusão de base jurídica e normativas com base em uma perspectiva não prevista constitucionalmente.

Entre o fluxo, a interação e o conflito de ordens jurídicas — nacionais, regionais, transnacionais e supranacionais — que seja consagrado um modelo de entendimento e aprendizagem do direito internacional compatível com as pluralidades locais e com um modelo e um processo de desenvolvimento que consagre a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas endógenas, distributivas e de longo prazo.

A dimensão conceitual do fenômeno jurídico da transnacionalidade do direito, dos fluxos jurídicos, e concebido sob um viés não imperialista e neocolonizador, apresenta enorme dificuldade para a ciência jurídica tradicional, pois concebe o fenômeno da transnacionalidade do direito frente a prescindibilidade estatal, uma

vez que o Estado-nação habita o cerne doutrina do direito internacional.

A adoção de um “pacote de instituições corretas”, transplantáveis de ambientes dotados de um *bem-sucedido processo de desenvolvimento*, é uma estratégia que, todavia, nem sempre tem alcançado os resultados esperados, seja pela resistência política encontrada nos países para a realização das reformas institucionais, seja pela carência de efetividade de tais medidas — em muitos casos —, inconsistentes com a trajetória histórica vivenciada pelos arranjos nacionais.

A realidade acima pontuada desvela evidente identidade existente entre *rule of law*, própria dos países de sistema jurídico vinculados ao *Common Law* e à matriz desenvolvimentista confeccionadas nas organizações internacionais de amparo ao desenvolvimento para os países periféricos.

As concepções da Escola “Direito e Desenvolvimento”, adotada no contexto político-institucional latino-americano, consagra um modelo evidentemente desenvolvido por atores internacionais ativamente envolvidos, incompatíveis com a realidade institucional e constitucional local.

Referências

ANGHIE, A. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. New York: Cambridge University Press, 2004.

ARAÚJO, Sara. Desafiando a colonialidade: a ecologia de justiças como instrumento da descolonização jurídica. *Hendu—Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, v. 6, n. 1, p. 26-46, 2015.

AVRITZER, Leonardo; GOMES, L. C. B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. C.; CITTADINO, Gisele. *O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Teoria da Constituição: ensaios sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, 2015.

BRANCO, Luizella. Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global. *Direito UNIFACS—Debate Virtual*, n. 168, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3163>. Acesso em: 05 jun. 2017.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Las características jurídicas del neoliberalismo. *Cuestiones constitucionales*, n. 32, p. 3-44, 2015.

CARDUCCI, Michele. Diritto pubblico e “flussi giuridici” tra Italia e Brasile. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 11, n. 46, p. 13-42, 2011.

CHIMNI, Bhupinder S. Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: um manifesto. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, 2018.

CISSÉ, Hassane; MULLER, Sam; THOMAS, Chantal; WANG, Chenguang. *The World Bank Legal Review: volume 4: legal innovation and empowerment for development*. Washington, DC: World Bank, 2013. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12229>. Acesso em: 05 jun. 2017.

CRUZ, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português. In: OBRAS Esparsas. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981. v. 2. p. 391-408.

FERGUSON, Niall. *Empire: the rise and demise of the British World and the Lessons for Global Power*. New York: Basic Books, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. La crisis de la democracia en la era de la globalización. In: ANALES de la cátedra Francisco Suárez, 2005. p. 37-67.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes: a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 105-155, jan./mar. 2012.

FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. As pré-condições econômicas do autogoverno político. In: GARGARELLA, Roberto. *Explicando el constitucionalismo latinoamericano*. [s. l.]: Rechtsgeschichte-Legal History, 2014.
- GATHII, James Thuo. Neoliberalism, colonialism and international governance: decentering the international law of governmental legitimacy. *Mich. L. Rev.*, v. 98, p. 1996-1999.
- GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. Resenha do livro *Empire*, de Michael Hardt e Antonio Negri. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, 2018.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. Direito e desenvolvimento na perspectiva da consolidação do rule of law. *Duc In Altum-Caderno de Direito*, v. 3, n. 4, 2012.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. La multitud contra el Imperio. *Osal*, v. 7, p. 159-166, 2002.
- HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. *Revista Dados*, v. 57, n. 4, 2014.
- LAW, Justice and Development Week 2017 discussed law and justice as enabler for gender equality. *The World Bank*, 28 mar. 2017. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/events/2017/03/28/law-justice-and-development-week-2017>. Acesso em: 06 jun. 2021.
- MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. Quem tem medo do pós-colonial no direito internacional? Uma resenha de “Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality” de Sundhya Pahuja. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p. 484-488, 2018.
- MARX, Karl. *Zur Judenfrage*. Marx-Engels Werke, Bd. 1. Berlin: Dietz Verlag, 1977.
- MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and economics. *International Review of Law and Economics*, v. 14, n. 1, p. 3-19, 1994.
- MATTEI, Ugo. Emergency-based predatory capitalism: the rule of law, alternative dispute resolution, and development. In: FASSIN, Didier; PANDOLFI, Mariella (ed.). *Contemporary states of emergency: the politics of military and humanitarian interventions*. [S. l.]: Zone Books, Forthcoming, 2009.
- MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Plunder: when the rule of law is illegal*. [S. l.]: John Wiley & Sons, 2008.
- MEDINA, Diego López. El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, v. 13, n. 26, 2015.
- MIGNOLO, Walter D. Novas reflexões sobre “Idea da América Latina”: a direita, a esquerda e a opção descolonial. *Caderno CRH*, v. 21, n. 53, p. 239-252, 2008.
- NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MARTINS, Evilhane Jum; IRIGARAY, Micheli Capuano. O Constitucionalismo latino-americano: desafios para uma maior aproximação brasileira através da Lei nº 13.123/2015. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 15, p. 542-567, jul./dez. 2016.
- NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.
- NEVES, Marcelo (coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Transconstitucionalismo na América Latina. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aínda (ed.). *DHES - Rede Direitos Humanos e Educação Superior: Proteção Multinível de Direitos Humanos*. Barcelona: UPF Universitat Pompeu Fabra - Comissão Europeia, 2014. v. 1. p. 258-288.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e lex mercatoria. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 44, 2015.
- NORTH, Douglass C. Some fundamental puzzles in economic history/development. In: ARTHUR, W. Brian; DURLAUF, Steven N.; LANE, David A. (ed.). *The economy as an evolving complex system II*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1997.
- ORFORD, Anne. The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International

- Law. *Melbourne Legal Studies Research Paper*, n. 600, p. 1-17, set. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2090434>. Acesso em: 14 jun. 2021.
- ORFORD, Anne. The past as law or history? The relevance of imperialism for modern international law. In: JOUANNET, Emmanuelle; RUIZ-FABRI, Hélène (ed.). *Tiers Monde. Bilan et Perspectives*. Paris: Société de Législation Comparée, 2021.
- PAHUJA, Sundhya. *Decolonising International Law: development, economic growth and the politics of universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- PAHUJA, Sundhya. The postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, p. 460-470, 2005.
- PEGORARO, Lucio. Constituciones (y reformas constitucionales) impuestas o condicionadas: para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría. *Pensamiento Constitucional*, v. 18, n. 18, p. 331-356, 2014.
- PEGORARO, Lucio. Transplantes, injertos, diálogos: jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado. In: DIÁLOGO jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. [S. l.]: Tirant lo Blanch, 2013. p. 33-82.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. *Contextualizaciones latinoamericanas*, v. 2, n. 5, 2009.
- ROTH, Brad. Governmental illegitimacy and neocolonialism: response to review by James Thuo Gathii. *Mich. L. Rev.*, v. 98, 1999.
- RUCIMAN, David. *Political hypocrisy: the mask of power, from Hobbes to Orwell and Beyond*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008.
- SANTOS, Álvaro. The World Bank's uses of the 'Rule of Law' promise in economic development. In: SANTOS, Alvaro; TRUBEK, David (org.). *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300.
- SANTOS, Theotonio dos. A América Latina na encruzilhada. *Revista Brasileira de Administração Política*, v. 6, n. 2, p. 15-60, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. (org.). *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- 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*, v. 16, n. 1, p. 201-222, 2019.
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a State*. Dartmouth, 1996. p. 3-28.
- TRUBEK, David. The 'Rule of Law' in development assistance: past, present, and future. In: SANTOS, Alvaro; TRUBEK, David (org.). *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- TRUBEK, David; GALANTER, Michael. Scholars in self-estrangement: some reflection on the crisis in law and development studies in the U.S. *Wisconsin Law Review*, n. 82, 1974.
- VARELLA, Marcelo. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune in Latin America: a look at a transformative constitutionalism. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, 2015.
- WALLERSTEIN, Immanuel. Mudando a geopolítica do sistema-mundo: 1945-2025. In: MARTINS, Carlos Eduardo; VALÊNCIA, Adrián Sotelo. *América Latina e os desafios da globalização: ensaios em homenagem a Ruy Mauro Marini*. Rio de Janeiro: Editora PUC, 2009.
- WANG, Chenguang. Legal transplantation and legal development in transitional China. *The World Bank Legal Review*, dez. 2012.
- WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. Georgia: University of Georgia Press, 1993.
- ZURBRIGGEN, Cristina. La falacia tecnocrática y la reforma del Estado: a 10 años del Informe del Banco Mundial. *Nueva Sociedad*, v. 210, p. 156-174, 2007.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Análise de Dois Episódios Singulares de Direito do Mar no Brasil: a “Guerra da Lagosta” e o Mar Territorial de 200 Milhas Marítimas

Analysis of Two Single Moments of Law of the Sea in Brazil: the “Lobster War” and the Territorial Sea of 200 Nautical Miles

Alexandre Pereira da Silva

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Análise de Dois Episódios Singulares de Direito do Mar no Brasil: a “Guerra da Lagosta” e o Mar Territorial de 200 Milhas Marítimas*

Analysis of Two Single Moments of Law of the Sea in Brazil: the “Lobster War” and the Territorial Sea of 200 Nautical Miles

Alexandre Pereira da Silva**

Resumo

Ao longo do século passado, o direito do mar teve pouco destaque no Brasil, salvo dois momentos singulares. O primeiro, no início dos anos 1960, refere-se à “guerra da lagosta”, uma disputa jurídico-diplomática envolvendo Brasil e França a respeito da pesca da lagosta na plataforma continental brasileira. O segundo, que começou em 1970 e se estendeu por mais de vinte anos, refere-se à expansão do mar territorial do Brasil para 200 milhas marítimas (M), posição que o país manteve até princípios dos anos 1990, quando retornou ao critério de 12 M, como estipulado na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Esses dois episódios desenrolaram-se em um período histórico de grandes debates e mudanças no direito do mar. Dessa forma, a contribuição do presente trabalho consiste em contextualizar esses dois momentos em um cenário histórico e jurídico-político mais amplo. Para alcançar esse objetivo, o artigo utilizou os métodos analítico e dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, exame de legislação e análise de documentos históricos. Nas considerações finais, relacionam-se, neste artigo, esses dois episódios com os atuais e futuros interesses nacionais no mar adjacente e conclui-se que, passadas mais de seis décadas, esses interesses são muito mais complexos e ambiciosos.

Palavras-chave: direito do mar; Brasil; Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar; “Guerra da Lagosta”; Mar Territorial.

Abstract

Throughout the last century the law of the sea had not been a major topic in Brazil, except in two particular moments. The first one, in the early 1960s, was the so-called “Lobster War”, a legal-diplomatic dispute between Brazil and France over lobster fishing on the Brazilian continental shelf. The second one, which started in 1970 and lasted throughout more than twenty years, was the enlargement of the Brazilian territorial sea to 200 nautical miles (M), position that the country maintained until the early 1990s when it returned to the 12-M limit, as established in the United Nations Convention on the Law of the Sea. These two episodes occurred in a historical

* Recebido em 04/08/2022
Aprovado em 28/11/2022

** Doctor of Law at Federal University of Pernambuco, Brazil. Associate Researcher no China Institute of Boundary and Ocean Studies, Wuhan University, Wuhan, China.
Email: alexandre@whu.edu.cn

period of great changes and discussions in the law of the sea. Therefore, the contribution of the paper is to contextualize these two episodes within a broader historical and legal-political scenario. In order to achieve this goal, analytical and deductive methods were applied through bibliographic research, screening of legislation and analysis of historical documents. In the concluding remarks, the article associates these two episodes with the current and future national interests in the adjacent sea and concludes that, after more than six decades, these interests are much more complex and ambitious.

Keywords: law of the sea; Brazil; United Nations Convention on the law of the sea; “Lobster War”; Territorial Sea.

1 Introdução

Ao longo dos 200 anos de independência do Brasil, o direito do mar teve um papel de pouco destaque, mesmo dentro dos círculos jurídico e político. Por um lado, isso pode parecer surpreendente já que são mais de oito mil quilômetros de linha costeira desde o cabo Orange, na foz do rio Oiapoque, ao arroio Chuí, no Rio Grande do Sul, e um vasto oceano, a sua frente, sem países confrontantes. Por outro lado, com um imenso território terrestre a ser explorado e ocupado, limitado interesse exploratório nos recursos do mar e limites laterais marítimos estabelecidos, questões envolvendo o direito do mar passaram ao largo das principais preocupações nacionais. Exceção feita a dois episódios: a chamada “guerra da lagosta” em princípios dos anos 1960 e o estabelecimento do mar territorial brasileiro em 200 milhas marítimas (M) em 1970.

A localização temporal desses dois episódios, nos anos 1960-1970, não é uma coincidência. Trata-se de um período-chave para o desenvolvimento do direito do mar contemporâneo, marcado pela tensão entre o anseio de um grupo de Estados costeiros —especialmente latino-americanos e afro-asiáticos recém independentes — de alargarem suas soberanias sobre o mar adjacente e o desejo de um conjunto restrito de Estados — em sua maioria potências marítimas — para a manutenção de um regime jurídico de ampla liberdade dos mares.¹ Dessa forma, tanto o episódio da “guerra

da lagosta” — uma disputa entre Brasil e França sobre a exploração da lagosta na plataforma continental brasileira —, como a expansão do mar territorial do Brasil — de 12 M para 200 M em 1970 —, exemplificam os interesses antagônicos entre esses grupos de Estados em relação a esse contexto histórico, jurídico e político.

No entanto, esse período é também marcado por um esforço de busca por soluções mutuamente aceitáveis, em especial por meio da codificação do direito do mar, um ramo do direito internacional tão antigo como o próprio direito internacional.² Nesse sentido, os Estados reuniram-se na Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1958) e adotaram as quatro Convenções de Genebra (mar territorial e zona contígua; plataforma continental; alto-mar; pesca e conservação dos recursos biológicos em alto-mar) que, apesar de entrarem em vigor internacionalmente, nunca tiveram ampla aceitação. Durante a II Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1960), houve um novo esforço para solucionar pontos não resolvidos nas Convenções de Genebra — mormente sobre a largura máxima do mar territorial e questões sobre pesca —, novamente sem sucesso. Novas tentativas sobre um amplo acordo jurídico ressurgiram, primeiramente, no âmbito do Comitê dos Fundos Marinhos (1967-1973) e, posteriormente, com os trabalhos da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1973-1982) que, ao seu término, adotou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM).³ Atualmente, a CNUDM conta com 168 Partes⁴ e, embora não tenha, ainda, atingido a participação universal entre todos os Estados, é indiscutível sua contribuição para a criação de um marco legal para a regulação dos oceanos.⁵

39-243, 2000. p. 106-108.

² TREVES, Tullio. Historical development of the law of the sea. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (ed.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 10-13.

³ CHURCHILL, R. R.; LOWE, A. V. *The Law of the Sea*. 3. ed. Manchester: Manchester University Press, 1999. p. 15-18.

⁴ UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. *Status of Treaties*: United Nations Convention on the Law of the Sea. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁵ HARRISON, James. *Making the Law of the Sea: a Study in the Development of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 51.

¹ SCOVAZZI, Tullio. The evolution of International Law of the Sea: new issues, new challenges. *Recueil de Cours*, Dordrecht, v. 286, p.

Portanto, o objetivo principal deste artigo é examinar dois momentos singulares na história do direito do mar do Brasil — a “guerra da lagosta” e o mar territorial brasileiro de 200 M — em relação a um contexto histórico e jurídico-político mais amplo, relacionando os debates externos e internos do direito do mar da época. Complementarmente, este trabalho, também, procura identificar os interesses brasileiros atuais e futuros no mar adjacente, a respeito da moldura jurídica adotada pela CNUDM, da qual o Brasil faz parte.

O artigo desenvolve-se nos seguintes tópicos. O item 2 versa sobre a “guerra da lagosta”, a disputa envolvendo Brasil e França sobre a pesca da lagosta no litoral do Nordeste brasileiro durante os primeiros anos da década de 1960. O item 3 traça a evolução da largura do mar territorial brasileiro, com especial ênfase à controvertida expansão para 200 M e posterior retorno à 12 M, nos termos da CNUDM. Por fim, a conclusão do artigo relaciona esses dois episódios com os desenvolvimentos mais recentes do direito do mar no Brasil.

2 A “Guerra da Lagosta”: a Disputa Jurídico-Diplomática entre Brasil e França

Ainda que a concepção jurídica de plataforma continental seja anterior à Segunda Guerra Mundial, é no pós-guerra, com a Proclamação Truman (28 de setembro de 1945), que a plataforma continental ganha verdadeira projeção jurídica internacional.⁶ Nos termos da declaração, os Estados Unidos reivindicavam

o exercício da jurisdição sobre os recursos naturais do subsolo e do leito marinho da plataforma continental [...] visto que a plataforma continental pode ser considerada como uma extensão da massa terrestre do Estado costeiro e, por isso, naturalmente lhe pertencendo.⁷

⁶ MCDORMAN, Ted L. The Continental Shelf. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (eds.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 183.

⁷ UNITED STATES OF AMERICA. *Presidential Proclamation n. 2667 of September 28, 1945: policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf*. Tradução do original: “*the exercise of jurisdiction over the natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf [...] since the continental shelf may be regarded as an extension of the land-mass of the coastal nation and thus naturally appurtenant to it*”.

Diversos Estados seguiram o exemplo norte-americano, inclusive o Brasil que adotou o Decreto n. 28.840 (1950) dispondo que:

Artigo 1º. Fica expressamente reconhecido que a plataforma submarina, na parte correspondente ao território, continental e insular, do Brasil se acha integrada neste mesmo território, sob jurisdição e domínio, exclusivos, da União Federal.

Artigo 2º. O aproveitamento e a exploração de produtos ou riquezas naturais, que se encontram nessa parte do território nacional, dependem, em todos os casos, de autorização, ou concessão federal.

Artigo 3º. Continuam em pleno vigor as normas sobre a navegação nas águas sobrepostas à plataforma acima referida, sem prejuízo das que venham a ser estabelecidas, especialmente sobre a pesca nessa região.⁸

Na Conferência de Genebra (1958), adotou-se a Convenção sobre a Plataforma Continental (CPC) que reconhece que “o Estado ribeirinho exerce direitos soberanos sobre a plataforma continental com o fim da sua exploração e da extração dos seus recursos naturais” (artigo 2.1). Na continuação, o dispositivo esclarece que

os recursos naturais referidos nos presentes artigos compreendem os recursos minerais e outros recursos não vivos no leito do mar e do subsolo, bem como os organismos vivos que pertencem às espécies sedentárias, quer dizer, de organismos que no estado em que podem ser pescados são incapazes de se deslocar a não ser permanecendo constantemente em contacto físico com o leito do mar ou o subsolo (artigo 2.4).⁹

Observe-se, entretanto, que nem o Brasil nem a França eram partes da convenção à época da disputa bilateral.¹⁰

⁸ BRASIL. Decreto n. 28.840, de 8 de novembro de 1950. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 16617, 18 nov. 1950.

⁹ Utiliza-se aqui a tradução adotada em Portugal (Decreto-lei n. 44.490).

¹⁰ O Brasil não assinou nenhuma das quatro convenções de Genebra. Em 1962, entretanto, elas foram enviadas para análise do Congresso Nacional que autorizou à adesão do país às quatro convenções, em 1968. A despeito disso, o governo brasileiro decidiu não aceder aos instrumentos internacionais. A França assinou a Convenção sobre o Alto-Mar e a Convenção sobre a Pesca e os Recursos Biológicos do Alto-Mar (30 de outubro de 1958), ratificando, apenas, a última (18 de setembro 1970). Apesar de não ter assinado a CPC, a França aceitou ao tratado em 14 de junho 1965. UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. *Status of Treaties*: United Nations Convention on the Law of the Sea. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 2 ago. 2022.

As primeiras manifestações de interesse da França em relação à exploração da lagosta no litoral do Nordeste brasileiro datam de princípios de 1961, quando o governo francês solicitou ao governo brasileiro autorização para três barcos franceses realizarem pesquisas sobre o potencial lagosteiro da região.¹¹ O Brasil anuiu com o pedido sob a condição de levarem a bordo controladores de pesca brasileiros que acompanhariam os métodos empregados e seriam informados dos resultados da pesquisa, o que foi aceito pela França sem restrições.¹²

Conduziram-se as pesquisas francesas em abril de 1961 e, ao final desse ano, o governo brasileiro, ciente da importância da captura da lagosta para a economia regional, decidiu reservá-la a pescadores nacionais e comunicou sua posição ao embaixador da França no Brasil. Os franceses, entretanto, optaram por desconsiderar a posição brasileira.¹³

Em janeiro de 1962, a disputa acirrou-se com a apreensão do barco francês *Cassiopée* quando este pescava a cerca de 10 M do litoral brasileiro.¹⁴ A embaixada da França enviou nota de protesto ao Itamaraty. Em resposta, o governo brasileiro mencionou as disposições do Decreto n. 28.840/50 e recordou a posição outrora exposta ao embaixador francês.¹⁵

Em março de 1962, o governo francês enviou nova nota ao Itamaraty em que afirmou que a lagosta não poderia ser considerada como um recurso da plataforma continental por não se tratar de uma espécie sedentária, invocando, nesse sentido, os debates durante o processo

negociador de Genebra.^{16 17} Com isso, a França buscava levar a disputa para o âmbito da Convenção sobre a Pesca e a Conservação dos Recursos Biológicos do Alto-Mar (1958), ou seja, para os franceses, a lagosta seria um recurso do alto-mar, o que, obviamente, foi rejeitado pelo Brasil que mantinha o entendimento de que a lagosta é um recurso natural da plataforma continental. Por fim, a nota verbal da França sugeria um *modus vivendi* para evitar novos incidentes, enquanto as partes debatiam uma solução para a disputa e, eventualmente, uma solução arbitral nos termos do artigo 6º e 9º da Convenção sobre Pesca e Conservação dos Recursos Biológicos do Alto-Mar, um tratado assinado, apenas,

¹⁶ De fato, desde as primeiras deliberações dentro da Comissão de Direito Internacional, o significado preciso da palavra “sedentária” aplicada à pesca não foi suficientemente esclarecido e nenhum dispositivo determinou quais espécies eram sedentárias e, portanto, sujeitas ao regime da plataforma continental. O debate sobre as espécies sedentárias continuou na I Conferência de Genebra. Em determinado momento, a 4ª Comissão (Plataforma Continental) adotou a redação para o então parágrafo 4º do artigo 68 que é idêntica ao artigo 2.4 da Convenção sobre Plataforma Continental, salvo um acréscimo importante: “mas os crustáceos e as espécies nadadoras não estão incluídos nesta definição” (*but crustacea and swimming species are not included in this definition*) (A/CONF.13/L.12, Annex). No plenário da Conferência, entretanto, o resultado foi diverso. A frase foi colocada em votação em separado de forma dividida: a inclusão das palavras “*crustacea and*” foi rejeitada (42 votos a 22, com 6 abstenções); o restante da sentença “*but swimming species are not included in this definition*” também foi rejeitado (43 votos a 14, com 9 abstenções). Na primeira votação, o Brasil votou “a favor” (voto vencido) e a França “contra”. No entanto, como reconhecido por Marjorie Whiteman, delegada norte-americana presente na ocasião, “*the voting was confused, in part for the reason that it apparently was not clear whether an affirmative vote was a vote in favor of retention or in favor of deletion of these words*”. De qualquer forma, toda última sentença foi suprimida e a redação final do então artigo 68 — atual artigo 2º da CPC — foi aprovada pelo plenário por 59 votos favoráveis, 5 contrários e 6 abstenções. UNITED NATIONS. *United Nations Conference on the Law of the Sea – Official Records*, vol. II: Plenary Meetings. New York: United Nations, [s. d.], p. 14-15. WHITEMAN, Marjorie M. *Conference on the Law of the Sea: Convention on the Continental Shelf. American Journal of International Law*, v. 52, n. 4, p. 638, 1958.

¹⁷ Como apontado por Young, a versão final aprovada (artigo 2.4 da CPC) é um considerável avanço sobre a versão preparada pela Comissão de Direito Internacional (1956). Por exemplo, não somente incluiu a palavra “sedentária”, mas acrescentou três aspectos importantes para sua definição: (i) são as espécies que “no período de captura” (*at the harvestable stage*), (ii) estão “imóveis no leito do mar ou no seu subsolo” (*immobile on or under the seabed*) ou (iii) “só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo” (*unable to move except in constant physical contact with the seabed or the sub-soil*). YOUNG, Richard. *Sedentary fisheries and the Convention on the Continental Shelf. American Journal of International Law*, v. 55, n. 2, p. 359-373, 1961.

¹¹ RAFFAELLI, Marcelo. A guerra da lagosta: um episódio das relações diplomáticas Brasil-França (1961-1964). *Cadernos do CHDD*, v. 2, n. 3, p. 361-397, 2003. p. 364.

¹² LESSA, Antônio Carlos. A guerra da lagosta e outras guerras: conflito e cooperação nas relações França-Brasil (1960-1964). *Cena Internacional*, v. 1, n. 1, p. 109-120, 1999.

¹³ RAFFAELLI, Marcelo. A guerra da lagosta: um episódio das relações diplomáticas Brasil-França (1961-1964). *Cadernos do CHDD*, v. 2, n. 3, p. 365, 2003.

¹⁴ Frise-se que nesse período o mar territorial brasileiro era de apenas 3 M. Para maiores detalhes, vide a discussão no item a seguir.

¹⁵ RAFFAELLI, Marcelo. A guerra da lagosta: um episódio das relações diplomáticas Brasil-França (1961-1964). *Cadernos do CHDD*, v. 2, n. 3, p. 365, 2003.

pela França e que, ainda, não tinha entrado em vigor internacionalmente.¹⁸

Em resposta à nota verbal da França de março de 1962, o governo brasileiro, em nota de julho de 1962, apontou as incongruências dos pontos suscitados pela França. Entre outros aspectos, indicou-se que não era possível invocar um tratado que não fora sequer assinado pelos dois países e que os negociadores da CPC não quiseram excluir os crustáceos como recurso natural da plataforma continental, como ficou demonstrado na votação da redação final do artigo 2.4 desse tratado.¹⁹

Enquanto a divergência continuou no plano diplomático, lagosteiros franceses seguiram vindo pescar na costa do Nordeste brasileiro e, conseqüentemente, ocorreram novos apresamentos por parte da Marinha brasileira.²⁰ Haroldo Valladão, então consultor jurídico do Itamaraty, elaborou um segundo parecer sobre o tema, agora mais centrado na questão do arbitramento, já que a França insistia em uma solução por via arbitral, no âmbito da Convenção Franco-Brasileira de Arbitragem, de 7 de abril de 1909.

Haroldo Valladão manifestou-se contrário ao arbitramento, já que convenção bilateral trazia tão-somente

uma cláusula compromissória, facultativa (sem sanção), geral, condicional, salvo reservas subjetivas, e a depender, ainda e sempre dum certo ato, doutra convenção, do compromisso a ser pactuado e a ser aprovado pelo Congresso Nacional.²¹

No entendimento de Haroldo Valladão, conseqüentemente, a existência do tratado de arbitragem não era suficiente, visto que era fundamental que fosse firmado um “compromisso arbitral” que, por exemplo, identificaria os pontos controversos, designaria a corte arbitral e definiria seus procedimentos. Por fim, Haroldo Valla-

dão mencionou que “o Brasil ratificou a Convenção de Haia, de 1907, com reserva do artigo 52, alíneas 2, 3 e 4 que *forçavam* a realização do acordo específico do compromisso”²², manifestando-se no sentido de que “o governo do Brasil não deve aceitar a proposta de arbitramento que não encontra apoio na Convenção Franco-Brasileira de 1909”.²³ Entendimento que foi seguido pelo Itamaraty.

Por outro lado, o governo brasileiro aceitou a ideia da França de se buscar uma solução por meio de um *modus vivendi* que disciplinasse a questão criando um acordo entre particulares brasileiros e franceses, sem comprometer as posições jurídicas opostas dos países.²⁴ Durante as conversas bilaterais, para surpresa dos representantes brasileiros, os franceses anunciaram que lagosteiros franceses se dirigiam à costa brasileira; como resposta o Itamaraty advertiu à Embaixada da França do risco de apresamento por partes das autoridades brasileiras, o que de fato ocorreu em 30 de janeiro de 1963.²⁵ Como sinal de boa vontade, o governo brasileiro liberou os barcos franceses, inclusive com a respectiva carga, mas frisou que não permitiria a operação de la-

²² Grifo no original. Esse trecho do parecer é intrigante. Em primeiro lugar, o artigo 52 da Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais (Haia, 18 de outubro de 1907) não dispõe alíneas, mas apenas dois parágrafos (não numerados). Em segundo lugar, o artigo 52 da Convenção prevê, justamente, o que Valladão pretendia demonstrar no parecer, ou seja, a necessidade de se firmar um “compromisso arbitral”, ou seja, contraproducente seria uma reserva brasileira à luz do caso em tela. Em terceiro lugar, o Decreto n. 10.719 (4 de fevereiro de 1914), que promulgou as convenções firmadas na Segunda Conferência da Paz de Haia de 1907 não menciona eventual reserva feita pelo Brasil a quaisquer das convenções. Vide a redação integral do artigo 52 da Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais (1907): “As Potências que recorrerem a arbitragem assinarão um ‘Compromisso’ no qual serão determinados o objeto do litígio, o prazo da nomeação dos árbitros, a forma, a ordem e os prazos dentro dos quais a comunicação a que se refere o artigo 63 deverá ser feita, e a importância da soma que cada Parte terá de depositar a título de antecipação de despesas. O ‘Compromisso’ determinará igualmente, dado o caso, o modo de nomeação dos árbitros, todos os poderes especiais eventuais do Tribunal, a sua sede, a língua de que fará uso e aquelas cujo emprego perante ele será autorizado, e em geral todas as condições que as Partes estipularem”.

²³ VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 28 de dezembro de 1962. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 101-102.

²⁴ LESSA, Antônio Carlos. A guerra da lagosta e outras guerras: conflito e cooperação nas relações França-Brasil (1960-1964). *Cena Internacional*, v. 1, n. 1, p. 109-120, 1999.

²⁵ BARRETO, Fernando de Mello. *Os sucessores do Barão: relações exteriores do Brasil (1912-1964)*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 267.

¹⁸ VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 11 de junho de 1962. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 79.

¹⁹ RAFFAELLI, Marcelo. A guerra da lagosta: um episódio das relações diplomáticas Brasil-França (1961-1964). *Cadernos do CHDD*, v. 2, n. 3, p. 367, 2003. Vide também a nota de rodapé n. 16 (supra).

²⁰ MUNIZ, Tulio de Souza. *O ouro do mar: do surgimento da indústria da pesca da lagosta no Brasil a condição do pescador artesanal na História do tempo presente (1955-2000)*. Uma narrativa sócio-histórica marítima. 2005. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005. p. 48-50.

²¹ VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 28 de dezembro de 1962. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 98.

gosteiros franceses antes da conclusão das negociações de um *modus vivendi*.²⁶

Em meados de fevereiro de 1963, o Brasil anuiu, à título excepcional, com um pedido da França e permitiu a atividade de lagosteiros por 12 dias no Nordeste brasileiro. Próximo do fim desse período, o governo francês, por um lado, propôs novamente que a questão fosse submetida à arbitragem e, por outro lado, comunicou que os barcos franceses continuariam atuando na região por mais 6 semanas.²⁷ A posição da França agravou-se pela decisão de enviar o contratorpedeiro *Tartu* para resguardar as atividades dos barcos franceses, atitude percebida pelo governo brasileiro como de “extrema gravidade, por considerá-la capaz de levar a tensão entre os dois países a consequências imprevisíveis”.²⁸

Sinal da tensão, mas também do interesse em manter o diálogo, o próprio presidente De Gaulle recebeu o embaixador brasileiro em 23 de fevereiro de 1963. O presidente francês afirmou que o navio não fora enviado ao Brasil, mas ao alto-mar, o que, tecnicamente, estava correto, complementando que a missão do *Tartu* era impedir que os pescadores franceses agravassem a situação. A Marinha brasileira manteve-se vigilante, mas tanto o *Tartu* como os seis lagosteiros franceses mantiveram-se parados a cerca de 100 M da costa de Natal. Em 2 de março, o *Tartu* foi substituído pela corveta *Paul Goffeny* e voltou à França; logo em seguida também este e os seis lagosteiros seguiram o mesmo destino.²⁹

Com o regresso dos lagosteiros e navios de guerra franceses, houve um natural arrefecimento na controvérsia entre os dois países. Entretanto, a França insistiu no arbitramento e, em fins de março de 1963, o país submeteu de forma unilateral a disputa ao secretariado da Corte Permanente de Arbitragem (CPA), com base tanto na Convenção de Haia de 1907 como na convenção bilateral de 1909.³⁰ O Secretário-Geral da CPA

transmitiu a carta da França ao Itamaraty, que solicitou novo parecer de Haroldo Valladão a respeito da disputa entre os dois países sobre a pesca da lagosta na plataforma continental brasileira.

Haroldo Valladão novamente rejeitou a solução arbitral indicando como fundamento o artigo I da Convenção de 1909 que exclui da arbitragem as controvérsias que “entendam com os interesses vitais, a independência ou a honra dos Estados Contratantes e não colidam com interesses de outra Potência”.³¹ Segundo o consultor jurídico do Itamaraty, “o Brasil entendeu e entende entrar nessas exceções a controvérsia atinente à exploração por pescadores franceses da lagosta na plataforma submarina brasileira”, indicando ainda que “a controvérsia diz também respeito a interesses de *outros Estados* e mesmo da comunidade das nações, não podendo ser decidida em arbitragem para apenas dois Estados”.³²

Valladão também opinou no sentido de rejeitar a proposta de arbitragem no quadro da Convenção da

Lobster Fishing in the Atlantic. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 13, n. 4, p. 1459, 1964.

³¹ Convenção de Arbitramento entre os Estados Unidos do Brasil e a República Francesa (7 de abril de 1909). “Artigo I. Os desacordos de ordem jurídica ou relativos à interpretação de tratados existentes entre as duas Altas Partes Contratantes, que ocorram entre elas e não tenham podido resolver-se por via diplomática, serão submetidos à Corte Permanente de Arbitragem instituída na Haia em virtude da Convenção de 29 de julho de 1899, contanto, porém, que não entendam com os interesses vitais, a independência ou a honra dos Estados Contratantes e não colidam com interesses de outra Potência, e ficando, além disso, assentado que, se uma das duas Partes o preferir, qualquer arbitramento resultante da presente Convenção será deferido a um Chefe de Estado, a um governo amigo ou a um ou mais árbitros escolhidos fora das listas da Corte de Haia”. “Artigo II. Em cada caso particular, antes de recorrerem à Corte Permanente da Haia, a outros árbitros ou a um só árbitro, as Altas Partes Contratantes firmarão um compromisso especial determinando claramente o objeto do litígio, a extensão dos poderes do árbitro ou árbitros e as condições que hajam de ser observadas no tocante aos prazos para a constituição da Corte Arbitral ou para a escolha do árbitro ou árbitros, assim como os trâmites do processo. Esses compromissos especiais ficarão sujeitos, nos dois países, às formalidades exigidas pelas leis constitucionais”. Os dispositivos legais foram citados com atualizações ortográficas.

³² VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 29 de abril de 1963. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 158 (grifo no original). Valladão, ainda, redigiu um quarto parecer sobre a questão, que é um aditamento ao primeiro parecer de 11 de junho de 1962, ratificando o entendimento de que a lagosta é um recurso da plataforma continental, com base no direito internacional consuetudinário, na prática estatal e no Decreto n. 28.840/50. VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 11 de maio de 1963. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 153.

²⁶ RAFFAELLI, Marcelo. A guerra da lagosta: um episódio das relações diplomáticas Brasil-França (1961-1964). *Cadernos do CHDD*, v. 2, n. 3, p. 373, 2003.

²⁷ LESSA, Antônio Carlos. A guerra da lagosta e outras guerras: conflito e cooperação nas relações França-Brasil (1960-1964). *Cena Internacional*, v. 1, n. 1, p. 109-120, 1999.

²⁸ Nota do governo brasileiro de 21 de fevereiro de 1963 *apud* LESSA, Antônio Carlos. A guerra da lagosta e outras guerras: conflito e cooperação nas relações França-Brasil (1960-1964). *Cena Internacional*, v. 1, n. 1, p. 109-120, 1999.

²⁹ LESSA, Antônio Carlos. A guerra da lagosta e outras guerras: conflito e cooperação nas relações França-Brasil (1960-1964). *Cena Internacional*, v. 1, n. 1, p. 109-120, 1999.

³⁰ AZZAM, Issam. The dispute between France and Brazil over

Haia de 1907 por entendê-la “*com puro caráter facultativo*”, dependente “*dum acordo prévio dos Estados, obra da vontade das partes, da livre vontade dos Estados*”.³³

Por fim, Valladão recordou que o artigo 33.1 da Carta das Nações Unidas lista uma série de meios pacíficos de solução de litígios internacionais à disposição do governo do Brasil e da França, ou seja, “há vários outros meios [...] a começar pelo entendimento direto dos governos interessados, através de negociações bilaterais. Foi o que o governo do Brasil já propôs e mantém até o presente”.³⁴ Concluiu que

o governo do Brasil deverá enviar ao Secretário-Geral da Corte Permanente de Arbitragem uma carta-resposta [...] pondo ênfase na declaração de que o Brasil não pode aceitar e não aceita a arbitragem proposta quer com base na Convenção de Arbitragem da França com o Brasil, de 1909, quer com base na Convenção da Haia de 1907.³⁵

Marcelo Raffaelli, diplomata brasileiro envolvido na questão desde o princípio, recorda que uma resposta foi preparada e enviada à Embaixada na Haia em julho de 1963 “para ser entregue ao Secretário-Geral da Corte Permanente de Arbitragem quando a Embaixada fosse instruída a fazê-lo, o que nunca veio a acontecer”.³⁶ A controvérsia não teve outros desdobramentos relevantes, seja na esfera arbitral seja no âmbito político, e os lagosteiros franceses deixaram de ser vistos no litoral nordestino brasileiro. A visita de De Gaulle ao Brasil, em outubro de 1964, encerrou, de forma definitiva, a “guerra da lagosta”.³⁷

Ainda que a controvérsia entre Brasil e França em torno da captura da lagosta tenha sido concluída, os franceses continuaram insistindo em sua posição no

³³ VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 29 de abril de 1963. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 161-162 (grifo no original).

³⁴ VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 29 de abril de 1963. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 165.

³⁵ VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 29 de abril de 1963. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 172-173.

³⁶ RAFFAELLI, Marcelo. A guerra da lagosta: um episódio das relações diplomáticas Brasil-França (1961-1964). *Cadernos do CHDD*, v. 2, n. 3, p. 380, 2003. A carta-resposta, em francês, está reproduzida no apêndice artigo do diplomata (p. 384-397).

³⁷ RAFFAELLI, Marcelo. A guerra da lagosta: um episódio das relações diplomáticas Brasil-França (1961-1964). *Cadernos do CHDD*, v. 2, n. 3, p. 383, 2003.

âmbito internacional. Em junho de 1965, a França aceitou à CPC registrando, no entanto, declarações aos artigos 1, 2.4 e 4, e reservas aos artigos 4, 5.1, 6.1 e 6.2. Sobre o artigo 2.4 da CPC, o governo francês declarou que “considera que a expressão ‘organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias’ deve ser interpretada como excluindo crustáceos, com exceção da espécie de caranguejo denominada ‘craca’”.³⁸

Passados mais de sessenta anos da disputa bilateral, divergências relativas à classificação de determinados organismos como sedentários persistem, mormente sobre os crustáceos. Como indicado por Schatz, o fato de que os crustáceos “andam” ou “rastejam” no leito do mar como principal modo de locomoção continua suscitando dúvidas se é condição suficiente para qualificar uma espécie entre aquelas que “só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo”.³⁹ Assim, Schatz defende que a melhor interpretação é que os crustáceos não estão nem incluídos nem excluídos de forma categórica do artigo 77.4 da CNUDM e a melhor solução é uma análise das espécies caso a caso com base na prática estatal e na *opinio juris*.⁴⁰

No entendimento do autor, a posição sustentada pelo Brasil era a mais correta à luz do direito do mar, visto que a lagosta é uma espécie sedentária (bentônica) e como tal um recurso natural da plataforma continental. Ainda que a CPC não tivesse aplicação entre

³⁸ Vide: “*In depositing the instrument of accession, the Government of the French Republic declares: [...] Article 2 (paragraph 4) – The Government of the French Republic considers that the expression ‘living organisms belonging to sedentary species’ must be interpreted as excluding crustaceans, with the exception of the species of crab termed ‘barnacle’*”. Registre-se que a França não fez nenhuma declaração a respeito do artigo 77.4 da CNUDM que tem redação idêntica ao artigo 2.4 da CPC. UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. *Status of Treaties*. United Nations Convention on the Law of the Sea. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtsg3&clang=_en. Acesso em: 2 ago. 2022.

³⁹ SCHATZ, Valentin J. Crawling Jurisdiction: Revisiting the Scope and Significance of the Definition of Sedentary Species. *Ocean Yearbook*, v. 36, 2022. (no prelo).

⁴⁰ SCHATZ, Valentin J. Crawling Jurisdiction: Revisiting the Scope and Significance of the Definition of Sedentary Species. *Ocean Yearbook*, v. 36, 2022. (no prelo). Nesse sentido, Schatz recorre a um exemplo bastante pertinente. Nos termos do artigo 1.1(c) do Acordo sobre Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios (1995), “o termo ‘peixe’ inclui moluscos e crustáceos, com exceção dos que se enquadram na definição de espécies sedentárias incluída no artigo 77 da CNUDM”. Portanto, este tratado reconhece que alguns crustáceos são espécies sedentárias, mas não todos.

as partes, o exercício de direitos por parte do Estado costeiro sobre os recursos naturais (vivos e não vivos) da plataforma continental já estava bastante consolidado, ainda que recente.⁴¹ Nesse sentido, note-se, ainda, que o artigo 2.4 da CPC foi integralmente reproduzido no artigo 77.4 da CNUDM. Além disso, o artigo 68 da CNUDM dispõe que as espécies sedentárias não estão sujeitas ao regime jurídico da zona econômica exclusiva.

3 O Mar Territorial de 200 milhas marítimas: projeção do Brasil sobre o mar adjacente

Se a “guerra da lagosta” teve o mérito de primeiro trazer o direito do mar para uma posição de destaque no cenário nacional, foi, no entanto, o estabelecimento do mar territorial em 200 M em 1970 que, de fato, deu maior dimensão ao direito do mar no Brasil.

Exemplo de que o mar adjacente não era uma prioridade para o Brasil recém independente é o fato de que o país continuou, como parte do legado português, a adotar a regra do tiro do canhão para a extensão do seu mar territorial,⁴² critério já considerado como ultrapassado.⁴³ Os países vizinhos que obtiveram a independência na mesma época da Espanha e da Inglaterra adotaram como critério distâncias fixas de 3 M ou 6 M para o mar territorial.⁴⁴

⁴¹ A decisão da Corte Internacional de Justiça em *North Sea Continental Shelf Cases* apontou que os artigos 1, 2 e 3 da CPC como sendo “the ones which, it is clear, were then regarded as reflecting, or crystallizing, received or at least emergent rules of customary international law relative to the continental shelf, amongst them [...] the nature of the rights exercisable; the kind of natural resources to which these relate” (para. 63). INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *North Sea Continental Shelf (Germany/Denmark; Germany/Netherlands)*. Judgment of 20 February 1969, ICJ Report 1969, p. 3.

⁴² Circular n. 92 (Guerra), 31 de julho de 1850: “[...] devendo porém, antes de empregarem a força, os Comandantes dessas fortificações avisar o apresador por meio de tiros sem bala, que aqueles se acham em mar territorial, e protegidos pelas baterias”. A Circular n. 92, portanto, adotava o critério formulado originalmente por Bynkershoek em princípio do século dezoito de que *potestatem terrae finiri, ubi finitur armorum vis*, isto é, o limite da soberania do Estado costeiro sobre o mar adjacente se daria em razão do controle que poderia ser exercido a partir do território terrestre. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Collecção das decisões do governo do Imperio do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1851. p. 79 (com adaptações ortográficas).

⁴³ WALKER, Wyndham L. Territorial waters: the cannon shot rule. *British Yearbook of International Law*, v. 22, p. 223, 1945.

⁴⁴ RANGEL, Vicente Marotta. Brazilian law of the sea. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 71-90, 1973.

Somente com a eclosão da Primeira Guerra Mundial o Brasil passou a adotar a distância de 3 M para o seu mar territorial. Como se verifica na redação da Circular n. 42/43, de 25 de agosto de 1914, não se tinha claro qual era o critério estabelecido pelo país até então:

[...] enquanto os poderes competentes não fixarem, como regra definitiva, a extensão do mar territorial do Brasil quanto à jurisdição territorial, deve continuar inalterável, para os efeitos da neutralidade na presente guerra entre as várias potências, a distância de três milhas marítimas, adotada, *em princípio*, até hoje pelo Governo Brasileiro.⁴⁵

Além do fato de que não havia uma certeza sobre o critério utilizado pelo país para os limites do seu mar territorial, é importante também registrar que havia um descompasso com a posição internacional sustentada pelo Itamaraty, que defendia a adoção de um mar territorial de 6 M. Por exemplo, para a conferência de codificação, que seria realizada na Haia em 1930, o projeto de codificação foi encaminhado aos países convidados para comentários. O então consultor jurídico do Itamaraty Clovis Bevilacqua elaborou parecer sobre o projeto. No tocante ao mar territorial, o projeto de codificação (Projeto Schücking) estabelecia a distância de 3 M para o mar territorial, Bevilacqua mostrou-se favorável a uma distância maior, colocando que: “insisto no meu voto para que se dilate a zona do mar territorial, a fim de que as necessidades do direito administrativo possam ser realizadas dentro das prescrições do direito internacional, isto é, para que a jurisdição do Estado tenha o mesmo limite, nos mares adjacentes ao seu território, quer para as relações internacionais, quer para a aplicação dos regulamentos administrativos”.⁴⁶ Esse entendimento foi defendido durante a Conferência da Haia (1930) quando dos debates sobre a largura do mar territorial, em que o delegado brasileiro registrou, assim, a posição do país: “a delegação brasileira aceita uma faixa territorial de seis milhas para todos os efeitos”.⁴⁷ No entanto,

⁴⁵ Circular ns. 42/43 (Ministério das Relações Exteriores), 25 de agosto de 1914. BRASIL. *Decisões do Governo – República dos Estados Unidos do Brasil (1914)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1921. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decisões do Governo: República dos Estados Unidos do Brasil de 1914*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1921. p. 42 (com adaptações ortográficas, grifo nosso).

⁴⁶ BEVILAQUA, Clovis. Parecer de 17 de outubro de 1928. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1913-1934)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 425-426.

⁴⁷ ROSENNE, Shabtai (ed.). *League of Nations Conference for the Codification of International Law*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1975. v. 4. p. 1327. Tradução do original: “The Brazilian delegation accepts a territorial belt of six miles for all purposes”.

a posição sustentada pelo Itamaraty, em foros internacionais, não teve respaldo interno e o Brasil manteve a largura do mar territorial em apenas 3 M.

No pós-Segunda Guerra Mundial, enquanto diversos Estados latino-americanos tomaram a vanguarda com pleitos que aumentaram suas áreas jurisdicionais marítimas, como a Declaração de Zona Marítima (18 de agosto de 1952), em que Chile, Equador e Peru reivindicaram “a soberania e jurisdição exclusiva [...] sobre o mar que banha as costas de seus respectivos países, até uma distância mínima de 200 milhas marítimas”, o Brasil manteve, ao longo das décadas de 1950-1960, uma posição moderada e cautelosa.⁴⁸

Durante os trabalhos da Conferência de Genebra (1958), o chefe da delegação brasileira, Gilberto Amado, declarou que

a questão da largura do mar territorial é um problema espinhoso e requer uma solução. Contudo, não é possível resolvê-lo por medidas que estendessem em excesso os limites da soberania absoluta exercida pelos Estados sobre seu mar territorial.⁴⁹

Posteriormente, Amado ratificou a posição brasileira em oposição às reivindicações regionais: “Embora o país possua uma longa costa litorânea, não poderia apoiar as várias propostas encaminhadas por outros Estados latino-americanos”.⁵⁰ A conferência não conseguiu acordar uma posição consensual e a questão da largura máxima do mar territorial permaneceu sem solução.

A II Conferência de Genebra (1960) reuniu-se para debater fundamentalmente dois assuntos que tinham ficado pendentes na cimeira anterior: a largura do mar territorial e os limites de pesca. As discussões sobre o mar territorial polarizaram-se em duas fórmulas: 6 M

(mar territorial) mais 6 M (zona contígua) ou 12 M (mar territorial). O Brasil apoiou a fórmula “seis-mais-seis”.⁵¹

Assim como ocorrera dois anos antes, o governo brasileiro não manifestou grande interesse no debate sobre a largura do mar territorial, mantendo-se afastado dos demais países latino-americanos. Novamente chefe da delegação brasileira, Gilberto Amado afirmou em plenário

que não existe nada que impeça qualquer Estado de fixar o limite exterior do mar territorial em doze milhas. No entanto, pode-se duvidar se isso é realmente necessário. Uma largura excessiva para o mar territorial pode também envolver desvantagens estratégicas, financeiras e políticas [...]. O Brasil, por seu lado, encontraria consideráveis inconvenientes no limite de doze milhas.⁵²

Essa oposição à extensão do mar territorial devia-se muito a fatores de ordem interna, em especial de segurança, já que a Marinha — em menor escala também a Força Aérea — apontava deficiências no patrulhamento eficaz de uma grande faixa litorânea.⁵³

O cenário interno permaneceria inalterado até a segunda metade daquela década. Em 1966, depois de mais de cinco décadas, contando com um mar territorial de apenas 3 M, mas ainda mantendo uma postura cautelosa, o governo decidiu aumentar a largura do mar territorial para 6 M, com mais 6 M de zona contígua.⁵⁴ Adotando, portanto, uma posição que já havia sido defendida em Genebra há mais de seis anos.

Poucos anos depois, em 1969, aumentou-se a largura do mar, para 12 M, sem o estabelecimento de uma zona contígua.⁵⁵ Segundo a exposição de motivos assinada pelo ministro da Marinha, a ampliação do mar territo-

⁵¹ SILVA, Alexandre Pereira da. *O Brasil e o direito internacional do mar contemporâneo: novas oportunidades e desafios*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 233.

⁵² UNITED NATIONS. *Second United Nations Conference on the Law of the Sea – Official Records: Summary Records of Plenary Meetings and of Meetings of the Committee on the Whole*. New York: United Nations, [s. d.]. p. 66. Tradução do original: “There was nothing to prevent any State from fixing the outer limit of its territorial sea at twelve miles. However, it might be doubted whether that was really necessary. An excessive breadth of territorial sea might well involve strategic, financial and political disadvantages [...]. Brazil itself would find considerable drawbacks in a twelve-mile limit”.

⁵³ CASTRO, Luiz Augusto de Araújo. *O Brasil e o novo direito do mar: mar territorial e zona econômica exclusiva*. Brasília: Funag, 1989. p. 22.

⁵⁴ BRASIL. Decreto-lei n. 44, de 18 de novembro de 1966. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 13413, 21 nov. 1966.

⁵⁵ BRASIL. Decreto-lei n. 553, de 25 de abril de 1969. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 3585, 28 abr. 1969.

⁴⁸ MORRIS, Michael. *International Politics and the Sea: the case of Brazil*. Boulder: Westview, 1979. p. 69-70.

⁴⁹ UNITED NATIONS. *United Nations Conference on the Law of the Sea: official Records, First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone)*. New York: United Nations, [s. d.]. v. 3. p. 4. Tradução do original: “The problem of the breadth of the territorial sea was a thorny one, and one that demanded a solution. It could not, however, be solved by measures tending to extend unduly the limits of the absolute sovereignty exercised by States over their territorial sea”.

⁵⁰ UNITED NATIONS. *United Nations Conference on the Law of the Sea: official Records, First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone)*. New York: United Nations, [s. d.]. v. 3. 183. Tradução do original: “Although Brazil had a very long coastline, it could not support the various proposals put forward by the other Latin American States”.

rial e a eliminação da zona contígua daria “coerência entre a atual doutrina estabelecida pelo Brasil sobre pesca (até 12 milhas) e o que está estabelecido nas quatro Convenções [de Genebra]”.⁵⁶ A justificativa merece um breve comentário. Por um lado, é correto afirmar que a legislação brasileira já mencionava a “pesca costeira” até 12 M das linhas de base. Entretanto, não mencionava a exclusividade (ou não) de seu exercício além do mar territorial.⁵⁷ Por outro lado, é válido lembrar que a Convenção do Mar Territorial e Zona Contígua (1958) dispõe que a “*zona contígua* não deve estender-se além das doze milhas”, ou seja, a extensão do *mar territorial* para 12 M não era compatível com as convenções de Genebra.⁵⁸ De qualquer forma, o decreto de 1969 teve curta duração, menos de um ano depois, o limite do mar territorial foi alterado para 200 M.

A promulgação do Decreto-lei n. 1.098/70 foi surpreendente, especialmente à luz da política cautelosa que o país vinha adotando interna e externamente. Antes da parte dispositiva, apresentaram-se, no decreto de 1970, três considerandos que justificaram a alteração do limite do mar territorial para 200 M. O primeiro assevera o interesse especial do Estado costeiro na “manutenção e produtividade dos recursos vivos das zonas marítimas adjacentes a seu litoral é reconhecido pelo Direito Internacional”, complementando a seguir “que tal interesse só pode ser eficazmente protegido pelo exercício da soberania inerente ao conceito de mar territorial”. Concluindo que é competência do Estado “fixar seu mar territorial dentro de limites razoáveis, atendendo a fatores geográficos e biológicos assim como às necessidades de sua população e sua segurança e defesa”.⁵⁹ Em

essência, esses três considerandos rejeitavam tudo o que o país defendia em termos de largura máxima do mar territorial até então.

A decisão de aumentar o mar territorial para 200 M passou pela análise de fatores internos e externos. Havia um certo consenso político e jurídico de que a adoção do ato unilateral era positiva em ambas as esferas e que os eventuais inconvenientes gerados pela sua adoção seriam inferiores às vantagens obtidas.⁶⁰

Internamente, a extensão do mar territorial superior a 12 M passou a ser vista como vantajosa em termos de segurança, navegação, pesca, pesquisa científica e exploração de recursos minerais da plataforma continental.⁶¹ Além disso, a medida foi bem recebida por setores pesqueiros, sociedades jurídicas, imprensa, Congresso Nacional e opinião pública.

Externamente, o ato brasileiro foi saudado com entusiasmo pelos vizinhos latino-americanos já aderentes às 200 M, cuja posição se reforçou com a adesão do Brasil.⁶² O Itamaraty recebeu notas de protesto de alguns países com interesses pesqueiros ou defensores de um mar territorial estreito.⁶³ Em resposta, o governo brasileiro expôs o entendimento de que o princípio da liberdade do alto-mar não pode ser tido como absoluto e imutável, devendo ser adaptado às novas condições da vida internacional. Ademais, reafirmou-se a convicção de que não havia norma de direito internacional vigente, seja convencional, seja costumeira, que determinasse ao Estado o limite máximo até o qual poderia ser estendido o mar territorial.⁶⁴

Ressalta-se que a adoção do mar territorial de 200 M em 1970 tirou o Brasil do extremo moderado em que estivera até poucos anos para colocá-lo no outro extremo, mesmo entre aqueles países que defendiam a

⁵⁶ BRASIL. Marinha do Brasil. *Exposição de motivos n. 35, de 24 de março de 1969, do ministro da Marinha*. Marinha do Brasil, 1969.

⁵⁷ Vide, por exemplo, o Decreto n. 23.672/34: “A pesca costeira é a exercida da costa até à distância de 12 milhas, a contar para fora” (artigo 3º, § 2º). O Decreto n. 794/38 tem um dispositivo com redação similar (artigo 2º, § 2º).

⁵⁸ Parecia haver um entendimento equivocado sobre o conceito de zona contígua. Por meio do Decreto-lei n. 44/66, fixou-se a zona contígua em seis milhas “a partir do limite exterior das águas territoriais”, em que o Brasil exerceria jurisdição “no que concerne à prevenção e à repressão das infrações da lei brasileira em matéria de polícia aduaneira, fiscal, sanitária ou de imigração” (artigo 2º). Entretanto, contemplou-se, no dispositivo seguinte, que, na zona contígua, o Brasil tinha “os mesmos direitos exclusivos de pesca, de jurisdição em matéria de pesca, e de exploração dos recursos vivos do mar, que lhe cabem, em seu mar territorial” (artigo 3º), o que era claramente incompatível com a Convenção sobre o Mar Territorial e a Zona Contígua.

⁵⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 1.098, de 25 de março de 1970. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 2321, 30 mar. 1970.

⁶⁰ RODRIGUEZ, Carlos Calero. O problema do mar territorial. In: BRASIL. Marinha do Brasil. *Mar territorial*. [s. l.: s. d.]. v. 2. p. 576.

⁶¹ CASTRO, Luiz Augusto de Araújo. *O Brasil e o novo direito do mar: mar territorial e zona econômica exclusiva*. Brasília: Funag, 1989. p. 17.

⁶² RODRIGUEZ, Carlos Calero. O problema do mar territorial. In: BRASIL. Marinha do Brasil. *Mar territorial*. [s. l.: s. d.]. v. 2. p. 574.

⁶³ Segundo Barreto, onze países enviaram notas de protesto ao ato unilateral brasileiro: Bélgica, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Japão, Noruega, Reino Unido, República Federal da Alemanha, Suécia e União Soviética. BARRETO, Fernando de Mello. *Os sucessores do Barão: relações exteriores do Brasil (1912-1964)*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 215.

⁶⁴ RODRIGUEZ, Carlos Calero. O problema do mar territorial. In: BRASIL. Marinha do Brasil. *Mar territorial*. [s. l.: s. d.]. v. 2. p. 579.

expansão da faixa marítima adjacente além das 12 M, isso porque, ainda que houvesse um certo consenso latino-americano a respeito da ampliação da faixa de mar adjacente, havia diferentes interpretações sobre o regime jurídico a ser aplicado nessa área.

No início da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (doravante III Conferência), os Estados latino-americanos estavam divididos, essencialmente, em dois grupos: o “territorialista” e o “patrimonialista” (ou “zonista”); o primeiro reivindicava que a área marítima a ser estendida deveria ser “mar territorial” — posição defendida pelo Brasil —, enquanto o segundo grupo sustentava uma posição mais intermediária, procurando assegurar o exercício exclusivo de “direitos soberanos” sobre os recursos do mar.⁶⁵ Como recordou o embaixador mexicano Jorge Castañeda — um dos nomes mais influentes durante os trabalhos da III Conferência —, os debates dentro do grupo latino-americano eram particularmente veementes, não raro mais do que com os delegados das potências marítimas.⁶⁶

Próximo do término da segunda sessão (agosto de 1974), era nítido que uma expressiva maioria das delegações participantes tendia a apoiar a criação de uma nova zona marítima de até 200 M sob o conceito de zona econômica exclusiva (ZEE), em que se asseguraram ao Estado costeiro direitos soberanos — e não soberania como mar territorial — para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo. Com o desenvolvimento da III Conferência, o apoio à criação da ZEE ganhou ampla aceitação, especialmente entre o Grupo dos 77, e não restou outra opção ao grupo “territorialista” a não ser juntar-se ao grupo “patrimonialista” a fim de consolidar uma ZEE mais ou menos “forte” em oposição àqueles países que procuravam estabelecer um regime mais “fraco” para a futura ZEE.⁶⁷

⁶⁵ NANDAN, Satya N. *The exclusive economic zone: a historical perspective*. Disponível em: <https://www.fao.org/3/s5280t/s5280t0p.htm>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁶⁶ CASTAÑEDA, Jorge. Negotiations on the Exclusive Economic Zone at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. In: MAKARCZYK, Jerzy (ed.). *Essays on International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*. Leiden: Brill, 1984. p. 609.

⁶⁷ NANDAN, Satya N.; ROSENNE, Shabtai (ed.). *United Nations Conference on the Law of the Sea 1982: a commentary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993. v. 2. p. 499.

Por um lado, os Estados latino-americanos obtiveram duas importantes conquistas no tocante a ZEE: (i) a manutenção da largura de 200 M, uma distância resultante das circunstâncias geográficas peculiares do litoral do Pacífico sul da região e que passou a ser internacionalmente aceita;⁶⁸ e (ii) a garantia de que na ZEE os Estados costeiros teriam direitos soberanos sobre a exploração, aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais; jurisdição no que se refere à colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas, investigação científica marinha, proteção e preservação do meio marinho; e outros direitos e deveres previstos na CNUDM.⁶⁹ Por outro lado, os Estados costeiros, incluindo os latino-americanos, tiveram de acomodar alguns dos seus interesses na ZEE e alguns pontos controversos ficaram em aberto, por exemplo: a questão dos direitos residuais; colocação de ilhas artificiais, instalações e estruturas; e, exercícios militares.⁷⁰

Com a criação da ZEE de até 200 M, a largura máxima do mar territorial, estabelecida pela CNUDM, seria de 12 M, o que teve impacto direto sobre aqueles países que haviam adotado larguras superiores para o mar territorial, como o caso do Brasil. Próximo do término dos trabalhos da III Conferência e a quase certeza de que o país teria de se adequar ao novo limite máximo para o mar territorial, essa possibilidade foi aventada pelo ministro das relações exteriores Saraiva Guerreiro em entrevista a um periódico de grande circulação em 1980.

O cenário vislumbrado por Saraiva Guerreiro foi visto, inicialmente, com resistências no Congresso Nacional que convocou o ministro para prestar informações sobre a possibilidade de redução do mar territorial. Em audiência na Câmara dos Deputados, em setembro de 1980, Saraiva Guerreiro defendeu que o processo negociador da CNUDM envolvia inúmeros aspectos jurídicos e que a largura máxima do mar territorial em 12 M, e o estabelecimento de uma ZEE de 200 M (ou 188 M a partir do limite exterior do mar territorial) eram, apenas, algumas dessas questões.⁷¹

⁶⁸ DUPUY, R. J.; VIGNES, Daniel. *A Handbook on the New Law of the Sea*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991. v. 1. p. 275.

⁶⁹ MANSILLA, Hugo Llanos. Los Países del Sistema del Pacífico Sur ante la Convención sobre Derecho del Mar. *Revista Chilena de Derecho*, v. 10, p. 33, 1983.

⁷⁰ SILVA, Alexandre Pereira da. From the First Claims to the Exclusive Economic Zone: Reviewing Latin America’s 200-Nautical Mile Sea Seventy Years On. *Ocean Yearbook*, v. 33, p. 144-151, 2019.

⁷¹ BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*: seção 1, p. 8112-8114, 9 ago. 1980.

Com o término dos trabalhos da III Conferência, em dezembro de 1982, aprovou-se a CNUDM e o texto ficou aberto para assinatura, momento em que o Brasil assinou a CNUDM. A tramitação da nova convenção pelo Congresso Nacional não teve sobressaltos e o depósito do instrumento de ratificação foi feito em 22 de dezembro de 1988, ou seja, anos antes da sua entrada em vigor em 16 de novembro de 1994. Nesse meio tempo, adotou-se a nova legislação sobre o tema, a Lei n. 8.617, de 4 de janeiro de 1993, que revogou o Decreto-lei n. 1.098/70.⁷² Nos termos do artigo 1º do novo diploma legal, “o mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicado nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil”.

Ainda que haja aspectos incompatíveis da Lei n. 8.617/93 com a CNUDM — como por exemplo o artigo 9º que estipula que a realização de exercícios ou manobras militares por outros Estados na ZEE brasileira “somente poderá ocorrer com o consentimento do Governo brasileiro” —, em linhas gerais, o instrumento jurídico doméstico é consistente com a convenção no que se refere às larguras máximas do mar territorial, zona contígua, ZEE e plataforma continental.⁷³

A promulgação da Lei n. 8.617/93, bem como da Constituição Federal de 1988 (vide artigo 20) e da entrada em vigor da CNUDM em 1994 colocaram um fim no mar territorial brasileiro de 200 M e o país retomou a largura máxima a 12 M, assim como fizera em um curto período entre 1969 e 1970.

4 Considerações finais (e um breve olhar para o presente e o futuro)

Entre as contribuições da “guerra da lagosta” para a esfera jurídica e política internas, estão a de ressaltar o grande potencial econômico dos recursos do mar adjacente, a importância de defender esses recursos e a necessidade de amparar a defesa dos interesses nacionais

com uma consistente base legal. Não por acaso, as quatro convenções de Genebra foram enviadas para análise do Congresso Nacional em meio à controvérsia entre o país e a França, criando um amplo debate jurídico sobre o direito do mar no Brasil.

Poucos anos depois de concluída a disputa bilateral relativa à captura da lagosta, os recursos naturais da plataforma continental brasileira voltaram a mostrar sua importância. Em 1968, novamente no litoral nordestino, a Petrobras descobriu o primeiro campo de petróleo no mar em Guaricema (Sergipe). Nos anos seguintes, realizaram-se novas descobertas de petróleo no mar, na bacia de Campos (meados dos anos 1970), em outros pontos do litoral brasileiro e, mais recentemente, em águas profundas na bacia de Santos (anos 2000).⁷⁴ Assim, de um expressivo importador de petróleo nos anos 1960-1970 o Brasil tornou-se um dos maiores produtores do hidrocarboneto e é, atualmente, o nono maior produtor mundial de petróleo, sendo cerca de 96% dessa produção proveniente de campos offshore.⁷⁵

Conseqüentemente, a importância econômica e os interesses estratégicos sobre os recursos naturais da plataforma continental mostram-se de fundamental importância para o país mais de sessenta anos após a “guerra da lagosta”. Além disso, o país está engajado na exploração e no futuro aproveitamento de outros recursos naturais não vivos, como as crostas ferro-manganesíferas na Elevação do Rio Grande — uma grande formação geológica submarina a cerca de 1.100 km do litoral brasileiro —, onde o Brasil tem empenhado grandes esforços e há uma expectativa por parte de setores governamentais de que a região se torne uma nova fronteira econômico-estratégica.⁷⁶

Com referência à largura do mar territorial, a adoção da Lei n. 8.617/93 e a entrada em vigor da CNUDM em 1994 colocaram um fim na controvérsia sobre sua largura máxima. No entanto, desdobramentos mais recentes indicam que a legislação brasileira referente à jurisdição sobre a faixa de mar adjacente está em direta oposição à

⁷² BRASIL. Lei n. 8.617, de 4 de janeiro de 1993. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 57, 5 jan. 1993.

⁷³ KWIATKOWSKA, Barbara. Brazil’s 1993 Law concerning territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone, continental shelf and other matters: Reverting to legitimacy. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 8, n. 4, p. 501, 1993.

⁷⁴ MORAIS, José Mauro de. *Petróleo em águas profundas: uma história tecnológica da Petrobras na exploração e produção offshore*. Brasília: Ipea, 2013. p. 111-112.

⁷⁵ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. *Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis 2021*. Rio de Janeiro: ANP, 2021. p. 76.

⁷⁶ SILVA, Alexandre Pereira da. Brazil advances over the Area: the inclusion of the Rio Grande Rise within the Brazilian outer continental shelf and its consequence for other states and for the common heritage of mankind. *Marine Policy*, v. 125, p. 104399, 2021.

CNUDM em razão do conceito de “águas jurisdicionais brasileiras”.

Nos termos da legislação nacional, o Brasil reivindica jurisdição sobre os espaços marítimos na faixa de 200 M, “acrescidas das águas sobrejacentes à extensão da Plataforma Continental além das duzentas milhas marítimas, onde ela ocorrer”.⁷⁷ Nos termos da submissão mais recente à Comissão de Limites da Plataforma Continental, o Brasil reivindica mais de 2 milhões de quilômetros quadrados além das 200 M como plataforma continental estendida, com base no artigo 76 da CNUDM.⁷⁸

Recorde-se que o artigo 78.1 da CNUDM dispõe que “os direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental não afetam o regime jurídico das águas sobrejacentes do espaço aéreo acima dessas águas”, ou seja, até 200 M o regime das águas sobrejacentes é de mar territorial (até 12 M) e ZEE (até 200 M); além das 200 M, o regime jurídico das águas sobrejacentes é alto-mar.⁷⁹ Além disso, o conceito de águas jurisdicionais brasileiras está em oposição ao disposto no artigo 89 da CNUDM: “Nenhum Estado pode legitimamente pretender submeter qualquer parte do alto mar à sua soberania”, ou mesmo jurisdição.

A introdução do conceito de águas jurisdicionais brasileiras e a contínua reivindicação de jurisdição sobre as águas sobrejacentes de sua plataforma continental estendida por meio de diversos instrumentos legais indica que a corrente “territorialista” nunca de fato desapareceu entre as autoridades brasileiras e continua a ser um elemento importante para entender a perspectiva brasileira em direção ao mar adjacente.⁸⁰

⁷⁷ BRASIL. Marinha do Brasil. *Normas da Autoridade Marítima para Operação de Embarcações Estrangeiras em Águas Jurisdicionais Brasileiras – NORMAM-04/DPC (1ª Revisão)*. Portaria DPC/DGN/MB n. 21, 6 de julho de 2021. Nesse sentido, vide também: NORMAM-17/DHN (4ª Revisão), NORMAM-25 (2ª Revisão), NORMAM-27/DPC (Revisão n. 2 Modificação n. 3), NORMAM-10 (1ª Revisão), NORMAM-20/DPC (2ª Revisão), Decreto n. 4.871/2003, Decreto n. 5.129/2004, Decreto n. 5.377/2005, Decreto n. 5.484/2005 e Lei n. 11.524/2007, entre outros instrumentos legais.

⁷⁸ Brazilian Partial Revised Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Brazilian Oriental and Meridional Margins. Disponível em: https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/bra02_rev18/BR-OMM-ExecutiveSummary.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁷⁹ TREVES, Tullio. Coastal States’ rights in the maritime areas under UNCLOS. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 44-45, 2015.

⁸⁰ SILVA, Alexandre Pereira da. The Concept of Brazilian Jurisdictional Waters and its Impact on the Freedom of the High Seas. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 35, n. 2, p. 323-324, 2020.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. *Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis 2021*. Rio de Janeiro: ANP, 2021.

AZZAM, Issam. The dispute between France and Brazil over Lobster Fishing in the Atlantic. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 13, n. 4, p. 1453-1459, 1964.

BARRETO, Fernando de Mello. *Os sucessores do Barão: relações exteriores do Brasil (1912-1964)*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BARRETO, Fernando de Mello. *Os sucessores do Barão: relações exteriores do Brasil (1964-1985)*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BEVILAQUA, Clovis. Parecer de 17 de outubro de 1928. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1913-1934)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 421-426.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Collecção das decisões do governo do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1851.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decisões do Governo: República dos Estados Unidos do Brasil de 1914*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1921.

BRASIL. Decreto n. 28.840, de 8 de novembro de 1950. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 16617, 18 nov. 1950.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.098, de 25 de março de 1970. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 2321, 30 mar. 1970.

BRASIL. Decreto-lei n. 44, de 18 de novembro de 1966. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 13413, 21 nov. 1966.

BRASIL. Decreto-lei n. 553, de 25 de abril de 1969. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 3585, 28 abr. 1969.

BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*: seção 1, p. 8112-8114, 9 ago. 1980.

BRASIL. Lei n. 8.617, de 4 de janeiro de 1993. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 57, 5 jan. 1993.

BRASIL. Marinha do Brasil. *Exposição de motivos n. 35, de 24 de março de 1969, do ministro da Marinha*. Marinha do Brasil, 1969.

International Journal of Marine and Coastal Law, v. 35, n. 2, p. 323-324, 2020.

- BRASIL. Marinha do Brasil. *Normas da Autoridade Marítima para Operação de Embarcações Estrangeiras em Águas Jurisdicionais Brasileiras – NORMAM-04/DPC (1ª Revisão)*. Portaria DPC/DGN/MB n. 21, 6 de julho de 2021.
- CASTAÑEDA, Jorge. Negotiations on the Exclusive Economic Zone at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. In: MAKARCZYK, Jerzy (ed.). *Essays on International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*. Leiden: Brill, 1984. p. 609.
- CASTRO, Luiz Augusto de Araújo. *O Brasil e o novo direito do mar: mar territorial e zona econômica exclusiva*. Brasília: Funag, 1989.
- CHURCHILL, R. R.; LOWE, A. V. *The Law of the Sea*. 3. ed. Manchester: Manchester University Press, 1999.
- DUPUY, R. J.; VIGNES, Daniel. *A Handbook on the New Law of the Sea*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991. v. 1.
- HARRISON, James. *Making the Law of the Sea: a Study in the Development of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *North Sea Continental Shelf (Germany/Denmark; Germany/Netherlands)*. Judgment of 20 February 1969, ICJ Report 1969, p. 3.
- KWIATKOWSKA, Barbara. Brazil's 1993 Law concerning territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone, continental shelf and other matters: Reverting to legitimacy. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 8, n. 4, p. 497-506, 1993.
- LESSA, Antônio Carlos. A guerra da lagosta e outras guerras: conflito e cooperação nas relações França-Brasil (1960-1964). *Cena Internacional*, v. 1, n. 1, p. 109-120, 1999.
- MANSILLA, Hugo Llanos. Los Países del Sistema del Pacífico Sur ante la Convención sobre Derecho del Mar. *Revista Chilena de Derecho*, v. 10, p. 21-38, 1983.
- MCDORMAN, Ted L. The Continental Shelf. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (ed.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 181-202.
- MORAIS, José Mauro de. *Petróleo em águas profundas: uma história tecnológica da Petrobras na exploração e produção offshore*. Brasília: Ipea, 2013.
- MORRIS, Michael. *International Politics and the Sea: the case of Brazil*. Boulder: Westview, 1979.
- MUNIZ, Tulio de Souza. *O ouro do mar: do surgimento da indústria da pesca da lagosta no Brasil a condição do pescador artesanal na História do tempo presente (1955-2000)*. Uma narrativa sócio-histórico marítima. 2005. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.
- NANDAN, Satya N. *The exclusive economic zone: a historical perspective*. Disponível em: <https://www.fao.org/3/s5280t/s5280t0p.htm>. Acesso em: 2 ago. 2022.
- NANDAN, Satya N.; ROSENNE, Shabtai (ed.). *United Nations Conference on the Law of the Sea 1982: a commentary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993. v. 2.
- RAFFAELLI, Marcelo. A guerra da lagosta: um episódio das relações diplomáticas Brasil-França (1961-1964). *Cadernos do CHDD*, v. 2, n. 3, p. 361-397, 2003.
- RANGEL, Vicente Marotta. Brazilian law of the sea. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 71-90, 1973.
- RODRIGUEZ, Carlos Calero. O problema do mar territorial. In: BRASIL. Marinha do Brasil. *Mar territorial*. [s. l.: s. d.]. v. 2. p. 567-583.
- ROSENNE, Shabtai (ed.). *League of Nations Conference for the Codification of International Law*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1975. v. 4.
- SCHATZ, Valentin J. Crawling Jurisdiction: Revisiting the Scope and Significance of the Definition of Sedentary Species. *Ocean Yearbook*, v. 36, 2022.
- SCOVAZZI, Tullio. The evolution of International Law of the Sea: new issues, new challenges. *Recueil de Cours*, Dordrecht, v. 286, p. 39-243, 2000.
- SILVA, Alexandre Pereira da. Brazil advances over the Area: the inclusion of the Rio Grande Rise within the Brazilian outer continental shelf and its consequence for other states and for the common heritage of mankind. *Marine Policy*, v. 125, p. 104399, 2021.
- SILVA, Alexandre Pereira da. From the First Claims to the Exclusive Economic Zone: Reviewing Latin America's 200-Nautical Mile Sea Seventy Years On. *Ocean Yearbook*, v. 33, p. 131-160, 2019.
- SILVA, Alexandre Pereira da. *O Brasil e o direito internacional do mar contemporâneo: novas oportunidades e desafios*. São Paulo: Almedina, 2015.

- SILVA, Alexandre Pereira da. The Concept of Brazilian Jurisdictional Waters and its Impact on the Freedom of the High Seas. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 35, n. 2, p. 295-324, 2020.
- TREVES, Tullio. Coastal States' rights in the maritime areas under UNCLOS. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 39-48, 2015.
- TREVES, Tullio. Historical development of the law of the sea. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (ed.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 1-23.
- UNITED NATIONS. *Second United Nations Conference on the Law of the Sea – Official Records: Summary Records of Plenary Meetings and of Meetings of the Committee on the Whole*. New York: United Nations, [s. d.].
- UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. *Status of Treaties: United Nations Convention on the Law of the Sea*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 2 ago. 2022.
- UNITED NATIONS. *United Nations Conference on the Law of the Sea: official Records, First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone)*. New York: United Nations, [s. d.]. v. 3.
- UNITED NATIONS. *United Nations Conference on the Law of the Sea: official Records. New York: United Nations, Plenary Meetings, [s. d.]. v. 2.*
- UNITED STATES OF AMERICA. *Presidential Proclamation n. 2667 of September 28, 1945: policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf*.
- VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 11 de junho de 1962. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 75-79.
- VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 11 de maio de 1963. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 150-153.
- VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 28 de dezembro de 1962. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 96-102.
- VALLADÃO, Haroldo. Parecer de 29 de abril de 1963. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 154-173.
- WALKER, Wyndham L. Territorial waters: the cannon shot rule. *British Yearbook of International Law*, v. 22, p. 210-231, 1945.
- WHITEMAN, Marjorie M. Conference on the Law of the Sea: Convention on the Continental Shelf. *American Journal of International Law*, v. 52, n. 4, p. 629-659, 1958.
- YOUNG, Richard. Sedentary fisheries and the Convention on the Continental Shelf. *American Journal of International Law*, v. 55, n. 2, p. 359-373, 1961.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The arbitrator Eptácio Pessoa and the Brazilian approach to arbitration: an analysis of the settlement of disputes between public entities and foreign investors

O árbitro Eptácio Pessoa e a abordagem brasileira sobre arbitragem: uma análise da solução de disputas entre entes públicos e investidores estrangeiros

Henrique Lenon Farias Guedes

Marcilio Toscano Franca Filho

The arbitrator Epitácio Pessoa and the Brazilian approach to arbitration: an analysis of the settlement of disputes between public entities and foreign investors*

O árbitro Epitácio Pessoa e a abordagem brasileira sobre arbitragem: uma análise da solução de disputas entre entes públicos e investidores estrangeiros

Henrique Lenon Farias Guedes**

Marcilio Toscano Franca Filho***

Abstract

Reiterated since the 1960s by consecutive yet ideologically different federal administrations, Brazilian resistance to international investor-State dispute resolution has been taken for granted in many arbitral circles, especially due to a perception that Brazil had adhered to Calvo and Drago Doctrines. This paper questions those assumptions as it analyzes neglected arbitral awards issued in 1916 and 1918 by famous international jurist Epitácio Pessoa, renowned jurist at the time and President of Brazil from 1919 to 1922, who settled disputes between public entities – the Municipality of Rio de Janeiro and the Brazilian Federal government, on the one side – and foreign investors, on the other side, on questions derived of tramway and railway concessions. This article investigates the legal bases over which Brazil has always had a different instance on arbitration than the other Latin American countries, aiming at contributing to understanding contemporary resistances to investor-State dispute settlement. In so doing, this paper unprecedentedly analyzes the awards under a broader investigation of Epitácio's ideological context and his own ideas.

Keywords: investment arbitration; investor-state dispute settlement; Epitácio Pessoa; Calvo Doctrine; Drago Doctrine; arbitration in Brazil.

Resumo

Reiterada desde 1960 por sucessivos Governos, embora ideologicamente diferentes, a resistência brasileira à solução de disputas investidor-Estado tem sido pressuposta nos círculos da arbitragem, especialmente devido a uma percepção de que o Brasil aderiu às doutrinas Calvo e Drago. Este artigo questiona essa suposição, ao analisar negligenciados laudos arbitrais proferidos entre 1916 e 1918 pelo famoso internacionalista Epitácio Pessoa, renomado jurista à época e Presidente do Brasil entre 1919 e 1922, o qual solucionou disputas entre entes públicos – o Município do Rio de Janeiro

* Recebido em 14/08/2022
Aprovado em 23/01/2023

** Advogado, Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e professor do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê).
Email: hlfgedes@gmail.com

*** Visiting Professor at the University of Pisa, Arbitrator at the Court of Arbitration for Art (Rotterdam) and at the Mediation and Arbitration Center of the World Intellectual Property Organization (WIPO, Geneva). Alternate arbitrator at the MERCOSUR Permanent Review Tribunal (Asunción). Law Professor at the Federal University of Paraíba and Attorney at the Prosecution Office of the Audit Court of Paraíba. He was Visiting Professor at the Law Department at the University of Turin. PhD in Law from the University of Coimbra. Post-doctorate in Law at the European University Institute (EUI, Florence, Calouste Gulbenkian Fellow). Member of the Executive Council of the International Law Association (ILA, London). Member of the Hispano-Luso-American Institute of International Law (IHLADI).
Email: mfilho@tce.pb.gov.br

ro e a União, de um lado – e investidores estrangeiros, de outro lado, em matéria de concessão de vias férreas. Este artigo investiga as bases jurídicas pelas quais o Brasil sempre teve uma posição diferente sobre arbitragem em relação a outros países da América Latina, visando a contribuir para a compreensão de resistências contemporâneas à solução de disputas investidor-Estado. Fazendo isso, este artigo, de forma inédita, analisa os laudos de Epiácio à luz de uma investigação mais ampla de seu contexto ideológico e de suas próprias ideias.

Palavras-chaves: arbitragem de investimentos; solução de disputas investidor-Estado; Epiácio Pessoa; Doutrina Calvo; Doutrina Drago; arbitragem no Brasil.

1 Introduction

The legacy of Epiácio Pessoa, who was Judge of the Permanent Court of International Justice and held the highest public offices in Brazil, including the Presidency from 1919 to 1922, has been receiving greater attention by international legal scholars, due to Epiácio's prolific activity of both theoretical and practical relevance.

Besides contributing with a thorough project for a Code of Public International Law, Pessoa's rulings in the Brazilian Supreme Court and in The Hague remain important to clarify many concepts in the recently established Republican constitutional law and in international law respectively.

Keeping in mind the particularity of Pessoa's position in International Law – particular because he is a representative not only of Latin America but also of one of its most influential countries –, this paper intends to shed light on a less discussed facet of this prominent scholar: Epiácio Pessoa as an arbitrator.

A neglected compendium of arbitral awards published in 1961 shows that, despite a historical resistance to international investor-State arbitration in Latin America – especially persistent in Brazil, who has never been a party to the ICSID Convention –, Pessoa was appointed as arbitrator to two disputes involving the Municipality of Rio de Janeiro and the Brazilian Federal government, on the one side, and foreign investors, on the other side.

Most importantly, the conflict with the federal entity involved the concession of railways due to a contract

signed in 1856, still under the rule of Emperor Dom Pedro II, though the arbitration would only be triggered by 1918, one year before Epiácio was sworn in as President of the Republic.

Why has an arbitration clause, signed under an entirely different political and legal regime, been enforced so many decades later, even among a continental resistance to investment arbitration? What apparently shows a strong sense of legal certainty contrasts with a later – and still fierce – Brazilian resistance to investor-State arbitration.

That is the link this paper wants to test: did Epiácio Pessoa, analyzing foreign investments in a private dispute resolution arena, convey any comments in his intra-State arbitrations that would relate to or influence the Brazilian discussion on investment arbitration?

Based on such question, the paper is divided in three parts. The first brings the legal and historical context in which Latin American resistance to arbitration was developed from late nineteenth century to early twentieth century, with special reference to Carlos Calvo and Luis Maria Drago of Argentina, and also the Brazilian stance on arbitration. The second examines the arbitral awards of Epiácio Pessoa, focusing on whether the arbitrator's showed a particular position on the enforceability of the arbitration clause before a governmental entity and the legitimacy of the private dispute resolution mechanism. The third part analyzes other works of Pessoa as an international theorist and international Judge to check if his favourable position towards investment arbitration was circumstantial or was based on a much broader concern on international dispute settlement.

Following the proposed structure, this paper unprecedentedly investigates the legal bases under which Brazil has always had a different instance on arbitration than the other Latin American countries. By bringing the arbitrator Epiácio Pessoa to the conversation, the paper aims at contributing to understand contemporary resistances to investor-State dispute settlement.

2 Latin American and Brazilian resistance: an outline

Whereas there is a strong perception that Brazil resists investment arbitration due to its systematic refusal

of ratifying conventions with arbitral clauses, intended to protect investors, such view might be contradicted – if not totally denied – by the analysis of a long-standing tradition of fostering arbitral practices. This first section will contribute to the historical review of such position as it comprises Brazilian traditions and compares it to the Latin American perspective.

2.1 Arbitration, war and investment

Two doctrinal references from Argentina are usually mentioned on the matter of Latin American resistance to investor-State dispute resolution: Carlos Calvo and Luis María Drago.

Two practitioners and researchers of International Law, they both contributed to an alleged regional approach to investment disputes: while Mr. Calvo, from the late 19th century, advocated that diplomatic intervention on behalf of the damaged investor – but not the use of force – would only be allowed after local Courts ruled on the matter exhaustively, Mr. Drago, from the early 20th century, understood that no force could be used to enforce payments for foreign investors.

The Calvo Doctrine, during the 19th¹ and the 20th century, influenced the inclusion of treaty clauses demanding that the investor waived any intervention or protection from their home country.²

The Calvo Doctrine had its resonance in a continent where wars were fought to collect debt during the 19th century³, and as early as 1889 the First International Conference of American States recognized the identity

of rights between nationals and foreigners. However, in 1902, German warships bombarded ports of Venezuela following massive unpaid debts the government held before English, French, German and Italian banks, which prompted the manifestation of Drago.

In 1907, the Second International Peace Conference of The Hague advocated arbitration for dispute resolution, with massive adhesion by Latin American States.⁴ The corresponding treaty, signed by numerous European governments and also by Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Mexico, Panamá, Paraguay, Peru and Uruguay, stated that force would not be the rule to collect debt, but the exception; wars would only be fought if the debtor State resisted to an arbitral clause or refused to enforce an arbitral award.⁵

Though such convention appears to represent a victory for Drago, it recognized, even as an exception, a justification for war, and it received several reservations from Latin American governments. Rui Barbosa, the Brazilian representative in The Hague, advocated for the legitimacy of war to collect debt if the debtor refused to arbitration.⁶

Therefore, in the matter of investment arbitration, Brazil held an isolated position and did not adhere automatically to Calvo or Drago doctrines, but rather tried to conciliate arbitration and good faith. At this point, it is important to make a distinction between the open-

¹ “Calvo’s theory would soon be tested: in 1873, the Mexican Minister of Foreign Affairs sent a note to the US ambassador, stating that Mexico was not responsible for the harm caused to foreigners during the civil war as clearly indicated by Dr. Calvo’s theory. The ambassador responded that Dr. Calvo was a young lawyer whose theories had not been accepted internationally. This was the first of many rejections of the theory by the United States”. BLACKABY, Nigel; PAULSSON, Jan. *Arbitration in Latin America: was Carlos Calvo misunderstood? In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (ed.). Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996.* São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341-351. p. 343.

² CORRÊA, A. A. C. Rui e a Doutrina Drago. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 62, n. 1, p. 267-282, 1966. p. 269; SHIHATA, Ibrahim F. I. Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 1-15, 1986.

³ The French-Mexican War of 1861-1867, that resulted on the French appointment of an Emperor for Mexico, was triggered by a moratorium declared by the President of Mexico, Benito Juárez.

⁴ CORRÊA, A. A. C. Rui e a Doutrina Drago. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 62, n. 1, p. 267-282, 1966. p. 269; BLACKABY, Nigel; PAULSSON, Jan. *Arbitration in Latin America: was Carlos Calvo misunderstood? In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (ed.). Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996.* São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341-351. p. 344.

⁵ As stated in article 1 of the Convention Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts: “The Contracting Powers agree not to have recourse to armed force for the recovery of contract debts claimed from the Government of one country by the Government of other country as being due to its nationals. This undertaking is, however, not applicable when the debtor State refuses or neglects to reply to an offer of arbitration, or, after accepting the offer, prevents any *compromis* from being agreed on, or, after the arbitration, fails to submit to the award”. Available at CONVENTION Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts. *The American Journal of International Law*, v. 2, n. 1/2, supplement: official documents, Jan./Apr. 1908. Available at: <https://doi.org/10.2307/2212500>. Accessed on: 12 ago. 2022.

⁶ CORRÊA, A. A. C. Rui e a Doutrina Drago. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 62, n. 1, p. 267-282, 1966. p. 278 and 281.

ness towards inter-State arbitration and the resistance to intra-State arbitration.

Inter-State arbitration is opposed to war and has been historically supported by Latin America as a substitute to armed conflict; Haroldo Valladão, one of the most relevant international jurists from Brazil, advocated that solidarity and the defense of arbitration instead of war had been the greatest contribution of Latin America to International Law.⁷

On the other hand, the idea that even the standing world Tribunal – originally, the Permanent Court of International Justice – should have a facultative clause of mandatory jurisdiction was proposed by Brazilian delegate Raul Fernandes, under the leadership of Epiácio Pessoa.⁸

Intra-State arbitration is opposed to the national Judiciary and, as Blackaby and Paulsson argue, was systematically resisted by Latin American governments; by the time the League of Nations concluded the Geneva Protocol of Arbitration Clauses in 1923, Latin American States resisted to enforce arbitration clauses because such countries stimulated recourse to domestic Courts, including for investment dispute resolution.⁹

Interestingly, Brazil was the only Latin American Nation to sign the Geneva Protocol; in what Blackaby and Paulsson consider merely “an accident of history”,¹⁰ it is important to notice that the protocol was signed by Brazil through representative Afrânio de Mello Franco without reservations and it entered into force in 1932 through Presidential Decree n° 21.187.¹¹

In sum, not only did Brazil sustain a different position regarding investment arbitration, but it also was isolated in its instance towards private arbitration. To

fully understand Brazilian perspective, a specific historical account follows below.

2.2 Arbitration in Brazil

As this paper tries to bring a new historical approach to the Brazilian position towards arbitration, it is important to mention that the Political Constitution of the Empire of Brazil, in 1824, expressly authorized arbitration in its article 160 and even indicated the enforcement of arbitral rulings without recourse, should parties so convene.

The Commercial Code of 1850 not only referred to arbitration but also instituted it as mandatory for several corporate and maritime issues; in 1866, Law n° 1.350 altered the Code to indicate that arbitration should always be voluntary and to authorize arbitrators to rule “ex aequo et bono” if parties so decided.

During the Second Empire (1840-1889), Brazil would also foster voluntary arbitration internationally and be recognized as a relevant voice in peaceful settlement: when the United States of America and Her Britannic Majesty signed the Treaty of Washington of 1871 and referred to arbitration the disputes known as the Alabama claims, the Tribunal would be composed of five members, one of which was to be appointed by the Emperor of Brazil – who nominated Viscount of Itajubá, a Brazilian diplomat and nobleman.¹²

Even though Brazilian favourable position in defense of inter-State arbitration was a constant throughout the twentieth century, the Republic – beginning in 1889 – did not have the same instance towards intra-State arbitration. The greatest obstacle to what is contemporarily known as commercial arbitration might be found in the Civil Code of 1916¹³, which indicated the need for

⁷ CORRÊA, A. A. C. Rui e a Doutrina Drago. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 62, n. 1, p. 267-282, 1966.

⁸ REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 428.

⁹ BLACKABY, Nigel; PAULSSON, Jan. Arbitration in Latin America: was Carlos Calvo misunderstood? In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (ed.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341-351. p. 346.

¹⁰ BLACKABY, Nigel; PAULSSON, Jan. Arbitration in Latin America: was Carlos Calvo misunderstood? In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (ed.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341-351. p. 346.

¹¹ Once again, respect towards arbitration in Brazil was apparently immune to political turmoil, as in 1930 the country went through a Revolution that deeply altered governmental institutions, but did not affect arbitration directly.

¹² As convened by Great Britain and the United States of America, the other arbitrators – in a total of five – were appointed by the King of Italy and the President of the Swiss Confederation, alongside with two party-appointed. Available at: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf. The Brazilian diplomat and jurist Marcos Antônio de Araújo, Viscount of Itajubá, was the Brazilian ambassador in Paris at the time. Furthermore, Itajubá was one of the initial enthusiasts and first supporters of the creation of the International Law Association, 150 years ago.

¹³ Brazil has had two Civil Codes, published in the years 1916 and 2002. Until 1916, civil matters were regulated by sparse legislations but mostly by the Philippine Ordinations, a compilation of legal standards published in 1603 by the King of Spain, Phillip II, then holding the Portuguese crown as Phillip I. Even though Lisbon re-

judicial homologation of an arbitral award as a condition for its enforcement. The Civil Procedural Code of 1939¹⁴ went even further in creating several procedural requirements for arbitration, contradicting the relative informality of such method, a position which was kept by its substitute of 1973.¹⁵

Besides, both the material and the procedural legislation lacked a provision for the enforcement of the arbitration clause, focusing on the “compromis d’arbitrage”, that is, on the arbitration agreement specific to a conflict; defiance of a hypothetical contractual provision for arbitration would entail only damages against the resisting party.¹⁶

Consistent with the Republican obstacles to private arbitration, Brazil participated in the launch of the Inter-American Convention on Commercial Arbitration in Panamá, in 1975, which received a high number of signatures by members of the Organization of American States, but ratification did not follow so quickly.

Though its article 4 brought the impacting provision that “[a]n arbitral decision or award that is not appealable under the applicable law or procedural rules shall have the force of a final judicial judgment”¹⁷, it would only enter into force in Brazil a few months before the publication of the Brazilian Arbitration Act in 1996. Still, the resistance to private dispute resolution persisted.

In fact, even though Brazil gained an UNCITRAL-based arbitral legislation in 1996, the relevant project

gained independence in 1640, the Ordinations were upheld as law for Portugal and its colonies in 1643. Analogically, even after the independence of Brazil in 1822, the Emperor in 1823 decided to maintain the enforcement of the same set of rules until the emergence of a proper Civil Code.

¹⁴ Brazil has had three Civil Procedural Codes, published in the years 1939, 1973 and 2015. The most recent one not only converges to Brazilian Arbitration Act but it also creates mediation and conciliation hearings prior to the presentation of a defense.

¹⁵ It would be out of the scope of this paper to investigate if there was a conscious preoccupation towards the applicability of the Geneva Protocol of Arbitration Clauses, but reading such treaty – which was in force in Brazil by the time the Civil Procedural Code was published – allows one to conclude that it was only applicable to international arbitration (article 1) and did not preclude procedural requirements to be eventually created by national law (article 2).

¹⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 735, p. 39-48, 1997.

¹⁷ ORGANIZATION FOR AMERICAN STATES. Inter-American Convention on International Commercial Arbitration. Panama City, 30 jan. 1975. Available at: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-35_international_commercial_arbitration.asp.

had been proposed in the Senate in 1992 and faced the opposition mainly of those who believed that private justice could not be opposed to the mandatory intervention of the Judiciary.¹⁸ The Constitution of 1988 actually provides in its catalogue of fundamental rights that no law can prevent “judicial analysis” of an act capable of or prone to causing damage to a right¹⁹, a strongly enforced clause against governmental acts, which are growingly subject to judicial appreciation. Opponents to the recognition of the jurisdictional nature of arbitration in Brazil then focused on its unconstitutionality, and the Arbitration Act would only be declared constitutional by the Supreme Court in 2001.²⁰

Brazil has recently developed as a mature country for commercial arbitration, after it approved in 1996 legislation based in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and ratified the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in 2002. Regarding alternative dispute resolution for private companies, Brazilian arbitration institutions, arbitrators and practitioners have developed a solid reputation, especially because the Superior Court of Justice – in charge of unifying interpretation of national law such as the one that regulates arbitration – has repeatedly assured independence for arbitrators to rule on the merits of contracts.²¹

The success of commercial arbitration as regulated by Law n. 9.307/1996 has been so high since it was declared constitutional, that more and more areas of Brazilian law have been opening themselves to the applicability of such law. Several disputes involving shareholding²², copyrights²³, labor issues²⁴ and companies

¹⁸ MUNIZ, Petronio R. G. *Operação árbitro: a história da Lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. Brasília: ITN, 2005. p. 72.

¹⁹ Such remedy figures as a clear reaction to the fact that governmental acts involving the “revolutionary” measures of the military were immune to judicial control between 1968 and 1978 due to decrees taken by the rulers, especially Institutional Act n. 5 of 1968.

²⁰ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *SEC 5206-7*. December 12, 2001.

²¹ For instance, the Superior Court of Justice has stated that public judges could not even analyze the merits of an arbitral decision. Reference of the case: REsp 1636113/SP, DJe Sep. 05, 2017.

²² Arbitration between companies and their stockholders are authorized by Law n. 6.404/1976, as amended by Law n. 10.303/2001 and Law n. 13.129/2015.

²³ Arbitration and mediation for copyright disputes are authorized by Law n. 9.610/1998, as amended by Law n. 12.853/2013.

²⁴ Arbitration for labour disputes is authorized by the Consolidation of Labour Law (Decree n. 5.452/1943), as amended by Law n.

controlled by the government²⁵ such as Petrobras, the national oil giant, have been finding their adjudication in private rather than in public fora, including foreign ones.²⁶

In sum, contemporary success of private arbitration in Brazil superseded a century-long prejudice to non-judiciary dispute resolution as the country retakes – unconsciously, as the debates in the arbitration law show²⁷ – pro-arbitral traditions found in the Empire. Regardless, resistance to investment arbitration persists, as depicted in the next topic.

2.3 Brazil and investment arbitration

Apart from the openness to commercial arbitration, even though it is not possible to state there is a common doctrinal – or even political – core between Brazil and other Latin American countries on the matter of investor-State arbitration, it is well known that Brazil has systematically refused to be part of investment arbitration clauses since at least the inception of ICSID.

In fact, the main consequence of the creation of the International Center for the Settlement of Investment Disputes – technically a permanent arbitral entity and not an international Tribunal in the strict sense – was the fact that foreign investors would no longer need diplomatic protection, a political position that superseded Calvo Doctrine. ICSID’s institutional arbitration would offer definitive international decisions, that would not be subject to appeal within the Center nor subject to ratification or confirmation by national Courts.²⁸

Whereas the Jay’s Treaty of 1794 and the corresponding arbitrations on debt collection in the early 19th century inaugurated new standards for international ar-

bitration – in this case, between the United States and Great Britain involving British subjects’ investments in the former colonies –,²⁹ it was not until after the Second World War that countries realized it should not be in the scope of their foreign policy to seek State-to-State dispute resolution involving private nationals’ investments in foreign Nations,³⁰ which fostered the emergence of direct litigation between individuals and States.

Investment Tribunals, in fact, would be located above domestic law,³¹ considering that the spread of rule of law towards investments would attract investors in a “race to the top”,³² preventing multiple and sometimes parallel litigations in the investor’s country, in the host State or in any other territory where assets were located.³³

In practical terms, investment arbitration clauses may be instituted under bilateral or multilateral investment agreements – BITs or MITs – as well as under direct contracts between the investor and the State. Even though “ad hoc” arbitrations are still possible, ICSID has consolidated itself as the main forum for investment dispute resolution, considering the Washington Convention has been ratified by more than one hundred and fifty countries – among them, the most relevant economies such as the United States, Germany, Japan and China. Most part of Europe and Oceania has adhered, and relevant actors from other regions are also parties to the Convention – for example, Israel and Saudi Arabia; Argentina, Chile, Colombia, Mexico and Peru; Algeria, Egypt, Nigeria and Tunisia.³⁴

13.467/2017.

²⁵ Arbitration with public companies is authorized by the Commercial Arbitration Act (Law n. 9.307/1996), as amended by Law n. 13.129/2015.

²⁶ For example, Petrobras has been litigating before the ICC International Court of Arbitration. BLOUNT, Jeb. Brazil’s Petrobras must pay higher royalty in Whale Park dispute. *Reuters*, June 06, 2015. Available at: <https://www.reuters.com/article/brazil-petrobras-royalties-idUSL1N0ZM2ED20150707>. Accessed on: June 25, 2022.

²⁷ MUNIZ, Petronio R. G. *Operação árbitro: a história da Lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. Brasília: ITN, 2005.

²⁸ BROWNLIE, Ian; CRAWFORD, James Crawford. *Brownlie’s principles of public international law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 741-743; REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 199.

²⁹ HULSEBOSCH, Daniel J. From imperial to international law: protecting foreign expectations in the early United States. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 4, p. 4-18, 2018.

³⁰ WERNER, Jacques. Limits of commercial investor-state arbitration: the need for appellate review. In: DUPUY, Pierre-Marie; FRANCIONI, Francesco; PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.). *Human rights in international investment law and arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 115-117.

³¹ HUNTER, Martin; SILVA, Gui Conde e. A ordem pública transnacional e a sua operação nas arbitragens relativas a investimentos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (ed.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 168.

³² FRANCK, Susan D. Foreign direct investment, investment treaty arbitration and the rule of law. *McGeorge Global Business and Development Law Journal*, v. 19, p. 337-373, 2007. p. 367-368.

³³ RUBINS, Noah D. Investment arbitration in Brazil. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (ed.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 95-128. p. 98.

³⁴ MERRILLS, J. G. *International dispute settlement*. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 113; RUBINS, Noah D. In-

Despite the strong legal bases and international adherence that characterize ICSID, Brazil has not even signed the Washington Convention and has also refused ratification of a number of BITs it has signed in the 1990s. During the original debates promoted by the World Bank on the Convention, the justification of the government was that Brazilian Constitution prevented judicial institutions other than the Judiciary, and that foreigners would be granted a greater privilege than nationals in accessing arbitral Tribunals in spite of local Courts. On the other hand, between 2015 and 2016, Brazil signed Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs) with Angola, Chile, Colombia, Malawi, Mexico, Mozambique and Peru,³⁵ though the dispute settlement mechanisms in such treaties still focused on State-to-State arbitration.

In turn, in 2017, Law n. 13.448 expressly permitted arbitration between the federal government and investors in context of the recently created Program for Partnerships in Investments, conditioning the referral to alternative dispute resolution to the existence of a definitive decision of the competent administrative authority on relevant patrimonial rights; with regard to arbitration, the law requires it to be seated in Brazil and be conducted in Portuguese. Moreover, even though the contractor must be constituted under Brazilian laws, the national company might have a foreign society as a sole shareholder,³⁶ which represented a great innovation in a country that only recently allowed its aviation market to receive foreign capital.

From what has been shown, “investment arbitration” could be considered a gender that encompasses both State-to-State and investor-State dispute resolution. In The Hague, in 1907, parties to the Convention Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts made reference to the Convention for the Pacific Settlement of Interna-

tional Disputes³⁷, which in turn was only applicable to State-to-State arbitration.³⁸ In such a sense, Brazil has indeed maintained a resistance to investor-State dispute resolution under public international arbitration. To further analyze its position, the awards of Epiácio Pessoa are a great aid, which will be focused on at the next section.

3 The forsaken awards

This section examines the arbitral awards of Epiácio Pessoa, focusing on whether the arbitrator’s showed a particular position on the enforceability of the arbitration clause before a governmental entity and the legitimacy of the private dispute resolution mechanism.

3.1 An overview of the arbitrator’s legacy

A consultation on the complete works of Pessoa, published by the National Institute of the Book between 1955 and 1965, shows that he was appointed as adjudicator to the following disputes:³⁹

Year of the award	Parties	Dispute
1916	Municipality of Rio de Janeiro and The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company Limited	Scope of tax exemptions granted by the Municipality in tramway concessions
1916	Municipality of Rio de Janeiro and company São Cristóvão	Legality of the company’s modification of lines and increase of ticket tariffs for a tramway concession

vestment arbitration in Brazil. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (ed.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 95-128. p. 97.

³⁵ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil’s traditional reluctance towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, n. 14, p. 57-86, 2007. p. 68-70; MAGGETTI, Martino; MORAES, Henrique Choer. The policy-making of investment treaties in Brazil: policy learning in the context of late adoption. In: DUNLOP, C.; RADAELLI, C.; TREIN, P. (ed.). *Learning in public policy*. London: Palgrave Macmillan, 2018. p. 295-316.

³⁶ Articles 31 and 36 of Law n. 13.448/2017.

³⁷ Article 2 reads as follows: “It is further agreed that the arbitration mentioned in paragraph 2 of the foregoing Article shall be subject to the procedure laid down in Part IV, Chapter III, of The Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes.8 The award shall determine, except where otherwise agreed between the parties, the validity of the claim, the amount of the debt, and the time and mode of payment”. Available at: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0607.pdf>.

³⁸ Article 37 reads as follows: “International arbitration has for its object the settlement of disputes between States by Judges of their own choice and on the basis of respect for law. Recourse to arbitration implies an engagement to submit in good faith to the Award”. Available at: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/pacific.asp.

³⁹ PESSOA, Epiácio. *Obras completas de Epiácio Pessoa*: laudos arbitrais. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961. v. 16.

Year of the award	Parties	Dispute
1918	Federal Government of Brazil and São Paulo Railway Company	Extension of governmental powers to analyze the company's books in order to verify its profits and validate the increase of tariffs for a railway concession
1920	Brazilian States of Paraná and São Paulo	Territorial limits
1922	Brazilian States of Goiás and Minas Gerais	Territorial limits
1922	Empresa da Baixada and Fazenda do Iguaçú	Compensation for expropriation
1926	Brazilian States of Minas Gerais and São Paulo	Territorial limits

Considering that all the awards involved public law issues, it is worth noting that, despite keeping a private practice, Epiácio Pessoa held positions in the judicial structure of Brazilian Republic since a young age, including district attorney, Minister for Justice, Attorney-General and Justice of the Supreme Federal Tribunal. It is not surprising, then, that he was nominated as arbitrator for questions involving concessions and territorial limits of States.

Besides, the reasoning of the awards varies depending on the issues at hand: while territorial limits were settled with reference to several historical and geographical arguments, the first three awards – that involved investors and public entities – were rather focused on contractual arrangements than on the alleged superiority of governmental power over its subjects.

At this point, it is important to realize that the awards issued from 1920 to 1926, involving territorial limits, dealt with controversies that cannot be easily classified within contemporary requirements of private arbitration; indeed, no “patrimonial and negotiable” rights – as Brazilian Arbitration Act considers objective arbitrability – were being analyzed.

On the contrary, territorial limits are at the very core of a political entity, and the Brazilian Constitution of 1891 actually attributed to National Congress a specific competence to determine such limitations.⁴⁰ The fact that the sitting President in 1920 and 1922 – or the for-

mer President, in the case of 1926 – was asked to settle the territorial disputes is a great evidence of the reputation Pessoa held in his era and once more confirms Brazilian favorable tendencies towards arbitration.

Regarding the award involving compensation for expropriation, unfortunately the book only brings the succinct text with a brief reasoning and the final decision; a consultation of newspapers at the Brazilian National Library⁴¹ could not provide any more information about the award. Even though there is no data on which is the actual political entity interested in the expropriation, it is possible to infer by the name of the company – Empresa de Melhoramentos da Baixada Fluminense – and of the relevant territory – Fazenda do Iguaçú – that it is most probably related to the current Municipalities of Nova Iguaçu and Duque de Caxias, in the State of Rio de Janeiro.

Due to the scope of this paper, it is not possible to go further in such investigation, however the most important aspect of the award is that it also involved the patrimonial and negotiable interest of a public entity in opposition to the rights of an individual, in a closer manner to what is contemporarily expected in arbitration with public entities in Brazil.

The other three awards in the list, involving the Municipality of Rio de Janeiro and the Federal government against foreign investors, will be analyzed separately in the next topic.

3.2 The investor-state awards

The most relevant awards amongst those issued by Epiácio Pessoa were published in 1916 and 1918, before he was sworn in President of the Republic.

The first award involved tax exemptions. In 1907, the Municipality of Rio de Janeiro granted three companies – Carris Urbanos, São Cristóvão and Vila Isabel – the concession of tramway lines, and the relevant contract authorized the transfer of the concession to a different company with the exemption of any taxes. In 1913, the companies required their concession to be transferred to The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company Limited, but in 1914 and 1915 the Mayor would deny the tax exemptions, claiming that

⁴⁰ Article 34, item 10, of the Constitution of 1891, which was maintained after the amendment of 1926.

⁴¹ Such collection is available for researchers at: <http://memoria.bn.br/hdb/periodico.aspx>.

such privilege should only be granted with regard to the concession itself, whereas in the case at hand the companies actually had their property transferred to Light. Interestingly, tax on the acquisition of property was in the federal scope in 1913 but later fell under municipal competence; the Mayor considered that the clause should not be interpreted as waiving property transfer tax, because the Municipality could not have waived a tax that was not under its competence then.

The arbitrator Pessoa considered that, since the concession was already being executed by the time of the negotiations with Light, the transfer as indicated in the original contract should include any property of the original three companies. Regarding the tax exemption, he indicated that the tax had always been “municipal”, because it was only collected by the Federal government to facilitate the achievement of common budgetary projects, since Rio de Janeiro was then the Capital of the Republic.

Therefore, since the responsibility for its collection had returned to the municipal competence by the time the concession was transferred, it should be considered as municipal for the purposes of exemption. Avoiding a restrictive interpretation, the arbitrator concluded that if the contract did not encompass future taxes, the company would have been deceived by the Municipality, because this entity could create more taxes apart from those already existing by the time the contract was signed.

In sum, the first award invalidated the decisions of the Mayor and ruled in favor of the company.

The second award involved the legality of São Cristóvão’s increase of ticket tariffs for a tramway concession. As aforementioned, São Cristóvão was one of the three companies which were originally granted the concessions of several tramway lines in the Municipality of Rio de Janeiro. After popular dissatisfaction regarding the suppression of tramway lines and the consequent modification of tariffs, the Mayor required the company to reestablish lines and prices; the company resisted to the request and referred the dispute to arbitration.

The arbitrator Pessoa considered that the logical interpretation of the relevant contract and the history behind the Municipality’s negotiations could not base the suppressions adopted by the company – on the contrary, the lines should be kept in spite of the tramway

technical unification. On the other hand, considering that a Mayor’s decree implicitly approved some of the modifications in the project, the arbitrator affirmed that before the contract there was a law stating the conditions of the concession; in such a sense, the Executive branch could not diverge from the legal standards.

In the end, he repelled the allegation of vested rights invoked by the company, which had made the modification eight years before; Pessoa argued there could not be vested rights against an express provision of law. Interestingly, he expressly affirmed that an arbitrator should not relate to the interests of the company or of the population’s, but rather judge according to the law and the contract.

In sum, the second award dismissed the company’s claims and sustained the provisions of the contract.

The third award involved the São Paulo Railway Company, a ninety-year concession made by Emperor Dom Pedro II in behalf of three Brazilian entrepreneurs. The point of interest to this research is that the decree of concession authorized the businessmen to incorporate the company abroad. They created the São Paulo Railway Company in England and eventually all the capital was controlled by Englishmen. Therefore, the premise is that there is a dispute between foreign investors and the government; this is not about a subsidiary established under Brazilian law, because, since its inception, there was a clear intention of involving foreigners. It is understandable why the Brazilian businessmen needed British expertise at the time, but it is not clear why the Emperor was so explicit about the organization of the company.⁴²

The arbitrator begins this award stating his impartiality, in spite of allegations that the company – which appointed him to a three-arbitrator panel – already knew his position. He states that his award was the result of his study and conviction, which did not depend neither on the government nor on companies.

As of the original contract, profit should be limited from 7% to 12% and subject to analysis in two consecutive years. If the company profited more than 12%, the government was entitled to demand cheaper tariffs for

⁴² The concession ended in 1946 when a new President was sworn in after the fifteen-year authoritarian rule of Getúlio Vargas, including an eight-year dictatorship. It would only be privatized again in 1996.

passengers; if less, the company could raise prices. The problem came in 1895: the company was authorized to deduce the costs of an expansion from the calculus of profits, but, whereas the government wanted to be given powers to oversee its accounts thoroughly, the company intended to hand the corresponding papers unilaterally. Actually, the company had been given a financial benefit in exchange of permitting the government's intervention; later it renounced the benefit and now was saying the exam of accounts would be a form of intervention.

Pessoa's strategy to achieve a solution is to examine not only the law but the contract and to analyze how parties behaved and how other contracts of that kind were conducted under Brazilian law. It is interesting because it is a long-term contract and Brazil suffered many political changes during its execution, passing from a constitutional monarchy to a military dictatorship and then to an authoritarian and instable Republic. In 1915, government began to change its requirement and increased oversight for concessions. Still, Pessoa said only contemporary law and the contract would bind the company.

Even more fiercely than in the previous award, Pessoa understood that parties should keep to its contractual obligations and be subject to the consequences of abiding by them. Implicitly he indicated not to be interested in the supremacy of the public interest as a premise, which is precisely why investment arbitration would suffer so much opposition in Brazil.

In sum, the third award ruled in favor of the company as it understood that the government could exercise its right of analyzing the books and profits of the company as long as it did not encompass the proceeding known as "tomada de contas", that is, a detailed examination of all revenues and expenditures. Whereas the arbitrator appointed by the government adopted a different position, the umpire voted with Epiácio Pessoa.

Despite the conclusions adopted by Epiácio Pessoa in the three awards that involved foreign investors and public entities, there was not any preoccupation regarding the enforceability of the arbitral clause or any problems regarding the legitimacy of arbitration. Considering the arbitrator seemingly exhausted every argument parties brought, it is quite probable that the governmental parties did not object to the admissibility of the proceedings.

On the other hand, whereas every award was based on legal standards, the arbitrator did not consider there was a principled need for assuring efficacy of governmental acts for the sole fact of having been practiced by the government itself, that is, contracts should be enforced in spite of administrative decisions. Finally, there was not an explicit manifestation on the fact that foreigners were accessing private dispute resolution. Regarding Epiácio Pessoa's broader positions on such issues, it is in order to examine other works of his, which is the object of the next section.

4 Epiácio Pessoa: international theorist and Judge

This section analyzes other part of Epiácio Pessoa's extensive works to check if his favourable position towards investment arbitration was circumstantial or was based on a much broader concern on international dispute settlement.

As President of Brazil, Epiácio Pessoa was characterized by a friendly approach towards foreign investors, which were open to participate in several infrastructure endeavors. For instance, the companies that participated in public contracts for "açudes", constructions against semi-arid weather conditions, in Northeastern region between 1920 and 1922 were either American or British,⁴³ and industries like Ford began their operations in Brazil under his leadership. Many Belgian investments also arrived in Brazil during his presidency.

In contrast, after the Revolution of 1930 in Brazil, there would be a great preoccupation with foreign presence, and the growingly authoritarian government of Getúlio Vargas recurrently adopted measures intended at restricting foreign investment or immigration. Despite their irrelevant practical consequences, President Vargas instituted decrees to limit foreign workforce at a rate of one third of some economic sectors, and the fascist-inspired Constitution of 1937 brought a fierce nationalist stance, which would affect from Labor Law to Private International Law.⁴⁴

⁴³ GUERRA, Paulo de Brito. *A civilização da seca*. Fortaleza: DNOCS, 1981. p. 62.

⁴⁴ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito tutelar do trabalho*. São Paulo: LTr, 1987. v. 4. p. 131; RAMOS, André de Carvalho. *Direito internacional privado de matriz legal: os*

Pessoa's three-year presidency, however, might not be enough to the proposed analysis, because it becomes minor in comparison to his major achievements as an academic and legal practitioner.

As a matter of fact, it also would not be recommendable to examine the entirety of Pessoa's works, due to the vastitude of forensic petitions, political speeches, national and international rulings, and also doctrinal publications. Therefore, considering the expected scope of this paper, two facets of Epiácio Pessoa were chosen for analysis – international theorist and international Judge – and in such a sense two works will be now depicted: his Project for a Code of Public International Law and his vote as Judge of the Permanent Court of International Justice in the Case Concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France.

Conciliating these two manifestations of Epiácio Pessoa – one before the investment awards and one after them, one as a theorist and one as a Judge –, it is clear that, whereas the Project of Code incorporated the main lesson of the Calvo Doctrine, Judge Pessoa raised no objections to State-to-State arbitration involving the interests of foreign investors, without prior recourse to national Courts, and in the merits of the claim the Judge was more concerned with interpretation of contracts and conduct of the parties than with nationalist arguments such as “public order”. Judge Epiácio Pessoa, then, was much closer to arbitrator Pessoa than to theorist Pessoa.

4.1 The international theorist Pessoa

The codification of International Law had been deliberated in the Second and in the Third Pan-American States Conferences in 1902 and 1906, and the Baron of Rio Branco – in his capacity of Minister of Foreign Affairs - required Epiácio Pessoa to elaborate the Project for a Code of Public International Law, which was published in 1911. In spite of the lack of practical enforcement of the Project, it remains as one of the most relevant codification attempts in the field and reinfor-

arts. 7º a 19 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 185-186.

ces Latin American traditions in defense of balance and predictability in International Law.⁴⁵

In the interest of the scope of the paper, it is important to quote article 24 of the Project⁴⁶, according to which every time foreign individuals have claims in civil, criminal or administrative matters against one State or its nationals, they should seek remedy before local Courts; diplomatic intervention would only be admissible if such Tribunals incur in denial of justice or violation of principles of international law. When it comes to arbitration, article 358 establishes it as the key means for dispute settlement should negotiations or other pacific means fail, but curiously the constitutional principles of the State are grounds to refuse arbitration.⁴⁷

There is not a clear instance on whether armed force would be considered a legitimate diplomatic intervention; nonetheless, it is clear that inter-State arbitration would only be appropriate after the foreigner tried to access national justice. On this specific point of view, the Calvo Doctrine made its way into Pessoa's Project.

4.2 The international Judge Pessoa

The PCIJ case (A21) was ruled by the Court on July 12, 1929. The French Republic decided to bring to the Tribunal a matter concerning the difference of opinion between the Brazilian government and French bondholders, concerning loans whose payment, according to Brazil, should be made in paper, whereas the holders

⁴⁵ For a broad and comprehensive commentary on the Project, cf. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MIALHE, Jorge Luís; JOB, Ulisses da Silveira (ed.). *Epiácio Pessoa e a codificação do direito internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

⁴⁶ “Art. 24 Sempre que os particulares estrangeiros tiverem reclamações ou queixas de ordem civil, criminal ou administrativa contra um Estado ou seus nacionais, deverão fazer valer os seus direitos perante os tribunais competentes. Em tais casos, a reclamação diplomática não será admissível senão quando houver da parte desses tribunais recusa injustificável do direito de estar em juízo, demora anormal ou violação evidente dos princípios do Direito Internacional”. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MIALHE, Jorge Luís; JOB, Ulisses da Silveira (ed.). *Epiácio Pessoa e a codificação do direito internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013. p. 387.

⁴⁷ “Art. 358 Os Estados submeterão à arbitragem todas as controvérsias que não tenham podido resolver por negociações diretas ou outro meio pacífico, desde que não ponham em causa os seus princípios constitucionais”. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MIALHE, Jorge Luís; JOB, Ulisses da Silveira (ed.). *Epiácio Pessoa e a codificação do direito internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013. p. 410.

claimed to be paid in gold. In a dissenting opinion, Epiácio Pessoa made several observations.⁴⁸

Firstly, he did not consider the case to be “international” and hence within the jurisdiction of the Court, since the matter involved Brazil and French individuals, not exactly the French government, therefore the matter would not be between States and not regulated by international law.

Specifically, Pessoa argued that the settlement of the dispute depended on determining the applicable law – Brazilian or French –, and in any result one municipal law rather than international law would prevail. Furthermore, even though he did not oppose to the French government’s intervention, he observed that the actual bondholders were not defined by France and therefore might even do not exist anymore. Concluding his manifestation on jurisdiction, he claimed that direct agreement or arbitration between Brazil and France would be proper methods of dispute settlement rather than recourse to the PCIJ.⁴⁹

In the merits, it is noticeable that Pessoa did not mention any Brazilian constitutional limitations or other legal or political restrictions towards being subject to foreign law; he discuss French “public policy” – that is, mandatory provisions in statutory law – but does not indicate any problems regarding Brazilian public order.

5 Conclusion

“The arbitrator Epiácio Pessoa” was a facet absent not only to the accounts on Brazilian position towards arbitration but also to the analyses of an important arbitrator. As an early and vocal representative of Latin America in the international arena, Pessoa’s – as Brazil’s

– instance towards investor-State dispute settlement is worth being separately depicted because historical accounts have wrongfully reduced Brazil to the Calvo Doctrine.

It is true that, as this paper has shown, the Project for a Code of Public International Law was inspired in the Calvo Doctrine. However, as it was intended as a contribution to Inter-American debates, it is probable that the Code was less a manifestation of Pessoa’s individual instance than an attempt to conciliate recent views on International Law, especially those produced in Latin America.

After the publication of the Code in 1911, Pessoa’s position as arbitrator, from 1916 to 1918, and as Judge of the PCIJ in the 1920s were more in line between one another, because in both capacities he advocated the possibility of internal or international arbitrations in which the government in debt would be considered as subject to private law, holding no special privileges as a political entity.

Such a view is shown when the award concerning The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company Limited expressly altered the scope of Mayoral decisions, or when the award involving the São Paulo Railway Company interpreted the contract according to the conduct of the government. Just as administrative law did not supersede private law in such matter, in the Franco-Brazilian affair before the PCIJ no reference to national “public order” was made.

In any case, implicit respect to good faith in investor-State relations and an interpretation focused on the contractual obligations are relevant. Moreover, in the PCIJ, Pessoa expressly understood that direct arbitration would be appropriate, therefore encompassed the possibility of diplomatic protection.

In its brief and certainly only inaugural exercise in the History of International Law, this paper draws some conclusions on its object. Firstly, both internal arbitration – contemporarily known as commercial arbitration – and international State-to-State arbitration were fostered by the Brazilian Empire (1822-1889); as Carlos Calvo advocated his doctrine of internal remedies for foreign investors, Brazil was being recognized as an appointing authority in international arbitration.

Secondly, private arbitration would only find fierce legal obstacles in the third decade of the Republic

⁴⁸ PESSOA, Epiácio. *Dissenting opinion: Brazilian loans*. Available at: <https://jsumundi.com/en/document/opinion/en-brazilian-loans-dissenting-opinion-by-m-pessoa-friday-12th-july-1929>. Accessed on: 12 ago. 2022.

⁴⁹ “For the reasons set out above, in my opinion the Court, instead of disregarding its own jurisprudence and interfering with questions of private law at the risk of providing serious disputes in the future, should have declared that it had no jurisdiction and thus left France and Brazil free to have recourse to direct agreement or arbitration, which are the only appropriate methods of settling such disputes”. PESSOA, Epiácio. *Dissenting opinion: Brazilian loans*. Available at: <https://jsumundi.com/en/document/opinion/en-brazilian-loans-dissenting-opinion-by-m-pessoa-friday-12th-july-1929>. Accessed on: 12 ago. 2022.

(1916), a few years after Brazilian representative to The Hague Peace Conference, Rui Barbosa, stepped away from the Drago Doctrine (1907).

Thirdly, even though the Calvo Doctrine was included in the Project for a Code of Public International Law (1911), drafted by Epiácio Pessoa, the activities of one of Brazil's most prominent international jurists as investment arbitrator and as international Judge indicate that such doctrine was not encompassed.

It is clear that neither Brazil nor Latin America have opposed to arbitration as a peaceful alternative to war in international dispute settlement. It is also true that the countries of the region shared a common resistance to commercial arbitration in the 20th century and a common openness to it in the wake of the 21st.

But whereas the Calvo Doctrine and the Drago Doctrine permeated Latin American foreign policy between late 19th century and early 20th, Brazil has not adhered to it, as its resistance to contemporary investor-State dispute settlement is inspired in constitutional restraints, most probably due to the nationalist legacy of Getúlio Vargas and too far from Epiácio Pessoa's.

References

BLACKABY, Nigel; PAULSSON, Jan. Arbitration in Latin America: was Carlos Calvo misunderstood? In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (ed.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341-351.

BLOUNT, Jeb. Brazil's Petrobras must pay higher royalty in Whale Park dispute. *Reuters*, June 06, 2015. Available at: <https://www.reuters.com/article/brazil-petrobras-royalties-idUSL1N0ZM2ED20150707>. Accessed on: June 25, 2022.

BRAZIL. [Constitution (1988)]. *Constitution of the Federative Republic of Brazil*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Accessed on: June 25, 2022.

BRAZIL. *Decree n° 5.452, May 01, 1943*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Accessed on: June 25, 2022.

BRAZIL. *Law n° 6.404, Dec. 15, 1976*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Accessed on: June 25, 2022.

BRAZIL. *Law n° 8.666, June 21, 1993*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Accessed on: June 25, 2022.

BRAZIL. *Law n° 8.987, Feb. 13, 1995*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Accessed on: June 25, 2022.

BRAZIL. *Law n° 9.307, Sep. 23, 1996*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Accessed on: June 25, 2022.

BRAZIL. *Law n° 9.610, Feb. 19, 1998*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Accessed on: June 25, 2022.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1636113/SP*. June 13, 2017.

BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *SEC 5206-7*. December 12, 2001.

BROWNLIE, Ian; CRAWFORD, James Crawford. *Brownlie's principles of public international law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CONVENTION Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts. *The American Journal of International Law*, v. 2, n. 1/2, supplement: official documents, Jan./Apr. 1908. Available at: <https://doi.org/10.2307/2212500>. Accessed on: 12 ago. 2022.

CORRÊA, A. A. C. Rui e a Doutrina Drago. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 62, n. 1, p. 267-282, 1966.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MIALHE, Jorge Luís; JOB, Ulisses da Silveira (ed.). *Epiácio Pessoa e a codificação do direito internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

FRANCK, Susan D. Foreign direct investment, investment treaty arbitration and the rule of law. *McGeorge Global Business and Development Law Journal*, v. 19, p. 337-373, 2007.

GUERRA, Paulo de Brito. *A civilização da seca*. Fortaleza: DNOCS, 1981.

- HULSEBOSCH, Daniel J. From imperial to international law: protecting foreign expectations in the early United States. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 4, p. 4-18, 2018.
- HUNTER, Martin; SILVA, Gui Conde e. A ordem pública transnacional e a sua operação nas arbitragens relativas a investimentos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (ed.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, n. 14, p. 57-86, 2007.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito tutelar do trabalho*. São Paulo: LTr, 1987. v. 4.
- MAGGETTI, Martino; MORAES, Henrique Choer. The policy-making of investment treaties in Brazil: policy learning in the context of late adoption. In: DUNLOP, C.; RADAELLI, C.; TREIN, P. (ed.). *Learning in public policy*. London: Palgrave Macmillan, 2018. p. 295-316.
- MERRILS, J. G. *International dispute settlement*. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2017.
- MUNIZ, Petronio R. G. *Operação arbitrer: a história da Lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. Brasília: ITN, 2005.
- PESSOA, Epiácio. *Dissenting opinion: Brazilian loans*. Available at: <https://jsumundi.com/en/document/opinion/en-brazilian-loans-dissenting-opinion-by-m-pessoa-friday-12th-july-1929>. Accessed on: 12 ago. 2022.
- PESSOA, Epiácio. *Obras completas de Epiácio Pessoa: laudos arbitrais*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961. v. 16.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado de matriz legal: os arts. 7º a 19 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RUBINS, Noah D. Investment arbitration in Brazil. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (ed.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 95-128.
- SHIHATA, Ibrahim F. I. Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 1-15, 1986.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 735, p. 39-48, 1997.
- VALLADÃO, Haroldo. *Democratização e socialização do direito internacional: os impactos latino-americano e afroasiático*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961.
- WERNER, Jacques. Limits of commercial investor-state arbitration: the need for appellate review. In: DUPUY, Pierre-Marie; FRANCONI, Francesco; PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.). *Human rights in international investment law and arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 115-117.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O direito das gentes contra a
escravidão em Padre Antônio
Vieira**

**The law of the peoples against
slavery in Father Antonio Vieira**

Paulo Emílio Vauthier
Borges de Macedo

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

O direito das gentes contra a escravidão em Padre Antônio Vieira*

The law of the peoples against slavery in Father Antonio Vieira

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo**

Resumo

Analisa-se, neste artigo, o conceito de “direito das gentes” na obra de Antônio Vieira, em relação ao problema da escravidão indígena e africana. Além de grande orador, o jesuíta se notabilizou pela defesa que fez dos ameríndios, e, inclusive, influenciou a legislação de Portugal sobre a escravidão indígena e foi expulso do Maranhão por essas posições. Em relação à escravidão africana, no entanto, os textos de Vieira se revelam mais conformistas. Os comentaristas se dividem em classificar o autor ora como abolicionista, ora como escravocrata. Uma contextualização das ideias de Vieira no pensamento da escolástica ibérica permite compreender melhor o seu legado e descartar esses rótulos como um todo.

Palavras-Chave: Antônio Vieira; escolástica ibérica; escravidão.

Abstract

This article analyzes the concept of “the law of the peoples” in the work of Antônio Vieira, regarding the problem of Native-American and African slavery. In addition to being a great orator, the Jesuit distinguished himself for the defense of the Indians, so that he came to influence Portugal’s legislation on indigenous slavery and was expelled from Maranhão for such positions. However, in relation to African slavery, Vieira’s texts are rather conformist. Commentators dispute whether the author should be classified either as an abolitionist or as a slaver. A contextualization of Vieira’s ideas within the thought of the Iberian Scholasticism should allow a better understanding of his legacy and discard these labels as a whole.

Keywords: Antônio Vieira; iberian scholasticism; slavery.

1 Introdução

Padre Antônio Vieira escreveu de forma bastante profusa sobre a escravidão, em especial a escravidão indígena, o que não poderia ser diferente, já que, por dever de ofício, deveria ocupar-se da evangelização dos índios, e a escravidão consistia em ponto de fricção entre os jesuítas e os colonos portugueses. Em sua maioria, as referências de Vieira sobre o assunto

* Recebido em 05/09/2022
Aprovado em 26/01/2023

** Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Email: vauthierborges@yahoo.com.br

constituem admoestações casuísticas para um tratamento mais humano e se encontram espalhadas numa obra muito volumosa, em sermões, cartas e pareceres. Muita tinta já se verteu sobre uma suposta inconsistência do jesuíta sobre esse assunto, já que ora se apresenta como um verdadeiro abolicionista, ora um defensor pragmático do *status quo* e, ainda, alguém que não aplicou os mesmos princípios que defendeu contra a escravidão indígena em relação à africana. Mas essas críticas padecem de anacronismo. Em verdade, as suas ideias neste quesito apresentam razoável coesão, pois observam uma diretriz determinada e se inserem numa tradição desenvolvida anteriormente pela escolástica ibérica, ao relacionar a escravidão e o direito das gentes.

Não se trata de perspectiva nova ou revolucionária. Muitos comentaristas já aludiram à influência da escolástica espanhola no pensamento de Vieira.¹ O próprio Vieira, em diversos escritos, cita escolásticos como Francisco Suárez, Luís de Molina e Juan de Solórzano Pereira. Mas as comparações e paralelos traçados dizem respeito ao tom geral da obra de Vieira; ainda não houve uma genealogia de um conceito específico, como o direito das gentes, que é o propósito deste trabalho.

A partir dessa perspectiva, nos próximos itens, passa a analisar-se o pensamento do inaciano, primeiro no contexto da ocasião em que foi proferido/escrito e depois, à luz da escola de Salamanca. Primeiramente, mostrar-se-á a tese da igualdade natural dos homens em Vieira e como esta engendrou leituras abolicionistas do autor. Em seguida, apresentar-se as principais ideias do jesuíta sobre a escravidão africana e por que estas lhe granjearam as críticas de escravagista. Posteriormente, serão analisadas as formas de escravidão que Vieira considera lícitas. Por último, abordar-se-á o problema da escravidão africana no pensamento de Vieira e dos escolásticos ibéricos. Cumpre salientar que, neste texto, tomaram-se alguns cuidados formais: referenciaram-se as fontes originais, e as citações dos textos escolásticos obedecem à notação tradicional da B.A.C. (Biblioteca de Autores Cristãos).

2 Uma leitura abolicionista de Vieira: a igualdade natural dos homens

No primeiro *Sermão da Primeira Domingo da Quaresma* de 1653, também conhecido como *Sermão das Tentações*, Vieira comenta a frase do demônio (Mt 4:9) “eu te darei tudo isso, se te prostrares diante de mim e me adorar” para pôr em evidência a situação dos índios escravizados. Procura demonstrar o valor supremo da alma, pois o tentador oferece o mundo inteiro em troca dela. E, “se as tentações do demônio, que nos servem de ruína, nos servem de exemplo”. Então contrasta com a diferença de valor que se ofereciam pelas almas ao tempo de Cristo e agora no Maranhão: “[...] não é necessário oferecer Reinos; não é necessário oferecer Cidades, nem Vilas, nem Aldeias. Basta acenar o diabo com um tu-jupar de pindoba [uma palhoça], e dois tapuias [índios tapuias]; e logo está adorado com ambos os joelhos”. E o jesuíta conclui o contrato pela boca do próprio inimigo: “esse negro será teu escravo esses poucos dias que viver; e a tua alma será minha escrava por toda a eternidade, enquanto Deus for Deus”. Em seguida, adverte a plateia com palavras bastante duras:

[...] cristãos, Deus me manda desenganar-vos, e eu vos desengano da parte de Deus. Todos estais em pecado mortal; todos viveis e morreis em estado de condenação, e todos ides direitos ao inferno. Já lá estão muitos, e vós também estareis cedo com eles, se não mudardes de vida².

Essa interpelação parece fazer eco ao sermão-denúncia do Frei Antônio de Montesinos:

Todos vós estais em pecado mortal. Nele viveis e nele morrereis, devido à crueldade e tiranias que usais com estas gentes inocentes. Dizei-me, com que direito e baseados em que justiça, mantendes em tão cruel e horrível servidão os índios?³

É a partir desse sermão que se desenrolou toda a Controvérsia de Valladolid, e Vieira se colocou no lugar de Montesinos, quiçá com a expectativa de gerar o mesmo impacto.

² VIEIRA, Antônio. Sermão da Primeira Domingo da Quaresma. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro. *Obras Completas Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 228-235. v. 2, t. 2.

³ “Esta voz os dice que todos estais en pecado mortal y en él vivís y morís por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid: ¿Con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios?” MONTESINOS, Antonio de. *Missa do 4º domingo do advento, de 21 de Dezembro de 1511, na Isla Española*. Madrid: Dominicos, 2011. Disponível em: https://www2.dominicos.org/kit_upload/file/especial-montesinossermon.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

¹ Confira, por exemplo, PÉCORA, Alcir. A escravidão nos sermões do Padre Antônio Vieira. *Estudos Avançados*, v. 33, n. 97, p. 151-170, 2019. e,

HANSEN, João Adolfo. Francisco Suárez e Antônio Vieira: metafísica, teologia-política católica e ação missionária no Brasil e no Maranhão e Grão Pará. *Labor Histórico*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 395-410, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/lh/article/view/29834>. Acesso em: 30 jul. 2022.

O contrato importante, portanto, não é o da compra do escravo, mas aquele entre o demônio e os colonos portugueses quando estes adquirem o indígena. Vieira aqui condena as “razias” — entradas no sertão que buscavam capturar índios e vendê-los nos mercados —, mas, principalmente, os cativeiros injustos: “[...] um povo inteiro no inferno? Quem se admira disto não sabe que coisa são cativeiros injustos”⁴. Mais uma vez, o orador parece ter em mente outra personagem importante da Controvérsia de Valladolid, Bartolomeu de Las Casas, que se notabilizou com o tema do “pecado mortal do cativo”.

O débito de Vieira aos escolásticos ibéricos, porém, ultrapassa simples alusões. Todo o contexto intelectual dessas frases remonta a debates da escola salmantina. O autor condena o cativo porque ele não reflete a condição normal do ser humano. Criado à imagem e semelhança de Deus, no estado natural (de direito natural), as pessoas viviam em liberdade. A escravidão existe por instituição humana (de direito das gentes, sobretudo) para remediar uma situação ainda pior.

Contudo, a escravidão indígena no Brasil, em especial, perturba a pregação do evangelho, que possuía o status de missão para religiosos e de dever para o reino. E, se a escravidão ainda vier agravada por coação violenta e tratamentos desumanos, ocorre, por conseguinte, ao mesmo tempo, um crime temporal e um pecado espiritual tão grande que reclama a punição divina. Logo após mencionar o cativo dos hebreus no Egito, Vieira sentencia: “sabeis quem traz pragas às terras? Cativos injustos. Quem trouxe ao Maranhão a praga dos holandeses? Quem trouxe a praga das bexigas? Quem trouxe a fome e a esterilidade? Estes cativos.”⁵

O instituto da escravidão, portanto, viola a lei natural. Contudo, como pode Vieira pensar assim, se Aristóteles, referência obrigatória de Tomás de Aquino e de toda escolástica nova ou antiga, já havia sentenciado que existem pessoas escravas por natureza? Tal como a escola salmantina, o jesuíta também não subscreve a essa

doutrina. Aos 18 anos, descreveu, na *Carta Ânua*⁶, como a bondade, o cuidado com os enfermos e o zelo cristão conseguem surtir bastante efeito para a conversão. Narra que até mesmo índios muito duros, que foram persuadidos por feiticeiros para matar pessoas de outra tribo, graças à paciência e bons argumentos, abraçaram a fé.⁷ A principal tese que toda a escolástica ibérica defendeu, contra Sepúlveda e outros, em relação à evangelização dos índios do Novo Mundo era a de que a conversão deveria ser voluntária. Afirmar que a bondade e o cuidado surtem muito efeito para a conversão — mais do que a coerção, como era sempre subentendida nessas questões — somente faz sentido caso o autor admita a racionalidade dos índios.

Pouco mais velho, em 1633, no *Sermão XXVII do Rosário Maria Rosa Mística*, a propósito dos escravos africanos, Vieira consegue enunciar, sem reservas ou titubeios, a tese da igualdade natural dos homens: “estes homens não são filhos do mesmo Adão e da mesma Eva? Estas almas não foram resgatadas com o sangue do mesmo Cristo? Estes corpos não nascem e morrem, como os nossos?” E, adiante: “porque a natureza, como Mãe, desde o Rei ao Escravo, a todos fez iguais, a todos livres”⁸. Somos todos naturalmente iguais, porque compartilhamos a mesma paternidade; a qual, em última instância, não é a adâmica, mas a divina. Trata-se, pois,

⁶ A Carta Ânua consistia num documento que servia para relatar aos jesuítas em Roma o andamento das missões. A Companhia de Jesus foi fundada em 1540, em tempo de acelerada expansão ultramarina, e seus membros se espalharam rapidamente pelo mundo todo e arregimentavam novos companheiros em meio à população autóctone. Para manter a unidade e a comunicação, implantou-se a correspondência epistolar. As cartas podiam até ser lidas em público e servirem de inspiração para outras unidades. Apresentavam um registro mais coloquial e dispensavam o uso da retórica ou de citações eruditas. HANSEN, João Adolfo. A escrita da conversão. In: COSTIGAN, Lúcia Helena (org.). *Diálogos da Conversão*. Campinas: ed. Unicamp, 2005. p. 16. Apesar de jovem, os seus superiores na missão escolheram Vieira para redigir esta carta, pois já reconheciam a sua invulgar capacidade intelectual. Esta carta constitui importante documento da história do Brasil, pois narra — da perspectiva de alguém que se encontrava em meio a estes acontecimentos — a invasão holandesa a Salvador em 1624, que obrigou os habitantes a abandonarem a cidade e se refugiarem no interior, dentro das aldeias indígenas, a guerra de guerrilha empreendida pelo Bispo D. Marcos Teixeira (que assumiu o governo, após a prisão do governador-geral), e a retomada do Colégio da Baía; além do dia-a-dia de outros colégios no Brasil.

⁷ VIEIRA, Antônio. Carta Ânua, 1626. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. Epistolografia. p. 142-143. v. 1, t. 1.

⁸ VIEIRA, Antônio. Sermão da Primeira Dominga da Quaresma. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 228-235. v. 2, t. 2.

⁴ VIEIRA, Antônio. Sermão da Primeira Dominga da Quaresma. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 228-235. v. 2, t. 2. p. 235.

⁵ VIEIRA, Antônio. Sermão da Primeira Dominga da Quaresma. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 228-235. v. 2, t. 2. p. 235.

de uma igualdade teológica. A natureza não criou os homens escravos, mas livres. A escravidão se introduz por circunstâncias ulteriores que constituem o imprevisível jogo da vida, ou, de modo mais simples — como aduz o próprio autor no mesmo trecho — pela fortuna.

Portanto, Vieira considera todos os homens iguais por natureza, mas importaria a cor da pele para alguma outra diferença? Em outras palavras, ainda que o jesuíta considerasse todos os homens iguais por sua mesma paternidade divina, a pele mais escura impediria uma igualdade real dos africanos com os europeus? Seria Vieira racista?

No *Sermão da Epifania*, pregado em 1662 na Capela Real de Lisboa, Vieira tenciona mostrar para a Rainha e à Corte em geral a gravidade da injustiça sofrida com a expulsão do Maranhão. Tocou no problema do racismo, que deveria existir entre os colonos portugueses, ao mostrar a desfaçatez em julgar o cativo do ameríndio por causa da cor:

dos Magos, que hoje vieram ao Presépio, dois eram brancos e um preto, como diz a tradição; e seria justo que mandasse Cristo que Gaspar e Baltasar, porque eram brancos, tornassem livres para o Oriente, e Belchior, porque era pretinho, ficasse em Belém por escravo, ainda que fosse de São José? Bem o pudera fazer Cristo, que é Senhor dos senhores; mas quis-nos ensinar que os homens de qualquer cor todos são iguais por natureza, e mais iguais ainda por fé, se creem e adoram a Cristo, como os Magos. Notável coisa é que, sendo os Magos reis, e de diferentes cores, nem uma nem outra coisa dissesse o Evangelista! Se todos eram reis, por que não diz que o terceiro era preto? Porque todos vieram adorar a Cristo, e todos se fizeram cristãos, e entre cristão e cristão não há diferença de nobreza, nem diferença de cor. Não há diferença de nobreza, porque todos são filhos de Deus; nem há diferença de cor, porque todos são brancos. Essa é a virtude da água do batismo. Um Etíope, se se lava nas águas do Zaire, fica limpo, mas não fica branco; porém na água do Batismo sim, uma coisa e outra: *Asperges me hyssopo, et mundabor*: ei-lo aí limpo; *lavabis me, et super nivem dealbabor* [Sl 50: 9]: ei-lo aí branco. Mas é tão pouca a razão e tão pouca a fé daqueles inimigos dos índios, que, depois de nós os fazermos brancos pelo batismo, eles os querem fazer escravos por negros.⁹

Os homens de todas as cores são iguais por natureza, mas a fé os iguala ainda mais. Uma vez batizados, não há mais “diferença de nobreza, nem diferença de cor”.

⁹ VIEIRA, Antônio. Sermão da Epifania, Lisboa, Capela Real, 1662. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 383-384 v. 1, t. 2.

Não se deve interpretar essa passagem de forma literal: o batismo dos índios (ou dos africanos) não autorizaria a alforria dos escravos. Mas Vieira aqui repete a concepção esposada no breve papal de 1462¹⁰; o cristianismo iguala a todos e torna o preconceito racial algo próprio de pessoas de “tão pouca a razão e tão pouca a fé”. Nesse trecho, o inaciano pretende, em verdade, mostrar a insensatez do racismo. E, na passagem imediatamente anterior, Vieira explica que a cor é até mesmo relativa: portugueses podem ser considerados mais escuros se comparados com os europeus do norte.

Já considere algumas vezes por que permitiu a Divina Providência, ou ordenou a Divina Justiça, que aquelas terras [do Maranhão] e outras vizinhas fossem dominadas dos Hereses do Norte [os holandeses]. E a razão me parece que é porque nós somos tão pretos em respeito deles, como os índios em respeito de nós e era justo que, pois fizemos tais leis [as leis que permitiram a escravidão dos índios], por ela se executasse em nós o castigo. Como se disse: Deus: “já que vós fazeis cativos a estes, porque sois mais brancos que eles, eu vos farei cativos de outros, que sejam também mais brancos que vós”.¹¹

Há duas lições a se extrair destas passagens. A primeira é a de que a diferença de cor não autoriza a escravidão. A segunda é a de que os portugueses não devem julgar pela cor para também não serem julgados por este mesmo parâmetro. Deus usa de ironia nos seus castigos.

De fato, Vieira revelou grande empatia com o sofrimento dos escravos africanos. A sua bisavó paterna era africana.¹² Uma vez que atribui tanto poder à inconstante fortuna, o jesuíta sabe que poderia ter sofrido o mesmo destino deles. E, a partir de dois elementos, a natureza que iguala os homens, e a fortuna que os diferencia, Vieira apresenta a irrazoabilidade do preconceito:

se a fortuna os fez Escravos, a natureza fê-lo homens; e porque há de poder mais a desigualdade da fortuna para o desprezo, que a igualdade da natureza para a estimação? Quando os desprezo a eles, mais me desprezo a mim; porque neles desprezo o

¹⁰ Breve de 07 de outubro de 1462 do Papa Pio II que proíbe escravização de africanos já convertidos. BOXER, Charles. *A igreja e a expansão Ibérica (1440-1770)*. Trad. Maria de Lucena Barros e Sá Contreiras. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 45.

¹¹ VIEIRA, Antônio. Sermão da Epifania, Lisboa, Capela Real, 1662. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 383-384. v. 1, t. 2. p. 383.

¹² RODRIGUES, Ernesto. Introdução. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 9, t. 2. p. 11.

que é por desgraça, e em mim o que sou por natureza.¹³

No *Sermão XX do Rosário Maria Rosa Mística*, de data incerta, o pregador afirma que, nesta República¹⁴, os senhores se distinguem dos seus escravos pelo nome, cor e fortuna, e, com o intuito de consolar os africanos das suas aflições, explica que nenhuma dessas diferenças se mostra relevante aos olhos de Deus e de Maria. A cor, em especial, não torna o africano menos racional — ou menos humano — do que o seu senhor. “Entre os homens dominarem os Brancos aos Pretos é força, e não razão ou natureza.” Essa frase não poderia ser mais eloquente: brancos e pretos são iguais pela razão e pela natureza. E ainda cabe observar que Vieira atribui não mais à fortuna, mas à força o motivo dessa dominação. Trata-se de um cativo ilícito, portanto (injusto não *ab initio*, mas *quod administrationem*). E, então, depois de apresentar a violência, arremata o discurso num tom poético:

lá disse Deus a Samuel que Ele não era como os homens; porque ‘os homens olham para o rosto, e Deus para os corações’: Homo videt ea, quae parente, Dominus autem intuetur cor [IRs 16, 7]. Pois assim como nos olhos de Deus, assim também nos de Sua Mãe, cada um é da cor do seu coração.¹⁵

3 Uma leitura escravagista de Vieira: a escravidão africana

Em termos cronológicos, Vieira se bate primeiro com a escravidão africana, antes da indígena, quando prega em 1633 o *Sermão XIV do Rosário Maria Rosa Mística* para a Irmandade africana de um engenho. Em apertada síntese, o pensamento do jesuíta sobre o assunto (neste e em outros textos) se desdobra nos temas da igualdade natural entre os brancos e negros e do sofrimento decorrente dos trabalhos árduos e maus-tratos deste cativo. Mas convém assinalar a ausência

de investigações sobre a licitude dessa escravidão. Para Vieira e todos os portugueses — e, em menor medida, os espanhóis —, a escravidão africana resultava de uma necessidade prática de mão-de-obra à medida que consideravam os africanos mais aptos para o trabalho duro do que os índios americanos. A diferença essencial entre a escravidão indígena e a africana resumia-se a uma questão legal: com algumas poucas exceções na costa ocidental, os habitantes da África não eram súditos do rei português, nem se encontravam sob a responsabilidade de receber o evangelho por parte de nenhum monarca europeu.

Ainda assim, embora os portugueses tivessem apenas se deparado com um comércio de almas já existente nas costas africanas, a demanda que impuseram incrementou este esse mercado muito além dos limites das formas lícitas de escravidão admitidas à época. Por esse motivo, ao longo de todo o século XVI, esse comércio, gradualmente, adquiriu uma péssima reputação; daí porque Vieira atribui à morte de D. Sebastião e à subsequente dominação espanhola — “o cativo de sessenta anos” — a aplicação de uma punição divina a todo reino pela participação portuguesa nesta escravidão. Entretanto, somente poucas vozes dissonantes denunciaram a ilegitimidade da escravidão africana, e Vieira se revela ambivalente demais para contar entre elas.

Ademais, por mais de um século, os portugueses nutriram o que se pode denominar de verdadeira “ignorância culposa” em relação à escravidão africana. O comércio de almas encontrava-se operante tão cedo como 1460¹⁶, e, antes da virada do século, já havia se tornado o maior tráfico de escravos que a Europa conhecera, mas Portugal preferiu presumir que todos os cativos decorressem de modalidades justas de escravidão. Não há dúvidas de que a Bula *Romanus Pontifex*, ao autorizar a escravização dos africanos que se inserissem na fórmula vaga de “inimigos do nome de Cristo”, concedeu muita latitude sobre a questão.¹⁷ Contudo, mesmo para

¹³ VIEIRA, Antônio. Sermão XXVII do Rosário Maria Rosa Mística. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obras Completas Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 9, t. 2. p. 363.

¹⁴ O termo “república” empregado por Vieira não deve ser compreendido como regime contraposto à monarquia, mas sim como governo misto.

¹⁵ VIEIRA, Antônio. Sermão XXVII do Rosário Maria Rosa Mística. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obras Completas Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 9, t. 2. p. 169, 177.

¹⁶ “Em 1466, o Duque de Viseu gabava-se de que africanos da costa ocidental, de ambos os sexos e todas as idades, eram comprados e vendidos como ‘gado’ nos mercados de escravos de Lisboa e Porto.” BOXER, Charles. *A igreja e a expansão Ibérica (1440-1770)*. Trad. Maria de Lucena Barros e Sá Conreiras. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 45.

¹⁷ Em 8 de janeiro de 1455, o Papa Nicolau V promulgou a Bula *Romanus Pontifex*, ponto culminante de uma série de bulas emitidas entre 1452 e 1456 a respeito da doação de territórios ultramarinos para Portugal, com a incumbência da pregação cristã. A bula concedia ao rei português e aos seus sucessores o direito de reduzir “*in perpetuum servitutis*” os pagãos e sarracenos inimigos de Cristo.

os padrões de uma época mais “dura” do que a atual, o silêncio das autoridades coloniais portuguesas e o de missionários religiosos revela-se ensurdecedor.

De fato, é no tópico da escravidão africana que os críticos gostam de apontar inconsistência no pensamento de Vieira. Em 15 de janeiro de 1661, a Câmara do Pará promove uma representação ao Padre Antônio Vieira, que era então o Visitador-Geral das missões naquele estado. O inaciano havia sucedido, por algum tempo, limitar os cativeiros injustos dos ameríndios da região, e os colonos, nesse documento, reclamam da miséria que a falta da mão-de-obra escrava produzia entre eles.¹⁸ Em 12 de fevereiro do mesmo ano, Vieira enviou documento que responde ao Senado da Câmara. Nele, reforçou as normas que restringiam a escravidão indígena e propôs como alternativa que os colonos se servissem dos escravos oriundos de Angola, “por serem os índios da terra menos capazes de trabalho, e de menos resistência contra as doenças”¹⁹.

Mesmo depois de expulso do Maranhão, e sem o peso da necessidade de procurar apaziguar os colonos, Vieira manteve a mesma opinião de que o escravo africano resiste melhor ao trabalho duro do que o ameríndio. Ao final de 1661, a perseguição que os colonos moveram contra os jesuítas ainda não havia se encerrado e foi ao encaicho do pregador em Lisboa, que precisou responder a um conjunto de acusações movidas no Conselho Ultramarino pelo procurador do Maranhão Jorge de Sampaio de Carvalho. Na sua resposta, Vieira ressaltou que os índios nativos, por sua “natural fraqueza”, não conseguiam suportar, por muito tempo, o trabalho a que os colonos os submetem e acabavam morrendo. A situação teria se alterado somente quando mandaram vir escravos de Angola, “que é gente por sua natureza serviçal, dura e capaz de todo o trabalho, e que o atura

e vive por muitos anos, se a fome e o mau tratamento não os acaba”²⁰.

E já bastante maduro, finalmente livre da perseguição empreendida pela Inquisição, Vieira concedeu o mesmo conselho de substituir a escravidão indígena pela africana em outros dois pareceres encomendados pelo Conselho Ultramarino: *Parecer ao Príncipe Regente sobre o aumento do Estado do Maranhão e missões dos índios*, de data incerta, e *Informação que por ordem do Conselho Ultramarino deu sobre as coisas do Maranhão ao mesmo Conselho o Padre Antônio Vieira*, de 31 de julho de 1678. Em ambos os documentos, diante da crise econômica do Maranhão, Vieira sugeriu que a Coroa emprestasse dinheiro para os colonos comprarem escravos de Angola²¹, visto que os africanos se mostrariam mais aptos ao trabalho duro.

Em suma, Vieira parece não ter escrúpulos por não procurar salvar os africanos do destino da escravidão. Chega até mesmo a atribuir a eles uma natureza serviçal, o que alude à doutrina aristotélica da escravidão natural, a qual o inaciano prontamente combateu em relação aos índios. Não há outro termo: Vieira parece hipócrita. Ronaldo Vainfas sentencia: “[apesar de vilipendiar o desleixo dos senhores de escravos] uma vez escravista, sempre escravista: Vieira foi grande defensor da escravidão africana no Brasil até o fim da vida. O maior de todos”²².

Esse tipo de crítica, todavia, somente faz sentido, se Vieira tivesse sido um árduo defensor do abolicionismo da escravidão indígena e, assim, haveria um contraste com a sua posição sobre a escravidão africana. Mas isso reduz o pregador a uma caricatura. Importa, pois, apresentar o seu pensamento nele mesmo, sem juízos formados de antemão ou anacronismos. Quiçá, a melhor maneira de fazer sentido das ideias de Vieira sobre a escravatura africana — se houver alguma coerência en-

PORTUGAL. *Bula “Romanus Pontifex” do Papa Nicolau V pela qual concedeu ao Rei D. Afonso V e ao Infante D. Henrique e a todos os reis de Portugal e seus sucessores, todas as conquistas de África com as ilhas nos mares a ela adjacentes, desde os cabos Bojador e Não e toda a costa da Guiné, e que nelas possam mandar edificar igrejas cujos padroados lhe ficarão pertencendo*. Portugal: Torre do Tombo, 1455. Disponível em: <https://digitarq.arquivos.pt/details?id=3907997>. Acesso em: 30 jul. 2022.

¹⁸ VIEIRA, Antônio. Representação da Câmara do Pará ao Padre Antônio Vieira, 15 de janeiro de 1661. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4. p. 310-312.

¹⁹ VIEIRA, Antônio. Representação da Câmara do Pará ao Padre Antônio Vieira, 15 de janeiro de 1661. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4. p. 310-312. p. 155.

²⁰ VIEIRA, Antônio. Resposta aos capítulos que deu contra os religiosos da Companhia o Procurador do Maranhão, Jorge de Sampaio. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4. p. 248.

²¹ VIEIRA, Antônio. Parecer ao Príncipe Regente sobre o aumento do Estado do Maranhão e missões dos índios Obras escolhidas. In: VIEIRA, Antônio. *Obras escolhidas*. Lisboa: Sá da Costa, 1669. v. 4 e VIEIRA, Antônio. Informação que por ordem do Conselho Ultramarino deu sobre as coisas do Maranhão ao mesmo Conselho o Padre Antônio Vieira, 1678. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4.

²² VAINFAS, Ronaldo. *Antônio Vieira: jesuíta do rei*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 61.

tre elas mesmo — é mergulhar de modo direto na mais enigmática, contraditória e hermética passagem do autor sobre o tema. Trata-se da carta a Roque Monteiro Paim sobre a rebelião do Quilombo dos Palmares. A coroa passou anos a procurar uma solução para as guerrilhas dos levantados dos Palmares, sem nenhum sucesso com as incursões militares. E havia uma desconfiança generalizada quanto a buscar acordos pacíficos. Mas o rei achava que um religioso poderia lograr êxito e entreteve a ideia de enviar um padre italiano para catequizar os revoltados e também negociar uma rendição. Consultado a esse respeito, Vieira, em carta de 02 de julho de 1691 a Roque Monteiro Paim, Desembargador do Paço, Juiz da Inconfidência e Secretário do rei, manifestou-se contra essa decisão. Expôs cinco motivos para tanto; quatro muito pragmáticos, entre os quais a desconfiança dos quilombolas que tomariam o padre por um espião do governador, e o fato de que nunca deixariam de admitir novos fugitivos. Mas, por último, apresentou o único argumento de ordem moral:

[...] quinta, fortíssima e total, porque sendo rebeldes e cativos, estão e perseveram em pecado contínuo, e atual, de que não podem ser absoltos, nem receber a graça de Deus, sem se restituírem ao serviço e à obediência de seus senhores, o que de nenhum modo hão de fazer²³.

Segundo Vieira, os africanos não possuiriam o direito de se rebelar contra o domínio dos seus senhores. Estão em pecado. O correto seria voltar ao serviço dos seus mestres. E, na frase seguinte, o jesuíta propõe um curso de ação hipotético, mas, a seu ver, o único eficaz para resolver o problema:

só um meio havia eficaz e efetivo para verdadeiramente se reduzirem, que era concedendo-lhe Sua Majestade e todos seus senhores espontânea, liberal e segura liberdade, vivendo naqueles sítios como os outros índios, e gentios livres, e que então os padres fossem seus párocos, e os doutrinassem como aos demais.²⁴

Libertar os africanos, para Vieira, acabaria com toda a revolta. E, assim, eles poderiam viver como os índios livres, provavelmente também em aldeias ou povoações similares deles mesmos, a receber instrução e a fé cristã dos seus párocos. A conclusão parece óbvia: o inaciano

desejava aplicar aos africanos o mesmo plano que elaborou para os ameríndios, como se verá adiante. Mas, novamente, a frase seguinte coloca essa proposta em cheque:

porém esta mesma liberdade assim considerada seria a total destruição do Brasil, porque conhecendo os demais negros que por este meio tinham conseguido o ficar livres, cada cidade, cada vila, cada lugar, cada engenho, seriam outros tantos Palmares, fugindo e passando-se aos matos com todo o seu cabedal, que não é outro mais que o próprio corpo.²⁵

A liberdade é uma noção perigosa para o Brasil. Pode espalhar-se. Muitos comentaristas retiraram deste excerto a lição de que, para Vieira, a escravidão africana corresponderia a uma estrutura essencial da sociedade colonial, a “moeda corrente entre Angola e Brasil”²⁶, posto que a economia brasileira somente poderia subsistir às custas da mão-de-obra africana. Certamente, trata-se de uma leitura possível, mas o inaciano não menciona a economia colonial nessa carta. Libertar os revoltados era perigoso porque os demais africanos — e havia muitos no Brasil — também iriam passar a exigir isso e podem criar novos Palmares. Talvez Vieira considerasse mesmo a libertação africana deletéria para a economia colonial, mas esta passagem não permite essa conclusão. A decisão de alforriar os quilombolas é ruim porque cria um exemplo que irá se repetir. E não há nenhuma explicação adicional sobre isso no texto. Imediatamente depois, Vieira se debruça sobre as formalidades de despedida. De fato, não se pode desvendar a concepção do autor sobre a escravidão africana com o emprego dos disjuntivos “aboliconista” ou “escravagista”: três ideias consecutivas de uma mesma carta bastam para evidenciar que outro contexto interpretativo se faz necessário.

Essa perspectiva ética pendular de Vieira no que concerne à escravidão africana — que, por enquanto, convém denominá-la mais simplesmente de “ambivalente” — também aparece em outros jesuítas portugueses. De um lado, o grande defensor dos índios no século anterior, Manuel da Nóbrega, em carta de 1551 a el-Rei D. João III, pede que envie alguns escravos da Guiné

²³ VIEIRA, Antônio. Carta Ânua, 1626. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. Epistolografia. p. 142-143. v. 1, t. 1. p. 455.

²⁴ VIEIRA, Antônio. Carta a Roque Monteiro Paim, carta 718. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 4, t. 1. p. 455.

²⁵ VIEIRA, Antônio. Carta a Roque Monteiro Paim, carta 718. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 4, t. 1. p. 455.

²⁶ HOORNAERT, Eduardo; AZZI, Riolando; VAN DER GRIJP, Klaus; BROD, Benno. *História da igreja no Brasil: ensaio de interpretação a partir do povo: Primeira Época*. Petrópolis: Vozes, 1977. t. 2. p. 264.

para ajudar nas tarefas mais árduas no colégio dos meninos indígenas livres da aldeia na Bahia.²⁷ Outrossim, o Pe. Angel Valtierra chama esse comportamento dos jesuítas de o “pecado do tempo”, e, ainda, reproduz carta de 21 de agosto de 1611 de Luís Brandão, o reitor do Colégio São Paulo em Luanda, a Alonso de Sandoval, o grande pároco dos escravos africanos, em que aquele dizia a este para não nutrir muitos escrúpulos em relação à escravidão dos Angolanos, os quais seriam “bem cativos”.²⁸ Do outro lado, ainda no século XVI, os professores Miguel Garcia e Gonçalo Leite e, mais tarde, o próprio Manuel da Nóbrega, escandalizados com o comércio de almas, passam se recusar a ouvir confissões de quem possuísse escravos africanos. Por essa ousadia, os dois primeiros são transferidos de volta para a Europa.²⁹ Trata-se, pois, de questão generalizada demais para constituir um vício individual.

Por fim, convém assinalar que Vieira, nos sermões XIV, XX e XXVII do *Rosário Maria Rosa Mística*, reconhece os maus-tratos e as violências que os africanos padecem nas mãos dos senhores; então, engrandece o sofrimento comparando-o com os de Cristo. Mas muitos comentaristas³⁰ criticam o consolo que o jesuíta acrescenta depois: apesar de tudo, os africanos no Novo Mundo encontram-se em situação melhor do que os seus ancestrais na África, pois agora conheceram a mensagem cristã e podem ganhar o paraíso.³¹ Novamente, para não incorrer em anacronismos, este “consolo caritativo” tem mais sentido à luz do pensamento da escolástica ibérica.

4 As formas lícitas de escravidão no pensamento vieiriano

Como mencionado, Vieira, de maneira um tanto vaga, culpa a “fortuna” pela existência da escravidão.³² Ele emprega um termo que não encerra conotação pejorativa porque acredita haver modalidades lícitas de escravidão — o que será visto adiante. Tanto “poder tem a fortuna sobre os escravos, como sobre os livres; acharás que este, que tu hoje vês como escravo, amanhã o podes ver livre; e que ele, que hoje te vê livre, amanhã te pode ver escravo”³³. É próprio da roda da vida girar e alterar a sorte dos jogadores. Os portugueses podem se tornar cativos numa próxima jogada, e nem a altivez ou a cor da pele podem impedir isso. No *Sermão XXVII do Rosário Maria Rosa Mística*, o autor se dirige tanto aos escravos como aos senhores. O servo precisa ser consolado, perceber que o trabalho árduo o santifica e prepara a sua morada celeste, e acreditar que apenas o seu corpo está escravizado, mas a sua alma, sobretudo depois que aprendeu as verdades da fé, permanece livre. E os senhores precisam perceber que em nada se distinguem dos seus escravos, exceto pela fortuna — a qual se mostra muito inconstante.

Essas admoestações se destinam às obrigações morais corriqueiras de um cativo justo. Trata-se, sem dúvida, de um mal, mas um mal tolerável e, no caso da colonização brasileira para Vieira, até mesmo economicamente indispensável. Contudo, quando o jesuíta se depara com uma forma ilícita de cativo, ou ainda quando uma escravidão inicialmente legítima se contamina com os maus-tratos e a brutalidade, o termo empregado pelo autor muda de fortuna para “força” ou “violência”³⁴; isto é, perde o caráter de lícito, pois a for-

²⁷ NÓBREGA, Manuel da. Carta IX a el-Rei D. João III, 1551. In: NÓBREGA, Manuel da; CABRAL, Alfredo do Vale; FRANCO, Antonio. *Cartas Jesuíticas I: Cartas do Brasil do Padre Manuel Danóbrega (1549-1560)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886. v. 2. p. 92.

²⁸ VALTIERRA, Angel S.J. Apresentação. In: SANDOVAL, Alonso de S.J. *De instauranda aethiopiū salute: el mundo de la esclavitud negra en América*. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956. p. 28-31.

²⁹ PINTO, Porfírio José dos Santos. *Choupanas e palácios: a arquitetura teológica vieiriana*. 2018. Tese (Doutorado em Literatura e Cultura) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, Lisboa, 2018. p. 172.

³⁰ FERREIRA JUNIOR, Amarílio; BITTAR, Marisa. A pedagogia da escravidão nos Sermões do Padre Antônio Vieira. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, n. 84, p. 43-53, 2019. Disponível em: <http://rbep.inep.gov.br/ojs3/index.php/rbep/article/view/1373>. Acesso em: 30 jul. 2022. p. 48.

³¹ VIEIRA, Antônio. Sermão XIV do Rosário Maria Rosa Mística. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 8, t. 2. p. 410.

³² José Eduardo Franco, Pedro Calafate e Ricardo Ventura lançaram a hipótese de que a noção de fortuna consiste num verdadeiro *topoi* em Antônio Vieira. Encontra-se espalhada em diversos textos e sermões e representa uma ideia maior sobre o funcionamento das engrenagens da vida, como um jogo de azar, em que os jogadores se sentam diante de uma mesa redonda, todos equidistantes do centro, e esta não cessa de girar. Confira FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro; Ventura, Ricardo. Introdução. In: VIEIRA, Antônio. *Cada um é da cor do seu coração*. Lisboa: Círculo de Letras, 2018. p. 19.

³³ VIEIRA, Antônio. Sermão XXVII do Rosário Maria Rosa Mística. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 9, t. 2. p. 365.

³⁴ “Olhai para os dois polos do Brasil, o do Norte, e o do Sul, e vede se houve jamais Babilônica, nem Egito no mundo, em que tantos milhares de Cativos se fizessem, cativando-se os que fez livres a natureza, **sem mais Direito, que a violência, nem mais causa,**

ça não pode criar o Direito. Vieira é um jusnaturalista leitor da segunda escolástica e jamais aceitaria uma definição de justiça à Trasímaco, não importa quão pragmático ou realista possa se revelar em diversas questões.³⁵ Se a escravidão maltrata o corpo do escravo, ela pode corromper a alma do senhor: quem escraviza também se torna cativo. E agora algo terrível pode acontecer. Os gritos dos que sofrem sobem aos céus, e, como se sabe, Deus castiga. “E porque os nossos cativeiros começaram onde começa a África, ali permitiu Deus a perda de El-Rei Dom Sebastião, a que se seguiu o cativo de sessenta anos no mesmo Reino [a União Ibérica].”³⁶ A ideia de que a morte de D. Sebastião e o subsequente

que a cobiça, e vendendo-se por Escravos.” (grifo nosso). VIEIRA, Antônio. Sermão XXVII do Rosário Maria Rosa Mística. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 9, t. 2. p. 365.

³⁵ Vieira é conhecido por suas posturas realistas — como aquela a propósito da rebelião do Quilombo dos Palmares, ocasião em que, apesar de favorável à libertação dos escravos, aconselha uma forte investida contra ela, em vez do perdão, para que a noção de revolta e de liberdade não se espalhe e contamine os demais escravos — e por lapidar frases de tom realista como “não basta que o que houver de governar seja homem com alma, mas é necessário que seja alma com homem”. VIEIRA, Antônio. Sermão da Dominga Vigésima Segunda post Pentecostes, 1653. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 5, t. 2. p. 353. Convém assinalar que o realismo de Vieira em nada se assemelha ao de Maquiavel. Pedro Calafate descreve, com bastante propriedade, as semelhanças e diferenças entre os dois autores. Tal como Maquiavel, Vieira sabe que as aparências importam, que os governantes não podem descuidar das razões de Estado, que a prudência consiste num importante valor político e que a própria Política seria a arte das artes. Entretanto, também atribui uma origem divina à Política e não a considera autônoma da Moral, além de criticar os “reis políticos”, os quais enganam, dissimulam, insinuam, impõem o medo e desviam, como se o poder fosse um fim em si mesmo. Segundo Calafate, para Vieira, o príncipe não poderia descurar dessas artes, mas elas não passam de instrumentos e devem servir à verdade. Confira CALAFATE, Pedro. Ética, política e razão de Estado em Antônio Vieira. *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 53, n. 3, p. 375–392, 1997. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40337202>. Acesso em: 30 maio 2022. Exceto por este artigo de Calafate, falta, na literatura especializada, um estudo mais aprofundado sobre o suposto realismo de Vieira. Talvez também para esta questão, a escolástica ibérica possa se tornar uma boa chave de compreensão. Embora haja uma verdadeira teoria da justiça por trás, os juízos dos escolásticos são casuísticos porque se propõem a resolver problemas reais e contemporâneos. Semelhante aos trabalhos dos escolásticos, a compatibilização entre os valores cristãos e a conveniência política constitui um imperativo para Vieira. Ainda que este mundo possa ser descrito como o “vale das lágrimas”, é dever de todo ser humano aproximar o máximo possível a cidade terrena da cidade de Deus.

³⁶ VIEIRA, Antônio. Sermão XXVII do Rosário Maria Rosa Mística. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 9, t. 2. p. 366.

“cativo” da União Ibérica constituem castigos pela participação portuguesa na escravidão africana — um negócio que adquiriu gradualmente ao longo do século XVI uma péssima reputação de injusto — apareceu, seis anos antes, em carta ao Rei D. Afonso VI.³⁷ O reino inteiro de Portugal, a comunidade política, recebeu punição da lei natural.

No *Sermão da Primeira Dominga da Quaresma* de 1653, o inaciano primeiro escandaliza a plateia com a ameaça do inferno, mas ele o faz como um amigo. “Pergunto-vos: qual é o melhor amigo: aquele que vos avisa do perigo, ou aquele que por vos não dar pena vos deixa perecer nele?”³⁸ Então, depois, ainda como um bom amigo, apresenta uma solução conciliatória, que parece acomodar os interesses econômicos dos colonos em conservar alguma escravidão com a salvação das suas almas. A citação é um pouco longa, mas vale a pena reproduzi-la, pois resume toda a proposta do autor sobre o problema da escravidão indígena:

quanto àqueles [índios] que vos servem [como escravos], todos nesta terra são herdados, havidos, e possuídos de má fé; segundo a qual não farão pouco (ainda que o farão facilmente) em vos perdoar todo o serviço passado. Contudo, se depois de lhes ser manifesta esta condição de sua liberdade, por serem criados em vossa casa, e com os vossos filhos, ao menos os mais domésticos, espontânea e voluntariamente vos quiserem servir [como escravos], e ficar nela; ninguém, enquanto eles tiverem esta vontade, os poderá apartar de vosso serviço. E o que se fará de alguns deles, que não quiserem continuar nesta sujeição? Estes serão obrigados a ir viver nas Aldeias de El-Rei, onde também vos servirão na forma que logo veremos. Ao sertão se poderão fazer todos os anos entradas, em que verdadeiramente se resgatem os que estiverem (como se diz) em cordas, para ser comidos: e se lhes comutará esta crueldade em perpétuo cativo. Assim serão também cativos todos os que sem violência forem vendidos como escravos de seus inimigos, tomados em justa guerra; da qual serão Juízes o Governador de todo o Estado, o Ouvidor-Geral, o Vigário do Maranhão, ou Pará, e os Prelados das quatro Religiões, Carmelitas, Franciscanos, Mercenários e da Companhia de Jesus. Todos os que deste juízo saírem qualificados por verdadeiramente cativos se repartirão aos moradores pelo mesmo preço, por que foram comprados. E os que não constar que a guerra, em que

³⁷ VIEIRA, Antônio. Carta ao Rei D. Afonso VI de 1657, Carta 85. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 2, t. 1. p. 226.

³⁸ VIEIRA, Antônio. Sermão da Primeira Dominga da Quaresma. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro. *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 228-235. v. 2, t. 2. p. 234.

foram tomados, foi justa, que se fará deles? Todos serão aldeados em novas povoações, ou divididos pelas Aldeias que hoje há; donde repartidos com os demais índios delas pelos moradores, os servirão em seis meses do ano alternadamente de dois em dois, ficando os outros seis meses para tratarem de suas lavouras, e famílias. De sorte que nesta forma todos os índios deste Estado servirão aos portugueses: ou como própria, e inteiramente cativos, que são os de corda, os de guerra justa, e os que livre, e voluntariamente quiserem servir, como dissemos dos primeiros; ou como meios cativos, que são todos os das antigas, e novas Aldeias, que pelo bem, e conservação do Estado me consta que sendo livres se sujeitarão a nos servir, e ajudar a metade do tempo de sua vida. Só resta saber o preço destes, que chamamos meio cativos, ou meio livres, com que se lhes pagará o trabalho do seu serviço.³⁹

No mesmo sermão, em seguida, Vieira congratula a sua própria opinião como moderada. Todavia, ainda que possa parecer, esta moderação não reflete o meio termo entre, de um lado, os interesses econômico-escravocratas dos colonos portugueses e, do outro, as obrigações morais para a salvação. Devem se evitar certas leituras que creditam a Vieira uma perspectiva progressista, a qual reconhece a alteridade do indígena e, dessa feita, favorável à abolição da escravatura, mas que, confrontada com as condições reais da economia colonial, o obrigam a ser pragmático — e talvez um realista — e a fazer concessões. Não haveria nada mais anacrônico do que isso, pois tais leituras remetem a um catolicismo pós-ilustrado e a um socialismo de inspiração marxista, ambos estranhos a um homem do século XVII.

De fato, Vieira não cedeu espaço nem transigiu sobre os princípios éticos que vigiam na Teologia cristã do seu tempo. Todas as formas de escravidão que ele tolera constituem modos lícitos de acordo com o pensamento da escolástica ibérica. Considerava-se legítima a escravização de prisioneiros numa guerra justa, como a violação, v. g., do dever de aceitar a presença dos portugueses para comercializar e pregar o evangelho, mas, além

desta, também se aprovava outras formas de escravidão. Aceitava-se a servidão daqueles que estivessem reféns de outros índios para serem mortos (ou até comidos), o chamado resgate dos “índios em cordas”; neste caso, o preço da liberdade seria — parece irônico — a escravidão. Havia também um estranho caso de escravidão voluntária. E, outrossim, também não causaria espanto aos escolásticos esta proposta híbrida do pregador em que os índios seriam meio-libertos e meio-cativos e trabalhariam metade do ano nas suas lavouras na Aldeia e, na outra metade, nas terras dos colonos, mediante remuneração, desde que isso importasse para “o bem e a conservação do Estado”.

5 O problema da justiça numa guerra no século XVII

A doutrina da guerra justa representa a via mediana entre o repúdio total da guerra, como ocorre em correntes idealistas, e a aceitação incondicional da violência para o engrandecimento do Estado, segundo concepções próprias do realismo político, como se os reis e as potestades não se sujeitassem à Moral e às leis da natureza. Os partidários da guerra justa reconhecem que a guerra constitui um mal, mas há males ainda piores, como o assassinato de entes queridos e a profanação de cemitérios e lugares sagrados pelas mãos de soldados invasores. Trata-se de uma tradição universal: foi desenvolvida por teólogos e canonistas cristãos, mas também por juristas leigos.

A guerra justa corresponde a uma tradição eminentemente cristã, porque ela é desenvolvida e reelaborada por autores da cristandade europeia. Após a sua origem com Santo Agostinho, ela foi retomada por outros Pais da Igreja, por Santo Isidoro de Sevilha e o Papa Nicolau I. Houve, então, um hiato, e a guerra justa não recebeu mais atenção durante a Alta Idade Média. Somente depois das teses serem condensadas no *Decreto Gratiano*, na metade do século XII, o assunto volta a interessar os pensadores. Escrever sobre a guerra tornou-se bastante popular na Baixa Idade Média. Os canonistas e os teólogos começam a esmiuçar as teses até elas adquirirem a sua formulação clássica em Tomás de Aquino. Em virtude do interesse do Aquinate, a investigação sobre a guerra se torna referência obrigatória para todos os escolásticos. Por esse motivo, Alfred Vanderpol prefe-

³⁹ VIEIRA, Antônio. Sermão da Primeira Domingo da Quaresma. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro. *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 228-235. v. 2, t. 2. p. 239-240. O termo “resgate” se referia à captura violenta dos índios no interior para depois serem vendidos nos mercados de escravos. Na melhor das hipóteses, constituía um eufemismo para tirar o indígena da sua condição natural (tida pelos colonos como pecadora) para que se tornassem cristãos (ainda que escravizados). Vieira, nesse mesmo sermão, algumas linhas antes do trecho citado, zomba do uso corrente desta palavra. Por sua vez, as “quatro religiões” consistem, em verdade, em ordens religiosas dentro do Catolicismo: as carmelitas, os franciscanos, os mercedários (da Ordem das Mercês) e os jesuítas.

re denominá-la de a “doutrina escolástica do direito da guerra”.⁴⁰

O trabalho de Aquino sobre a guerra encontra-se condensado na questão 40 da *secunda secundae* do Tratado da Caridade, não no Tratado da Lei, nem no Tratado da Justiça da *Suma Teológica*, pois a guerra, antes de constituir um problema para o Direito, viola a Caridade. Ele se resume a quatro artigos. O primeiro versa sobre o problema da licitude da guerra; o segundo indaga se acaso seria lícito aos clérigos guerrear; o terceiro questiona tanto se seria legítimo aos combatentes usarem de estratégias, como se seria legal combater em dias festivos. Mas é no primeiro artigo mesmo que se encontra o cerne de sua concepção. Para haver justiça numa guerra, é necessário preencher três condições:

primeira, a autoridade do príncipe, por cujo mandado se permite fazer a guerra. Não cabe à pessoa privada declarar guerra, porque pode expor seu direito perante um tribunal superior. [...].

Requer-se, em segundo lugar, justa causa, a saber: que aqueles que são impugnados mereçam, por alguma culpa, essa impugnação. [...].

Terceiro, requer-se que seja reta a intenção dos combatentes: que se intente ou se promova o bem, ou que se evite o mal. [...].⁴¹

⁴⁰ VANDERPOL, Alfred. *La Doctrine Scolastique du Droit de Guerre*. Paris: A. Pedone, 1919. p. 285. São autores dessa tradição, além de Agostinho de Hipona e Isidoro de Sevilha (560-636), o Papa Nicolau I, com a sua carta aos búlgaros, o bispo Rufin, no tratado *De bono pacis* (1056), Yves de Chartres (1040-1116) e Abelardo (1079-1142). Na metade do século XXII, há o decreto do monge Jean de Gratian. Então, surgem Tomás de Aquino, Raimundo de Peñaforte (1180-1275), Inocêncio IV (1243-1254), Hostiensis (Henri de Suse: início do século XXIII-1271), Alexandre de Halès (1170-1245), Henri de Gand (início do século XXIII-1293) e São Boaventura (1221-1274). Depois, no século XIV e XV, passam a surgir obras cujos títulos remetam à guerra: João de Legnano (início do século XXIV-1383) – *De Bello* (1360), Henri de Gorychum – *De Bello Justo* (1420), Santo Antonio de Florença (1389-1459), Alphonse Tostate (1400-1455), Martin de Lodi – *De Bello* (século XV), Gabriel Biel (1425-1495), Sivestre Prierias (1456-1523), Thomas de Vio (Cajetan: 1468-1534), Guilherme Mathiae – *Libellus de Bello Iustitia Injustitiae* (1533), Josse Clichthove (1472-1543). Depois, com as Grandes Navegações despontam os nomes de Francisco de Vitória, Francisco Suárez e Balthasar de Ayala – *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari* (1582). Deste período, são nomes menores: A. Guerrero – *Tractatus de Bello Justo et Injusto* (1543), Diego de Covarruvias (1512-1577), Domingos de Soto (1494-1560), F. Martini – *De Bello et Duello* (1589), Gabriel Vasquez (1551-1604), Domingos Bañez (1528-1604), Roberto Berlarmino (1542-1621), Leonardo Lessius (1554-1623), Gregório de Valencia (1561-1603), Luís de Molina (1536-1600), P. Belli – *De re Militari et Bello* (1558), Alberico Gentili – *De Jure Belli* (1598) e o próprio Hugo Grócio – *De Jure Belli ac Pacis* (1625).

⁴¹ “Primo quidem, auctoritas principis, cuius mandato bello est gerendum. Non enim pertinet ad personam privatam bellum movere:

Uma vez completadas essas condições, se um combatente se tornasse prisioneiro, seria lícito reduzi-lo à escravidão. Nesse caso, o cativo corresponde a um destino melhor do que a morte e estava de acordo com o direito comum. A clássica definição de liberdade do *Corpus Iuris Civilis*, nas *Institutas*, que todo jurista medieval e moderno conhecia — “faculdade natural de fazer o que lhe convier [ou ainda: ‘o que lhe for livre’], salvo o que lhe for proibido pela força ou pela lei”⁴² — estabelecia que a pessoa recebe a liberdade da lei natural, mas a lei humana poderia prever formas de aliená-la ou perdê-la. Os romanos nunca se preocuparam em justificar a escravidão; não há nenhuma explicação nas *Institutas* ou mesmo no *Digesto*; ela existe e só: “a escravidão, porém, é uma instituição de direito das gentes, por meio da qual alguém, contra a sua natureza, é submetido a outrem”⁴³. A escravidão constituía uma realidade corriqueira do mundo antigo, algo que fazia parte do cotidiano e, portanto, não requeria maiores explicações, salvo a de saber qual o ramo do Direito que a prescreveu, que, em geral, era o direito das gentes.

Nos séculos XVI e XVII, a prática da redução do prisioneiro à escravidão se encontrava derogada nas guerras entre os europeus. Ainda assim, ela ocorria em guerras que envolvessem europeus e outros povos. Como recurso retórico para chocar o público por um acontecimento traumático, Vieira alude aos cristãos cativos em Argel por sarracenos.⁴⁴

Não há dúvidas de que os juristas oficiais da Espanha e Portugal procuraram encaixar os ameríndios e os africanos nesta categoria. Só havia um porém. A pri-

quia potest ius suum in iudicio superioris prosequi. [...] Secundo, requiritur causa iusta: ut scilicet illi qui impugnantur propter aliquam culpam impugnationem mereantur. [...] Tertio, requiritur ut sit intentio bellantium recta: qua scilicet intenditur vel ut bonum promoveatur, vel ut malum vitetur”. AQUINO, Tomás de. *Suma teologica*. Texto latino de la edición crítica Leonina. Trad. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. Doravante, esta obra será denominada apenas de “ST”.

⁴² “Naturalis facultas ejus, quod quique facere libet, nisi quod vi aut iure prohibetur.” *Institutas*, Livro I, Título III, § 1º. IUSTINIANUS IMPERATOR; KRUEGER; MOMMSEN. *Corpus Iuris Civilis*. Berlin: Weidmann, 1906. v. 1. Doravante, esta obra será denominada apenas de “*Institutas*”.

⁴³ “Servitus autem est constitutivo iuris gentium, qua quis dominio alieno, contra naturam subiicitur”. *Institutas*, Livro I, Título III, § 2º.

⁴⁴ VIEIRA, Antônio. Voto do Padre Antônio Vieira sobre as Dúvidas dos Moradores de São Paulo acerca da Administração dos Índios, 1694. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4. p. 276.

meira *junta* para lidar com o problema da dominação indígena pelos espanhóis foi convocada em 1504, ainda pelo Rei Fernando, e se reuniu sob a presença do arcebispo de Sevilha. Nela, procurou se descobrir se os índios poderiam ser dados aos hispânicos sem violação das leis humanas e divinas. Não se deve menosprezar a sinceridade dessas discussões. Pagden descreve que o reino como um todo estava tomado por um profundo sentimento de piedade após a morte de Isabel, que havia estabelecido em seu testamento que os índios deveriam ser tratados com respeito e compensados por qualquer malfeito que os espanhóis viessem a lhes afligir.⁴⁵

Como mostra Borges de Macedo⁴⁶, os títulos jurídicos da Conquista estavam misturados com outro problema: se povos não cristãos poderiam exercer, de maneira válida, domínio sobre seus territórios. Em 14 de maio de 1493, a Bula *Inter Coetera* do Papa Alexandre VI empregou o termo “doação” das “ilhas remotíssimas e as terras firmes” já descobertas por Colombo e “as que se descubram depois”, para que os reis católicos pudessem exercer “plena autoridade e jurisdição” a ocidente de um meridiano ideal conhecido como a “linha Alexandrina”, que passava a cem léguas a oeste das ilhas de Açores e Cabo Verde.⁴⁷ Em 7 de junho de 1494, o Tratado de Tordesilhas, imbuído desse mesmo espírito de divisão do mundo, modificaria um pouco os limites preestabelecidos. Para agravar o problema, quase meio século antes, entre 1452 e 1456, o Papa Nicolau V emitiu uma série de bulas em favor de Portugal com doações de territórios ultramarinos. Em especial, em 8 de janeiro de 1455, emitiu a Bula *Romanus Pontifex*, que doava ao Rei D. Afonso V e aos seus sucessores todas as conquistas lusitanas da costa da África e encomendava outrossim a pregação do evangelho e a edificação de igrejas. Com essa incumbência, vinha o direito de

reduzir “*in perpetuam servitutis*”⁴⁸ os pagãos e sarracenos inimigos de Cristo. De fato, como se sabe, os portugueses não chegaram a escravizar eles mesmos os africanos, mas, se possuíam o direito de fazer isso, percebiam os castelhanos que também deveriam ter.

Contudo, se o papa, de fato, possuía autoridade para alienar território alheio era discutível. Essa opinião não era sufragada nem mesmo pela Igreja: na metade do século XIII, o Papa Inocêncio IV reconheceu que os infieis poderiam ser titulares de domínio, posse e jurisdição.⁴⁹ Por um tempo, os resultados da *Junta* de 1504 pareciam haver bastado: os índios deveriam ser tratados com respeito e seriam instruídos na fé cristã e nos costumes europeus por particulares no instituto da *encomienda*. Mas o sermão-denúncia de Montesinos perturbou essa paz. Embora houvesse sido dirigido apenas aos maus-tratos sofridos pelos índios, o debate rapidamente se ampliou para abarcar aquelas questões que se encontravam mal resolvidas: a) a Espanha poderia exercer jurisdição naquelas terras?, e b) o papa possui autoridade sobre pagãos (bem como autoridade temporal sobre cristãos)? Tratavam-se de questões muito incômodas porque versavam sobre a legitimidade do projeto colonial e a autoridade papal.

Os apologistas da coroa perceberam que poderiam contornar essas armadilhas num breve excerto da obra *Comentários às Sentenças de Pedro Lombardo*, do teólogo escocês John Mair, professor da Universidade de Paris:

essas pessoas [os habitantes das Antilhas] vivem como animais em ambos os lados do equador; e sob os polos há homens selvagens como Ptolomeu diz em seu *Tetrabiblos*. E isso agora foi demonstrado pela experiência, de modo que a primeira pessoa a os conquistar, pode governá-los licitamente porque são escravos por natureza. Como diz o Filósofo nos capítulos terceiro e quarto do primeiro livro da *Política*, é claro que alguns homens são escravos e outros livres por natureza. Em alguns homens é determinado que existe tal coisa e que eles devem

⁴⁵ PAGDEN, Anthony. *The fall of natural man: the American Indian and the origins of comparative ethnology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 28-29.

⁴⁶ MACEDO, Paulo Emílio Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? *Revista de Direito Internacional*, v. 9, p. 1-14, 2012. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1602/1591>. Acesso em: 30 ago. 2022. p. 2.

⁴⁷ PORTUGAL. *Cópia do traslado autêntico da Bula “Inter Coetera Divinae Majestati” do Papa Alexandre VI pela qual concedeu a D. Fernando de Castela, à Rainha D. Isabel e a todos os seus sucessores, todas as ilhas e terra firme descobertas e por descobrir, desde o Setentrião até ao Meio Dia, tirada por uma linha desde o polo norte ao polo sul, a cem léguas das ilhas dos Açores e de Cabo Verde para ocidente*, Portugal: Torre do Tombo, 1493. Disponível em: <https://digitarq.arquivos.pt/details?id=4185853>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁴⁸ PORTUGAL. *Bula “Romanus Pontifex” do Papa Nicolau V pela qual concedeu ao Rei D. Afonso V e ao Infante D. Henrique e a todos os reis de Portugal e seus sucessores, todas as conquistas de África com as ilhas nos mares a ela adjacentes, desde os cabos Bojador e Não e toda a costa da Guiné, e que nelas possam mandar edificar igrejas cujos padroados lhe ficarão pertencendo*. Portugal: Torre do Tombo, 1455. Disponível em: <https://digitarq.arquivos.pt/details?id=3907997>. Acesso em: 30 jul. 2022.

⁴⁹ TIERNEY, Brian. Vitoria and Suarez on Ius Gentium, Natural Law and Custom. In: PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James (ed.). *The Nature of Customary Law: Philosophical, Historical and Legal Perspectives*. Cambridge: Centre for Research in the Arts, Social Sciences and Humanities: University of Cambridge, 2004. p. 8.

se beneficiar disso. E é justo que um homem seja escravo e outro livre, e é justo que um homem governe e outro obedeça, pois a qualidade da liderança também é inerente ao senhor. Por isso, o Filósofo diz no primeiro capítulo do referido livro que esta é a razão pela qual os gregos deveriam ser senhores dos bárbaros, porque, por natureza, os bárbaros e os escravos são os mesmos.⁵⁰

Mair considerava a tese aristotélica não uma tentativa para explicar uma condição social existente na Atenas de IV a.C., mas uma classificação, alcançada por dedução, de uma determinada gente cuja existência havia sido demonstrada somente agora (*etiam hoc experientia compertum est*). Segundo Pagden, o ambientalismo ptolomaico constituía um meio popular de classificar os povos na Idade Média, e a referência a ele no trecho serve para provar tanto a hipótese aristotélica (tal como percebida por Mair), como a precisão da identificação dos índios com os escravos.⁵¹ Se essa gente fosse escrava por natureza, o problema da autoridade do Papa em fazer verdadeira doação simplesmente desapareceria. Ocorreria um modo originário de aquisição de território com a descoberta e a posterior ocupação.

Então, os juristas reais usaram a doutrina da escravidão natural, como interpretada por John Mair, para evitar discutir diretamente a legitimidade do domínio hispânico nas Américas. Se os ameríndios fossem menos do que humanos, então a coroa espanhola incorporaria as terras e as gentes sem grandes debates. O problema central, portanto, resumia-se à questão sobre se os índios, ainda que pagãos e com costumes estranhos, poderiam possuir soberania. Vieira também precisou se debruçar sobre isso. Num parecer de 1694, o inaciano, sem qualquer hesitação, caracteriza os índios de São Paulo como “senhores naturais das suas terras”, que delas foram arrancados por “suma violência e tirania”. E

⁵⁰ “Populi ille bestialiter vivit citra utraque equator sub polis vivit homines feri ut Ptholomei Quadripertito dicit: et etiam hoc experientia compertum est quare primus eos occupans iuste eis imperat: quae natura sunt servi ut primi Politicum tertio quarto dicit Philosopho qui sunt alii natura servi alii liberi manifestu est in quibusdam determinatum est esse tale aliquid quib ob id ipsum prodest: iustu est aliu servire aliu esse liberu: covenit aliu imperare alium parere eo império quo innatu est quare dominari. Propterea dicit Philosopho primo capite illi libri quao bre aiunt poete grecos barbaris dominari: oportere ide sit natura barbari servi.” MAIOR, Iohannes. *In secundum Setentiarum*. Parisii: Venudatur apud eunde Badium, 1519. Disponível em: <http://capricorn.bc.edu/siepm/books.html>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁵¹ PAGDEN, Anthony. *The fall of natural man: the American Indian and the origins of comparative ethnology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 39.

como não pretende deixar nada apenas subentendido, acrescenta:

o que não são, sem embargo de tudo isto, é que não são escravos, nem ainda vassalos. Escravos não, porque não são tomados em guerra justa; e vassalos também não, porque, assim como o espanhol ou genovês cativo em Argel é, contudo, vassalo do seu rei e da sua república, assim o não deixa de ser o índio, posto que forçado e cativo, como membro que é do corpo e cabeça política da sua nação, importando igualmente para a soberania da liberdade tanto a coroa de penas como a de ouro, e tanto o arco como o cetro.⁵²

A metáfora da coroa de penas e do arco como símbolos da soberania dos índios tão válidos quanto a coroa de ouro e o cetro dos monarcas europeus serve para mostrar aos paulistas que por mais diferentes que possam ser as roupas, o idioma⁵³, os hábitos e até a religião dos indígenas, isso tudo não forma motivo suficiente para privá-los da sua liberdade nem para desconsiderar a jurisdição dos seus caciques. Não há dúvidas de que essa concepção remonta aos escolásticos ibéricos e, em especial, a Francisco de Vitória, uma das principais vozes da Controvérsia de Valladolid, para quem nem a infidelidade, o pecado mortal e a heresia não impedem os “bárbaros de serem verdadeiros donos das suas propriedades públicas e privadas”⁵⁴. E a referência aos espanhóis e genoveses cativos em Argel ilustra muito bem essa ideia. Tratava-se de uma situação dolorosa e traumática para os europeus em que cristãos eram escravizados por suma violência e tirania pelos sarrace-

⁵² VIEIRA, Antônio. Voto do Padre Antônio Vieira sobre as Dúvidas dos Moradores de São Paulo acerca da Administração dos Índios, 1694. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4. p. 276.

⁵³ Vieira ainda relativizou essa diferença entre os paulistas e os índios sobretudo em relação à língua. É “certo que que as famílias dos portugueses e índios em São Paulo estão tão ligadas hoje umas com as outras que as mulheres e os filhos se criam mística e domesticamente, e a língua que nas ditas famílias se fala é a dos índios, e a portuguesa a vão os meninos aprender à escola; e desunir esta tão natural ou tão naturalizada união seria género de crueldade entre os que assim se criaram, e há muitos anos vivem.” VIEIRA, Antônio. Voto do Padre Antônio Vieira sobre as Dúvidas dos Moradores de São Paulo acerca da Administração dos Índios, 1694. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4. p. 284.

⁵⁴ “Quod barbari nec propter peccata alia mortalia, nec propter peccatum infidelitatis impediuntur quin sint veri domini, tam publice quam privatim.” VITÓRIA, Francisco de. De indis recenter inventis relectio prior. In: VITÓRIA, Francisco de. *Obras de Francisco de Vitória: relecciones teologicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960. Doravante, esta obra será denominada apenas de “De Indis”.

nos, e qualquer europeu poderia relacionar-se com a injustiça sofrida; contudo, neste caso, Vieira transforma o índio no cristão cativo, e, por conseguinte, o paulista no corsário muçulmano.

Entre os escolásticos hispânicos, Vitória é quem prescreve, em definitivo, os títulos lícitos para a guerra contra os índios. Segundo Borges de Macedo⁵⁵, Vitória não era um defensor dos direitos dos índios; apenas não aceitava as teses do Requerimento de Burgos. Não aceitava a doutrina da escravidão natural, nem a autoridade do papa para doar as terras de não cristãos e não acreditava que a profissão da fé “errada” pudesse permitir a subtração das terras dos índios. Mas, na terceira seção da *Relectio de indis*, passa a defender os títulos pelos quais os espanhóis poderiam conquistar os índios. Entre os quais estava o direito de visitar e se estabelecer na América, sem sofrer danos, o de evangelizar e o da proteção dos inocentes contra as leis inumanas. Por último, ressaltava que, se houvesse mesmo alguma comunidade incapaz de se governar, então, por caridade, os espanhóis deveriam conduzi-la, ainda que não em proveito próprio, mas dos índios.⁵⁶

Vieira empreendeu uma batalha em dois fronts: uma contra os colonos portugueses, para sensibilizá-los, e outra junto à Coroa, para aprovar uma lei que refletisse os padrões que ele considerava correto. A primeira ele perdeu, mas logrou êxito com a segunda. Em 2 de abril de 1655, Vieira, entre outros “gravíssimos varões”, assinou parecer de uma junta do Conselho Ultramarino, que se reuniu com o específico intuito de aprimorar a provisão de 1653.⁵⁷ O jesuíta conseguiu criar a sua ver-

são da *Junta de Burgos*. O documento final foi aceito pelo Rei e serviu de projeto para a lei de 9 de abril de 1655. Além de aumentar o poder de fiscalização dos religiosos sobre os cativos e as aldeias — “antes os deixem [os índios] governar pelos Parochos e principais de sua nação” —, essa lei eliminou os casos de escravidão em decorrência do descumprimento de deveres de súdito (antropofagia e evasão fiscal) e, em relação à escravização de prisioneiros de uma guerra justa, inseriu cláusula que exige que esse tipo de guerra somente poderia ser declarada pelo rei, o que subtraiu das autoridades locais esta prerrogativa, “tirando em todos os Governadores o poder de fazerem a dita guerra ofensiva por própria autoridade”⁵⁸. Salienta Ventura que a falta de menção na lei às entradas no sertão também se revela significativa, pois estariam compreendidas no âmbito das “guerras ofensivas”, que precisariam da declaração real e se conformar aos demais critérios de guerra justa.⁵⁹ Vieira havia conseguido tornar em legislação o seu projeto, como definido no *Sermão das Tentações*.

6 O debate da escravidão voluntária herdado por Antônio Vieira

A instituição “aldeia” representava outro ponto central da proposta de Vieira. Ele desejava expandir pelo Maranhão uma experiência do século anterior que havia fracassado pelas razões erradas e, por isto, permaneceu como uma possibilidade nas mentes de todos os jesuítas. Convém lembrar que, já na primeira metade do século XVI, o sistema da *encomienda* havia se espalhado por toda a América Espanhola, mas também entrou na América Portuguesa: eram índios que serviam aos colonos e deveriam ser livres, mas eram, de fato, escravos. Vieira constatou o abismal malogro do instituto: além de não respeitarem a liberdade, os colonos não cumpriam as suas funções de instrução nos costumes portugueses, nem de pregação cristã.

⁵⁵ MACEDO, Paulo Emílio Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? *Revista de Direito Internacional*, v. 9, p. 1-14, 2012. Disponível em <https://www.publicaoacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1602/1591>. Acesso em: 30 ago. 2022. p. 6-7.

⁵⁶ VITÓRIA, Francisco de. *De Indis: De titulis legitimis quibus barbari potuerint venire in ditionem Hispanorum*. In: VITÓRIA, Francisco de. *Obras de Francisco de Vitória: relecciones teologicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960. p. 705-726.

⁵⁷ PORTUGAL. Consulta original de gravíssimos varões, sobre a forma e casos em que se devem cativar os índios das nossas conquistas. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (direção). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, varia, t. IV, v. III, pp. 290-301. Uma disposição que merece menção neste parecer é a resposta ao terceiro caso de cativo que veio no decreto para a consulta (289v): se houver dúvida da justiça do cativo, o índio deverá ser libertado pois a presunção opera pela liberdade natural com a qual os homens nascem. A presunção regular que existiu durante o século XVI era em sentido contrário. Desejava-se não criar dilemas de consciência, “escrúpulos desnecessários” nos europeus.

⁵⁸ PORTUGAL. Ley que se passou pelo Secretário de Estado em 9 de abril de 1655 sobre os índios do Maranhão. In: ANAIS da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, v. 66, 1 pt, p. 25-28, 1948. Disponível em: <http://memoria.bn.br/hdb/periodico.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2022. p. 25-28.

⁵⁹ VENTURA, Ricardo. Introdução. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola. v. 3, t. 4. p. 28.

Em seu lugar, Vieira propôs ressuscitar o plano de outro jesuíta. Manuel da Nóbrega concebeu a aldeia, um espaço onde os nativos pudessem viver protegidos dos colonos e livres para cultivar as suas terras para a própria subsistência. Tudo isso ocorreria sob a administração dos jesuítas, que instruíam os índios nos costumes portugueses, pregariam o evangelho, realizaram batismos e demais sacramentos, num regime de ordem, trabalho, diversão e religião. As bem sucedidas *reducciones* que os seus colegas da Companhia implantaram no Paraguai operavam pelos mesmos princípios das aldeias. No Brasil, a experiência deu certo nos primeiros anos, mas erodiu com as investidas dos colonos nos primeiros anos do século XVII. Tão cedo como 1620, as aldeias costeiras haviam totalmente desaparecido.⁶⁰

Nas aldeias, os índios seriam mesmo catequizados e viveriam — como o próprio Vieira aduziu — “meio cativos e meio livres”. Cativos porque não poderiam deixar as aldeias sem perder a liberdade; livres porque, nas aldeias, receberiam o mesmo tratamento de cidadãos plenos. Para Vieira, as aldeias não correspondiam somente a um modo de organização dos nativos da sociedade colonial, uma forma mais humana e legítima pelos padrões morais da escola salmantina. Elas constituíam condição *sine qua non* para a integração do índio no corpo místico do Estado português. Mais do que isso, os nativos seriam instruídos para se tornarem o modelo de cidadão que a República necessitava neste momento da história do império lusitano — uma época que o jesuíta encarava como “messiânica”; revela-se significativo que é durante este núcleo que Vieira começa a escrever as suas *Esperanças de Portugal*, a primeira obra da sua verve profética. A aldeia representava um passo em direção a

um glorioso futuro político do Império e até da humanidade.

Por reduzir as possibilidades de novas escravizações e concentrar os índios livres fora dos lares dos colonos, a proposta que Vieira envida extingue por completo as reminiscências das *encomiendas*. Porém, o que impediria a história de se repetir, e os portugueses invadirem as aldeias para capturar os ameríndios novamente? Desde o início — como visto no *Sermão das Tentações* —, Vieira pensou nessa possibilidade e propôs que os aldeados trabalhassem metade do ano nas próprias lavouras e a outra metade nas terras dos portugueses, mediante uma remuneração. Na época de Nóbrega, os índios trabalhavam, apenas, para si mesmos nas aldeias. Esta proposta de Vieira deveria reduzir a cobiça dos colonos e ainda seria economicamente responsável, sem violar as regras existentes sobre o trabalho livre. E isto não seria uma nova modalidade de escravidão.

O problema da escravidão indígena no Brasil recebeu atenção já no século XVI. Em 1566, Mem de Sá convocou uma junta — composta pelo Governador-Geral, pelo Ouvidor Brás Fragoso e pelo bispo Pedro Leitão — para discutir a promulgação de leis sobre o assunto. E, em 30 de julho daquele ano, veio à lume o primeiro conjunto de legislação sistemático sobre os índios. Em especial, a lei regulamentava a escravização voluntária dos nativos: os índios somente poderiam vender-se em escravidão em caso de extrema necessidade, e, ainda assim, todas as alienações ficaram pendentes de exame da autoridade central.⁶¹

Essa sistematização teve vida curta. Enquanto a junta se reuniu, o rei de Portugal enviou carta a Mem de Sá na qual ordenava a convocação de outra junta, mas, por causa do atraso das comunicações, a correspondência somente chegaria após a promulgação da lei. A nova junta foi composta pelas autoridades mencionadas e outros três jesuítas (o provincial Luís de Grã, Manuel da Nóbrega e o visitador de Portugal, Inácio de Azevedo). As deliberações anularam o texto anterior e elaboraram um conjunto de leis que recebeu o nome de “Monitoria”. Os casos de escravidão indígena foram ampliados para três: os cativos de uma guerra justa, e, em situações

⁶⁰ EISENBERG, José. *Antônio Vieira and the justification of indian slavery*. New Haven: Yale University, nov. 1997. 15 p. p. 7. Até mesmo Bakunin enamorou-se do sistema das aldeias que os jesuítas procuraram instituir na América do Sul. Numa carta em que escreveu com Paul Lafargue e Engels, Marx deixa escapar: “[...] se a sociedade do futuro se organizasse conforme o modelo da Aliança, seção russa, sobrepujaria de longe o Paraguai dos reverendos padres jesuítas tão caros a Bakunin”. MARX, Karl. De L’ Alliance de la Democratie Socialiste et l’ Association Internationale des Travailleurs. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Contribuição para uma história da América Latina*. Trad. Carlos Alberto Martins. São Paulo: Edições Populares, 1982. p. 140. Importa observar que os Sete Povos das Missões no sul do Brasil representam a derradeira onda colonizadora dos jesuítas e são posteriores a este período: a primeira missão, São Francisco de Borja, é fundada em 1682. Confira KREUTZ, Estanislau Amadeu. *Missões Jesuíticas – Guaranis*: síntese histórica. Santo Ângelo, RS: EDI-URI, 2007.

⁶¹ RESOLUÇÕES da junta da Bahia sobre as aldeias dos padres e os índios, 30 de julho de 1566. In: LEITE, Serafim Soares J (ed.). *Monumenta Brasiliae*. Roma: Monumenta Historica Societatis Iesu, 1563-1568. v. 4. p. 354-420. Disponível em: <http://memoria-africa.ua.pt/Library/MonumentaBrasiliae.aspx>. Acesso em: 30 jul. 2022. p. 354 e ss.

de extrema necessidade, o índio maior de vinte e um anos poderia vender a sua própria liberdade, e o pai os seus filhos. Segundo Eisenberg, o documento legal foi perdido, e só se conhece a sua existência pelo debate entre Quirício Caxa e Manuel da Nóbrega.⁶²

Até esse momento, em todos os locais da tradição romano-germânica, o problema jurídico da escravidão se resumia às disposições do *Corpus Iuris Civilis*, e as legislações destes países foram, portanto, influenciadas por ele. No *Digesto*, Florentino estabeleceu que a escravidão se baseia no *ius gentium*⁶³; porém, Marciano fundamentou ora no *ius gentium*, ora no *ius civili*, pois alguém só poderia se tornar escravo se capturado numa guerra (justa) ou se, maior de 21 anos, alienasse a sua própria liberdade a outrem.⁶⁴ Ademais, adiante, no *Codex Iustinianus*, essa forma estranha de escravidão voluntária recebeu uma expansão. O pátrio poder englobou até mesmo a capacidade de vender os filhos recém-nascidos: “se alguém vender um filho ou filha recém-nascida por causa da pobreza excessiva, nesse caso, somente quando a venda for forte, o comprador terá a oportunidade de manter o negócio.”⁶⁵ No Direito Romano, portanto, a pessoa capaz poderia dispor da própria cabeça (*capitis*), mas o poder do pai em dispor da liberdade do filho sofria algumas restrições: era limitada aos filhos recém-nascidos (*sanguinolentos*), em situações de extrema (*nimiam*) penúria, e a venda deveria ser forte (*valente*) — aqui, entende-se que o comprador não poderia se aproveitar da necessidade do vendedor e deveria pagar um

preço justo, além de compreender também a possibilidade da retrovenda (o pai comprar de volta a criança).

A justificativa para a escravidão oriunda de uma guerra justa era bastante incontestada e permaneceria assim até o século XVII, diferentemente dos casos de escravidão voluntária. Por isso, as disposições do *Corpus Iuris Civilis* teriam de ser adaptadas aos novos tempos. A Mesa de Consciência e Ordens de Portugal havia reinterpretado o termo latino *nimiam* para abarcar também situações de “grande” necessidade. Quirício Caxa defendeu que a revisão do direito comum, por parte desse órgão, encerrou uma interpretação extensiva. Para ele, a intenção da Mesa de Consciências e Ordem de Portugal, com a substituição do termo “extremo” por “grande”, foi a de ampliar as ocorrências de alienação: a exceção à regra se estenderia para casos similares, quando a justiça assim o reclamar. Ademais, entendeu Caxa que cada um seria senhor de sua própria liberdade e poderia, portanto, aliená-la como bem aprouver.⁶⁶

Manuel da Nóbrega, no entanto, que havia participado da elaboração da lei, considerou suspeita a voluntariedade desse tipo de venda, visto que os colonos portugueses mormente coagiam os índios à submissão. Para ele, o sentido da lei sempre foi o de restringir a possibilidade da escravidão indígena; assim, o termo “grande” seria sinônimo de “extrema” e só se aplicaria a ocasiões em que o direito do índio entrasse em conflito com outros bens superiores, como a vida e a autopreservação, quando ele corresse o risco de morrer de fome. Nóbrega havia até sugerido eliminar da lei a possibilidade da venda do filho pelo pai para evitar qualquer dubiedade. Como bom canonista que era, defendia que as leis só poderiam ser interpretadas extensivamente se esta extensão fosse para o benefício da comunidade e não resultasse em vantagem privada para alguém (*nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta*). A norma em questão parece vantajosa aos portugueses, mas não aos índios, o que contrariaria o bem comum. Cumpre salientar que Nóbrega, ao pensar assim, considerou os índios parte do corpo político — ao menos, desde a reforma —, e o bem estar destes seria um problema da comunidade civil. Desse modo, nenhuma lei que os prejudicasse poderia ser justa (conforme o *ius*).⁶⁷

⁶² EISENBERG, José. A escravidão voluntária dos índios do Brasil e o pensamento político moderno. *Análise Social*, v. 39, n. 170, p. 7-35, 2004. p. 13.

⁶³ *Digesto*, Livro I, Título V, art. 4, § 1º. IUSTINIANUS IMPERATOR; KRUEGER; MOMMSEN. *Corpus Iuris Civilis*. Berlim: Weidmann, 1906. v. 1. Doravante, esta obra será denominada apenas de “*Digesto*”.

⁶⁴ Em verdade, havia uma terceira hipótese: os nascidos de uma escrava. “*Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili, aut gentium. Iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est; iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur, aut qui ex ancillis nostris nascuntur.*” (“Ora, os escravos são reduzidos ao nosso senhorio por direito civil ou por direito dos povos. Por direito civil, se alguém, maior de vinte anos, aceitar ser vendido de modo a participar do preço de venda; por direito dos povos são nossos escravos os que são capturados por inimigos ou os que nascem das nossas escravas”). *Digesto*, I, V, 5, §1º.

⁶⁵ “*Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem.*” *Codex Iustinianus*, IV, XXXXIII, 2. IUSTINIANUS IMPERATOR; KRUEGER; MOMMSEN. *Corpus Iuris Civilis*. Berlim: Weidmann, 1906. v. 2.

⁶⁶ EISENBERG, José. A escravidão voluntária dos índios do Brasil e o pensamento político moderno. *Análise Social*, v. 39, n. 170, p. 7-35, 2004. p. 15 e 19.

⁶⁷ EISENBERG, José. A escravidão voluntária dos índios do Brasil e o pensamento político moderno. *Análise Social*, v. 39, n. 170, p.

Apesar da hermenêutica jurídica mais robusta de Nóbrega, foi Caxa que terminou por representar o “es-pírito do seu tempo”. Nóbrega pertence a uma primeira geração de missionários jesuítas no Brasil, preocupada com o projeto de evangelização; daí a ênfase em preservar a liberdade dos índios: para que a conversão fosse voluntária e perfeita. Já Caxa, um professor de Teologia das escolas jesuítas, as quais precisavam manter boas relações com os colonos e recrutar noviços, pressentiu a crescente insatisfação dos colonos com os missionários por causa da escravidão indígena e queria desanuviar as tensões.

Mas não há dúvidas de que Caxa precisaria refinar a argumentação. E o fez. Toda a chave argumentativa se resumiria à assertiva de cada um ser “senhor” (*dominus*) da própria liberdade. Caxa se aproveitou de certa ambiguidade do conceito de *dominium* em Tomás de Aquino. O termo “domínio” aparece, primeiramente, no autor como sinônimo de propriedade, uma relação que os homens têm com as coisas. Trata-se de um instituto de direito humano. Aquino argumenta que, em caso de extrema necessidade, furtar não constituiria um pecado, pois a divisão e apropriação dos bens, que procede do direito humano, não poderiam derogar um preceito de uma ordem superior — de direito natural e divino — que foi a ordenação dos bens, por parte da Providência, para satisfação das necessidades humanas.⁶⁸ Cabe ressaltar que a divisão dos bens e a instituição da propriedade privada não são contrárias ao direito natural em si mesmas, mas se adicionam a este por meio de uma conclusão “positiva” da razão humana⁶⁹ (em outras palavras,

dominium pertence ao direito das gentes para o autor). Outrossim, tal como a propriedade privada, a escravidão não era uma condição natural, mas foi adicionada por uma convenção humana (*ius gentium*):

[...] deste modo, ‘a posse comum de todos os bens e o estado de liberdade’ são de direito natural, porque a distribuição das posses e a escravidão não foram impostas pela natureza, mas pela razão humana para a utilidade da vida humana.⁷⁰

O problema é que Tomás de Aquino também chama de *dominium* o poder que o rei tem sobre os seus súditos e o dono sobre o seu escravo.⁷¹ São diferentes modalidades — a primeira forma existia até mesmo no estado de inocência e seria, pois, natural —, mas constituem domínio assim como a propriedade. O Aquinate não extrai maiores consequências disso, mas essa ambiguidade permite a Caxa afirmar que o homem teria a “propriedade” da sua liberdade, e — como qualquer instituto de direito humano não ordenado diretamente pela lei natural — poderia dela dispor, exatamente como se ela fosse um direito subjetivo.

Segundo tese bastante famosa de Michel Villey, para os juristas romanos (bem como para Tomás de Aquino), não havia a noção de direito subjetivo. Quando estes falavam de *ius*, referiam-se a um estado de coisas objetivo, a coisa (incorpórea) justa, não uma faculdade ou um atributo devido a alguém. O indivíduo podia reivindicar não o seu direito, mas o cumprimento, por parte de outrem, de uma obrigação que lhe era devida. A ideia de direito subjetivo representaria uma invenção (e, para Villey, uma perversão também) nominalista.⁷²

no es usual en la terminología teológica y en el pensamiento jurídico actual. El derecho de gentes está constituido por las conclusiones deducidas de los primeros principios, absolutamente evidentes, de la ley natural. Hay, pues, un **positivo** esfuerzo, aunque muy fácil, para deducir y dictaminar esas conclusiones, que están muy próximas a los principios y por eso se hallan al alcance de **todas las gentes**. Pero la fuerza o vigor de obligación, en esas conclusiones, viene del mismo derecho natural, que substancialmente contienen.” (grifo do autor). SANTIAGO RAMIREZ. Introducción a las cuestiones 95-97. In: AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Texto latino de la edición crítica Leonina. Trad. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. t. 6. p. 148.

⁷⁰ “Et hoc modo ‘communis omnium possessio, et omnium una libertas’, dicitur esse de iure naturali: quia scilicet distinctio possessionum et servitus non sunt inductae a natura, sed hominum rationem, ad utilitatem humanae vitae.” ST. 1-2 q. 94 a. 5.

⁷¹ ST. 1 q. 96 a.4.

⁷² “La science juridique des classiques, pour établir le droit de chacun (jus suum cuique), ne part pas de l’individu, mais objectivement de la masse des biens sociaux à partager: le droit de chacun, c’est un quotient. Le droit n’est donc pas ‘l’attribut’ de l’individu, isolément considéré, mais une chose, une chose **objective** (‘chose in-

7-35, 2004. p. 18.

⁶⁸ ST. 2-2 q. 67 a.7.

⁶⁹ “Unde proprietatis possessionum non est contra ius naturale; sed iuri naturali superadditur per ad inventionem rationis humane.” ST. 2-2 66 a.2. À primeira vista, Aquino faria uma classificação muito confusa do direito das gentes: no Tratado da Justiça, seria direito natural e, no Tratados das Leis, direito positivo. Em verdade, todo o problema reside na derivação deste *ius* dos preceitos naturais, que procede de uma maneira mais rápida e menos inequívoca do que o restante do direito positivo. Tão direta que ele seria o próprio direito natural, embora pendente de uma convenção humana. Em verdade, o Doutor Angélico não emprega o termo “positivo” aqui na sua acepção usual; deve substituir-se a expressão por “humano”. O direito das gentes consiste no direito natural humano: o seu fundamento é a razão natural, mas ele não se mostra evidente. Ele pressupõe certo esforço humano para derivá-lo de verdades outras que — estas sim — são evidentes. De qualquer maneira, ele não depende de uma positividade para existir, como o *ius civili*. “Al suponer una intervención de la razón discursiva para deducir lo que no aparece inmediata y absolutamente a la inteligencia, el derecho de gentes tiene algo de positivo, pero tomando el término **positivo** en un sentido muy amplio, que

Argui Eisenberg que a escolástica hispânica de matriz jesuítica buscou combinar o direito subjetivo nominalista com a teoria jurídica tomista e chega até mesmo a sugerir que foi Caxa que deve ter influenciado Luís de Molina no *De Iustitia e de Iure* publicado em 1606 (mas provavelmente escrito antes de 1592).⁷³

Todavia, essa hipótese levantada por Eisenberg funda-se numa pressuposição bastante problemática: a de que não existiu nenhum escritor da escola de Salamanca, em especial de matriz dominicana, que houvesse efetuado a junção do direito subjetivo nominalista com a teoria jurídica tomista antes de Molina e de Caxa e fosse importante e conhecido o suficiente para influenciar a ambos. E há; é o próprio Francisco de Vitória. No comentário à *Secundae secundae quaestio* 62 da Suma Teológica, intitulada *De restitutione*, Vitória define *ius* como “o poder ou a faculdade que convém a uma pessoa de acordo com as leis”⁷⁴. Trata-se de uma definição secundária, uma outra ideia sobre direito, além da tradicional *ipsa res iusta* de Tomás de Aquino, contra a qual o teólogo salmantino não se insurge. Essa noção aparece para explicar a natureza do *dominium*, pois não existe domínio que não seja baseado no Direito. Perceba a proximidade desse conceito com o do nominalista Jean Gerson: “direito é a faculdade ou poder adequado a alguém de acordo com o ditame da razão reta”⁷⁵. O termo “faculdade”, presente em ambos, torna o *ius* não o resultado de uma proporção justa, como no Aquinate, mas algo inerente ao sujeito, que o pertence. É a ideia de direito subjetivo. Mas há, também, uma diferença relevante: a conformidade desta faculdade deve se dar, em Gerson, com a reta razão, e, em Vitória, com as leis. Ainda que, em ambos, os direitos subjetivos procedam, em última análise, da natureza, a fonte dos direitos passa a ser,

consoante Vitória, a lei, ao contrário do que entendiam Gerson e outros nominalistas, como Summenhart, para quem a lei tinha caráter meramente declarativo.⁷⁶ A lei natural, portanto, é a medida do direito subjetivo, para Vitória, e, como tal, ela o antecede. Já para os nominalistas, o direito subjetivo é desvelado pela natureza, não há a mediação da lei. Francisco de Vitória consegue tornar a ideia de direito subjetivo mais palatável para a sensibilidade tomista.

Também no *De Iustitia et de Iure*, de Domingos de Soto, publicado em 1566, pouco antes do debate entre Nóbrega e Caxa, o autor define domínio como “uma faculdade para proveito próprio do titular, pelo que se diferencia de outras espécies de direito, em que o superior governa os inferiores para o bem deles próprios”⁷⁷. E, tal como em Vitória, o *ius* é explicado em termos tomistas, enquanto o domínio é caracterizado como uma espécie de direito e uma faculdade.

Tradicionalmente, os comentadores atribuíam a paternidade da noção de “direito subjetivo” ao holandês Hugo Grotius, mas, no fim do século XIX, com a publicação da obra de Alphonse Rivier⁷⁸, inicia-se uma literatura revisionista que coloca o foco na escolástica espanhola. Ademais, convém mencionar que *los maestros* salmantinos se sentiam cientificamente solidários. Eles emprestavam os seus manuscritos de aula entre si, e estes corriam de mãos em mãos. As *relecciones* de Francisco de Vitória foram publicadas dez anos após a sua morte e trinta anos após o pronunciamento da primeira. Mas, mesmo antes disso, propagaram-se rapidamente cópias pelas mais distintas universidades espanholas. Sabe-se que, sobre cópias de Vitória, ensinaram Melchior Cano em Alcalá e Martín de Ledesma em Coimbra. Em Sa-

corporelle”), une quantité délimitée de prérogatives ou de charges. Il n'est pas ‘pouvoir’ d'accomplir telle activité (circuler – dire son opinion – cultiver l'atterre), mais – voici la nuance essentielle – **zone** de pouvoir, secteur d'action délimité par rapport à d'autres secteurs attribués à d'autres associés.” VILLEY, Michel. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962. p. 160.

⁷³ EISENBERG, José. A escravidão voluntária dos índios do Brasil e o pensamento político moderno. *Análise Social*, v. 39, n. 170, p. 7-35, 2004. p. 33.

⁷⁴ “[...] potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges”. VITÓRIA, Francisco de. *Comentarios a la Secunda secundae*. Madrid: Beltrán de Heredia, 1932. t. 3. *De Iustitia, in Ila Ilae*, q. 62, art. 1, 5.

⁷⁵ “Ius est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis”. GERSON, Iohannes. *Liber de vita spirituali animae*, lec. 3a. In: OPERA omnia. Antwerpiae: L. Ellies du Pin, 1706. Reimpr. Hildesheim, G. Olms Verlag, (1987), III, col. 26 A.

⁷⁶ FOUTO, Ana Caldeira. *Dominium na Doutrina de Francisco de Vitória: reflexões para a historiografia de um discurso jurídico moderno*. In: SEIXAS, Margarida; Silva, Cristina Nogueira da (coord.). *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021. p. 137.

⁷⁷ “[...] dominium sit facultas ad proprium utentis comodum, quo differat ab aliis iuris speciebus, quibus superior inferiores ob suum ipsorum bonum governat”. Fratris Dominici Soto Segobiensis, Theologi, ordinis Praedicatorum. *De Iustitia & Iure libri decem*. Salmanticae: expensis Benedicti Boyerii bibliopolae apud Ioannem Mariam à Terranoua, 1566, IV q. I.

⁷⁸ RIVIER, Alphonse. *Note sur la littérature du droit de gens avant la publication du Jus Belli ac Pacis de Grotius (1625)*. Bruxelles: Académie Royale de Belgique, 1883. Confira também HINOJOSA, Eduardo. *Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles, anteriores a nuestro siglo*. Madrid: Reus, 1890 e NYS, Ernest. *Le Droit de la Guerre et les précurseurs de Grotius*. Bruxelles: Leipzig: Murquardt, 1882.

lamanca, valeram-se delas Soto, Cano, Chaves, Barrón, Cuevas e Covarrubias. Luís de Molina, lecionava as *relecciones* em Évora. Vários autores, em especial, Melchior Cano, Domingo de Soto, Pedro de Sotomaior, João de la Penha, Mancio de Corpus Christi, João de Guevara, Luís de Leão, Bartolomeu de Medina, Pedro de Aragão e Domingo Bañez, não se limitaram a repetir Francisco de Vitória, mas promoveram acréscimos valiosos. Luciano Pereña, na sua coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, demonstra que houve uma verdadeira escola em Salamanca, bastante orgânica e articulada, com profícuo debate.⁷⁹

Antônio Vieira, provavelmente, leu a maioria desses escolásticos e poderia haver buscado inspiração em qualquer um deles para elaborar a sua própria definição de liberdade como “faculdade” do indivíduo. Mas ele citou (quase) *ipsis litteris* o conceito do Teólogo e Bispo de Quito Alonso de la Peña Montenegro: “*naturalis facultas ejus, quod de se, ac rebus suis quisque; facere possit, ut velit*”⁸⁰ (“faculdade natural sobre si e sobre as suas coisas, sobre as quais tem poder para fazer conforme a sua vontade” — tradução mais literal). Convém comparar com a própria fórmula de Vieira: “*naturalis facultas ejus, quod de se et rebus suis quis que facere velit*” (“faculdade natural de fazer o que quiser [conforme a sua vontade] sobre si mesmo e sobre as suas coisas”).⁸¹ Equivaleria a uma transcrição literal, exceto por se tratar de uma construção mais direta que somente poderia ter sido feita por alguém que conhecesse melhor o latim do que o próprio Montenegro. E faz sentido que a fonte imediata de Vieira houvesse sido este autor. Montenegro estudou na Universidade de Salamanca e na de Santiago de Compostela (onde também se tornou professor catedrático) e publicou, em 1668, a obra *Itinerario para parrochos de índios*, um livro com lições práticas destinado aos deveres pastorais ordinários dos padres que evangelizavam junto aos índios.

⁷⁹ PEREÑA, Luciano. Génesis suareciana del ius gentium. In: SUAREZ, Francisco. *De Legibus*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1975. (Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, v. 14). p. xx e ss (doravante esta obra será denominada apenas de “DL”).

⁸⁰ PEÑA MONTENEGRO, Alonso. *Itinerario para parrochos de índios, en que se tratan las materias más particulares tocantes a ellos para su buena administración*. Madrid: Ioseph Fernandez de Buendía, 1668. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/9040>. Acesso em: 30 ago. 2022. lib. II, Tract. X, sess. I, n. 7. p. 249.

⁸¹ VIEIRA, Antônio. Voto do Padre Antônio Vieira sobre as Dúvidas dos Moradores de São Paulo acerca da Administração dos Índios, 1694. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obras Completas Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4. p. 279.

O debate entre Caxa e Nóbrega ilustra o impacto praticamente imediato (a imediatez deve ser sempre considerada em face das dificuldades de comunicação da época; pode dizer-se que houve uma penetração muito rápida) da inovação que a escola de Salamanca exerceu sobre Portugal e as Américas espanhola e portuguesa. Havia uma grande mobilidade entre as universidades ibéricas, e esse movimento mostra-se bastante perceptível entre os escolásticos jesuítas. Francisco Suárez estudou Cânones em Salamanca (embora não termine), depois Teologia no Colégio Romano, lecionou em Alcalá e brevemente em Salamanca, e atingiu o auge da sua carreira em Coimbra. Luís de Molina estudou nas universidades de Salamanca e Alcalá e começou a sua carreira docente, primeiramente, em Coimbra e, posteriormente, em Évora.

Nesse debate, Caxa pode muito bem haver materializado os interesses dos colonos portugueses na América, mas a realza em Portugal se encontrava mais próxima de Nóbrega, e a própria noção de escravidão voluntária passaria a sofrer ataques frontais do governante. Em março de 1570, o recém-coroadado rei Dom Sebastião promulgou lei que baniu qualquer tipo de escravidão voluntária, quer seja a do filho recém-nascido pelo pai, quer seja a pessoal do maior de idade. Contudo, a pressão contrária foi tamanha que o rei transferiu a competência sobre o tema da escravização do índio para a administração colonial. E, então, em meados da década de 1570, as autoridades coloniais voltaram a legalizar a escravidão voluntária.⁸²

Quando aconteceu a União Ibérica, os reis espanhóis voltaram a tentar restringir a escravidão voluntária. O rei Felipe I de Portugal — e Felipe II da Espanha — editou em 1587 nova legislação que legalizou a prática, desde que a alienação tivesse sido verdadeiramente voluntária, sem qualquer coerção. No mesmo ano, expediu outra lei que conferiu aos jesuítas o monopólio da autoridade legal para trazerem índios do interior do continente, desde que viessem de livre e espontânea vontade como homens livres, o que ameaçava as bandeiras de apresamento paulistas. Ao final do século XVI, o problema da justificação da escravidão voluntária parecia ter sido superado pelos jesuítas, que, graças à legislação, detinham muito poder nas negociações sobre a liberdade

⁸² EISENBERG, José. A escravidão voluntária dos índios do Brasil e o pensamento político moderno. *Análise Social*, v. 39, n. 170, p. 7-35, 2004. p. 26.

dos nativos. Esse movimento de restrição à escravidão voluntária culminou em 1595, quando o rei Felipe II de Portugal — e Felipe III da Espanha — promulgou nova lei que declarou todos os índios cidadãos livres do Império. Trata-se de chancela real à tese de Nóbrega sobre a incorporação dos índios ao corpo político. A lei ainda prescreveu que a única forma de escravidão lícita era a resultante de captura numa guerra justa e reafirmou a prerrogativa de os jesuítas serem os únicos autorizados a trazer os índios do interior (para trabalhar nas então *encomiendas*).⁸³

Todavia, já na virada do século XVII, com a intensificação das entradas e bandeiras, os jesuítas perderam por completo o controle sobre a questão da escravidão indígena no Brasil. Em julho de 1609, o rei Felipe II promulgou nova lei que declarava todos os índios incondicionalmente homens livres, mas o Conselho Municipal da Bahia se reuniu e rejeitou integralmente a lei. A pressão colonial se tornou irresistível, e o rei, no ano seguinte, invalidou de vez a lei.

À medida que o tema da escravidão voluntária se torna cada vez mais controverso, começaram a aparecer mais e mais textos sobre o trabalho livre. Margarida Seixas⁸⁴ descobriu manuscritos de dois escolásticos portugueses do final do século XVI que buscam regulamentar esse tipo de atividade: Pedro Simões e Cosme de Magalhães, os quais lecionaram nas universidades de Évora e Coimbra respectivamente. O tratamento do assunto em ambos é muito parecido, e não diferem substancialmente nem em suas fontes — as quais também resultam de uma combinação entre a tradição tomista, revigorada por Francisco de Vitória e, em especial, Domingos de Soto, e o nominalismo.

A diferença fundamental entre o trabalho livre e o trabalho escravo para os autores não seria o salário, mas a duração; este vincularia a pessoa por toda a vida, enquanto aquele somente de forma provisória. O trabalho livre se insere dentro de tratados *De restitutione*. Salienta a autora⁸⁵ que o conceito de *restitutio* surgiu, primeiro no

contexto da penitência e da absolvição dos pecados. A ideia era que a restituição do indevidamente apropriado constituiria pressuposto da absolvição, como foi estabelecido primeiro por Agostinho de Hipona, na *Epistola ad Macedonium*, e depois integrada no *Decretum* de Graziano (C. 14, q. 6, c. 1 *Penitentia non agitur, si res aliena non restituitur*) e, mais tarde, no *Livro Sexto das Decretais* (L.5, t. 13, 4: *Peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum*). O livro das *Sentenças* de Pedro Lombardo também é abundantemente citado pelos escolásticos portugueses. Mas é Tomás de Aquino quem primeiro inovaria sobre o tema e chega a criar verdadeira “teoria da restituição” como regra jurídica. O Aquinate observa a divisão aristotélica entre justiça distributiva e comutativa e insere nesta o tema da restituição: “assim a restituição é um ato da justiça comutativa quer quando a coisa de um está em poder de outro, por vontade daquele, como no mútuo ou no depósito; quer quando está contra a sua vontade, como na rapina ou no furto”⁸⁶. Vitória e Soto também redigem um tratado sobre a restituição.

E como se encaixaria o trabalho livre no tema da restituição? Segundo Seixas⁸⁷, os autores apresentam diferentes fundamentos para o que francamente já denominam de “jurisdição”: o direito natural justificaria o domínio do *pater familiae* sobre a mulher e os filhos, o direito das gentes para a jurisdição do senhor sobre os escravos, e o contrato, um instituto do *ius civili*, para os serviços livres. Trata-se, pois, de uma vinculação contratual, e o poder do senhor se estenderia ao que ficar pactuado. Aqui, haveria até mesmo um direito contratual de castigar o trabalhador, visto que se entendia que a justiça punitiva também seria comutativa.

Obviamente, à época, as condições de trabalho apresentavam-se muito mais penosas dos que as que existem atualmente. Porém, para os propósitos do presente texto, importa salientar algumas diferenças entre o trabalho livre e o escravo. Em primeiro lugar, a sua inserção na

Escolástica Peninsular: manuscritos portugueses no final do século XVI. In: SEIXAS, Margarida; SILVA, Cristina Nogueira da (coord.). *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021. p. 244.

⁸⁶ “Et ideo restitutio est actus commutativae iustitiae: quando scilicet res unius ab alio habetur, vel per voluntatem eius, sicut in mutuo vel deposito; vel contra voluntatem eius, sicut in rapina vel furto.” ST. 2-2 q. 62 a.1.

⁸⁷ SEIXAS, Margarida. Do trabalho livre nos textos da Segunda Escolástica Peninsular: manuscritos portugueses no final do século XVI. In: SEIXAS, Margarida; SILVA, Cristina Nogueira da (coord.). *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021. p. 250.

⁸³ EISENBERG, José. *Antônio Vieira and the justification of indian slavery*. New Haven: Yale University, nov. 1997. 15 p. p. 5.

⁸⁴ Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa que trabalhou no projeto “A Escola Ibérica da Paz”, coordenado por Pedro CALAFATE. Confira SEIXAS, Margarida. Do trabalho livre nos textos da Segunda Escolástica Peninsular: manuscritos portugueses no final do século XVI. In: SEIXAS, Margarida; SILVA, Cristina Nogueira da (coord.). *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021. p. 239-263.

⁸⁵ SEIXAS, Margarida. Do trabalho livre nos textos da Segunda

justiça comutativa torna o instituto uma relação entre iguais, por mais desigual que possa parecer à sensibilidade contemporânea o padrão poder castigar o empregado ou não lhe pagar um salário. Por oposição, na escravidão mesmo, não haveria igualdade. O empregado é igual ao padrão obviamente não na situação econômica (os autores utilizam a expressão “jurisdição econômica”), mas porque não haveria nenhuma diferença de *capitis*: ambos eram livres e cidadãos do império.

Em segundo, o pertencimento da questão no *ius civili*, enquanto a escravidão defluiria do *ius gentium*, revela-se muito significativo. Não se trata de mera classificação doutrinária, visto que, em Roma, o primeiro regulava as relações entre os homens livres e cidadãos do império, e o último as relações entre estrangeiros. Embora o direito das gentes se encontrasse mais próximo do direito natural — sendo por muitos escritores até um sinônimo, e a igualdade entre os homens fosse natural, ele permitia derrogações mais “radicais” da lei da natureza do que o *ius civili*. Mas essas alterações se justificavam sempre em função de uma situação concreta mais opressora ainda. Como foi visto, a escravidão do cativo de uma guerra justa constitui um mal menor do que a sua execução sumária; e a escravidão voluntária mostrava-se preferível a morrer de fome.

Por fim, a diferença essencial da duração da atividade principia por solapar a própria licitude da escravidão voluntária. No século seguinte, em 1647, Juan de Solórzano Pereira questionou, abertamente, a validade de contratos perpétuos de trabalho: “nos vendidos pela fome, não parece justo que perdurasse a escravidão senão pelo tempo necessário para se quitar o pouco que se deu a eles”⁸⁸. Vieira teve conhecimento disso e chega a citar o próprio Solórzano Pereira para rechaçar os contratos de privação perpétua da liberdade. No vernáculo dos quinhentistas, o índio poderia vender a sua liberdade — visto que se trata de uma faculdade dele, um direito subjetivo derivado do direito das gentes —, mas não poderia vender o próprio corpo, posto que não pode haver domínio disso. E um contrato perpétuo de venda da liberdade equivale a uma alienação do corpo. A ideia que já começa a se introduzir de forma bastante sutil é a de que a pessoa poderia, em verdade, vender o trabalho, não a liberdade.

⁸⁸ “Y en los vendidos por hambre, aun no parecía justo, que durase la servidumbre, mas de quanto se pudiesse desquitar lo poco, que se dio por ellos.” SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. 3. ed. Madrid: Mateo Sacristan, 1736. v. 1, t. 1, L. 1, a. 25. cap. 1. p. 60.

Assim, o instituto da escravidão voluntária, embora expressamente previsto no *Corpus Iuris Civilis*, já não poderia mais ser aceito. Por isso, no seu projeto, Vieira não mais permitiu a venda de menores de idade (*sanguinolentos*) pelo pai, tampouco a alienação por grave ou mesmo extrema necessidade. Porém, admitiu que o índio aldeado trabalhasse, durante metade do ano, na lavoura dos colonos, em troca de uma remuneração. O fato de o trabalho ser compulsório não implicava escravidão, tanto na cabeça de Vieira como na dos escolásticos salmantinos. Ainda não se pode falar de abolicionismo, mas a ideia de escravidão voluntária havia se tornado um oxímoro.

Convém ressaltar o fato de o instituto da escravidão voluntária consistir numa derrogação da lei natural pelo *ius civili*, não pelo *ius gentium*. Apesar de conviverem com esta e com outras formas de escravidão instituída por aquele direito (como resultado da aplicação de uma pena e em consequência do princípio romano *partu sequitur ventrem*), prova da longevidade e saúde do direito comum, como regra geral, os escolásticos hispânicos não permitiam a revogação da lei natural pela lei humana. Ao contrário, esta deveria se conformar aos limites fixados por aquela.⁸⁹ O direito das gentes, no entanto, por sua conexão mais próxima com a lei natural, não criava tantas dificuldades teóricas. Por essa razão, Suárez e a maioria dos escolásticos espanhóis sequer abordaram o problema da escravidão voluntária. E revela-se curioso que tanto Vieira como Nóbrega, no século anterior, não houvessem aceitado essa forma de escravidão que era consagrada pelo direito romano. Possivelmente, o pertencimento a uma organização “globalizada” como a Companhia de Jesus os tornou mais dispostos a dialogar com as ideias vindas da Espanha e, desta feita, mais atentos a essa tendência do pensamento salmantino do que outros pensadores portugueses tradicionalmente mais refratários a espanholismos⁹⁰, mesmo aqueles mediados por Coimbra e Évora. Ainda que não se possa

⁸⁹ Confira MACEDO, Paulo Emílio Borges de. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009. p. 120-122. E também o DL suareziano, em especial, todo o livro III, cap. 12.

⁹⁰ Essa assertiva constitui, em verdade, uma simplificação. Torgal mostra muito bem como os pensadores portugueses da restauração dialogavam com ideias estrangeiras e, em especial, da escolástica espanhola; porém, explica como elas eram adaptadas e “nacionalizadas”, além de submetidas ao escrutínio de incorporar somente o que fosse útil para a emancipação e construção do Estado lusitano. TORRAL, Luís Reis de. *Ideologia política e Teoria do Estado na restauração*. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1981. v. 2. p. 24-33.

comprovar essa hipótese em definitivo, permanece o fato de Vieira (a despeito do clamor dos colonos e das necessidades da economia colonial) restringir a escravidão, apenas, para títulos do direito das gentes.

7 A escravidão africana até Vieira

Com a descoberta do Novo Mundo, os escolásticos ibéricos se prontificaram a apresentar uma defesa do que consideraram os excessos da conquista. Escreveram diversos tratados voltados para a condição jurídica e teológica dos índios. Porém, não houve o mesmo empenho em relação à escravidão africana. Isso não significa que não houve vozes dissonantes, mas convém primeiro mostrar por que esse cativo não se tornou um problema.

Francisco de Vitória constitui um bom exemplo do pensamento vigente. Embora tenha entrado para a História como um grande defensor dos direitos dos índios, ao restringir diversos títulos jurídicos cruéis pelos quais poderiam ser conquistados pelos espanhóis, ele não dedica o mesmo engenho para o problema da escravidão africana em suas *relecciones*. A escravidão africana parece não existir. Mas, numa carta ao Frei Bernardino de Vieira de 18 março de 1546 (ano provável), o autor procurou responder a algumas perguntas sobre a chamada *contratación*, o comércio português de escravos na costa oeste africana, do qual os espanhóis também aproveitavam para o fornecimento de mão-de-obra. Frei Bernardino indagou primeiro, se os portugueses atraíam as almas com bugigangas para depois as sequestrar; segundo, sobre a licitude da guerra da qual resultou a escravidão; terceiro, sobre a existência de costumes dos africanos em alienar criminosos condenados à morte como maneira de comutação da pena, e se tal escravidão deveria ser temporária ou perpétua; e, por fim, se podemos confiar que o Rei de Portugal e o seu Conselho não permitiriam um comércio injusto.⁹¹

Vitória mostra-se bastante direto nas suas respostas. Em relação à primeira, afirma, categoricamente, que considera pouco provável que o rei português permi-

ta tamanha desumanidade, e os cavalheiros que comprarem os escravos já na Espanha não deveriam nutrir muitos escrúpulos sobre isso. Para a segunda dúvida, o autor desonera totalmente os portugueses de perquirir sobre a justiça da guerra entre os “bárbaros”: “basta que o homem seja escravo de fato ou de direito, que se pode adquiri-lo sem maiores preocupações”. Na terceira resposta, Vitória apela para a noção de “mal menor” em face de práticas legais menos civilizadas. Salienta que, na Espanha, um homem livre jamais poderia se tornar escravo, mas em locais onde alguém poderia ser escravizado de diversos modos — até mesmo de forma voluntária —, não haveria problema dessa pessoa acordar livremente em ser escravizada por aquele que vai resgatá-la. Acrescenta, ainda, que essa escravidão poderia perdurar por toda a sua vida. Por fim, embora os reis e os seus conselhos “não consigam ver muito longe”, Vitória repudia qualquer verossimilhança nessa suspeita.⁹²

Mas a parte mais sugestiva de toda a carta é uma admoestação para o tratamento digno do escravo:

um escrúpulo maior do que qualquer um destes, e é mais do que um mero escrúpulo, é que em geral eles [os donos de escravos] tratam os seus escravos de forma desumana, os senhores se esquecem que os seus escravos são seus semelhantes e olvidam da lição de São Paulo sobre o fato que tanto senhores como servos têm um mestre no céu, a quem devem prestar contas (Col. 4:1). Se tratados com humanidade, é melhor que sejam escravos entre cristãos do que livres em suas próprias terras; além disso, é-lhes verdadeira fortuna tornar-se cristãos.⁹³

⁹¹ VITÓRIA, Francisco de. Letter to Fray Bernardino de Vique, OP. In: VITÓRIA, Francisco de. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 334. Existe uma edição da carta no idioma original publicada por Beltrán de Heredia, mas não está disponível para acesso livre; por este motivo, utilizou-se esta versão já traduzida para o inglês.

⁹² “[...] it is hardly likely the king of Portugal would permit such inhumanity, or that there should be no one to inform him of it. At any rate, without further information, I see no reason why the gentlemen who purchased the slaves here in Spain should have any scruples”. Adiante: “I see no reason to raise great scruples here either, for the Portuguese are not obliged to discover the justice of wars between barbarians. It suffices that a man is a slave in fact or in law, and I shall buy him without a qualm.” Depois: “But in a country where one can be enslaved in numerous ways, or even sell oneself voluntarily, why should not a man voluntarily agree to become the slave of someone who is prepared to rescue him, especially if by the laws of the same country he would become a true slave of any native who cared to ransom him? Besides, a Christian could buy him from the person who had ransomed him; why not directly from himself? In my view he can be considered a slave for the duration of his life.” E, por fim: “kings often think from hand to mouth, and the members of their councils even more so. But as for a thing so outlandish as the one mentioned in the first article, it lacks the likelihood of truth.” VITÓRIA, Francisco de. Letter to Fray Bernardino de Vique, OP. In: _____. *Political Writings*. Editado por A. PAGDEN and J. Lawrance. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 335.

⁹³ “A greater scruple than any of these, and more than a mere scruple, is that in general they treat their slaves inhumanly, the masters

O argumento do consolo caritativo de Vieira agora não parece mais tão original. Vitória não chega a aprovar a escravidão, mas revela que os senhores podem redimir-se perante o tribunal da consciência eterna, se tratarem os seus escravos com humanidade, pois ambos compartilham da mesma natureza e se encontram sob o *dominium* de outro Senhor. E, quanto aos escravos, embora não se encontrem em condições ideais, devem procurar algum conforto que estão na melhor condição que lhes seria possível. Para Vitória, seria melhor ser escravo e cristão do que um homem livre sem o conhecimento da verdadeira fé.

Já no século XVI, o mercado de almas promovido pelos portugueses havia se tornado o maior comércio de escravos de toda a história europeia. É fato notório que os portugueses não criaram o negócio, mas o expandiram de tal maneira que se deveria ter levantado alguma suspeita sobre se todos os cativos provinham mesmo de modalidades lícitas de escravidão. Mas isso não ocorreu. Os portugueses parecem ter ficado dependentes intelectualmente da escolástica espanhola para promover qualquer crítica, e como esta não havia (pelo menos não ainda) voltado as suas atenções para o tema, não existia problema. E é Vitória quem estabelece a maneira “não fale, não pergunte” que prevaleceu no século XVI de como lidar com o tráfico de africanos. Em síntese, pode dissecar-se todo o pensamento de Vitória em apenas dois argumentos distintos: a escravidão africana como um dado, não como um problema, em razão de uma confiança absoluta na virtude dos envolvidos no tráfico, e conforto no consolo que, se tratados com humanidade, os escravos se encontrariam em melhor posição agora que se converteram ao cristianismo do que antes.

Foge ao escopo deste trabalho determinar se essa credulidade de Vitória sobre as circunstâncias do tráfico de escravos se deve à boa fé ou a uma cegueira ideológica. Mas é fato que alguns dos seus discípulos e companheiros não pensaram assim e se mostraram mais críticos. Poucos, no entanto. Domingos de Soto, prior no convento dos dominicanos e professor de *vespera* de

forgetting both that their slaves are fellow-men, and St Paul's saying that masters and servants both have a Master in heaven to whom they must render account (Col. 4: 1). If treated humanely, it would be better for them to be slaves among Christians than free in their own lands; in addition, it is the greatest good fortune to become Christians.” VITÓRIA, Francisco de. Letter to Fray Bernardino de Vique, OP. In: VITÓRIA, Francisco de. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 335.

Teologia em Salamanca (enquanto Vitória era professor de *prima*), talvez seja o primeiro a incorporar o problema da escravidão africana aos seus escritos científicos — não apenas numa correspondência privada. Ele retoma o tema da escravidão voluntária, mas confere bastante ênfase ao requisito da necessidade extrema. Soto não admite mais esse costume entre cristãos, mas salienta que ainda existe entre os etíopes. E, assim, aceita a sua validade porque, mais preciosa do que a liberdade, seria a vida. Porém, em caso de fraude, os compradores, traficantes e demais envolvidos no negócio deveriam libertar as almas e suportar o prejuízo. Ademais, Soto rechaça a possibilidade aberta por Vitória de encontrar consolo em cristianizar o africano que foi escravizado com fraude:

se alguém pensa que pode escusar-se com a ideia de que se está a fazer-lhes um grande bem ao darmos a eles o benefício do cristianismo em troca da escravidão, saiba que está, com efeito, a causar injúria para a fé — a qual deve ser ensinada e incentivada com a máxima liberdade; Deus está muito longe de admitir a desculpa deles.⁹⁴

Soto deixa bastante claro que a escravidão africana deveria começar a receber o mesmo tratamento que a indígena. O fato de os africanos já terem sido encontrados pelos europeus escravizados não pode mais impedir a análise da justiça ou injustiça da sua condição.

Embora não fosse um intelectual do naipe de Vitória ou Soto, por causa do impacto das suas palavras em seu tempo, merece menção Bartolomeu de Las Casas. Como se sabe, antes de se tornar a maior voz em defesa dos índios, foi ele mesmo um *encomendero*. Também as suas posições sobre a escravidão africana sofreram uma mudança radical. Inicialmente, ele não observou nenhum problema em intensificar a escravidão africana para substituir a indígena. Chega até mesmo a propor a escravização de mouros, o que, como bem demonstra Castilla Urbano⁹⁵, iria de encontro à política real

⁹⁴ “Quod si quis id sibi praetexte re cogitauerit, quod praeclare cum illis agitur dum pro servitute beneficium eis Christianismi rependimus, iniurium se noverit esse in fide, quae summa est libertate docenda, ac persuadenda: tantum abest ut eorum excusationem Deus admittat.” FRATRIS DOMINICI SOTO SEGOBIENSIS, Theologi, ordinis Praedicatorum. *De Iustitia & Lure libri decem*. Salmanticae: expensis Benedicti Boyerii bibliopolae apud Ioannem Mariam à Teranoua, 1566, IV q. II a. II.

⁹⁵ CASTILLA URBANO, Francisco. The Salamanca school on Slavery: from naturalism to culture and awareness. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, n. 2020-02, jan. 2020. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=3526000>. Acesso em: 30 jul. 2022. p. 17.

que concebia o Novo Mundo um lugar exclusivo para católicos. Alterou-se essa opinião somente em meados da década de 1540, quando descobriu que a escravização africana, tal como a indígena, não provinha de uma guerra justa, mas de uma demanda dos europeus por escravos. Las Casas passou a condená-la também e o faz de forma expressa e pública em sua *História das Índias* de 1562.⁹⁶

Tomás de Mercado foi o primeiro escolástico ibérico a dedicar um capítulo inteiro da sua obra para tratar da escravidão africana. A *Suma de Tratos y Contratos* de 1571 consiste na segunda edição aumentada de livro publicado dois anos antes, o *Tratos y contratos de mercaderes y tratantes*. O capítulo XXI do livro II, embora intitulado *Del trato de los negros de Cabo Verde*, de fato, se refere a toda costa ocidental portuguesa da África. Mercado principia com a observação de que vai se eximir de abordar os títulos de jurisdição pelos quais o rei português poderia exercer império naquelas paragens, por se tratar de verdadeiro “labirinto”; em vez disso, pretende aceitar esta situação como um dado. Porém, ele também aceita, por “voz pública e fama”, que há “dois mil enganos” e “mil fraudes” para trazer o africano de lá. Ele explica que o *ius gentium* autoriza a escravidão como resultado de uma captura numa guerra justa. Também as leis locais punem o infrator de crimes graves com a perda da liberdade. Por fim, um último título consiste na venda do filho pelo pai, em caso de extrema necessidade. Esses três títulos (e somente eles) tornam justa a escravidão e, por conseguinte, a alienação lícita. Mas então adverte que, em meio a essas causas, existem várias outras fingidas, forçadas e fraudulentas, perpetradas tanto por africanos como por ibéricos que lá se encontram para lucrar com este comércio. Mercado também descreve os maus tratos que os africanos sofrem durante a viagem: a super-

⁹⁶ “Siguió se de aquí también que como los portugueses, de muchos años atrás, han tenido cargo de robar a Guinea y hacer esclavos a los negros, harto injustamente, viendo que nosotros mostrábamos tanta necesidad dellos y que se los comprábamos bien, diéronse y dan cada día priesa a robar y captivar dellos por cuantas vías malas e inicuas captivallos pueden; ítem, como los mismos ven que con tanta ansia los buscan y quieren, unos a otros se hacen injustas guerras y por otras vías ilícitas se hurtan y venden a los portugueses, manera que nosotros somos causa de todos los pecados, que los unos y los otros cometen, sin los nuestros que en comprallos cometemos.” LAS CASAS, Bartolomeu de. *Historia de las Indias*. In: LAS CASAS, Bartolomeu de. *Obras escogidas*. Madrid: Sánchez de Ocaña y Cia, 1957. L. 3, cap. 29, p. 275. Biblioteca de autores españoles: desde la formación del lenguaje hasta nuestros días. Editado por J. Pérez de Tudela Bueso y E. López Oto. Madrid: Sánchez de Ocaña y Cia, 1961, v. II, p. 488.

lotação, a fome e a sede que, não raramente, redundam na morte dos cativos. Por isso tudo, os europeus não deveriam estranhar o tratamento que os turcos dispensam aos prisioneiros cristãos em suas masmorras.⁹⁷

Portanto, segundo Mercado, há títulos justos para a escravização do africano. Soto também disse o mesmo e prescreveu que, se porventura se descobrir que a escravização ocorreu por título injusto, deve se libertar o escravo e desfazer o negócio. Mas Mercado dá um passo adiante e inverte a pressuposição de boa-fé do negócio, em razão da má fama generalizada. Para que o trato seja válido, o comprador deve se informar exhaustivamente se houve um título justo. Em princípio, o negócio não pode ser concluído.⁹⁸ Cabe observar que, na prática da época, vigorou o princípio *in dubio pro possidenti*⁹⁹ (na dúvida, em favor do possuidor); então, mesmo dúvidas prováveis não invalidavam a transação, e apenas a certeza da injustiça poderia nulificá-la. Mercado, em definitivo, não queria contemporizar. Parece anacronismo supor que o autor subscreva a algum tipo de tese abolicionista. Porém, de fato, ele não admite mais a dualidade de tratamento entre os tipos de escravidão, e o negócio não goza mais de presunção de validade.

No século XVI, o escolástico que dedicou o maior número de linhas para o problema da escravidão africana foi Luís de Molina.¹⁰⁰ O tema ocupa as *disputaciones* 32

⁹⁷ MERCADO, Tomás de. *Suma de tratos y contratos*. [S. l.]: Editorial del Cardo, 2006. Disponível em: www.biblioteca.org.ar. Acesso em: 30 jul. 2022.

⁹⁸ “Regla general es que para ser una venta y compra lícita es menester que esté seguro yo sea suyo del mercader lo que vende y lo tiene con justo título; a lo menos requiérese no haya fama de lo contrario, y si la hay, estoy obligado a no tomarle nada”. MERCADO, Tomás de. *Suma de tratos y contratos*. [S. l.]: Editorial del Cardo, 2006. Disponível em: www.biblioteca.org.ar. Acesso em: 30 jul. 2022.

⁹⁹ AMEZUA AMEZUA, Luis-Carlos. La Cláusula Suareciana sobre la esclavitud de los negros. *Pensamiento*, v. 74, n. 279, p. 237-261, 2018. p. 246.

¹⁰⁰ Na realidade, o escolástico ibérico que mais se debruça sobre a escravidão africana e chega até mesmo a avançar teses abolicionistas é Epifânio de Moirans, que dedica uma obra inteira ao tema, *Servi Liberi seu naturalis mancipiorum libertatis iusta defensio*. Contudo, visto que este trabalho foi provavelmente redigido, em Havana, em 1681, datado de 1682, mas publicado somente em 1982, quando foi redescoberto, parece pouco provável que houvesse sido lido por Vieira, e, por este motivo, não figura nesta lista de influenciadores. Mas vale a pena conferir o excelente artigo D’OCA, Fernando Rodrigues Montes. Tráfico de Escravos e Consciência Moral: o pensamento antiescravista de Epifânio de Moirans. *Dissertatio*, n. 46, pp. 130-172, 2017. Outrossim, há outros autores que abordam o tráfico africano, mas não figuram aqui por não avançarem o tema além de Mercado e Molina e por não influenciarem Vieira: Bartolomeu de Albornoz (1519-1573), *Arte de contratos*, livro III, tit. IV, *folios* 130 e 131; Fernão

a 40 do livro II do *Tractatus de Iustitia et de Iure*. O livro foi publicado em Cuenca em 1593, mas essa parte revela-se tão articulada e desenvolvida que parece provável que tenha sido elaborada antes, como apostila de aula, nos vinte e seis anos em que lecionou em Coimbra e Évora.¹⁰¹ O autor chega a listar tantos detalhes etnográficos e sociológicos dos diversos locais de origem dos africanos e das características de suas autoridades políticas que causa espanto a historiadores contemporâneos.¹⁰² Visto que a compra não era constitutiva do estado de escravidão, Molina julgou necessário proceder a este tipo de investigação para avaliar o justo título.

Molina, ao seguir diretriz fixada por Vitória, não aceitou a doutrina da escravidão natural, mas acredita haver quatro possibilidades de escravização justa. O título mais forte de todos consiste na escravidão decorrente de uma guerra justa, que o autor trata mais à frente no livro. Em geral, ele se alinha a todos os argumentos defendidos por Vitória e pelos escolásticos espanhóis; todavia, diferentemente destes, não aceita como causa de uma guerra justa o impedimento à liberdade natural de comunicação. Argumenta que, conquanto constitua um direito *de iure gentium*, nada obsta que não possa ser proibido pelas leis locais o comércio de alguns bens, como a pesca, bem como o uso de portos por estrangeiros (exceto no que toca às coisas de que o estrangeiro necessita gravemente — a qual deveria ser livre pela lei da caridade). De fato, era o que os reis de Espanha e Portugal faziam na costa do Algarve e Sevilha em relação à pesca do atum. Mas, por óbvio, isto não se estende à liberdade de predicar o evangelho, que deveria permanecer livre.¹⁰³ Já que os portugueses se encontravam em África tão-somente para o tráfico de escravos, a conse-

quência desse argumento mostra-se bem clara: não haveria nenhum título justo de guerra entre europeus e os africanos que desejassem encerrar este comércio.

Mas resta averiguar se haveria algum título justo nas guerras entre os africanos, das quais resultaria a escravidão inicial e, por fim, a venda aos portugueses. Embora haja essa possibilidade, Molina sentencia que essas guerras “rarissimamente se presumem que sejam justas. Com efeito, os que se julgam mais poderosos buscam injustamente invadir e oprimir os outros”¹⁰⁴. Os conflitos africanos assemelham-se mais a latrocínios do que a verdadeiras guerras, e, por conseguinte, aquele comércio só serviria à depravação dos costumes.

Como as demais causas de guerra justa não se aplicam, Molina aceita a escravização como punição a um crime grave. O problema — argui o autor — é que lá se pune o roubo de galinha e outros delitos menores com esta pena. Até mesmo estende-se a pena de escravidão às esposas, filhos e parentes.¹⁰⁵ Por isso, o mercador e o comprador devem tomar muito cuidado ao adquirir um escravo sob estas condições. Mas adverte que esse cuidado, de fato, não existe.

A terceira causa, a qual, pela extensão, parece a mais importante, é a da escravidão voluntária. Molina expõe o que disciplina o direito comum sobre o assunto (a alienação própria do maior de idade e a do filho pelo pai, em caso de extrema necessidade), mas acrescenta que estas condições só se aplicam onde o direito romano seria válido. Nos outros locais, vige o princípio de direito natural *volenti et consentienti non sit iniuria* (a vontade e o consentimento excluem a injustiça). Por isso, não se exige a possibilidade da retrovenda, nos casos de alienação infantil, para a validade do negócio.¹⁰⁶ Molina suavizou bastante a ideia de “extrema necessidade” tal como Quirício Caxa (e, quiçá, neste quesito específico, tenha havido uma influência mesmo), mas abriu a questão de tal maneira a ponto de excluir a aplicação do direito romano como um todo. Essa abertura, no entanto, não poderia conduzir a arbitrariedades. A causa mais óbvia desse tipo de escravidão seria a fome. Uma venda que não ocorreu por essa razão, ou que se haja negado o alimento depois, deve ser desfeita e o comprador ar-

de Rebelo SJ (1546-1608), *Opus de obligationibus iustitiae*, pars I, lib. I, q. 9-10; Tomás Sánchez SJ (1550-1610), *Consilia seu opuscula moralia*, lib. I, cap. 1, dub. 4; Alonso de Sandoval SJ (1576-1652), *De instauranda Aethiopia salute*; e Diego de Avendaño SJ (1594-1688), *Thesaurus indicus*, tit. IX, cap. 12, §8.

¹⁰¹ HESPANHA, Antônio Manuel. Luís de Molina e a Escravização dos Negros. *Análise Social*, v. 35, n. 157, p. 937-960, 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41011477>. Acesso em: 30 jul. 2022. p. 937.

¹⁰² HESPANHA, Antônio Manuel. Luís de Molina e a Escravização dos Negros. *Análise Social*, v. 35, n. 157, p. 937-960, 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41011477>. Acesso em: 30 jul. 2022. p. 940. Outros chegam a afirmar que haveria em Molina uma verdadeira sociologia política das chefaturas africanas. AMEZUA AMEZUA, Luis-Carlos. La Cláusula Suareciana sobre la esclavitud de los negros. *Pensamiento*, v. 74, n. 279, p. 237-261, 2018. p. 244.

¹⁰³ MOLINA, Luís de. *De Iustitia et de Iure Tractatus*. Venetiis: Sessas, 1611. II, CV. Doravante, esta obra será denominada apenas de “*De Iustitia et de Iure*”.

¹⁰⁴ “Sane quam rarissime praesumendu est ea iusta esse. Etenim, qui se inter eos potentiores arbitrantur, alios iniuste invadunt et opprimere conantur”. De Iustitia et de Iure, II, XXXV.

¹⁰⁵ De Iustitia et de Iure, II, XXXIII e XXXV.

¹⁰⁶ De Iustitia et de Iure, II, XXXIII.

car com o prejuízo. Ademais, esse negócio só existe em benefício do necessitado, que pode escolher o melhor comprador (inclusive aquele que não quiser escravizá-lo). Porém, Molina, de modo paradoxal, admite que o valor dado aos escravos em troca da liberdade possa ser uma bagatela, ou mesmo uma quinquilharia qualquer, visto que objetos banais para os europeus, como espelhos, possam ser raros naquelas paragens.¹⁰⁷

A quarta possibilidade de escravidão apresenta-se menos controversa para a época: o filho de mãe escrava também é escravo.¹⁰⁸ Não importa se o pai é homem livre, nem se a criança resulta de união legítima ou de fornicção. Kaufmann salienta que se trata do princípio romano *partus sequitur ventrem*, já que se mostra mais fácil seguir a linhagem materna — pois, na maior parte das vezes, não se conhece o pai —, mas Molina propositalmente não se detém em nenhuma sutileza que esta regra comporta.¹⁰⁹

Por fim, Molina, tal como Soto, não permite o consolo oferecido pelo batismo para escravizações injustas. Salienta que o tráfico como um todo se encontra corrompido, porque os mercadores não se preocupam com o bem-estar do escravizado e visam somente o lucro. “Não direi da crueldade com que os escravos são tratados, enquanto são transportados para o interior dos barcos por aqueles chamados Tangolmaos ou Pomberos.” Pode imaginar-se perfeitamente a que tipos de crueldades Molina se refere. “Também não direi sobre a brutalidade a eles impingida nos barcos; que, para ganhar mais, carregam muitos, os quais ficam confinados até morrerem em espaço muito estreito dias e noites, como numa prisão.” Mercadores e compradores não podem se socorrer na ideia de que todas essas maldades concorreriam para um bem maior. Não se pode cometer maldades para obter objetivos bons. “Porquanto, contudo, não existem males que se tornem bens, e aqueles que os levam não buscam o bem espiritual deles, mas a própria vantagem temporal.”¹¹⁰

¹⁰⁷ De Iustitia et de Iure, II, XXXV.

¹⁰⁸ De Iustitia et de Iure, II, XXXIII.

¹⁰⁹ KAUFMANN, Matthias. Slavery between law, morality, and economy. In: KAUFMANN, M.; AICHELE, A. (ed.). *A Companion to Luis de Molina*. Leiden: Boston: Brill, 2014. p. 197.

¹¹⁰ “Hoc loco nihil de saevitia dicam, qua interdum eiusmodi mancipia tractantur, dum ab illis, quos Tangolmaos aut Pomberos apelant, ab interioribus locis ad navigia asportantur.” [...] “Nihil item dicam de saevitia, qua in navigiis, dum asportantur, tractarei saepe soleant et quam multi sint, qui, ut multum lucentur, tam multos asportant, ut necesse sit plurimos illorum mori propter navigii angustias, quibus velut carcere noctes atque dies includuntur.” [...] “Quia

Uma personagem provavelmente conhecida por Vieira é o jesuíta Alonso de Sandoval que redigiu o livro *De instauranda aethiopia salute* (escrito em castelhano, apesar do título em latim), publicado em Sevilha em 1627. O autor passou mais de quarenta anos no entreposto escravagista de Cartagena das Índias e presenciou os horrores do tráfico de escravos africanos para o Novo Mundo.¹¹¹ Dividiu a obra em quatro livros, e no primeiro se encontra a proposição central do trabalho: a evangelização dos africanos e, em especial, o batismo. A escravidão africana, segundo Sandoval, poderia sim ser lícita pelos modos comumente aceitos pelos escolásticos do seu tempo, mas prefere deixar essa determinação para os doutores, e referencia, de modo expresso, Molina.¹¹² A preocupação central do jesuíta é outra. Em regra, presumia-se que os africanos trazidos já tivessem sido batizados e catequizados, mas esta presunção, na maior parte das vezes, não se verificava. O autor desejava que a obra pudesse servir na tarefa de determinar se o batismo havia mesmo ocorrido e então auxiliar na catequese.

De fato, Sandoval denuncia os maus-tratos da escravidão, mas a sua escrita revela também a outra face de Janus do jesuíta. No capítulo II do livro I, ele investiga o motivo pelo qual os africanos apresentam a cor negra. Argui que muitos conjecturam (e aqui chega a citar Aristóteles) que ela viria em decorrência da região quente em que habitam, com o sol abrasador. Mas não aceita a ideia totalmente, porque os espanhóis continuam a gerar prole branca nessas regiões, e os africanos, na Europa, geram filhos negros. Então, como complemento a esta explicação, invoca a maldição de Cam, filho de Noé¹¹³: os africanos seriam descendentes de Cam, e a

tamen facienda non sunt mala, ut eveniant bona, iiquequ illos asportant, non spirituale eorum bonum, sed temporale suum lucrum quaerunt”. De Iustitia et de Iure, II, XXXV.

¹¹¹ Confira a biografia do autor: VALTIERRA, Angel S.J. Apresentação. In: SANDOVAL, Alonso de S.J. *De instauranda aethiopia salute*: el mundo de la esclavitud negra en América. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956. p. 5-37.

¹¹² SANDOVAL, Alonso de S.J.. *De instauranda aethiopia salute*: el mundo de la esclavitud negra en América. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956. p. 97.

¹¹³ Em Gen 9: 18-29, encontra-se descrita a maldição de Cam, pai de Canaã. Após embriagar-se, Noé vai dormir em sua tenda, e o seu filho Cam percebe a entrada entreaberta e “viu” a nudez do pai — muitos comentaristas entendem tratar-se de um estupro. Em resposta, Noé amaldiçoa o filho com estas palavras: “maldito seja Canaã! Escravo de escravos será para os seus irmãos” (Gen, 9: 25). Trata-se de outra versão da maldição de Caim e dos seus descendentes aplicadas à cor preta do africano. É bem provável que Sandoval não houvesse criado esta crendice racista, mas foi o primeiro (ao menos

cor preta corresponderia ao estigma desta maldição. E ressalta que Santo Ambrósio ensina que o nome “Cam” originou os termos “cálido” e “calor”.

O que pode ser visto nos etíopes que trazem sua origem de Cam, que foi o primeiro servo e escravo que havia no mundo, como veremos, em quem estava esse calor intrínseco para enegrecer com ele os seus filhos e descendentes.¹¹⁴

Sandoval, contudo, não para aqui. No capítulo XV do livro II, ele questiona o que se sucedeu para que aquela terra e aquela gente, em princípio tão favorecida por Deus, ostente tanta miséria de corpo e alma, escravidão e outros males. Repete esse questionamento de diversas maneiras e, numa delas, afirma que “mudaram a cor branca e bela com que brilhavam as suas almas tanto que, agora, mesmo que quisessem, não poderiam mudar a cor preta e feia de seus corpos”¹¹⁵.

Sandoval pede por um tratamento mais humano dos africanos ao mesmo tempo em que destila terrível preconceito. Um comentarista chegou a afirmar que o jesuíta não aceitaria a noção tão vulgarizada pela escolástica de que os homens são livres por natureza.¹¹⁶ Essa afirmação, no entanto, não pôde ser corroborada e contradiz a sua filiação escolástica. De fato, o autor proclama que os negros são “os pés do mundo”¹¹⁷ — no contexto de uma imagem que os missionários (jesuítas) devem proceder na sua missão tal como Cristo, que lavou os pés dos seus discípulos — e, ao longo de toda a obra, descreve os costumes africanos e as dificuldades de catequização em temos nada lisonjeiros. Porém, no capítulo III do livro III, Sandoval se posiciona de maneira

muito nítida contra os que se opunham a catequizar os escravos porque constituiria perda de tempo, visto que não poderiam compreender a mensagem. Para ele, os africanos revelam-se capazes de livre-arbítrio e somente precisam de instrução apropriada. Para provar este ponto ilustra com alguns exemplos de conversão bem sucedida entre homens e mulheres também. A maior barreira para a evangelização dos africanos consistiria no idioma — que Sandoval considera obscuro —, não os seres humanos mesmos. E, “quando estes negros são tratados por algum tempo com os nossos espanhóis, não se desassemelham a eles no entendimento”.¹¹⁸ A igualdade na razão entre africanos e hispânicos exclui a doutrina da escravidão natural, portanto.

Sandoval combinou o que havia de melhor nos missionários jesuítas com o preconceito mais vulgarizado que existia em sua época. Certamente, não inventou a hipótese da origem maldita da cor preta, mas deu ares de intelectualidade a uma crendice do homem comum. *Los maestros* salmantinos não chegaram a falar contra o racismo, como Vieira, mas, ao menos, não registravam o seu preconceito em seus escritos, e se limitavam a constatar a igualdade natural dos seres humanos. Todavia, ainda que diferente, Sandoval não deixou de ser um homem do seu tempo. Sob pena de anacronismo, não se deve pintá-lo com cores de vilão, como procedem alguns comentaristas.¹¹⁹

O impacto de Sandoval foi muito significativo. Influenciou outro padre jesuíta, seu companheiro em Cartagena das Índias e discípulo: Pedro Claver, santo da Igreja, canonizado em 1888 pelo seu ministério junto aos escravos africanos.¹²⁰ Segundo Valtierra, pode per-

no universo cultural ibérico) a registrá-la por escrito.

¹¹⁴ “Lo cual se puede entender en los etíopes que traen su origen de Cam, que fue el primer siervo y esclavo que hubo en el mundo, como veremos, en quien estaba este calor intrínseco, para con él tiznar a sus hijos y descendientes.” SANDOVAL, Alonso de S.J. *De instauranda aethiopia salute*: el mundo de la esclavitud negra en América. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956. p. 26.

¹¹⁵ “O como se ha obscurecido el oro precioso, fino y de crecidos quilates de la fe y abundante gracia con que la había enriquecido su Dios: mudado han la color blanca y hermosa con que resplandecían las almas de aquellos, que aunque quisieran no pudieran mudar la color negra y fea de sus cuerpos.” SANDOVAL, Alonso de S.J. *De instauranda aethiopia salute*: el mundo de la esclavitud negra en América. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956. p. 260.

¹¹⁶ SOUZA, Juliana Beatriz Almeida de. Las Casas, Alonso de Sandoval e a defesa da escravidão negra. *Topoi*, v. 7, n. 12, p. 25-59, jan./jun. 2006. p. 40. Cumpre salientar que todas as citações que esta autora faz de Sandoval para demonstrar esta ideia não aparecem na obra dele.

¹¹⁷ SANDOVAL, Alonso de S.J. *De instauranda aethiopia salute*: el mundo de la esclavitud negra en América. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956. p. 6.

¹¹⁸ “[...] Y cuando estos negros han tratado por algún tiempo con nuestros españoles, no les son desemejantes en los entendimientos [...]”. SANDOVAL, Alonso de S.J. *De instauranda aethiopia salute*: el mundo de la esclavitud negra en América. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956. p. 346.

¹¹⁹ Confira a já citada SOUZA, Juliana Beatriz Almeida de. Las Casas, Alonso de Sandoval e a defesa da escravidão negra. *Topoi*, v. 7, n. 12, p. 25-59, jan./jun. 2006. p. 25-59. Que exagera para caracterizar o autor como favorável à escravidão e também CENCI, M. P. African slavery and salvation in the *De instauranda aethiopia salute* of Alonso de Sandoval S. J. (1577-1652). *Patristica et Mediaevalia*, v. 36, p. 75-89, 4 dez. 2015. Cabe observar que este último texto parecia equilibrado até o autor, na conclusão, afirmar que Sandoval inaugura um “paradigma racial”.

¹²⁰ É bastante conhecido o elogio que o Papa Leão XIII dispensou ao santo: “Depois de Cristo, é o homem que mais me impressionou na História.” PARREIRAS, Aloísio. São Pedro Claver. *Site oficial da Arquidiocese de Brasília*. Disponível em: <https://arqbrasil.com.br/sao-pedro-claver>. Acesso em: 30 ago. 2022. De fato, vale a pena se

ceber-se, no apostolado de Claver, a marca de Sandoval na sua metodologia prática, no espírito que o animou e no que se convencionou chamar depois de sua “sociologia aplicada”, bem como na sua própria vida espiritual e santidade.¹²¹ Outrossim, há grande probabilidade de Vieira haver lido o livro de Sandoval, ou, ao menos, travado contato com o seu pensamento na correspondência da Companhia, cuja divulgação e leitura pública das cartas permitia a unidade da ordem. Há ecos das suas sugestões catequéticas e da sua concepção sobre a “obscuridade” da língua dos africanos em Vieira em relação à catequese e aos idiomas indígenas — sem mencionar a noção relegada por Sandoval, mas aceita por Vieira, da origem da cor preta como resultado de morar “mais perto do sol”¹²²; embora essa última ideia também pudesse provir de outra crendice popular.

8 Considerações finais

O Padre Antônio Vieira deixou um legado imenso e difícil de mensurar, mas o direito das gentes da escolástica ibérica pode constituir uma boa chave de compreensão. Pode desvendar, em especial, o seu pensamento sobre a escravidão. Antônio Vieira não foi nem um abolicionista frustrado, nem um escravocrata enrustido, mas alguém atento aos maestros salmantinos. Estes termos “abolicionismo” e “escravagismo” constituem hoje antípodas mutuamente excludentes, mas as últimas novidades do direito das gentes do tempo de Vieira admitiam “um pouco” de escravidão. Cumpre salientar que isso não significava relativismo moral; Vieira quase deu a própria vida para reduzir os casos de escravidão indígena. A Ibéria do século XVII apenas não concedia valor absoluto à liberdade, e a ideia de abolicionismo teria ainda de esperar um século.

Dessa feita, o autor admitiu três formas de escravidão: a de prisioneiros numa guerra justa, o resgate dos “índios de cordas” e o estranho caso de trabalho compulsório dos índios aldeados, que não era, em ab-

soluto, considerado escravidão no século XVII. Esses casos não foram inventados por Vieira: ele os retirou dos autores que expressavam o progresso da Teologia Moral (bem como do *ius gentium*) do seu tempo. E, a partir desses casos, envidou um plano em 1653 (no *Sermão das Tentações*) e se ateu fiel a ele até o fim da vida, ou ao menos até 1694 (quando escreve o *Voto do Padre Antônio Vieira sobre as Dívidas dos Moradores de São Paulo acerca da Administração dos Índios*). Em nome desse projeto, influenciou e modificou a legislação do seu tempo, resistiu à pressão dos colonos portugueses, foi expulso do Maranhão em 1661 e foi posto na mira da Inquisição portuguesa. Vieira dedicou grande parte da sua vida ao plano pois, de fato, acreditava nele.

A extinção da modalidade da escravidão voluntária tem importância especial. Ainda que pertencessem ao direito romano, Vieira não podia aceitá-las, pois representavam derrogações do estado natural de liberdade advindas do *ius civilis*, não do *ius gentium*. Dado o estado da arte do instituto da escravidão voluntária no mundo ibérico do século XVII — em particular, as ideias de Solórzano Pereira e dos portugueses Pedro Simões e Cosme de Magalhães — parece pouco provável que essa extinção houvesse sido uma decisão irrefletida ou mera coincidência. Vieira sabia muito bem da existência dessa modalidade de cativo, a julgar pelo caso que participou de venda do filho por um pai indígena¹²³, mas ela não foi prevista pela lei que ele ajudou a criar e, por isso, votou contra. O direito interno de um país como Portugal não poderia, nem deveria derrogar o direito natural. Não poderia porque, em princípio, o direito positivo se encontra num patamar ético inferior e, pois, não se presta a servir de modelo para um direito superior. Não deveria porque um país que possui a vocação de liderança e missionária que Vieira atribuía a Portugal precisa mostrar o exemplo e não deve autorizar as suas leis e os seus costumes a regulamentar tamanho mal como a escravidão.

Isso, contudo, não ocorre com o direito das gentes. Ao eliminar da legislação portuguesa as formas de escravatura admitidas pelo direito nacional e permitir somente aquelas de *iure gentium*, Vieira concedeu a esse direito, com exclusividade, a função de derrogação da lei natural. Não se trata de pouca monta. A dispensa

instruir sobre a vida dele.

¹²¹ VALTIERRA, Angel S. J. Apresentação. In: SANDOVAL, Alonso de S.J. *De instauranda aethiopia salute*: el mundo de la esclavitud negra en América. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956. p. 28-31. p. 9.

¹²² VIEIRA, Antônio. Sermão da Epifania, Lisboa, Capela Real, 1662. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 383-384. v. 1, t. 2. p. 384.

¹²³ VIEIRA, Antônio. Informação do modo com que foram tomados e sentenciados por cativos os índios do ano de 1655. In: Franco, José Eduardo; Calafate, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, varia. v. 3, t. 4. p. 98.

de um preceito da natureza significa poder demais para ficar nas mãos de um só povo ou de um só soberano. Vieira acreditava em governo responsável — até mesmo porque, do contrário, Deus castigaria os reis. A natureza quis que as pessoas fossem livres, mas, até o século XVII, existiam sim situações piores do que o cativo; porém, segundo o jesuíta, a determinação desses casos não poderia ocorrer por obra humana. O direito das gentes cumpriria essa função.

Outrossim, o que Vieira aprendeu com os escolásticos sobre a escravidão indígena também aplicou à escravidão africana, ao contrário do que apregoam muitos críticos. A sua bisavó paterna era africana; não há motivos para se questionar a sinceridade das suas palavras quando compara o sofrimento dos africanos com o de Cristo. O problema da escravização africana, para Vieira, extrapola o domínio do Direito para a Caridade, e o pregador faz o que qualquer pessoa deveria em face de um mal que não pode retificar: consola a vítima. Se ele deveria ter se movido mais para corrigir essa escravatura consiste em outro problema, o “pecado do tempo” — como nomeou Angel Valtierra. De fato, não agiu. Mas, se o Direito falha, a Caridade não pode faltar, e o jesuíta desvela aos africanos a grande promessa que Deus fez. Nesse tópico, os comentaristas se digladiam sobre se Vieira acreditava nas suas palavras de conforto ou se elas seriam hipocrisia. Isto é um erro. Mais do que consolar os escravos, Vieira consolava a si mesmo; o padre precisava acreditar naquelas frases para que houvesse sentido em sua fé, para que Deus fosse bom e tivesse um plano geral de amor (Caridade) dirigido aos homens.

Mas o silêncio de Vieira sobre a licitude desse cativo é também significativo. Revela que o inaciano se comportou como a maioria dos escolásticos do seu tempo: não percebeu o problema. O direito das gentes não pode resolver todos os males do mundo; somente o daquelas pessoas que se encontram (ou assim se compreende que se encontram) sob jurisdição nacional. Caso contrário, é uma adversidade alheia. O *ius gentium* impõe um mínimo ético, um padrão moral tênue e incompleto, e a Caridade precisa intervir.

Referências

- AMEZUA AMEZUA, Luis-Carlos. La Cláusula Suareciana sobre la esclavitud de los negros. *Pensamiento*, v. 74, n. 279, p. 237-261, 2018.
- AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Texto latino de la edición crítica Leonina. Trad. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. t. 6.
- BOXER, Charles. *A igreja e a expansão Ibérica (1440-1770)*. Trad. Maria de Lucena Barros e Sá Contreiras. Lisboa: Edições 70, 2013.
- BOYERII, Benedicti. *Fratris Dominici Soto Segobienensis, Theologi, ordinis Praedicatorum*. Salmanticae: [S. n.], 1589. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=JJMcmn8seJAC&pg=GBS.PA2&hl=pt>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- CALAFATE, Pedro. Ética, política e razão de Estado em António Vieira. *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 53, n. 3, p. 375–392, 1997. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40337202>. Acesso em: 30 maio 2022.
- CASTILLA URBANO, Francisco. The Salamanca school on Slavery: from naturalism to culture and awareness. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, n. 2020-02, jan. 2020. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=3526000>. Acesso em: 30 jul. 2022.
- CENCI, M. P. African slavery and salvation in the De instauranda aethiopia salute of Alonso de Sandoval S. J. (1577-1652). *Patristica et Mediaevalia*, v. 36, p. 75-89, dez. 2015.
- COSTIGAN, Lúcia Helena (org.). *Diálogos da conversão*. Campinas: Ed. Unicamp, 2005.
- D’OCA, Fernando Rodrigues Montes. Tráfico de escravos e consciência moral: o pensamento antiescravista de Epifânio de Moirans. *Dissertatio*, n. 46, p. 130-172, 2017.
- EISENBERG, José. A escravidão voluntária dos índios do Brasil e o pensamento político moderno. *Análise Social*, v. 39, n. 170, p. 7-35, 2004.
- EISENBERG, José. *António Vieira and the justification of indian slavery*. New Haven: Yale University, nov. 1997. 15 p.
- FERREIRA JUNIOR, Amarílio; BITTAR, Marisa. A pedagogia da escravidão nos Sermões do Padre António Vieira. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, n. 84, p. 43-

- 53, 2019. Disponível em: <http://rbep.inep.gov.br/ojs3/index.php/rbep/article/view/1373>. Acesso em: 30 jul. 2022.
- FOUTO, Ana Caldeira. *Dominium na Doutrina de Francisco de Vitória: reflexões para a historiografia de um discurso jurídico moderno*. In: SEIXAS, Margarida; Silva, Cristina Nogueira da (coord.). *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021.
- FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (coord.). *Obra Completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. 32 v.
- FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro; Ventura, Ricardo. Introdução. In: VIEIRA, Antônio. *Cada um é da cor do seu coração*. Lisboa: Círculo de Letras, 2018. p. 19.
- GERSON, Iohannes. *Liber de vita spirituali animae*, lec. 3a. In: OPERA omnia. Antwerpiae: L. Ellies du Pin, 1706.
- HANSEN, João Adolfo. A escrita da conversão. In: COSTIGAN, Lúcia Helena (org.). *Diálogos da Conversão*. Campinas: ed. Unicamp, 2005
- HANSEN, João Adolfo. Francisco Suárez e Antônio Vieira: metafísica, teologia-política católica e ação missionária no Brasil e no Maranhão e Grão Pará. *Labor Histórico*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 395-410, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/lh/article/view/29834>. Acesso em: 30 jul. 2022.
- HESPANHA, António Manuel. Luís de Molina e a Escravização dos Negros. *Análise Social*, v. 35, n. 157, p. 937-960, 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41011477>. Acesso em: 30 jul. 2022.
- HINOJOSA, Eduardo. *Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles, anteriores a nuestro siglo*. Madrid: Reus, 1890.
- HOORNAERT, Eduardo; AZZI, Riolando; VAN DER GRIJP, Klaus; BROD, Benno. *História da igreja no Brasil: ensaio de interpretação a partir do povo: Primeira Época*. Petrópolis: Vozes, 1977. t. 2.
- IUSTINIANUS IMPERATOR; KRUEGER; MOMMSEN. *Corpus Iuris Civilis*. Berlim: Weidmann, 1906.
- KAUFMANN, M.; AICHELE, A. (ed.). *A Companion to Luis de Molina*. Leiden; Boston: Brill, 2014.
- KAUFMANN, Matthias. Slavery between law, morality, and economy. In: KAUFMANN, M.; AICHELE, A. (ed.). *A Companion to Luis de Molina*. Leiden; Boston: Brill, 2014.
- KREUTZ, Estanislau Amadeu. *Missões Jesuítico – Guaranis: síntese histórica*. Santo Ângelo, RS: EDIURI, 2007.
- LAS CASAS, Bartolomeu de. *Historia de las Indias*. In: LAS CASAS, Bartolomeu de. *Obras escogidas*. Madrid: Sánchez de Ocaña y Cia, 1957. cap. 29.
- LAS CASAS, Bartolomeu de. *Obras escogidas*. Madrid: Sánchez de Ocaña y Cia, 1957. 2 v.
- MACEDO, Paulo Emílio Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? *Revista de Direito Internacional*, v. 9, p. 1-14, 2012. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1602/1591>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- MACEDO, Paulo Emílio Borges de. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.
- MAIOR, Iohannes. In *secundum Sententiarum*. Parisii: Venudatur apud eunde Badium, 1519. Disponível em: <http://capricorn.bc.edu/siepm/books.html>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- MARX, Karl. De l' Alliance de la Democratie Socialiste et l' Association Internationale des Travailleurs. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Contribuição para uma história da América Latina*. Trad. Carlos Alberto Martins. São Paulo: Edições Populares, 1982.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Contribuição para uma história da América Latina*. Trad. Carlos Alberto Martins. São Paulo: Edições Populares, 1982.
- MERCADO, Tomás de. *Suma de tratos y contratos*. [S. l.]: Editorial del Cardo, 2006. Disponível em: www.biblioteca.org.ar. Acesso em; 30 jul. 2022.
- MOLINA, Luís de. *De Iustitia et de Iure Tractatus*. Venetiis: Sessas, 1611.
- MONTESINOS, Antonio de. *Missã do 4º domingo do advento, de 21 de Dezembro de 1511, na Isla Espaniola*. Madrid: Dominicos, 2011. Disponível em: https://www2.dominicos.org/kit_upload/file/especial-montesinosermon.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.
- NÓBREGA, Manuel da. Carta IX a el-Rei D. João III, 1551. In: NÓBREGA, Manuel da; CABRAL, Alfredo do Vale; FRANCO, Antonio. *Cartas Jesuíticas I: Cartas*

- do Brasil do Padre Manuel Danóbrega (1549-1560). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886. v. 2.
- NÓBREGA, Manuel da; CABRAL, Alfredo do Vale; FRANCO, Antonio. *Cartas do Brasil do Padre Manuel Danóbrega (1549-1560)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886. (Cartas Jesuíticas, v. 1).
- NYS, Ernest. *Le Droit de la Guerre et les précurseurs de Grotius*. Bruxelles: Leipzigt: Murquardt, 1882.
- PAGDEN, Anthony. *The fall of natural man: the American Indian and the origins of comparative ethnology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- PARREIRAS, Aloísio. São Pedro Claver. *Site oficial da Arquidiocese de Brasília*. Disponível em: <https://arqbrasil.com.br/sao-pedro-claver>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- PÉCORA, Alcir. A escravidão nos sermões do Padre Antônio Vieira. *Estudos Avançados*, v. 33, n. 97, p. 151-170, 2019.
- PEÑA MONTENEGRO, Alonso. *Itinerario para parobos de índios, en que se tratan las materias más particulares tocantes a ellos para su buena administración*. Madrid: Ioseph Fernandez de Buendía, 1668. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/9040>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- PEREÑA, Luciano. Génesis suareciana del ius gentium. In: SUAREZ, Francisco. *De Legibus*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1975. (Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, v. 14).
- PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James (ed.). *The Nature of Customary Law: Philosophical, Historical and Legal Perspectives*. Cambridge: Centre for Research in the Arts, Social Sciences and Humanities, 2004.
- PINTO, Porfírio José dos Santos. *Choupanas e palácios: a arquitetura teológica vieiriana*. 2018. Tese (Doutorado em Literatura e Cultura) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, Lisboa, 2018.
- PORTUGAL. *Bula "Romanus Pontifex" do Papa Nicolau V pela qual concedeu ao Rei D. Afonso V e ao Infante D. Henrique e a todos os reis de Portugal e seus sucessores, todas as conquistas de África com as ilhas nos mares a ela adjacentes, desde os cabos Bojador e Não e toda a costa da Guiné, e que nelas possam mandar edificar igrejas cujos padroados lhe ficarão pertencendo*. Portugal: Torre do Tombo, 1455. Disponível em: <https://digitarq.arquivos.pt/details?id=3907997>. Acesso em: 30 jul. 2022.
- PORTUGAL. *Cópia do traslado autêntico da Bula "Inter Caetera Divinae Majestati" do Papa Alexandre VI pela qual concedeu a D. Fernando de Castela, à Rainha D. Isabel e a todos os seus sucessores, todas as ilhas e terra firme descobertas e por descobrir, desde o Setentrião até ao Meio Dia, tirada por uma linha desde o polo norte ao polo sul, a cem léguas das ilhas dos Açores e de Cabo Verde para ocidente*, Portugal: Torre do Tombo, 1493. Disponível em: <https://digitarq.arquivos.pt/details?id=4185853>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- PORTUGAL. Ley que se passou pelo Secretário de Estado em 9 de abril de 1655 sobre os índios do Maranhão. In: ANAIS da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, v. 66, 1 pt, p. 25-28, 1948. Disponível em: <http://memoria.bn.br/hdb/periodico.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- RESOLUÇÕES da junta da Bahia sobre as aldeias dos padres e os índios, 30 de julho de 1566. In: LEITE, Serafim Soares J (ed.). *Monumenta Brasiliae*. Roma: Monumenta Historica Societatis Iesu, 1563-1568. v. 4. p. 354-420. Disponível em: <http://memoria-africa.ua.pt/Library/MonumentaBrasiliae.aspx>. Acesso em: 30 jul. 2022.
- RIVIER, Alphonse. *Note sur la littérature du droit de gens avant la publication du Jus Belli ac Pacis de Grotius (1625)*. Bruxelles: Académie Royale de Belgique, 1883.
- RODRIGUES, Ernesto. Introdução. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 9, t. 2.
- SANDOVAL, Alonso de S.J.. *De instauranda aethiopum salute: el mundo de la esclavitud negra en América*. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956.
- SANTIAGO RAMIREZ. Introducción a las cuestiones 95-97. In: AQUINO, Tomás de. *Suma teologica*. Texto latino de la edición crítica Leonina. Trad. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. t. 6.
- SEIXAS, Margarida. Do trabalho livre nos textos da Segunda Escolástica Peninsular: manuscritos portugueses no final do século XVI. In: SEIXAS, Margarida; SILVA, Cristina Nogueira da (coord.). *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021.
- SEIXAS, Margarida; SILVA, Cristina Nogueira da (coord.). *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021.

- SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. 3. ed. Madrid: Mateo Sacristan, 1736.
- SOUZA, Juliana Beatriz Almeida de. Las Casas, Alonso de Sandoval e a defesa da escravidão negra. *Topoi*, v. 7, n. 12, p. 25-59, jan./jun. 2006.
- TIERNEY, Brian. Vitoria and Suarez on Ius Gentium, Natural Law and Custom. In: PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James (ed.). *The Nature of Customary Law: Philosophical, Historical and Legal Perspectives*. Cambridge: Centre for Research in the Arts, Social Sciences and Humanities: University of Cambridge, 2004.
- TORGAL, Luís Reis de. *Ideologia política e Teoria do Estado na restauração*. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1981, 2v.
- VAINFAS, Ronaldo. *Antônio Vieira: jesuíta do rei*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- VALTIERRA, Angel S. J. Apresentação. In: SANDOVAL, Alonso de S.J. *De instauranda aethiopiæ salute: el mundo de la esclavitud negra en América*. Bogotá: Empresa Nacional de Publicaciones, 1956. p. 28-31.
- VANDERPOL, Alfred. *La Doctrine Scolastique du Droit de Guerre*. Paris: A. Pedone, 1919.
- VENTURA, Ricardo. Introdução. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola. v. 3, t. 4.
- VIEIRA, Antônio. *Cada um é da cor do seu coração*. Lisboa: Círculo de Letras, 2018.
- VIEIRA, Antônio. Carta a Roque Monteiro Paim, carta 718. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 4, t. 1.
- VIEIRA, Antônio. Carta Ânua, 1626. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014, epistolografia. p. 142-143. v. 1, t. 1.
- VIEIRA, Antônio. Carta ao Rei D. Afonso VI de 1657, Carta 85. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 2, t. 1.
- VIEIRA, Antônio. Informação do modo com que foram tomados e sentenciados por cativos os índios do ano de 1655. In: Franco, José Eduardo; Calafate, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, varia. v. 3, t. 4.
- VIEIRA, Antônio. Informação que por ordem do Conselho Ultramarino deu sobre as coisas do Maranhão ao mesmo Conselho o Padre Antônio Vieira, 1678. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4.
- VIEIRA, Antônio. Parecer ao Príncipe Regente sobre o aumento do Estado do Maranhão e missões dos índios Obras escolhidas. In: VIEIRA, Antônio. *Obras escolhidas*. Lisboa: Sá da Costa, 1669. v. 4.
- VIEIRA, Antônio. Representação da Câmara do Pará ao Padre Antônio Vieira, 15 de janeiro de 1661. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4.
- VIEIRA, Antônio. Resposta aos capítulos que deu contra os religiosos da Companhia o Procurador do Maranhão, Jorge de Sampaio. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4.
- VIEIRA, Antônio. Sermão da Dominga Vigésima Segunda post Pentecostes, 1653. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 5, t. 2.
- VIEIRA, Antônio. Sermão da Epifania, Lisboa, Capela Real, 1662. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 383-384 v. 1, t. 2.
- VIEIRA, Antônio. Sermão da Primeira Dominga da Quaresma. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro. *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 228-235. v. 2, t. 2.
- VIEIRA, Antônio. Sermão XIV do Rosário Maria Rosa Mística. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v.8, t. 2.
- VIEIRA, Antônio. Sermão XXVII do Rosário Maria Rosa Mística. In: FRANCO, José Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre Antônio Vieira*. São Paulo: Loyola, 2015. v. 9, t. 2.
- VIEIRA, Antônio. Voto do Padre Antônio Vieira sobre as Dúvidas dos Moradores de São Paulo acerca da Administração dos Índios, 1694. In: FRANCO, José

Eduardo; CALAFATE, Pedro (ed.). *Obra Completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014. v. 3, t. 4.

VILLEY, Michel. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962.

VITORIA, Francisco de. *Comentarios a la Secunda secundae*. Madrid: Beltrán de Heredia, 1932. 6 v.

VITÓRIA, Francisco de. De indis recenter inventis relectio prior. In: VITÓRIA, Francisco de. *Obras de Francisco de Vitória: relecciones teologicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.

VITÓRIA, Francisco de. *De Indis: De titulis legitimis quibus barbari potuerint venire in ditionem Hispanorum*. In: VITÓRIA, Francisco de. *Obras de Francisco de Vitória: relecciones teologicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960. p. 705-726.

VITÓRIA, Francisco de. Letter to Fray Bernardino de Vique, OP. In: VITÓRIA, Francisco de. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

VITORIA, Francisco de. *Obras de Francisco de Vitória: Relecciones Teologicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.

VITORIA, Francisco de. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. (Coleção Cambridge Texts in the History of Political Thought).

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O *uti possidetis* como
contribuição latino-americana ao
direito internacional**

Uti possidetis as a latin american
contribution to international law

Marcos Pascotto Palermo

Alfredo de Jesus Dal Molin Flores

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

* Recebido em 26/09/2022
Aprovado em 26/11/2022

** Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação em Ciências Sociais - Bacharelado (2005) e mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (2014); graduação em Direito (2007), pelo Centro Universitário Franciscano, atual Universidade Franciscana; especialização em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração, junto ao Curso de Pós - Graduação Lato Sensu "O Novo Direito Internacional" (2009) e mestrado em Direito (2013) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atualmente, é professor da Faculdade de Direito de Santa Maria e da Universidade Franciscana, sendo graduando no Curso de História desta última instituição, afastado de ambas para a conclusão de Doutorado. Realizou mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Lisboa (Portugal), durante o segundo semestre de 2018, sendo também investigador integrado do OBSERVARE- Observatório de Relações Exteriores da Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal).
Email: marcosppalermo@yahoo.com.br

*** Doutor em Direito e Filosofia pela Universitat de València (Espanha, 2004). Professor Associado de Metodologia Jurídica na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 2007). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir-UFRGS, 2007). Sócio efetivo, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS, 2006). Membro, Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD, 2013). Membro-correspondente, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (IIHD, Argentina, 2014). Membro, Associação Nacional de História, Seção Rio Grande do Sul (ANPUH-RS, 2015). Membro efetivo, Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul (IHGRGS, 2016). Associado, Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos (AHILA, 2017). Membro, American Society for Legal History (ASLH, 2018). Associado, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD, 2019). Membro efetivo, Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB, 2019). Membro, Société de Législation Comparée, Section Amérique Latine (SLC, 2019). Sócio efetivo, Associação Brasileira de Linguística (ABRALIN, 2020). Membro correspondente, Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo (IHGSP, 2021). Sócio, Sociedade Brasileira de Retórica (SBR, 2021). Sócio, Organización Iberoamericana de Retórica (OIR, 2021). Associado, Asociación Latinoamericana de Retórica (ALR, 2021). Membro, European Society for Comparative Legal History (ESCLH, 2022). Pesquisador nas áreas de Direito, Filosofia e História, com ênfase especial em Teoria e História do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: história do direito, metodologia jurídica, história da ciência jurídica, filosofia do direito, linguagem jurídica, retórica jurídica.
Email: ajdmf@yahoo.com.br

O *uti possidetis* como contribuição latino-americana ao direito internacional*

Uti possidetis as a latin american contribution to international law

Marcos Pascotto Palermo**

Alfredo de Jesus Dal Molin Flores***

Resumo

Os trabalhos científicos que apresentam referências históricas para o surgimento e o desenvolvimento do direito internacional público são, com frequência, subsidiados, apenas, pela experiência europeia. Questiona-se, no entanto, quais contribuições podem emergir da memória de outras regiões do globo. Neste artigo analisa e descreve-se como o uso do Princípio do *Uti Possidetis* pode revelar uma contribuição da América Latina, especialmente da América do Sul, para essa história, já que seu emprego contribuiu para operações jurídicas em outras partes do mundo. Essas operações redundaram numa tentativa de estabelecer fronteiras entre os Estados, de forma que buscassem soluções pacíficas para questões territoriais pendentes. Este artigo assenta-se em uma abordagem interdisciplinar, combinando métodos como o histórico e o tipológico, com a finalidade de demonstrar as possíveis e diferentes fundamentações para o seu uso e observância.

Palavras-chave: América Latina; América do Sul; fronteiras; questões territoriais; solução pacífica; *uti possidetis*.

Abstract

Scientific works that present historical references to the emergence and development of public international law are often supported only by the European experience. It is questionable, however, which contributions can emerge from the history of other regions of the globe. This article aims to analyze and describe how the use of the *uti possidetis* principle can reveal a contribution from Latin America, especially from South America, to this history, since its use has contributed to legal operations in other parts of the world. These operations resulted to establish borders between states, so that they could seek peaceful solutions to outstanding territorial issues. Thus, this article will use an interdisciplinary approach, combining methods such as the historical and the typological, to demonstrate the possible and different reasons for its use and observance.

Keywords: Latin America; South America; borders; territorial issues; peaceful solution; *uti possidetis*.

1 Introdução

Os trabalhos que apresentam referências históricas para o surgimento e o desenvolvimento do direito internacional público são, com frequência, subsidiados pela experiência europeia. Cabe pensar em outro aporte quando se formula o questionamento científico: quais contribuições podem emergir da memória de outras regiões do globo para a história do direito internacional — por exemplo, quando se pensa em tratados internacionais e nos princípios jurídicos que os animaram em contendas que compuseram a história de povos que passaram por um processo de descolonização?

Analisa-se, neste artigo, o Princípio do *Uti Possidetis* como fonte de direito internacional público, cujo objetivo consiste em demonstrar essa outra possibilidade¹. Não obstante o legado do pensamento europeu, com base na influência do próprio direito privado romano, percebe-se que o uso do princípio fundamentou decisões que envolveram a tentativa de soluções pacíficas de litígios territoriais entre Estados quando se delimitaram as fronteiras da América Latina, em especial da América do Sul, colaborando para operações jurídicas em outras partes do mundo, como a África.

Pretende-se, com base neste objetivo geral, especificar quais etapas do uso do princípio podem ser elencadas. Como objetivos específicos, apresentam-se três moldes acerca de onde e como se deram as ocupações do princípio, com comentários pertinentes a cada um, a seguir: (i) na América do Sul, nos tratados luso-hispânicos delimitadores de fronteiras, mormente o Tratado de Madrid (1750); (ii) ainda no mesmo *locus*, nas controvérsias fronteiriças entre Brasil e Argentina no final do século XIX; (iii) juntamente à jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, verificando a pertinência do *uti possidetis* em outras partes do mundo, como no caso africano.

¹ Ainda que nossa proposta metodológica não se enquadre totalmente nos limites da história do direito, as ponderações da professora Herzog são elucidativas: “a ordem intuitiva que coloca a Europa primeiro talvez seja o resultado lógico de um predicamento genealógico da história, mas isso esconde seus custos. Isso obscurece nossa visão porque ela nos coloca na posição de argumentar que a Europa afetou as Américas, enquanto esquece o inverso. Isso nos encorajou a pensar sobre as particularidades do Novo Mundo enquanto permitiu-nos ignorar aquelas que caracterizavam o Velho”. HERZOG, Tamar. *Fronteiras da posse: Espanha e Portugal na Europa e nas Américas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 12.

Assim, a partir da descrição histórica, procura-se — por uma abordagem de combinação de metodologias — construir uma visão geral acerca do princípio e de sua aplicação, até que se possa chegar aos casos particulares nos quais se pode atestar a sua serventia. Como método de procedimento, será feita uma aproximação ao método histórico, com base na análise dos usos² que se efetivaram da locução “*uti possidetis*” em determinados cenários da América Latina. De fato, isso se torna relevante quando se pensa em investigar acontecimentos, processos ou ainda instituições do passado, com a finalidade de verificar a sua influência em cenários da sociedade atual (nesse caso, a sociedade internacional).

Outrossim, pensa-se, para este artigo, no emprego do método de procedimento histórico aliado às elucidações que podem ser obtidas por meio do método tipológico — legado weberiano peculiar às ciências sociais quando fenômenos complexos são comparados. Busca-se, portanto, explicitar um modelo, um tipo ideal que, apesar de inexistir na realidade, serve para analisar e compreender casos concretos³.

Em diálogo com esse marco teórico weberiano, traz-se o estudo de Zairo Cheibub, ainda na década de 1980, quando procurou estabelecer os períodos de desenvolvimento da diplomacia brasileira e do ministério a ela atrelado por meio da metodologia tipológica. Seguindo um modelo o trabalho que delineou a história da diplomacia e da política externa brasileiras⁴ passa para o contato com a história do direito internacional, com as contribuições do uso do princípio. Neste artigo não

² Pensa-se, neste artigo, em uma proposta aproximada aos autores responsáveis pela revista francesa *Tribonien*, em que a metodologia adotada faz uma conjugação entre o direito comparado e a história do direito, quando se consideram os usos dos termos jurídicos. CORNU THÉNARD, Nicolas; LAURENT-BONNE, Nicolas. Desafios de uma crítica fundada na história do direito e no direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 45, p. 11-34, abr. 2021. Os autores recordam que “seu método consiste em submeter essa matéria a um exame crítico que se baseia em reflexões, definições, raciocínios que a história e os direitos estrangeiros colocam à disposição dos juristas”. HERZOG, Tamar. *Fronteiras da posse: Espanha e Portugal na Europa e nas Américas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 12.

³ Para todos os efeitos da explicação do método tipológico, ver, principalmente: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura, 1982.

⁴ Igualmente, pensa-se ser possível a colaboração trazida pelas explicações de outros pesquisadores da política externa brasileira como Letícia Pinheiro, ainda que construídas sobre outros subsídios metodológicos.

se olvida, no entanto, do período colonial antecedente, condizendo com os objetivos específicos apresentados.

Assim, desenvolve-se, na primeira parte deste trabalho, uma reconstituição histórica do princípio com base no direito romano e na sua utilização e transposição do privado para o público, e explica-se a que se referem alguns conceitos importantes. Na sequência, explana-se acerca dessa autoridade principiológica e normativa por meio do resgate de obras históricas de direito internacional público numa retrospectiva temporal entre a primeira década do século XX e a década de 2010 — período em que se destaca a emergência das soluções por arbitragem, seguidas da criação de organizações internacionais especializadas, o que garantiu mais racionalização sobre a solução de litígios internacionais.

Como fontes a serem analisadas, têm-se os comentários sobre os tratados e laudos arbitrais que ilustram a aplicação do princípio na América Latina, em especial na América do Sul, e a doutrina produzida na seara jurídica internacional. A estas, associou-se uma pesquisa sobre as obras de cunho histórico e doutrinário.

Ao final, portanto, produziu-se uma investigação científica pautada numa matriz teórica que, para além de possíveis críticas, demonstra uma possibilidade de abordagem para a história do direito internacional⁵ ao ajudar a revelar contribuições da América Latina para esta matéria. Afirma-se isso pelo uso do princípio para a resolução de lides em seu território, de onde partiu para o encontro de outras soluções de litígios territoriais pelo mundo. Pensa-se, ainda, que o caráter descritivo pelo qual este artigo opta possa instigar novos pesquisadores a debruçar-se sobre o tema, em outras perspectivas⁶.

⁵ É preciso esclarecer que o objetivo deste artigo refere-se à criação de uma metanarrativa com elementos históricos aliados a metodologias sociológicas. Para acompanhar o debate atual dentro da história do direito, para o cenário da América Latina, a melhor opção é o livro da professora Herzog. HERZOG, Tamar. *Fronteiras da posse*. Espanha e Portugal na Europa e nas Américas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. A versão original do texto é a seguinte: HERZOG, Tamar. *Frontiers of possession*. Spain and Portugal in Europe and the Americas. Cambridge/London: Harvard University Press, 2015.

⁶ Para uma análise dos usos do “uti possidetis”: HERZOG, Tamar. *Frontiers of possession*. Spain and Portugal in Europe and the Americas. Cambridge/London: Harvard University Press, 2015. p. 264-267.

2 O *uti possidetis* do direito romano para o direito internacional público: um ensaio para explicar a sua transposição e utilização

Refletir sobre o Princípio do *Uti Possidetis* implica fazer menção à importância do legado romano para a ciência do direito. A revisitação ao direito romano assume grande estima no período de gradativa sistematização e em relação às tentativas de codificação do direito existente na Europa. Naquela época, imprimiu-se maior racionalidade ao direito, visando à aquisição de eficiência. O Estado ocidental vivenciou um momento cujo objetivo era superar as formas de relação política e social, do feudalismo para o capitalismo. Precisou, em razão disso, garantir que suas leis fossem mais respeitadas e que tivessem preponderância sobre antigos regramentos como os corporativos.

No direito romano, utilizou e inseriu-se o Princípio do *Uti Possidetis* e em uma visão de direito privado, referente à posse de coisa corpórea — nesse caso, um imóvel. Advém da expressão latina “*uti possidetis, ita possideatis*”, que poderia ser traduzida por “como possuíis, assim possuais”; ou seja, “quem possui de fato deve possuir de direito”.

Houve dois interditos para a manutenção da posse (*interdicta retinendae possessionis*). Esses interditos constituíram ordens oficiais do pretor e funcionaram com a força de um mandado judicial, encerrando uma obrigação de fazer ou não fazer. Um deles era o interdito *uti possidetis*. Denominou-se a posse como *possessio*, sendo interdital permitida (caso em que o *ius praetorium* poderia permitir ao possuidor que usasse a própria força a fim de recuperá-la). Esse instituto constituiu um exemplo de interdito proibitório, que coibiu a violência contra o possuidor de boa-fé, conforme ensina Max Kaser⁷.

No século XVIII, houve uma transposição do espírito protetivo — que animava o instituto jurídico romano — para outra significação. Assim, defendeu-se o Princípio do *Uti Possidetis* com outra roupagem, como um princípio referente ao que seria o direito internacional da época⁸, capaz de reconhecer, nas palavras de Sílvio

⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 134.

⁸ Preservando a seriedade científica, a temática é bastante complexa e demandaria uma elaboração em texto distinto apenas para tratar sobre as relações entre o direito romano e o direito internacional, o

Meira, a soberania do Estado sobre um território do qual detinha a posse quando houvesse litígio com outra entidade estatal, pois:

[...] funcionava a imaginação dos juristas do século XVIII, entre eles o eminente Alexandre de Gusmão, figura extraordinária de estadista. O direito romano servia de subsídio, embora sob nova feição, adaptado, para não dizer deturpado. Aproveitava-se o princípio, a essência do interdito pretoriano, de origem e aplicação bem diferentes no solo itálico, seu berço. Aos olhos de um romanista *engagé*, essas adaptações podem parecer um retrato de Dorian Gray, monstruosamente adulterado. Mas a verdade é que o direito romano serviu de pano de fundo para a solução de grandes questões de fronteiras⁹ (*grifos do autor*).

As discussões sobre a transposição de ideias também aparecem ao olharmos para as realidades dos países latino-americanos. Os estudos de Lorente percebem a corriqueira tentação de se traçar uma retrospectiva histórica do princípio. Apoiada em estudos antecessores, como a do paraguaio Eusébio Ayala, a autora traz relevantes impressões.

A professora Lorente salienta que, contanto que não se identifique com uma defesa genérica e atemporal do *status quo*, este não retém qualquer relação com o interdito romano acima mencionado, em virtude do qual era vedado modificar a situação de posse, desde que ela não tivesse sido obtida por meio de violência, clandestinidade ou de forma precária. Contudo, o uso da velha expressão em latim, para nomear algo que seria novo à época, não permitiu fazer retrospectivas a perder de vista no tempo, o que alerta para uma possibilidade: desvendar as chaves políticas e culturais que serviram para fazer uma mudança de direção de tal intensidade¹⁰.

Pensa-se que essa questão da “imaginação” ou “tentação”, que revela a transposição do direito privado para o direito público, é elucidada, em partes, quando se recorre à sociologia compreensiva: a interpretação dada pelo sociólogo alemão Max Weber, quanto aos tipos

ideais de dominação, auxilia a compreensão do modelo de poder prevalente na época. A tese a ser sustentada baseia sua explicação nos tipos puros ou ideais de dominação legítima:

[...] construção de certos elementos da realidade numa concepção logicamente precisa. A palavra “ideal” nada tem com quaisquer espécies de avaliações. Com finalidades analíticas podemos construir tipos ideais de prostituição e líderes religiosos. A expressão não significa que profetas ou prostitutas sejam exemplares ou devam ser imitados como representantes de um modo de vida real. [...] Sentia que os cientistas sociais tiveram a escolha de usar concepções logicamente controladas e “não-ambíguas”, que, por isso, estão mais afastadas da realidade histórica, ou usar conceitos menos precisos, mais ligados ao mundo empírico. O interesse de Weber em comparações mundiais levou-o a considerar “casos puros”¹¹.

Observam-se os limites e as possibilidades dadas pela unilateralidade e pela racionalidade embutidas pelo pesquisador nessa construção — e pelo caráter utópico que possui. Os três tipos ideais de dominação construídos por Max Weber salientam as diferentes maneiras pelas quais o poder pode ser legitimado e, conseqüentemente, fazer-se obedecer. Valem, portanto, reflexões acadêmicas sobre as ideias do autor acerca do tema; em outros termos, tem-se o ensinamento de Reginaldo Perez:

Max Weber definiu poder como sendo “a probabilidade de um certo comando com um conteúdo específico ser obedecido por um grupo determinado”. Do conceito de Weber sobre o poder emergem as concepções de “probabilidade” e de “comando específico”. Anuência instável (da parte dos governados em relação aos governantes): essa é a essência da definição do conceito de legitimidade política desse importantíssimo sociólogo e jurista¹².

Assim, pretende-se, neste artigo, a captura do traço político e jurídico — considerado importante para que se entenda o *animus* que fundamenta um tratado, um laudo arbitral ou uma decisão jurisprudencial — tocada pelo *uti possidetis*, procurando ilustrar a observância de suas obrigações e comandos pelas partes envolvidas. Não se trata, pois, de eleger passagens que tentem emoldurar a história em uma leitura estanque, linear e unívoca com base no legado weberiano. O objetivo é explicar como os ditames do princípio são seguidos e obedecidos, revelando-se uma relação de poder e de direito.

que foge ao escopo pensado para este artigo.

⁹ MEIRA, Sílvio. A vocação dos séculos e o direito romano; o ensino, a doutrina e a legislação; um novo direito romano não europeu; exemplos do passado e do presente; a África do Sul; o “*uti possidetis*” e o mundo moderno; os “*servi terrae*” do mundo atual; o monopólio das terras rurais e a enfiteuse; a usura internacional; as reformas agrárias; sobrevivência da latinidade. *Revista de informação legislativa*, v. 25, n. 100, p. 19-38, out./dez. 1988. p. 30.

¹⁰ LORENTE, Marta. Territorio y nacionalidad en Iberoamérica tras las Independencias. El principio constitucional *uti possidetis juris*: razones y estrategias para contar su historia. *Anuario de Historia de América Latina*, v. 55, 2018. p. 66.

¹¹ GERTH, Hans; WRIGHT MILLS, Charles. Introdução. In: WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. p. 15-95. p. 78.

¹² PEREZ, Reginaldo Teixeira *et al.* *Política I*. Santa Maria: UAB/UFSM, 2009. p. 6.

Na esteira de Cheibub, que procurou utilizar a tipologia weberiana para explicar períodos diferentes da diplomacia brasileira, a proposta apresentada pondera que também há períodos de utilização do *uti possidetis* que podem ser considerados abonados por legitimidades diferentes — ou seja, elucidados por tipos de dominação que conferem justificativa e fundamentação para o princípio estudado, se analisados em diferentes tempos.

O primeiro período, intitulado, neste artigo, de patrimonial, se reveste de características existentes na dita dominação tradicional¹³, será comparável ao modelo apresentado por Cheibub, como primeiro momento da feitura da política externa e da atuação da diplomacia. Nesse caso, porém, utilizado para demonstrar o emprego do *uti possidetis*, em uma ocasião inicial dentro da História do Direito Internacional. Propõem-se, para usos posteriores, considerar os tipos de dominação carismática e racional-legal, tal qual o molde do autor.

Nas palavras de Cheibub,

a adoção dessa tipologia para distintas fases é conveniente pois permite, por um lado ressaltar de imediato alguns traços mais evidentes de cada etapa, ao postular uma certa coincidência entre estas características e o uso que Weber faz desses conceitos¹⁴.

Em consideração à seriedade científica, enfatiza-se, mais uma vez, que o pensamento weberiano admite esse tipo ideal como um modelo construído pelo pesquisador para a explicação sociológica, aproveitado em contato com o método histórico. Não se afirma que este existiu em sua forma pura na vida real, dissociado de outros componentes sociais e históricos.

Assim, parte-se para a análise de uma primeira ocasião para o bom emprego do *uti possidetis*, a fim de explicar, com base na matriz weberiana, a transposição do Princípio do Direito Romano para o direito internacional público, ainda incipiente no século XVIII e vinculado à ideia de direito das gentes.

2.1 A gênese do uso do princípio para a delimitação das fronteiras entre as colônias da América do Sul (século XVIII)

Pensa-se num primeiro termo no emprego do princípio pelo acordo celebrado entre monarcas, em que se ressalta uma ideia tipológica de dominação tradicional:

Dominação tradicional em virtude de crença na santidade dos ordenamentos e os poderes senhoriais existentes desde sempre. Seu tipo mais puro é o do domínio patriarcal. A associação de domínio é comunização; o tipo do que ordena é o “senhor”, e os que obedecem são “súditos”, no entanto que o corpo administrativo é formado pelos “servidores”. Obedece-se à pessoa em virtude de sua dignidade própria, santificada pela tradição: pela fidelidade¹⁵.

O rei exercia esse tipo de dominação de forma preponderante na época das grandes navegações e consequente colonização dos territórios das Índias Ocidentais (a América Latina). A concepção weberiana também pode ser denominada dominação patriarcal. Isso ocorre pelo fato de qualquer autoridade que se legitima em virtude da habitualidade, como nesse caso, assumir uma classe ou *status* de superioridade; inculca-se no filho, no súdito ou no servo uma relação de direitos e deveres de fidelidade familiar — que se refletia, inclusive, nos títulos a serem dados pelo rei aos seus funcionários reais. Assim, esse tipo de dominação reside na figura do líder como pai, ou *pater familias*.

Retratado com outras palavras, na visão de Gaetano Scherillo:

Pater familias não significa pai de família no sentido da geração: *pater* (e assim na locução *pater gentis*) significa senhor soberano, portanto chefe do grupo familiar. [...] o título pessoal inerente à posição ocupada no grupo, independentemente de possuir ou não filhos¹⁶.

¹⁵ Tradução nossa do texto: “dominación tradicional em virtud de creencia en la santidad de los ordenamientos y los poderes señoriales existentes desde siempre. Su tipo más puro es el del dominio patriarcal. La asociación de dominio es comunización; el tipo del que ordena es el ‘señor’, y los que obedecen son ‘súbditos’ en tanto que el cuerpo administrativo lo forman los ‘servidores’. Se obedece a la persona en virtud de su dignidad propia, santificada por la tradición: por la fidelidad”. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura, 1982. p. 708.

¹⁶ Tradução nossa do texto: “*pater familias* non significa padre di famiglia nel senso della generazione: *pater* (e così nella locuzione *pater gentis*) significa signore sovrano, quindi capo del gruppo familiare. [...] il titolo personale inerente alla posizione occupata nel gruppo, indipendente dall’avere o no figli”. SCHERILLO, Gaetano. *Corso di istituzioni di diritto romano*. Milano: La Goliardica, 1962. p. 198.

¹³ CHEIBUB, Zairo Borges. Diplomacia e construção institucional: o Itamaraty em uma perspectiva histórica. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 113-131, 1985.

¹⁴ CHEIBUB, Zairo Borges. Diplomacia e construção institucional: o Itamaraty em uma perspectiva histórica. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 113-131, 1985. p. 114.

Invocando a proteção divina — mais que isso, colocando-se sob o manto do aparato político e ideológico em conformidade com a Igreja Católica da época —, os reis de Espanha e Portugal celebraram seu contrato não apenas como chefes de Estado, mas como patriarcas da grande família que suas nações simbolizavam. Assim, o privado confundia-se com o público e a posse, com a soberania.

É fato que o emprego do princípio com caráter internacional público passou a ser visto, ainda no século XVIII, em relação à conclusão da chamada Guerra da Orelha de Jenkins ou Guerra do Asiento¹⁷. Os beligerantes, após o término do litígio, invocavam o Princípio do Direito Romano para reclamar o território que haviam adquirido. Entretanto, na América Latina, mais especificamente na América do Sul, observaram-se o desenvolvimento e a utilização do *uti possidetis*.

A União Ibérica¹⁸ propiciou que os bandeirantes paulistas levassem a colonização lusa para fora dos limites do Tratado de Tordesilhas. Isso fez com que fosse necessária a negociação de um novo tratado. Emergiu, então, a figura de Alexandre de Gusmão, jurista e diplomata português na corte de Dom João V, no período em que já se via a derrocada do Império português como potência europeia, como observou Faoro: “o falso rei Sol Dom João V (1707-50), opulento sobre um país miserável, não sentira que a sua corte e a sua coroa se formaram do brilho do ouro e não do ouro, que este já era da Inglaterra”¹⁹.

Gusmão, considerado o avô da diplomacia brasileira, foi responsável pela negociação do substitutivo de Tordesilhas, o Tratado de Madrid. Conforme Goes Filho:

Alexandre de Gusmão foi um paulista de Santos que, depois de vários anos de vida diplomática,

¹⁷ Conflito entre a Grã-Bretanha e a Espanha, esta última ajudada pela França, travado no Mar do Caribe, no atual sul dos Estados Unidos e no norte da América do Sul entre os anos de 1739 e 1748. Foi assim apelidado por um fato controverso e curioso: o contrabandista inglês Robert Jenkins fez uma reclamação ao Parlamento inglês contra a ingerência espanhola na região portando nas mãos sua própria orelha, que havia sido cortada pelo capitão espanhol Julio León Fandiño. A questão se desenrolou, entre outros motivos, pelo *direito de asiento* inglês (venda de escravos) nessas terras. Isto rompeu com o monopólio espanhol existente.

¹⁸ Para efeitos didáticos, recorda-se, neste artigo, que se trata de um período de 80 anos, entre 1580 e 1640, em que as Coroas de Espanha e Portugal estiveram unidas pela dinastia Habsburgo, a partir de Felipe II.

¹⁹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro: Globo, 2001. p. 266.

exerceu, entre 1730 e 1750, as funções de Secretário Particular de Dom João V. [...] foi o primeiro a expressar claramente os princípios que norteiam o acordo, princípios posteriormente chamados *uti possidetis* e das fronteiras naturais²⁰.

O estadista teve grande importância para a formação do pensamento luso a respeito do Brasil de seu tempo, uma vez que influenciou a consolidação do poderio português em regiões consideradas estratégicas — caso do Rio Grande do Sul e do Mato Grosso. Outrossim, impulsionou o estudo da cartografia portuguesa a respeito da então colônia²¹.

Em sua defesa dos interesses do Estado, Gusmão utilizou o argumento de que seria necessário olvidar as linhas traçadas em Tordesilhas em prol da legitimação das ocupações territoriais que cada parte, envolvida no novo tratado, havia conquistado. Orientaram-se os novos limites com base nos acidentes geográficos, de preferência. Ele expunha a necessidade de se estabelecerem compensações às ocupações que haviam sido feitas enquanto o tratado fora desrespeitado. As ocupações lusitanas ao sul seriam entregues à Espanha, e as terras da Bacia Amazônica devolvidas aos espanhóis seriam alvo de pagamento como forma de indenização, por parte desses²².

Assim, o Tratado de Madrid tinha como característica a troca de territórios, por meio do qual a Colônia (portuguesa) do Santíssimo Sacramento, localizada onde, atualmente, está o Uruguai, permutada pela região que abrangia as missões jesuíticas (espanholas) dos Sete Povos das Missões no Rio Grande do Sul.

A colonização do Rio Grande do Sul passou por uma nova realidade com a fronteira que firmou, pois, os povos indígenas que habitavam a região deixaram o lugar. Entretanto, isso não se deu de forma pacífica: no episódio reconhecido como a “Guerra Guaranítica”, as tropas luso-espanholas enfrentaram uma grande rebelião dos índios guaranis que viviam nas missões.

²⁰ GOES FILHO, Synésio Sampaio. *Navegantes, bandeirantes, diplomatas: um ensaio sobre a formação das fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167.

²¹ GOES FILHO, Synésio Sampaio. *Navegantes, bandeirantes, diplomatas: um ensaio sobre a formação das fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²² HEINSFELD, Adelar. *A questão de Palmas entre Brasil e Argentina e o início da colonização alemã no Baixo Vale do Rio do Peixe — SC*. Joaçaba: Unoesc, 1996. p. 40.

No desenrolar dos acontecimentos, Visconde de Vila Nova da Cerveira, Dom Tomás da Silva Telles, representou o rei português em relação à celebração do tratado. O tratado de 1750, reconhecido na atualidade como fruto de inteligente engenho de Alexandre de Gusmão, obteve uma reação negativa por parte dos jesuítas espanhóis e portugueses, além de grande parte da opinião pública lusitana. Contudo, fora celebrado com o cumprimento das formalidades jurídicas da época.

Os descontentes levaram seu descontentamento ao novo soberano, o rei Dom José I, devido à morte de Dom João V. Isso porque, de um lado, se observaram as pretensões dos referidos padres de retorno à antiga posse e, de outro, a não conformidade dos comerciantes portugueses que haviam se retirado da lucrativa Colônia do Sacramento²³; por essa razão, afirma-se que “foi sob estes maus auspícios, irritada nos dois países a opinião pública contra o Tratado que se procurou dar começo à sua execução, tornando efetiva a entrega dos territórios cedidos e o levantamento das fronteiras”²⁴.

A personalidade que assumiu, gradativamente, o papel de chefe do governo do novo monarca foi Sebastião José de Carvalho e Melo, Conde de Oeiras e Marquês de Pombal, que adquiriu o posto de Secretário de Estado do Reino de Portugal, o que equivalia, na prática, ao primeiro-ministro português. O Marquês de Pombal, compreendendo a importância da questão e utilizando de estratégia política, passou a ser um dos defensores da supressão do Tratado de Madrid e de sua consequente substituição por outro diploma de direito internacional. Digno de nota é que mudava, também por aquela época, o paradigma de interpretação do direito. O *animus* que acalorou a produção jurídica portuguesa constituiu, segundo Miguel do Espírito Santo, um modelo mecanicista e matemático. Em outras palavras:

O sobrenatural e a graça divina perdem, gradativamente, a força de legitimadores das ações dos príncipes cristãos e, perante a comunidade internacional. Os princípios do Direito Natural, cujo fundamento é a razão. Razão independente de qualquer consideração religiosa²⁵.

²³ RIO BRANCO, Barão do. *Questões de limites*. República Argentina. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945. p. 51.

²⁴ RIO BRANCO, Barão do. *Questões de limites*. República Argentina. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945.

²⁵ ESPÍRITO SANTO, Miguel Frederico do. *O Rio Grande de São Pedro entre a fé e a razão*: introdução à história do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Martins Livreiro, 1999. p. 65.

No plano dos tratados internacionais, como se explanou, o Tratado de Madrid acarretou a ferrenha oposição de setores importantes da sociedade das duas partes interessadas. Não houve aceitação pacificamente por parte de espanhóis e portugueses, e substituiu-se, assim, o tratado em 1761 pelo Tratado de El Pardo, que provocou uma volta à antiga situação de Tordesilhas. Não obstante, em 1777, num dos palácios da corte espanhola — o de Santo Ildefonso —, assinou-se o primeiro Tratado de Santo Ildefonso, que praticamente retrocedeu aos limites estabelecidos em Madrid. Já o Tratado de Badajoz, assinado em 1801, estabeleceu fronteiras mais claras no norte do Brasil entre espanhóis e portugueses.

2.2 O uso do princípio para a delimitação das fronteiras sul-americanas no século XIX: o caso de Palmas ou Misiones

As declarações de independência das colônias americanas fizeram com que se repensasse o desenho político dos mapas da região; a América do Sul, nesse sentido, constituiu-se como um local privilegiado para a sustentação de diferenças quanto à interpretação e aplicação do Princípio *Uti Possidetis*. De um lado, houve a posição brasileira; de outro, a hispano-americana.

As nações que surgiram da fragmentação do Império espanhol fixaram para o *uti possidetis* a data de 1810, quando começaram suas independências em face de um soberano comum. Dele até então, obedeciam às ordens e de suas leis emanava o que era considerado o direito vigente²⁶. A partir das antigas delimitações de territórios coloniais, surgiram as bases para a constituição das fronteiras que passariam a existir entre os estados novéis que se formavam. Como recorda o historiador Félix Luna, em tradução livre nossa:

Quando há uma questão de limites entre os países americanos, o que se faz primeiro é ver os arquivos espanhóis para ver qual era a jurisdição espanhola e, se está claramente delimitada, se toma por fronteira. Assim, por exemplo, Bolívia e Peru têm por seu limite o rio Desaguadero, porque ali terminava o Vice-Reino do Rio da Prata e começava o Vice-Reino do Peru²⁷.

²⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Direito público internacional*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 348.

²⁷ Conforme o original: “cuando hay una cuestión de límites entre los países americanos, lo primero que se hace es ver los archivos españoles para ver cuál era la jurisdicción española y, si está claramente delimitada, se toma como frontera. Así, por ejemplo, Bolivia e Perú tienen su límite en el río Desaguadero, porque ahí terminaba el Virreinato del Río de la Plata y empezaba el Virreinato del Perú”. LUNA, Félix. *Breve historia de los argentinos*. Buenos Aires: Planeta, 2003. p. 43.

Além das delimitações externas, como foi o caso da Argentina e do Brasil, registra-se que a utilização do princípio influenciou, também, as divisões internas dos países. Cita-se, como exemplo, a bibliografia brasileira mais recente: segundo Fernandes, que demonstra a existência do uso do princípio em relação à atuação jurídica e ao pensamento de Rui Barbosa, o *uti possidetis* foi citado em ações sobre demandas territoriais entre os estados do Rio Grande do Norte e do Ceará, mas também pôde ser visualizado, direta ou indiretamente, a respeito da solução de demandas entre Rio de Janeiro e Minas Gerais, bem como em contendas entre o Amazonas e a União, todos durante a Primeira República (1889-1930)²⁸.

Entretanto, deixaram-se as questões de ordem estatal interna, apesar de citadas a fim de ilustrar exemplos neste trabalho, para enfatizar a solução pacífica de litígios fronteiriços internacionais por meio da utilização principiológica. Atenta-se para a demonstração de diferenças interpretativas.

Existiam questões fronteiriças durante o século XIX de importância para o Brasil. A antiga possessão portuguesa não podia valer-se de certos títulos coloniais progressos, ao menos no que tange aos futuros limites, tais como os títulos de que se valiam os vizinhos de origem hispânica comum. Soma-se a isso o interesse de legitimar a ocupação territorial que praticava, bem como afirmar-se na geopolítica da região. Residia aí a opção brasileira em direito internacional: a contribuição dada pela tese do Princípio do *Uti Possidetis de facto* (pautado pela posse efetiva), diferentemente do uso feito pelas outras nações latino-americanas (*uti possidetis iuris*, posse legal, baseada em títulos jurídicos progressos).

Como exemplo, havia a questão com a Argentina na chamada zona de Palmas — ou, na denominação argentina, Misiones. O território então disputado pelos dois países encontra-se onde, atualmente, localizam-se os estados brasileiros do Paraná e de Santa Catarina. Pode-se afirmar que a questão de Palmas foi o primeiro grande teste da diplomacia republicana brasileira, a partir de 1890. Caso fracassasse a tese jurídica e política levantada pelo Brasil, o Rio Grande do Sul ficaria ligado ao

restante do país por uma faixa de território de, apenas, 200 km de largura²⁹.

Na opinião expressa por Estanislao Severo Zeballos, o chanceler argentino da época, a questão de Palmas era um reflexo da má vontade brasileira para com a Argentina, uma vez que o Brasil demonstrou há anos suas desconfianças para com a nação platina. Inclusive, o Brasil, anos anteriores, descumpriu os termos do Tratado da Tríplice Aliança³⁰ ao negociar a paz, separadamente, com o Paraguai, sem considerar as pretensões territoriais argentinas. A diplomacia brasileira foi acusada por Zeballos de postergar a resolução de um litígio em zonas praticamente despovoadas³¹.

Depreendem-se duas faces da mesma questão, uma de natureza política e outra jurídica. Ao ligar um estado fronteiriço por tão pequena faixa de terra, a soberania brasileira correu riscos, bem como a integridade nacional frente à geopolítica platina. Também o separatismo já havia sido vivenciado nessa região, quando a ainda província de São Pedro do Rio Grande retirou-se do Império do Brasil e fundou a República de Piratini — no evento por conhecido na história brasileira como Guerra dos Farrapos. Para aguçar as incertezas, por exemplo, no início da Era Republicana, o Visconde de Pelotas, então presidente da Província do Rio Grande do Sul, assinou com uma possível secessão da região até que fosse promulgada a nova Constituição³².

Novo conflito iniciou, na primeira década republicana, a chamada Revolução Federalista, servindo, também, como uma prova para a consolidação da nova forma e do sistema de governo implantado. Ou seja, manter, de forma eficaz, a ligação com o sul do país era uma questão de Estado.

Como se argumentava sobre Palmas, percebeu-se a importância desse litígio, no início do período republicano, ao se demonstrar que sua resolução foi um dos

²⁸ FERNANDES, Saul Estevam. O princípio do *uti possidetis* e o sistema de resolução ruiano para as questões de limites interestaduais durante a Primeira República. *Revista Em Perspectiva*, v. 2, n. 1, 2016. p. 134-136.

²⁹ GOES FILHO, Synésio Sampaio. *Navegantes, bandeirantes, diplomatas: um ensaio sobre a formação das fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 253.

³⁰ Firmado por Argentina, Brasil e Uruguai e ensejado pela Guerra do Paraguai entre 1864 e 1870.

³¹ HEINSFELD, Adelar. *A questão de Palmas entre Brasil e Argentina e o início da Colonização Alemã no Baixo Vale do Rio do Peixe* – SC. Joaçaba: Unoesc, 1996. p. 70.

³² HEINSFELD, Adelar. *A questão de Palmas entre Brasil e Argentina e o início da Colonização Alemã no Baixo Vale do Rio do Peixe* – SC. Joaçaba: Unoesc, 1996. p. 88.

primeiros atos do governo provisório, chefiado pelo Marechal Deodoro da Fonseca:

O governo provisório tratara já de resolvê-la, tendo ido para isto a Buenos-Aires o ministro das Relações Exteriores, Quintino Bocayuva. Mas o tratado celebrado por este ministro não foi ratificado [...]. Então os governos do Brasil e Argentina escolheram para árbitro o presidente dos Estados Unidos da América do Norte. Esse árbitro deu o seu laudo a 5 de fevereiro de 1895³³.

O tratado sem ratificação, citado por Lacerda, é o Tratado de Montevidéu, de 1890, assinado por Bocaúva e Zeballos — que foi saudado como uma prova da vontade brasileira em estabelecer boas relações vicinais. Consultando jornais de época, percebe-se a relação que se estabeleceu entre os dois estadistas, que perdurou no tempo³⁴. Contudo, vê-se que a predisposição à solidariedade entre os vizinhos não se assentou em bases suficientemente sólidas.

Imbuído de um espírito idealista e de afinidade para com as relações que se estabeleciam entre os vizinhos, o então ministro Bocaúva não se apercebeu da antipatia que a assinatura do tratado angariou na opinião pública brasileira³⁵. Ocorre que, ao chegar ao Brasil, o chanceler brasileiro foi alvo de severas críticas, e o acordo internacional não recebeu apoio parlamentar. O ministro renunciou e José Maria da Silva Paranhos Junior, o Barão do Rio Branco, foi chamado para tratar do caso. A questão foi levada a um foro arbitral.

A procura por uma resolução arbitral encontrou respaldo constitucional, uma vez que, em 1891, mencionou-se, no artigo 34 da primeira Constituição da República, o uso da arbitragem como meio eficaz de evitar guerras e resolver questões envolvendo limites fronteiriços. A saída articulou-se à realidade da política externa do Brasil, que comprometido com a construção de uma nova relação de solidariedade republicana e americana com as demais nações circundantes. Constituiu-se árbitro Grover Cleveland, presidente dos Estados Unidos da América. Nas razões apresentadas pelo governo brasileiro à arbitragem do presidente norte-americano,

o renomado Barão do Rio Branco explicitou que o Brasil detinha elementos garantidores da soberania sobre o território pretendido. Enfocou o diplomata, inclusive, na perspectiva de análise do aspecto populacional da época, que constituía a base de argumentação para o *uti possidetis de facto* que viria a ser alegado como a maior prova de que as terras pertenceriam por justiça ao seu país, que, em 31 de dezembro de 1890, data do último recenseamento no Brasil: “a população da Comarca de Palmas era de 9.601 habitantes, dos quais 9.470 brasileiros e 131 estrangeiros. A parte contestada dessa Comarca tinha então 5.783 habitantes sendo brasileiros”³⁶.

A decisão favorável ao Brasil foi dada em 1895, e baseava-se em reconhecer que os rios que demarcariam a fronteira seriam os denominados componentes do sistema ocidental, ou seja, fariam parte de uma referência geográfica que garantiria maior proporção territorial ao Brasil. Por essa razão é:

que a linha divisória entre a República Argentina e os Estados Unidos do Brasil, na parte que me foi submetida para arbitramento e decisão, é constituída e ficará estabelecida pelos rios e seguindo os rios Pepiri (também chamado Pepiri-Guazu) e San Antônio, a saber, os rios que o Brasil designou na exposição e documentos que me foram submetidos como constituindo o limite acima denominado sistema ocidental³⁷.

Não obstante a oposição da opinião pública da Argentina e o repúdio das manifestações de políticos argentinos de renome, estabeleceu-se legitimidade ao lado arbitral e não foi conflagrada guerra ou atuação militar que redundasse em perturbação da paz, de acordo com o que atestam as notícias de época³⁸.

Se for aproveitado o resumo histórico, em cotejo com os tipos de dominação, sustenta-se que o caráter carismático da escolha do árbitro pode ser destacado. Sobre a dominação carismática, pode-se dizer que ela se compõe de um caráter mágico, religioso ou de uma espécie de magnetismo pessoal oriundo da prática de um grande feito. É essa qualidade pessoal do dominante que o liga a quem lhe obedece, por uma relação de te-

³³ LACERDA, Joaquim Maria de. *Pequena história do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, [s. d.], p. 146.

³⁴ DR. ZEBALLOS. *O Paiz*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 4081, 11 jul. 1893. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_02&pasta=ano%20189&pesq=Ernesto%20Zeballos&pagfis=8018. Acesso em: 17 nov. 2022.

³⁵ HEINSFELD, Adelar. *A questão de Palmas entre Brasil e Argentina e o início da Colonização Alemã no Baixo Vale do Rio do Peixe – SC*. Joaçaba: Unoesc, 1996. p. 76.

³⁶ RIO BRANCO, Barão do. *Questões de limites*. República Argentina. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945. p. 03.

³⁷ CLEVELAND, Grover. *Laudo Arbitral de 1895 - Brasil/Argentina*. Disponível em: <http://www.info.lncc.br/att1895.html>. Acesso em: 24 ago. 2022.

³⁸ AS MISSÕES. *O Paiz*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 3794, 20 fev. 1895. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=178691_02&Pesq=Ernesto%20Zeballos&pagfis=12032. Acesso em: 17 nov. 2022.

mor, reverência e adoração. Há uma relação afetiva com a figura do senhor, tomado, às vezes, como um profeta ou herói; as duas figuras podem estar fundidas numa só pessoa. Nas palavras de Weber, em tradução nossa:

A autoridade carismática se baseia na “crença” no profeta, ou no “reconhecimento” que encontram pessoalmente o herói da rua ou o demagogo, e cai com estes. E, no entanto, não deriva de modo algum por parte dos submetidos, senão que é o inverso: a fé e o reconhecimento se consideram como *deber*, cujo cumprimento o que se apoia na legitimidade carismática exige para si, e cuja negligência castiga³⁹.

Afastando-se das explicações oriundas do sobrenatural, a escolha do árbitro para a solução do litígio pode ser explicada por essa condição carismática. Analisadas as proposições de Cheibub⁴⁰, a diplomacia brasileira, também, viveu um momento carismático em que a figura do Barão do Rio Branco exerceu o cargo de chanceler, entre 1902 e 1912. Ocorre que o carisma de Rio Branco também foi construído a partir da vitória arbitral sobre a Argentina.

Enquanto se vivia um momento de maior aproximação com os países americanos, observou-se um afastamento da política executada até então pela monarquia brasileira, de afirmação do *status quo* entre os vizinhos e de maior laço com a Europa, onde existiam regimes similares. A forma de governo, de certo modo antipática aos demais, uma vez abolida, possibilitou o já citado entusiasmo criador de um idealismo por solidariedade entre Brasil e as demais nações congêneres.

Assim, afirmada a inspiração para o novo sistema de governo brasileiro — o presidencialismo republicano — e para a forma estatal federativa — também vivida pela Argentina —, o acercamento com um líder nacional que comungasse dessas perspectivas parecia tipicamente ideal, como o caso do presidente dos Estados Unidos. Em outros casos, em litígios territoriais com a França (no Amapá, onde o Brasil foi representado pelo próprio Rio Branco) e com o Reino Unido (em Pirara,

onde o Brasil foi representado por Joaquim Nabuco), os árbitros escolhidos foram chefes de estados europeus.

Obviamente, interesses econômicos se juntaram a essa atitude simbólica. Fato é que essa observação pode ser complementada por estudos da história da política externa brasileira, como os de Letícia Pinheiro. Nesse caso, Pinheiro assevera que os paradigmas norteadores da política externa brasileira, no século XX, podem ser divididos de acordo com duas visões básicas, grosso modo⁴¹.

A primeira prioriza o eixo condutor da política externa com a maior influência da posição do Brasil frente aos Estados Unidos, cuja aproximação garantiria maiores ganhos e possibilidades de negociação. A segunda, em direção múltipla, ressalta a primazia e os interesses brasileiros orientados para o mundo, buscando outros eixos de inserção, e não apenas a aproximação com os norte-americanos.

Dessa forma, surgem momentos que, se analisados à luz da importância conferida estrategicamente ao país norte-americano, se revelam americanistas (quando orientados para esta aproximação com os Estados Unidos) ou globalistas (orientados para o mundo, como opção à referida aproximação estadunidense). Segundo Pinheiro, no início do século XX, o Brasil estaria num período americanista pragmático (1902-1945), quando a política externa se voltou a uma perspectiva mais realista das relações internacionais, capitaneada pelo legado deixado pelo Barão do Rio Branco. Para esse paradigma, a aproximação com os Estados Unidos foi dada de forma instrumental, considerando uma matriz hobbesiana que admite o princípio da anarquia nas relações internacionais⁴².

Como se vê, a escolha do árbitro pode revestir-se de características carismáticas; no entanto, por ser explicada com base em uma tipologia ideal, deve-se voltar os olhos para a realidade histórica mais concreta, pois se percebe, nesse momento, o desvio gradativo da preponderância na política internacional do Reino Unido para os Estados Unidos. Assim, por meio desse fato, atrelado

³⁹ “La autoridad carismática se basa en la ‘creencia’ en el profeta, o en el ‘reconocimiento’ que encuentran personalmente el héroe de la calle o el demagogo, y cae con éstos. Y sin embargo, no deriva en modo alguno por parte de los sometidos, sino que es el revés: la fe y el reconocimiento se consideran como *deber*, cuyo cumplimiento el que se apoya en la legitimidad carismática exige para si, y cuya negligencia castiga”. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura, 1982. p. 713.

⁴⁰ CHEIBUB, Zairo Borges. Diplomacia e construção institucional: o Itamaraty em uma perspectiva histórica. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 113-131, 1985. p. 120-123.

⁴¹ PINHEIRO, Letícia. Traídos pelo desejo: um ensaio sobre a teoria e prática da política externa brasileira. *Revista Contexto Internacional*, v. 22, n. 2, p. 305-335, 2000.

⁴² PINHEIRO, Letícia. Traídos pelo desejo: um ensaio sobre a teoria e prática da política externa brasileira. *Revista Contexto Internacional*, v. 22, n. 2, 2000. p. 310.

à Primeira e a Segunda Guerra Mundial, o presidente tornou-se figura arbitral, obviamente, desejável.

3 O *uti possidetis* entre o século XX e o início do século XXI

Trabalhando na perspectiva da tipologia ideal weberiana, aproximada à época contemporânea da escrita do presente artigo, algumas considerações são necessárias para que não se pense numa linearidade histórica, como se fosse possível uma espécie de evolução de uma etapa de utilização do *uti possidetis* para outra. Assumindo a visão descritiva pela qual se optou desde a introdução, considera-se, neste artigo, a concepção de que a história não constitui um fio unívoco, como se, ao se observar determinado espaço de tempo, fosse possível constatar que nele já estivesse contido outro posterior. Em outros termos:

[...] não havendo uma linha unívoca nem um curso objetivamente progressivo no interior da história, cabe à pesquisa histórica tratar do que é particular, daquilo que permite identificar na sua peculiaridade uma configuração cultural e buscar explicações causais para essa particularidade⁴³.

Adotando o acima exposto, não se pretende traçar um quadro cronológico evolutivo, uma transição dos modelos tradicional e carismático para a realidade que se procurará descrever, associada ao tipo de dominação racional-legal. Assistiu-se, no século XX, a uma formação de organizações internacionais com diferentes escopos: regionais, universais, com características de multilateralidade, permanência e institucionalização, segundo Seitenfus. Essas associações voluntárias de Estados modificaram o rol clássico tanto de atores das relações internacionais quanto de sujeitos de direito internacional⁴⁴.

Como fenômeno decorrente da existência de tais organizações, percebeu-se, no sistema internacional, a formação de jurisdições, que, associadas às características acima mencionadas, refletem o desenvolvimento em relação ao que Weber classificou como um tipo de dominação racional-legal. A qualidade principal desse modelo de dominação, tanto a respeito dos Estados

⁴³ COHN, Gabriel. Introdução. In: COHN, Gabriel (org.). *Max Weber: sociologia*. São Paulo: Ática, 1979. p. 12.

⁴⁴ SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29-32.

quanto da ordem internacional, é a maior racionalidade de que confere a suas ações de forma nunca assumida. Conforme Weber:

obedece-se, não à pessoa em virtude de seu direito próprio, senão à regra estatuída, a qual estabelece ao próprio tempo quem e em que medida se deve obedecer. Também o que ordena obedece ao emitir uma ordem à regra: à “*lei*” ou ao “*regramento*” de uma norma *formalmente* abstrata. O tipo do que ordena é superior, cujo direito de mando está legitimado por uma regra estatuída, no marco de uma *competência* concreta, cujas delimitações e especialização se fundam na utilidade objetiva e as exigências profissionais postas à atividade do funcionário⁴⁵.

Não obstante a permanência da soberania estatal, que promove uma sociedade internacional sem hierarquia formal entre os Estados, se instituiu, minimamente, uma racionalidade de cooperação entre os Estados, o que os levou, com frequência, a dirimir conflitos em órgãos jurisdicionais especializados, como o caso da Corte Internacional de Justiça.

3.1 A Corte Internacional de Justiça e o emprego do *uti possidetis*: breves considerações

Com o processo de descolonização ocorrido a partir do final da Segunda Guerra Mundial, utilizou-se o princípio em questão para a resolução de litígios de territórios em todo lugar relativo à independência política de nações com o surgimento de novos Estados.

Entretanto, isso foi questionado por parte dos doutrinadores internacionalistas. Na opinião destes, a doutrina do *uti possidetis* originou-se de um fato histórico único — ou seja, a colonização ibérica, amparada na emissão de títulos via bulas papais⁴⁶. A finalidade, que motivou os defensores do uso desse princípio, consistiu no impedimento de disputas territoriais que levassem a guerras entre os novos Estados — uma vez que, com

⁴⁵ “Se obedece, no a la persona em virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo quién y en qué medida se deba obedecer. También el que ordena obedece, al emitir una orden a la regla: a la ‘ley’ o al ‘regramento’ de una norma formalmente abstracta. El tipo del que ordena es ‘superior’, cuyo derecho de mando está legitimado por una regla estatuida, en el marco de una competencia concreta, cuyas delimitación y especialización se fundan en la utilidad objetiva y las exigencias profesionales puestas a la actividad del funcionario”. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura, 1982. p. 707.

⁴⁶ Durán Bachler cita o caso de Camilo Barcia Telles, para quem a doutrina era consequência de um “hecho que careció de plural en otros continentes”. DURÁN BACHLER, Samuel. Resurrección del *uti possidetis*. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 16, 1989. p. 489.

o referido princípio, garantiu-se a segurança jurídica às decisões sobre litígios fronteiriços, o que levou, por sua vez, a uma estabilidade territorial após a retirada das tropas das metrópoles europeias. Conforme um dos internacionalistas acordes, “a base de nossa opinião era de que a doutrina do *uti possidetis* representa princípios essencialmente justos e como tais têm de sobreviver com o Direito Internacional firmemente estabelecido no que a descolonização se refere”⁴⁷.

Na mesma linha, conforme Durán Bachler, John Basset Moore opinou em relação às questões envolvendo litígios entre o Panamá e a Costa Rica; essa era a postura que Henri Rolin também sustentou perante a Corte Internacional de Justiça em 1960⁴⁸.

Analisando o caso relativo à controvérsia fronteiriça entre Burkina Fasso e a República de Mali⁴⁹, em 22 de dezembro de 1986, a referida Corte posicionou-se no sentido de que, embora o princípio tivesse sido usado, pela primeira vez, na América de colonização espanhola, não era portador de norma pertencente a um “direito internacional ibero-americano”, ou seja, a um sistema particular de direito internacional. Em outras palavras, era um princípio de alcance geral.

O tribunal internacional interpretou que o maior significado que o princípio do *uti possidetis* trouxe foi o do congelamento do título do território, que não volta para trás no tempo e se aplicou à circunstância, ou seja, ao momento da instituição territorial existente à época da independência. Nas palavras da própria Corte:

O princípio de *uti possidetis juris* concede precedência ao título jurídico sobre a posse efetiva como base da soberania. Seu principal propósito é segurar o respeito dos limites territoriais que existiam no momento em que se logrou a independência. [...] Se o princípio do *uti possidetis* conservou seu lugar entre os princípios jurídicos mais importantes, se

deve a uma eleição deliberada por parte dos Estados africanos⁵⁰.

A Corte, ainda, reconheceu a preeminência do título jurídico pela posse efetiva, ou seja, a supremacia do *uti possidetis juris* sobre o *uti possidetis de facto* ou demais situações efetivas coloniais. Considerou, também, que o princípio aplicado ao continente africano não viola o direito de livre determinação dos povos.

3.2 Considerações jurídico-doutrinárias e políticas para alguns casos ainda pendentes no início do século XXI: há possibilidade da aplicação do *uti possidetis*?

O estudo do jogo político internacional revela que não se deve tomar por imutável o quadro de territórios e de Estados existentes. Como sujeito de direito internacional público, por excelência, o Estado, quanto à sua existência, pode extinguir-se, ser alvo de separação ou permanecer estático. A sucessão de Estados é fenômeno que, ainda, pode ser atual, dada a mobilidade da geopolítica mundial. Exemplos podem ser dados pela possibilidade de secessão na Geórgia⁵¹ e a criação do Sudão do Sul⁵². Vê-se, ainda, a reivindicação de soberania e independência por parte do Kosovo, da Palestina, da Escócia, do Quebec e, mais recentemente, do norte do Mali (região de Azawad). O grau de possibilidade de êxito das vindicações existentes varia conforme o caso.

Não se considera, neste artigo, que o *uti possidetis* foi invocado para esses casos. A probabilidade de o princípio ser utilizado por ocasião desses litígios fronteiriços é alvo de estudos específicos. Chama a atenção, entretanto, a mobilidade da cena internacional.

⁴⁷ Tradução nossa do texto: “la base de nuestra opinión era que la doctrina del *uti possidetis* representa principios esencialmente justos y como tales tienen que sobrevivir en el derecho internacional firmemente establecido en lo que la descolonización se refiere”. DURÁN BACHLER, Samuel. Resurrección del *uti possidetis*. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 16, 1989. p. 490.

⁴⁸ DURÁN BACHLER, Samuel. Resurrección del *uti possidetis*. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 16, 1989. p. 489.

⁴⁹ Eram esses novos Estados a antiga colônia alemã do Alto Volta e a colônia francesa do Sudão Francês, respectivamente. O litígio fronteiriço levou à formação de uma comissão técnica neutra para resolver a demarcação das áreas de fronteira entre os dois países, num processo que se iniciou em 1975.

⁵⁰ Conforme o original: “El principio de *uti possidetis juris* concede precedencia al título jurídico sobre la posesión efectiva como base de la soberanía. Su principal propósito es garantizar el respeto de los límites territoriales que existían en el momento en que se logró la independencia. [...] Si el principio del *uti possidetis* ha conservado su lugar entre los principios jurídicos más importantes, se debe a una elección deliberada por parte de los Estados africanos.” (Tradução livre). NACIONES UNIDAS. *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia (1948-1991)*. 1992. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁵¹ No caso em tela, as tensões étnicas e políticas redundaram em uma guerra entre a Federação Russa, apoiadora de abecásios e ossetas, contra a Geórgia em 2008. Em choque, estava a pretensão da Ossétia do Norte e da Abecásia de conseguir a independência total da Geórgia.

⁵² Independente desde 08 de julho de 2011.

Na década de 1990, o colapso do mundo socialista fez com que o *uti possidetis* fosse revisitado pela doutrina jurídica internacionalista. Buscou-se um meio de superação dos conflitos que se desenrolaram — dentre os quais a Guerra Civil na Iugoslávia talvez tenha sido o episódio mais sangrento.

Em 1991, montou-se a Comissão de Arbitragem para a Paz na Iugoslávia, apelidada de Comissão Badinter. Presidida pelo ex-ministro francês Robert Badinter, o referido grupo aconselhou a prática do *uti possidetis de jure*, o qual recomendou a resolução das questões de limites emergentes de acordo com a linha de interpretação já usada na Corte Internacional para as ex-colônias: as divisões internas preexistentes que dividiam as antigas repúblicas iugoslavas deveriam tornar-se automaticamente as fronteiras internacionais de novos Estados.

Tanto a interpretação da Corte Internacional de Justiça para o caso Burkina Fasso *versus* Mali quanto as certezas da Comissão Badinter foram contestadas por Suzane Lalonde, quando analisada a possibilidade de secessão do Canadá e o surgimento de um Quebec independente. Segundo a autora, o Princípio do *Uti Possidetis* foi saudado em excesso⁵³, sem ser aplicado de forma vinculativa a outras situações territoriais de litígio. Na visão da autora, ao invés da aplicação da regra costumeira — garantidora de uma resolução pacífica de possíveis litígios e principalmente da determinação de novas fronteiras —, a utilização do princípio somente poderia ser bem avaliada se considerada sua eficácia quanto à secessão.

Apesar de não concordar diretamente com Lalonde, Kohen reconheceu seu mérito intelectual quando analisou que o *uti possidetis* não garante o reconhecimento da independência antes que ela efetivamente ocorra, avaliando as novas fronteiras. Não há, portanto, nenhuma automaticidade entre a autoridade da secessão e a segurança na provável extensão e delimitação territorial pretendida⁵⁴.

⁵³ Um grupo de cinco especialistas chegou a informar o governo quebequense que, à luz do Princípio do *Uti Possidetis*, no caso de uma eventual independência, as divisas atuais entre o Quebec e as demais províncias canadenses seriam as que delimitariam a nova situação política.

⁵⁴ KOHEN, Marcelo Gustavo. Review: Determining boundaries in a conflicted world: the role of “*uti possidetis*” by Suzanne N. Lalonde. *The American Journal of International Law*, v. 98, n. 2, p. 379-383, 2004.

4 Considerações finais

As experiências registradas na solução de litígios fronteiriços na América Latina, especialmente na América do Sul, podem ser tomadas como contribuição efetiva da região para o desenvolvimento do direito internacional público. Neste trabalho, descreveu-se como a utilização do Princípio do *Uti Possidetis* ilustra essa afirmação. Seu uso animou a resolução de contendas, mas sua observância esbarrou na dificuldade de se transpor a vontade soberana dos Estados.

Apesar das possíveis críticas, o método escolhido parece ser eficaz para descrever aspectos fundamentais das relações de poder existentes ao longo da história e apreendidas pela tipologia ideal weberiana. Demonstrou-se como a legitimidade a respeito da aplicação do uso do princípio passou por diferentes fundamentações sem, contudo, se objetivar a demonstração de uma evolução ou linearidade histórica.

Utilizou-se o princípio, num primeiro momento descrito, pelos regimes absolutistas vigentes — nos quais havia certa confusão entre o público e o privado —, levando seus dirigentes a tratar o território estatal como algo similar à propriedade privada dos monarcas envolvidos na assinatura de tratados internacionais. Isso facilitou a sua transposição do direito privado romano para o então conhecido direito das gentes, embrião do atual direito internacional público, tal como demonstraram os tratados luso-hispânicos delimitadores de fronteiras, tomando como exemplo o Tratado de Madrid (1750). Considerou-se esse momento como ligado a um tipo de dominação tradicional, patriarcal.

Pensando em outra fonte, o laudo arbitral, a escolha do árbitro passou por motivações que se aproximaram do tipo carismático, cujos atributos relacionam-se à simbologia que ocupa o próprio Estado que representa no concerto entre as nações existentes.

O uso do *Princípio do Uti Possidetis* revelou, finalmente, uma contribuição do pensamento jurídico ibero-americano e latino-americano ao direito internacional em geral ao se espalhar, como pode mostrar a aplicação do mesmo para a resolução de litígios na África à época da descolonização. A atuação da Corte Internacional de Justiça, em substituição aos antigos laudos arbitrais previstos em tratados, tornou-se emblemática pela jurisprudência desenvolvida, conferindo maior racionalida-

de em termos da institucionalização de uma jurisdição específica para aplicação do direito.

Por fim, devido à dinâmica da geopolítica, não se pode desprezar que o princípio possa ser utilizado novamente em futuros casos relativos a disputas territoriais, o que já se revelou forma eficaz de manutenção da paz entre estados litigantes. Fica, todavia, a consideração de que os casos deverão ser analisados singularmente.

Referências

- AS MISSÕES. *O Paiz*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 3794, 20 fev. 1895. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=178691_02&Pesq=Ernesto%20Zeballos&pagfis=12032. Acesso em: 17 nov. 2022.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito público internacional*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911.
- CHEIBUB, Zairo Borges. Diplomacia e construção institucional: o Itamaraty em uma perspectiva histórica. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 113-131, 1985.
- CLEVELAND, Grover. *Laudo Arbitral de 1895 - Brasil/Argentina*. Disponível em: <http://www.info.lncc.br/att1895.html>. Acesso em: 24 ago. 2022.
- COHN, Gabriel. Introdução. In: COHN, Gabriel (org.). *Max Weber: sociologia*. São Paulo: Ática, 1979.
- CORNU THÉNARD, Nicolas; LAURENT-BONNE, Nicolas. Desafios de uma crítica fundada na história do direito e no direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 45, p. 11-34, abr. 2021.
- DR. ZEBALLOS. *O Paiz*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 4081, 11 jul. 1893. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_02&pasta=ano%20189&pesq=Ernesto%20Zeballos&pagfis=8018. Acesso em: 17 nov. 2022.
- DURÁN BACHLER, Samuel. Resurrección del uti possidetis. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 16, p. 489-491, 1989.
- ESPÍRITO SANTO, Miguel Frederico do. *O Rio Grande de São Pedro entre a fé e a razão*: introdução à história do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Martins Livreiro, 1999.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 2001.
- FERNANDES, Saul Estevam. O princípio do *uti possidetis* e o sistema de resolução ruiano para as questões de limites interestaduais durante a Primeira República. *Revista Em Perspectiva*, v. 2, n. 1, p. 134-156, 2016.
- GERTH, Hans; WRIGHT MILLS, Charles. Introdução. In: WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. p. 15-95.
- GOES FILHO, Synésio Sampaio. *Navegantes, bandeirantes e diplomatas: um ensaio sobre a formação das fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HEINSFELD, Adelar. *A questão de Palmas entre Brasil e Argentina e o início da Colonização Alemã no Baixo Vale do Rio do Peixe - SC*. Joaçaba: Unoesc, 1996.
- HERZOG, Tamar. *Fronteiras da posse: Espanha e Portugal na Europa e nas Américas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.
- HERZOG, Tamar. *Frontiers of possession: Spain and Portugal in Europe and the Americas*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2015.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KOHEN, Marcelo Gustavo. Review: determining boundaries in a conflicted world: the role of “uti possidetis” by Suzanne N. Lalonde. *The American Journal of International Law*, v. 98, n. 2, p. 379-383, 2004.
- LACERDA, Joaquim Maria de. *Pequena história do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, [s. d.].
- LORENTE, Marta. Territorio y nacionalidad en Iberoamérica tras las Independencias. El principio constitucional *uti possidetis juris*: razones y estrategias para contar su historia. *Anuario de Historia de América Latina*, v. 55, p. 60-83, 2018.
- LUNA, Félix. *Breve historia de los argentinos*. Buenos Aires: Planeta, 2003.
- MEIRA, Sílvio. A vocação dos séculos e o direito romano; o ensino, a doutrina e a legislação; um novo direito romano não europeu; exemplos do passado e do presente; a África do Sul; o “uti possidetis” e o mundo moderno; os “servi terrae” do mundo atual; o monopólio das terras rurais e a enfiteuse; a usura internacional; as reformas agrárias; sobrevivência da latinidade. *Revista*

de informação legislativa, v. 25, n. 100, p. 19-38, out./dez. 1988.

NACIONES UNIDAS. *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia (1948-1991)*. 1992. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

PEREZ, Reginaldo Teixeira *et al.* *Política I*. Santa Maria: UAB/UFSM, 2009.

PINHEIRO, Leticia. Traídos pelo desejo: um ensaio sobre a teoria e prática da política externa brasileira. *Revista Contexto Internacional*, v. 22, n. 2, p. 305-335, 2000.

RIO BRANCO, Barão do. *Questões de limites*. República Argentina. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945.

SCHERILLO, Gaetano. *Corso di istituzioni di diritto romano*. Milano: La Goliardica, 1962.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura, 1982.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Política externa, soberania e direitos individuais dos estrangeiros: o epílogo do caso Battisti à luz de uma análise histórica da jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal)

Foreign policy, sovereignty and individual rights of foreigners: the epilogue of the Battisti case in the light of a historical analysis of the jurisprudence of the STF (Supreme Federal Court)

Daniel Damasio Borges

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Política externa, soberania e direitos individuais dos estrangeiros: o epílogo do caso Battisti à luz de uma análise histórica da jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal)*

Foreign policy, sovereignty and individual rights of foreigners: the epilogue of the Battisti case in the light of a historical analysis of the jurisprudence of the STF (Supreme Federal Court)

Daniel Damasio Borges**

Resumo

O modo pelo qual o Estado brasileiro direciona e implementa a sua política externa afeta os direitos individuais de estrangeiros, especialmente em matéria de expulsão e de extradição. A recente decisão do STF sobre o caso Battisti constitui um exemplo a respeito desse fato. Esse caso nos dá o fio condutor para refletir sobre essa relação entre política externa e direitos individuais. Ao longo de sua história, o STF tem adotado duas noções de soberania nos casos envolvendo a política externa brasileira. A primeira refere-se a uma soberania limitada pela Constituição, em que os direitos dos estrangeiros devem ser assegurados. A segunda refere-se à aceção de poder irrestrito do Poder Executivo, não suscetível de ser controlado pelo Poder Judiciário. Neste artigo, analisam-se os acórdãos do STF em que esses dois sentidos aparecem. Para levar a efeito essa análise, fez-se um estudo da jurisprudência do STF, abordando casos históricos sobre essa questão desde a primeira Constituição Republicana de 1891. Se o primeiro conceito de soberania evita arbítrios do Poder Executivo; o segundo os justifica.

Palavras-chave: política externa; soberania; direitos individuais; controle jurisdicional; extradição; expulsão; estrangeiros.

Abstract

The way in which the Brazilian State directs and implements its foreign policy affects the individual rights of foreigners, especially in matters of expulsion and extradition. The recent STF decision on the Battisti case is an illustration of this. This case gives us the guiding thread to reflect on this relationship between foreign policy and individual rights. Throughout its history, the STF has adopted two notions of sovereignty in cases involving Brazilian foreign policy. The first is in the sense of a sovereignty limited

* Recebido em 12/08/2022
Aprovado em 15/12/2022

** Doutor em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) e professor associado de direito internacional público da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp – câmpus de Franca.
E-mail: daniel.damasio@unesp.br.

by the Constitution, in which the rights of foreigners must be guaranteed. The second is in the sense of the unrestricted power of the Executive Branch, which cannot be controlled by the Judiciary Branch. The article seeks to analyze the STF judgments in which these two meanings appear. In order to carry out this analysis, a study of the STF's jurisprudence was made, addressing historical cases on this issue since the first Republican Constitution of 1891. As we will try to demonstrate, if the first concept of sovereignty avoids arbitrary acts of the Executive Power, the second justifies.

Keywords: foreign policy; individual rights; sovereignty; judicial review; extradition; expulsion; foreigners.

1 Introdução

A questão de saber se o Poder Executivo tem o direito de deportar estrangeiros não se resolve pelas simples considerações de que tal direito é inerente à soberania. Esta não é a onipotência política, o absolutismo do Estado e muito menos da administração; tem os limites que a si mesma impôs na Carta Constitucional [...].¹

Vós, Tribunal Supremo, foste instituído para guarda aos direitos individuais, especialmente contra os abusos políticos; porque é pelos abusos políticos que esses direitos costumam perecer. Para amparar essa categoria de direitos contra os excessos de origem particular, contra as invasões de caráter privado, não carceriais dessa prerrogativa, a função específica de vosso papel, que vos manda recusar obediência aos atos do Governo, ou às deliberações do Congresso, quando contravierem à Carta Federal. Logo, senhores juízes, a circunstância de abrigar-se em formas políticas o atentado não o subtrai ao vosso poder equilibrador, se uma liberdade feri-

da, negada, conculcada pelo Governo, se levantada diante de vós, exigindo reparação.²

Poucos processos no STF (Supremo Tribunal Federal) foram marcados por tantas reviravoltas e celeumas como o pedido de extradição, realizado pela República Italiana, de Cesare Battisti³. Para melhor situar o leitor nessa história rocambolesca, não é supérfluo rememorar os seus principais capítulos.

O antigo membro da organização “Proletários Armados para o Comunismo” foi condenado à prisão perpétua pela Corte de Apelações de Milão em 1991 e em 1993. Atribuíram-se a Battisti quatro homicídios com circunstâncias agravantes: o primeiro cometido em 6 de junho de 1977 contra um agente penitenciário, o segundo em 16 de fevereiro de 1979 contra um comerciante⁴, e o último em 18 de abril de 1979 contra um agente de polícia.

² BARBOSA, Rui. *Deportação de um brasileiro*: obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1964. v. 33. Ministério da Educação e da Cultura, Rio de Janeiro, 1958, p. 129-130. Essa afirmação de Rui ocorreu em oração perante o Supremo Tribunal Federal em 23 de abril de 1892, no quadro de sua célebre petição de *habeas corpus* impetrada em favor de várias personalidades políticas, inclusive congressistas. Tais personalidades haviam sido alvo das prisões e desterros impostos pelo presidente Floriano Peixoto, o qual havia decretado o estado de sítio no Brasil. Sobre o assunto, v. também COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Editora Unesp, 2006. p. 23-32.

³ Sobre o caso, v. também: BORGES, Daniel Damasio. Sobre o controle jurisdicional da política externa: notas acerca do caso Battisti no STF. *Revista Direito GV*, p. 221-244, jan/jun 2014. e BORGES, Daniel Damasio. Les arrêts Battisti devant la Cour Suprême brésilienne: la portée du contrôle des juridictions nationales sur les actes de la politique étrangère. *Annuaire Français de Droit International*, v. 64, p. 111-128, 2018.; GOMES, Eduardo B.; ALMEIDA, Ronald S. de. Extradition e direitos fundamentais: o caso Cesare Battisti. *Revista de Informação Legislativa*, v. 49, n. 195, p. 25-39, jul./set. 2012.; MENDES, Sérgio da Silva. Estado seletivo de exceção e perseguições políticas sutis: em torno do caso Cesare Battisti. *Revista Forense*, v. 107, n. 413, p. 421-453.; LUNGARZO, Carlos. *Os cenários ocultos do caso Battisti*. São Paulo: Geração Editorial, 2012; PAULINO, Israel; REZEK, Francisco. Desativismo judicial: a extradição Battisti no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 03, p. 504-512, 2016.; BORGES, Daniel Damasio. E se o Supremo Tribunal Federal (STF) restabelecer a vigência da Convenção n. 158 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) na ordem jurídica brasileira?: sobre uma possível reviravolta, pela via do direito internacional, das leis trabalhistas brasileiras. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, p. 137-163, 2018.

⁴ Trata-se dos homicídios contra Pierluigi Torregiani, ocorrido em Mestre, e Lino Sabbadin, o qual sucedeu em Milão. Os homicídios, assim, foram realizados na mesma data em cidades diferentes. Todavia, Battisti não foi condenado por ter executado o homicídio de Torregiani, mas por ter participado de seu planejamento e organi-

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 388*, 31 de junho de 1893. Gostariamos de agradecer a gentileza da Coordenação de Memória e Gestão Documental do STF por nos ter enviado uma cópia scaneada da íntegra do referido acórdão e dos demais acórdãos do início do século XX. Convém ressaltar que a expressão “deportação”, utilizada no voto acima citado, não tem o sentido que ela assume atualmente. No início da República, conforme observa Mariana Cardoso dos Santos Ribeiro, deportação era sinônimo de expulsão. Sob o aspecto legislativo, somente a partir do Decreto lei n. 7967 de 1945 — o qual dispôs sobre a imigração e colonização —, começou-se a usar essa expressão na acepção de saída compulsória do estrangeiro, determinada pelo Estado e fundada por razões de violação às leis migratórias brasileiras. V. especialmente os artigos 63 e 94 do referido decreto. RIBEIRO, Mariana Cardoso dos Santos. *Venba o decreto de expulsão: a legitimação da ordem autoritária no governo Vargas (1930-1945)*. 2003. Dissertação (Mestrado em História Social) - FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 76.

Com vistas a escapar dos processos judiciais que o condenaram perante a Justiça italiana, Battisti morou em Paris durante décadas a partir de 1990. Escritor de romances policiais, inspirados em seu passado na luta armada, Battisti torna-se uma personalidade assaz conhecida na França. De modo análogo ao que ocorreu posteriormente no Brasil, a permanência de Battisti, em território francês, suscitou polêmicas, especialmente a recusa dos governos socialistas em extraditá-lo para a Itália⁵. Em 2002, após a reeleição do político conservador Jacques Chirac (1995-2007) e a vitória da direita nas eleições legislativas, o primeiro-ministro francês Jean-Pierre Raffarin (2002-2005) editou o decreto de extradição de Battisti.

Nesse momento, Battisti fugiu para o Brasil e a sua extradição ocupou, durante anos, a pauta da mais alta instância jurisdicional brasileira. Em 1º de março de 2007, o ministro Celso de Mello, a pedido da Interpol, determinou a prisão preventiva de Battisti. Em 4 de maio de 2007, a República Italiana formulou, para o Brasil, o pedido de extradição de Battisti, para que cumprisse a pena que lhe foi imposta pela Corte de Apelações de Milão. Na prisão, Battisti fez, ao Comitê Nacional de Refugiados (CONARE), o pedido de refúgio, o que lhe foi negado. Para o CONARE, Battisti não fez jus à condição de refugiado, porquanto os requisitos legais para a caracterização do refúgio — na espécie, os fundados temores de perseguição política — não estão caracterizados. Battisti, por sua vez, ingressou com um recurso administrativo perante o Ministro da Justiça, Tarso Genro. O Ministro acolheu o recurso e lhe atribuiu o status de refugiado, o que obstou o prosseguimento do processo de extradição⁶. Naquela ocasião, Battisti negou, veemente, os crimes pelos quais ele havia sido condenado na Itália. Apenas muitos anos depois — em 2019 —, na prisão na Itália, ele admitiu a autoria da prática desses crimes⁷.

A Itália perseverou em seu pedido perante o STF. Em um acórdão de 16 de dezembro de 2009, a Corte anulou a decisão do Ministro da Justiça e autorizou a

zação.

⁵ Sobre o assunto, v. especialmente PERRAULT, Guillaume. *Génération Battisti: ils ne voulaient pas savoir*. Paris: Plon, 2005.

⁶ É o que determina o art. 33 da Lei n. 9.474/97: “O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”.

⁷ GAUTHERET, Jérôme. *Italie: les aveux du détenu Cesare Battisti*. *Le Monde*, 25 mar. 2019. Disponível em: www.lemonde.fr.

extradição de Battisti, sob o fundamento de que ele não poderia ser considerado refugiado pela lei brasileira e de que ele não foi condenado por crimes políticos. Este foi o primeiro acórdão em que o STF se pronunciou sobre a extradição de Battisti.

O segundo acórdão, por sua vez, versou sobre uma outra questão: o alcance do poder discricionário do Presidente da República em matéria de extradição, quando houve a autorização do STF em se efetuar tal ato de cooperação internacional.

No último dia de seu mandato — em 31 de dezembro de 2010 —, o presidente Lula decide não extraditar Battisti, com lastro no parecer da Advocacia-Geral da União n. 17/2000 de autoria do Consultor da União Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy⁸. O parecer pôs em destaque a letra “f” de número 1 do artigo 3º do tratado de extradição. Tal disposição convencional habilita os Estados-partes a se eximirem de suas obrigações recíprocas de extraditar em situações muito abrangentes:

Se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados [...].

A Advocacia-Geral destacou a condição pessoal de Battisti: a sua intensa participação política em um momento conturbado da história italiana. Tal condição, acrescentou o parecer, poderia agravar a condição do extraditando, haja vista o acirramento de paixões e o clamor público que o seu caso havia gerado na Itália.

Mais uma vez, a Itália não aceitou a decisão do Poder Executivo brasileiro, contestando-o perante o STF. Dessa vez, questionou-se a pertinência dos argumentos aduzidos pelo Presidente da República com base no tratado entre os dois países. Segundo a Itália, o Brasil não poderia se valer do artigo 3º, porquanto o caso de Battisti não se amoldava a ele.

Contrariamente ao primeiro acórdão, o STF negou razão à Itália. Antes mesmo de analisar as alegações fundadas no descumprimento do tratado de extradição, o STF afirmou que o ato do Presidente da República

⁸ Os textos do parecer e do despacho do Advogado-Geral da União Substituto encontram-se disponíveis em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=155567&id_site=3. Acesso em: 23 de maio de 2020.

que negou a extradição não era suscetível de controle jurisdicional. Por esse motivo, a Itália não poderia contestá-lo, motivo pelo qual o STF não conheceu da reclamação italiana.

Para o STF, naquele momento do processo de extradição — após, portanto, a autorização da alta corte brasileira para a prática desse ato —, a decisão sobre essa temática era da alçada exclusiva do Presidente da República, porquanto configurava o exercício da soberania externa do Estado brasileiro.

Portanto, nos termos do acórdão, os atos de soberania do Estado brasileiro, em relação ao plano externo, seriam uma atribuição exclusiva do Presidente da República, a qual não estariam sujeitos a qualquer controle jurisdicional.

Essa fundamentação beneficiou Battisti, porquanto o STF não conheceu da reclamação da Itália e ordenou a sua liberação. Mas essa mesma linha de raciocínio, ironicamente, o prejudicou alguns anos depois.

Como se sabe, o destino de Battisti mudou radicalmente após o impeachment da presidente Dilma Rousseff. O governo do presidente Michel Temer deu seguidos sinais de que não compartilhava a visão dos seus dois antecessores sobre a permanência do italiano em território nacional. Encorajada por esses sinais, a Itália faz um novo pedido de extradição ao Brasil em 22 de maio de 2017.

Em 4 de outubro de 2017, Battisti foi preso em flagrante na cidade de Corumbá, na fronteira com a Bolívia, e indiciado por evasão de divisas. Nos jornais brasileiros, fala-se com frequência em planos do governo brasileiro em extraditá-lo ou expulsá-lo⁹. Esses rumores e a prisão de Battisti em Corumbá conduziram os advogados de Battisti a impetrarem, em seu favor, um *habeas corpus* preventivo. Em 4 de outubro de 2017, o ministro Luiz Fux, relator do segundo acórdão acima referido, deferiu o pedido. Para Fux, houve a necessidade de uma reflexão mais profunda sobre “a possibilidade, ou não, de o atual Presidente da República, suplantando decisão presidencial anterior, no afã de atender ao pedido do Estado requerente”. Segundo Fux, dever-se-ia obstar a extradição, pelo menos até que o STF se pronunciasse,

de modo mais detido, sobre a possibilidade de mudança da posição presidencial¹⁰.

Em 12 de dezembro de 2018, o mesmo ministro Luiz Fux ordenou a prisão cautelar de Battisti com vistas à sua extradição. O fundamento da decisão de Fux retomou a *ratio decidendi* do segundo acórdão de que ele próprio fora relator: o ato do Presidente da República sobre a entrega do extraditando foi um ato de império e soberano, podendo ser revisto a qualquer tempo pelo chefe do Poder Executivo. Por conseguinte, segundo Fux, esse ato era insindicável pelo Poder Judiciário. Para Fux, tendo o STF previamente reconhecido a regularidade do processo de extradição e a autorizado, não haveria qualquer controle jurisdicional sobre a questão.

Em 14 de dezembro de 2018, o presidente Michel Temer decretou a extradição de Battisti¹¹. A extradição jamais pôde ser efetivada pelas autoridades brasileiras, em razão da fuga do italiano para a Bolívia. Battisti foi entregue às autoridades italianas pelo governo boliviano em 14 de janeiro de 2019, pondo fim a mais de 30 anos de tentativas do Governo italiano em aprisioná-lo.

O caso Battisti pôs em evidência a estreita relação entre política externa e direitos individuais. De um lado, a extradição constitui um ato de cooperação entre Estados soberanos com a finalidade de combater a criminalidade. É evidente, assim, que questões políticas e diplomáticas interferem sobre o pedido do Estado requerente e sobre a sua eventual aceitação por parte do Estado requerido. De outro lado, a extradição visa a um indivíduo, que responderá a um processo penal no Estado requerente ou que nele cumprirá a pena para a qual já foi condenado. Ela repercute, assim, sobre os direitos fundamentais do extraditando, pois coloca em causa a sua liberdade individual.

Por esses motivos, esse enredo judicial, cheio de peripécias, envolvendo Battisti presta-se a uma reflexão mais ampla e detida sobre a relação entre política externa e direitos individuais. Em um primeiro momento, o STF, no primeiro acórdão, reforçou o seu papel de guardião dos direitos fundamentais do extraditando: analisou, minuciosamente, os requisitos constitucionais e legais do processo de extradição. Todavia, em um segundo momento, o ministro Luiz Fux negou a Battisti

⁹ V., por exemplo, a matéria do jornal “O Globo”, datada de 6 de outubro de 2017: “Governo planeja mandar Cesare Battisti de volta à Itália”. Disponível em www.oglobo.com.br.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar no Habeas Corpus n. 148.408 Distrito Federal*. 13 de outubro de 2017.

¹¹ V. Despacho do Presidente da República n. 156 de 14 de dezembro de 2018.

o direito de ver apreciada a sua tese de que o Presidente da República não poderia ter mudado de posição sobre a extradição, sob o fundamento de que os atos de política externa são imunes a qualquer tipo de controle jurisdicional.

Em verdade, essa tensão entre política externa e direitos fundamentais esteve sempre presente na história do constitucionalismo brasileiro. Em vários momentos históricos decisivos, o STF fez prova de um zelo especial na proteção dos direitos fundamentais dos estrangeiros, desprezando o argumento fundado na soberania do Estado brasileiro (*Parte I*). Por outro lado, em outras ocasiões, o argumento fundado nos poderes ilimitados da soberania do Estado brasileiro sobre os estrangeiros que residem em território nacional preponderou sobre esse cuidado especial com os direitos fundamentais. Nesse sentido, o STF chancelou, acriticamente e sem maiores considerações, as razões de Estado invocadas pelo Poder Executivo, desprestigiando a sua função de guardião de direitos constitucionalmente assegurados (*Parte II*).

Há subjacente à fundamentação desses acórdãos duas concepções diferentes de soberania. De uma parte, não se admite que a soberania seja usada para defender-se poderes ilimitados ao Poder Executivo, ressaltando-se os limites constitucionais que lhe são impostos, inclusive no que concerne ao tratamento reservado aos estrangeiros residentes no território nacional. De outra parte, a soberania presta-se à justificação dos poderes ilimitados ao Poder Executivo, especialmente em questões envolvendo a manutenção da ordem pública.

Este estudo baseou-se na análise detalhada de acórdãos que são considerados importantes pela literatura jurídica e historiográfica sobre a história do STF e da condição jurídica do estrangeiro no Brasil. Assim, aliou-se a pesquisa bibliográfica à análise da jurisprudência. Assim, fez-se uma análise mais pormenorizada de decisões do STF que são sempre citadas como paradigmáticas por juristas e historiadores, por firmarem a posição do STF sobre o seu papel na garantia dos direitos individuais dos estrangeiros. Pretende-se, assim, apontar a principal linha de raciocínio desses acórdãos e submetê-la ao crivo da crítica. Não se optou, assim, por uma abordagem quantitativa, no sentido de verificar se o maior número de acórdãos é neste ou naquele sentido.

2 O STF como garantidor dos direitos fundamentais dos estrangeiros: a soberania como ordem constitucional contra o arbítrio do Poder Executivo

Em matéria de direitos fundamentais, um dos aspectos mais inovadores da primeira Constituição Republicana — a de 1891 — em relação à Constituição imperial de 1824 consistiu na referência aos estrangeiros residentes no Brasil. Tal disposição constitucional exerceu influência decisiva sobre o alcance da proteção dos direitos fundamentais no Brasil.

Nos termos do artigo 72 da Constituição de 1891, “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”. Contrariamente à Constituição Política do Império do Brasil de 1824¹², o texto constitucional faz explícita referência aos “estrangeiros residentes no País”. Assim, os direitos à liberdade, segurança individual e propriedade não se adstringiam, apenas, aos brasileiros, mas abrangeriam também os estrangeiros que residissem em território nacional.

Sob o regime da República Oligárquica (1889-1930), tal inovação condicionou, profundamente, o regime jurídico da expulsão (1.1.) e da extradição (1.2) no direito brasileiro, no sentido de resguardar a liberdade individual dos estrangeiros.

Tanto a expulsão quanto a extradição estão ligadas à política externa do Estado brasileiro, ou seja, ao modo pelo qual o Estado brasileiro relaciona-se com os seus pares nas relações internacionais¹³. No caso da expulsão, não é infrequente que Estados estrangeiros façam

¹² O artigo 179 da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824 assim estipulava: “a inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”.

¹³ Em uma abordagem clássica, tal como proposta por Léon Noël, a política externa é definida como a arte de dirigir as relações de um Estado com os outros Estados. Ela é, assim, composta pelos princípios, pelas tendências gerais, pelos objetivos essenciais da ação de um Estado para além de suas fronteiras. NOËL, Léon. *Politique extérieure et diplomatique*. In: BUSSET, Jacques de Bourbon; BYE, Maurice; BERGER, Gaston; BASDEVANT, Jules. *Les affaires étrangères*. Paris: Centre des Sciences Politiques, 1959. p. 99. Em sentido semelhante, Marcel Merle afirma que a política externa é a parte da atividade estatal que é voltada para fora, ou seja, que trata, em oposição à política interna, dos problemas que se colocam para além das fronteiras. MERLE, Marcel. *La politique étrangère*. Paris: PUF, 1984. p. 7.

reclamações ao Brasil sobre o modo pelo qual os seus nacionais estão sendo tratados¹⁴. É um clássico preceito de direito internacional público que os Estados têm o direito de se interessarem ao tratamento que é reservado aos seus nacionais pelos seus pares na sociedade internacional¹⁵. Quanto à extradição, como dissemos, ela constitui um ato de cooperação de repressão penal entre dois Estados soberanos.

2.1 A proteção dos direitos dos estrangeiros que comprometem a segurança nacional ou a tranquilidade pública: os limites impostos à discricionariedade do Poder Executivo

No início do século XX, estrangeiros que emigraram para o Brasil exerciam um papel de liderança nas greves e protestos pelas reivindicações das melhores condições de trabalho. Com efeito, os imigrantes compunham grande parte da classe operária que se formou nos grandes centros urbanos. Em resposta aos pleitos da classe operária por melhores condições materiais de vida, o Estado fez uso de um vasto arsenal de medidas repressivas, como a violência policial contra grevistas e manifestações pacíficas dos trabalhadores, invasões dos

escritórios dos sindicatos, prisões e proibições às reuniões de trabalhadores¹⁶. Uma frase atribuída ao presidente Washington Luís (1926-1930) sintetizou a política do Estado brasileiro em relação ao pauperismo da classe operária: “a questão social é um caso de polícia”¹⁷.

Nesse contexto, a expulsão de estrangeiros que participassem do movimento operário fazia parte do rol das medidas autoritárias daquela época¹⁸. Todavia, a referência ao texto constitucional aos “estrangeiros residentes” no Brasil tornou-se uma barreira não desprezível contra os expedientes mais abusivos.

No Supremo Tribunal Federal (STF), instituição, então, recentemente criada pela Constituição de 1891, a inserção do tema da expulsão de estrangeiros referiu-se aos *habeas corpus* n. 322 de 6 de junho de 1892 e n. 388 de 31 de junho de 1893. Eles versaram, respectivamente, sobre as expulsões de Nicoláo Ancora e outros de nacionalidade grega em 1892 e de José de Castro Coelho em 1893.

¹⁴ Vejam-se, por exemplo, as explicações solicitadas pela Legação Francesa em dezembro de 1894 acerca da expulsão de cinco cidadãos franceses pelo Estado brasileiro. BONFÁ, Rogério Luís Giampietro. *Com lei ou sem lei: as expulsões de estrangeiros e o conflito entre o Executivo e o Judiciário na Primeira República*. 2008. Dissertação (Mestrado em História Social do Trabalho) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2008. p. 46. O tratamento dispensado pelo Estado brasileiro aos italianos imigrantes envolvidos no movimento operário suscitou um conflito diplomático entre o Brasil e a Itália durante o governo de Epitácio Pessoa (1918-1922). “As prisões e deportações continuavam. Vinham sendo executadas em massa desde setembro. A Embaixada Italiana, que sempre cooperava com as autoridades locais nas questões referentes ao anarquismo e a agitação operária, estava alarmada com o tratamento dado aos indivíduos italianos. Por ordem do Embaixador italiano, o Consulado de São Paulo notificou a polícia que não emitiria os passaportes para os cidadãos italianos a serem deportados a não ser que o governo pudesse apresentar provas concretas que corroborassem as acusações. Sem os passaportes, o governo brasileiro não poderia enviá-los a sua terra natal. Irrigado e preocupado, Epitácio Pessoa comunicou ao Embaixador que o governo brasileiro estaria pronto a cortar relações com a Itália caso ela continuasse a impedir o direito soberano brasileiro de deportar os indesejáveis ao país”. MARAM, Sheldom Leslie. *Anarquistas, imigrantes e o movimento operário brasileiro: 1890-1920*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1979. p. 144-145.

¹⁵ “C’est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l’Etat à protéger ses nationaux lésés par un autre Etat, dont ils n’ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires”. CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Acórdão de 30 de agosto de 1924. p. 12.

¹⁶ “A violência do Estado como instrumento perpetuador das relações sociais de dominação na área industrial, ao longo da Primeira República, é um dado conhecido. [...] Parece inútil reproduzir genericamente as referências aos atentados contra a liberdade sindical, contra o direito de expressão, que as raras exceções apenas confirmam”. FAUSTO, Bóris. *Trabalho urbano e conflito social*. São Paulo: Diefel, 1976. p. 233.

¹⁷ Segundo Octávio Bueno Magano, Washington Luís jamais teria pronunciado tal frase. Em um discurso proferido no Teatro Municipal, em São Paulo, em 25 de janeiro de 1920, ao apresentar a sua plataforma para o governo de São Paulo que exerceria entre 1920 e 1924, W. Luís teria dito: “tratando das indústrias, falando sobre o capital, poderia eu silenciar o operário. A legislação operária, porém, por entender com a propriedade e com a liberdade de trabalho, por pertencer à parte substantiva do direito, é matéria sobre a qual só a União pode legalmente dispor; mas, no momento actual, ninguém pôde se desinteressar de tal questão. Ainda por muitos annos, e eu vos falo para o minuto de um quadriênio, entre nós, em São Paulo pelo menos, a agitação operária é uma questão que interessa mais à ordem pública do que à ordem social; representa ela o estado de espírito de alguns operários, mas não o estado de uma sociedade.” Segundo Magano, a partir de uma frase desse discurso “a agitação operária é uma questão que interessa mais à ordem pública que à ordem social”, adversários políticos de W. Luís teriam apregoado a versão segundo a qual ele teria dito que a questão social era um caso de polícia. Embora de autoria discutível, a frase virou o símbolo da opressão imposta ao movimento operário durante a República Oligárquica (1889-1930). MAGANO, Octávio Bueno. Washington Luís e a questão social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, p. 49-65, 1995.

¹⁸ Sheldom Leslie Maram fala em uma “correlação quase direta entre o nível de expulsões e o nível de agitação operária”. MARAM, Sheldom Leslie. *Anarquistas, imigrantes e o movimento operário brasileiro: 1890-1920*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1979. p. 43-44.

Em ambos os acórdãos, invocou-se a soberania nacional para negar o *habeas corpus* e autorizar o Poder Executivo a expulsar os estrangeiros. Em especial, no *Habeas Corpus* n. 388, o STF afirmou que essa atribuição do Poder Executivo decorreria da própria soberania nacional, o qual agiria como delegado da Nação. Ao Poder Executivo caberia, independentemente de lei, assegurar a ordem pública e fazer retirar do território nacional os estrangeiros que sejam considerados incorrigíveis ou perigosos. Nesses termos, dever-se-ia reconhecer amplo poder ao Governo federal para tornar efetiva a segurança e a defesa do Estado¹⁹.

Notadamente no mesmo *Habeas Corpus* n. 388, o ministro José Hygino Duarte Pereira discordou desse entendimento. Segundo ele:

A questão de saber se o Poder Executivo tem o direito de deportar estrangeiros não se resolve pelas simples considerações de que tal direito é inerente à soberania. Esta não é a onipotência política, o absolutismo do Estado e muito menos da administração; tem os limites que a si mesma impôs na Carta Constitucional [...]²⁰.

Nessa ordem de ideias, afirmou Duarte Pereira, ao estrangeiro residente no Brasil não se pode impor qualquer obrigação que não esteja prevista em lei, em observância ao princípio da legalidade. A expulsão constitui uma das mais violentas restrições à liberdade individual. Para Duarte Pereira, seria indispensável uma lei que autorizasse o Poder Executivo a expulsar estrangeiros, determinando quais seriam as suas causas e as formas em que tal expulsão se daria. Portanto, na ausência de disposição legal, o Poder Executivo não poderia obrigar um estrangeiro a sair do território nacional.

Embora Duarte Pereira tenha sido vencido no *Habeas Corpus* n. 388, a evolução da jurisprudência do STF foi no sentido de seu voto dissidente. Em 1894, estrangeiros estiveram envolvidos na Revolta da Armada, a qual colocou em causa a presidência do marechal de ferro, Floriano Peixoto (1891-1894). No quadro da violenta repressão perpetrada pelo presidente, estrangeiros

foram expulsos por ordem do Poder Executivo. Todavia, dessa vez, o STF impôs limites substanciais ao seu raio de ação. No julgamento do *habeas corpus* em favor de Paulino de Jesus, o STF concedeu a ordem de soltura, sob o fundamento de que não havia nenhuma lei que outorgasse ao Poder Executivo a faculdade de expulsar estrangeiros como medida administrativa. Para o STF, a Constituição assegurou aos estrangeiros residentes no Brasil os direitos concernentes à liberdade e segurança individual, colocando-os sob abrigo do princípio da legalidade — eles não poderiam ser obrigados a fazer ou a deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei (art. 72, da Constituição de 1891)²¹.

Após esse precedente, concederam-se outros *habeas corpus* a estrangeiros também envolvidos na Revolta da Armada com base na mesma fundamentação²². Para Rogério L. G. Bonfá, trata-se do primeiro conflito mais contundente entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário na República Oligárquica (1889-1930). Mesmo após a concessão dos *habeas corpus*, o Poder Executivo efetuou as expulsões, em clara desobediência à instância máxima do Poder Judiciário. Tal evento pôs em evidência as fragilidades das instituições criadas pela Constituição de 1891, inermes para fazer frear os arbítrios do Poder Executivo²³.

De toda sorte, firmou-se a jurisprudência no STF de que não seria admissível que o Poder Executivo pudesse expulsar estrangeiros sem que uma lei assim o autorizasse²⁴. Essa barreira imposta pelo STF causou embaraços à ação repressiva do Poder Executivo contra o movimento operário, haja vista a grande presença de estrangeiros em seu seio. No início do século XX, greves e manifestações operárias, com a ativa participação dos imigrantes estrangeiros, agitaram a República.

Daí a aprovação, pelo Congresso Nacional, da primeira lei brasileira a tratar sobre as expulsões: o decreto n. 1641 de 7 de janeiro de 1907²⁵. Nos termos do artigo

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 388. 31 de junho de 1893. Sobre o significado desses acórdãos, v. especialmente BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. As expulsões de estrangeiros e a defesa da soberania nacional na Primeira República brasileira (1891-1926). *História Social*, n. 16, p. 64-85, 2009. e

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 388. 31 de junho de 1893. Sobre a evolução da jurisprudência do STF sobre essa matéria, v. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis (1891-1898)*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965. v. 1. p. 146-147.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 520. 12 de setembro de 1894.

²² V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 520. 12 de setembro de 1894.

²³ BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. *Com lei ou sem lei: as expulsões de estrangeiros e o conflito entre o Executivo e o Judiciário na Primeira República*. 2008. Dissertação (Mestrado em História Social do Trabalho) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2008. p. 48-50.

²⁴ V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 758. 13 de março de 1895.

²⁵ Embora fosse denominada decreto, tratava-se de uma lei apro-

1º da referida lei, o estrangeiro que, por qualquer motivo, comprometer a segurança nacional ou a tranquilidade pública, pode ser expulso de parte ou de todo o território nacional.

A ausência de autorização legislativa, para que o Poder Executivo pudesse regularmente expulsar estrangeiros que “comprometessem a segurança nacional ou a tranquilidade pública”, estava suprida. Todavia, a lei estabeleceu limites importantes ao exercício desse poder.

O artigo 7º da lei estabeleceu a obrigação de o Poder Executivo notificar, oficialmente, ao estrangeiro que resolver expulsar, aduzindo os motivos para tanto. O artigo 6º, por sua vez, determinou que o Poder Executivo relatasse ao Congresso Nacional a execução da lei, remetendo-lhe os nomes de cada um dos expulsos.

Uma das limitações mais importantes referiu-se ao critério de residência. Nos termos do artigo 3º, não poderia ser expulso o estrangeiro residente no território da República por dois anos contínuos.

A questão relativa à residência era essencial. Conforme o *caput* do artigo 72, os estrangeiros *residentes* no país têm direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Assim, a lei especificou o prazo a partir do qual o estrangeiro poderia ser considerado residente no país, o que lhe conferiu a proteção prevista constitucionalmente.

Para Rui Barbosa, em relação ao *caput* do artigo 72, a Constituição de 1891 igualou os estrangeiros residentes no país aos brasileiros no que concerne aos direitos individuais. De acordo com Rui, o alcance dessa disposição constitucional não encontra paralelo em constituições europeias e na Constituição norte-americana. Assim, basta que o estrangeiro tenha residência no país, para que ele usufrua das mesmas liberdades individuais de um brasileiro. Segundo Rui, a expulsão diz respeito, essencialmente, à liberdade individual. Para ele, “conferir ao poder executivo o direito de impor ao indivíduo esse vexame é dotar o poder executivo, contra a liberdade individual, da maior das armas”. Rui destacou a violência da expulsão: constringer o estrangeiro a, praticamente,

romper os laços afetivos, familiares e profissionais que teceu, ao longo de anos, em território nacional²⁶. Assim, o estrangeiro residente no país não poderia ser expulso em qualquer circunstância.

O limite imposto pelo *caput* do artigo 72 da Constituição e pelo artigo 3º do decreto n. 1641 de 7 de janeiro de 1907 impediu que vários estrangeiros que residiam no Brasil há mais de dois anos fossem expulsos. Com efeito, não era infrequente que *habeas corpus* fossem concedidos pelo Poder Judiciário a estrangeiros objeto de um processo de expulsão, sob o fundamento de sua residência há mais de dois anos em território brasileiro²⁷.

Ressalta-se que, mesmo nos casos em que os estrangeiros residissem há menos de 2 (dois) anos, contestaram-se expulsões de estrangeiros no Poder Judiciário. É digno de nota o caso do italiano Vicente Vacirca, redator do jornal operário “*Avanti!*”. O STF negou-lhe o *habeas corpus*, autorizando a sua expulsão, ao argumento de que residia há menos de 2 anos em território nacional e de que não lhe cabia revisar o valor das razões determinativas do Poder Executivo para proceder desse modo.

Contudo, parece-nos deveras significativo o voto dissidente do ministro Pedro Lessa. Para Lessa, o inquérito da polícia paulista apenas apontou que Vacirca escrevia em um jornal socialista e pretendia defender em comícios melhorias nas condições de trabalho. Segundo

vada pelo Congresso Nacional. Sobre o assunto, v. RIBEIRO, Anna Claro Sampaio. *Abre-se a sessão: embates no Poder Legislativo para elaboração e aprovação de leis de expulsão a estrangeiros na Primeira República (1889-1926)*. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em História) - Centro de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 62-84.

²⁶ A rigor, Rui fala em deportação. No entanto, na época de seus escritos, não havia a distinção entre deportação — a saída compulsória do estrangeiro por violação da legislação migratória — e expulsão — a saída compulsória do estrangeiro em virtude da circunstância de sua presença ter se tornado inconveniente em território nacional. Essa leitura de Rui Barbosa sobre a Constituição de 1891 foi exposta nas razões da apelação do processo relativo à ação indenizatória de Antônio da Costa Borlido contra a União Federal. Antônio da Costa Borlido, português nato e naturalizado brasileiro, havia sido expulso por Decreto do Presidente da República de 23 de março de 1901, por ter participado da Revolta da Armada. Ao regressar em território brasileiro, Borlido ingressou com uma ação de indenização com base na ilegalidade da expulsão de que havia sido vítima. BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa, 1906*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e da Cultura, 1958. v. 33. p. 12. Em outras circunstâncias, Rui reafirmou esse posicionamento. Em carta endereçada ao jornal “A Noite”, sobre a expulsão do operário espanhol José Aires de Castro, datada de 15 de março de 1913, Rui salientou que o *caput* do artigo 72 é claro ao fazer referência aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país: “a disposição constitucional apresenta, como se vê, o caráter mais categórico e absoluto. Não admite exceções, atenuantes ou ressalvas”. BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa, 1906*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e da Cultura, 1958. v. 33. p. 161.

²⁷ V, por exemplo, BASTOS, Tavares. *Habeas Corpus na República*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1911. p. 524.

Lessa, publicar pela imprensa diária artigos socialistas não é crime, mas exercício de um direito. Para reforçar essa argumentação, Lessa recordou o episódio histórico da expulsão do jornalista português Antônio Garcia de Abranches pelo governador do Maranhão em 1825, em virtude de ele ter criticado, severamente, a nova ordem estabelecida pela Constituição do Império de 1825 e o marquês do Maranhão. Tal expulsão motivou uma áspera nota de censura do ministro do Império Estevam Ribeiro de Rezende de 3 de setembro de 1825. Para Ribeiro de Resende, as ideias críticas à nova ordem estabelecida pelo jornalista não podiam justificar a expulsão e ainda menos “o extravagante motivo” invocado concernente aos ataques ao Marquês do Maranhão, como se fosse proibido por lei censurá-lo²⁸.

Fazendo alusão a esse exemplo histórico, Lessa defendeu a liberdade de imprensa do jornalista italiano e asseverou, com rigor, que não se podia admitir que a República fosse mais atrasada do que o Império nessa matéria. Em um contunde arrazoado pela liberdade de imprensa, Lessa afirmou que o choque e a luta de opiniões são condições imprescindíveis do progresso e que não se pode responder com brutalidades a doutrinas e ideias²⁹. Do mesmo modo, Lessa defendeu a liberdade

de reunião dos trabalhadores, ressaltando o caráter não violento da ação em prol do atendimento de suas reivindicações³⁰.

Desse modo, Lessa apreciou a fundo as razões invocadas pelo Poder Executivo para respaldar a expulsão e considerou que elas não eram aceitas pelo direito brasileiro, pois não havia qualquer comprometimento da segurança nacional ou tranquilidade pública³¹. Assim, apesar de ter sido voto vencido, Lessa expôs uma forte argumentação jurídica para apreciar a fundamentação exposta pelo Poder Executivo para justificar as expulsões.

De toda sorte, ao proibir a expulsão de estrangeiros residentes há 2 anos no Brasil, o Decreto n. 1641, de 7 de janeiro de 1907, colocou óbices substanciais às expulsões de estrangeiros envolvidos no movimento operário. Esses óbices conduziram à aprovação de uma segunda lei sobre a mesma temática: o Decreto n. 2.741 de 8 de janeiro de 1913³². O referido decreto revogou

expressão e a expansão de uma doutrina, tratando como malfeitor a quem tentar espalha-la e fazê-la aceita. A opiniões e doutrinas não se responde com brutalidades; não se restauram as leis acerca da heresia; e de balde se feririam os socialistas e anarquistas, em consequência de suas opiniões, o socialismo e o anarquismo não ficariam feridos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 2.593, 29 de julho de 1908. *O Direito*, v. 108, p. 510, jan./abr. 1909.

²⁸ “Se o escrever e publicar socialistas não é crime, muito menos é o fato de tentar a reunião de um comício a fim de pedir aos patrões que tenham mais cuidado e se esforcem por evitar desastres de que são vítimas os operários. Eis o segundo, imputado ao paciente. Se a polícia impedir aos operários a publicação de jornais e a reunião de comício, a quem hão de eles recorrer, fazer suas queixas e apresentar suas reclamações? A vias de fato? É a consequência forçada do procedimento havido com o paciente, se se generalizar”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 2.593, 29 de julho de 1908. *O Direito*, v. 108, p. 511, jan./abr. 1909.

²⁹ É de se destaca o posicionamento do ministro Antônio Augusto Cardoso de Castro. Para ele, a expulsão do jornalista italiano não decorreu de justo motivo. Para Cardoso de Castro, o perigo, que se pretende conjurar, não justificaria a inauguração de outro perigo mais inquietador, o da revogação da garantia básica da liberdade individual. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 2.593, 29 de julho de 1908. *O Direito*, v. 108, p. 510, jan./abr. 1909.

³⁰ Para Rogério L. G. Bonfá, dois dos fatores preponderantes para a aprovação do decreto n. 2.741 de 1913 foram o crescimento das ações coletivas reivindicatórias dos trabalhadores e os *habeas corpus* concedidos pelo Poder Judiciário em favor de estrangeiros em tentativas de expulsão perpetradas pelo Poder Executivo.

³¹ Bonfá, Rogério L. G. op. cit., pp. 87-89. Sheldom L. Maram tem uma visão semelhante sobre o tema. “Cidadãos com dois ou mais anos de residência no país estavam isentos de expulsão, assim como as esposas de brasileiros ou viúvas nascidos no Brasil. Logo após, o governo federal, baseado na isenção por residência, haver denegado frequentes pedidos do Governo de São Paulo para deportar três importantes anarco-sindicalistas, uma delegação estadual no Congres-

²⁸ Lessa, inclusive, transcreveu o teor da nota ministerial: “e, não podendo justificar-se tão incompetente e absoluta medida, pelo exposto no referido officio, sobre a natureza das doutrinas publicadas naquelle periodico, bem que se indiquem tendentes a destruir a ordem estabelecida, e ainda menos pelo extravagante motivo allegado de ter o dito redactor atacado a conducta do Marquez do Maranhão, como se fosse defeso por lei censurá-lo: Houve por bem o mesmo Augusto Senhor desaprovar o injusto arbitrio, que descobre em quem o pratica ou perfeita ignorancia dos meios legaes applicaveis em taes casos, ou determinação criminosa de atropelar *direitos garantidos pela Constituição* e manda, pela Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio, participal-o ao dito presidente interino, estranhando-lhe mui sinceramente o levar-se neste negócio por um modo que só poderia ser approved em governo onde regesse a vontade, e não a lei”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 2.593, 29 de julho de 1908. *O Direito*, v. 108, p. 511, jan./abr. 1909.

²⁹ “Os direitos do pensamento humano são superiores às necessidades da defesa social porque o choque e a luta das opiniões são as condições imprescindíveis do progresso. As sociedades têm sucessivamente renunciado a salvaguardar por sanções repressivas os dogmas scientificos, philosophicos e religiosos; apagaram de seus codigos o delicto de heresia; não pôdem alimentar a pretensão de uzar da coacção penal para defender dogmas políticos e sociaes. As condições da existência das sociedades devem ser entregues ás discussões, com as proprias condições da existencia moral do homem. Sem duvida, a tendencia da idéa, bôa ou má, é transformar-se em actos; pois, a idéa é uma força, e a mais enérgica de todas. Mas, a idéa não é susceptível de compressão, sombra de todos obstáculos; ninguem pôde pensar em impôr-lhe obediencia, ou mesmo silencio; ninguém por mais poderoso que seja seria capaz de conter a

o artigo 3º do Decreto n. 1641 de 7 de janeiro de 1907, o qual proibiu, justamente, a expulsão que residisse no Brasil por dois anos contínuos. Era evidente a propósito de suprimir os embaraços jurídicos às ações do Poder Executivo contra os estrangeiros que participassem dos movimentos operários.

O Poder Judiciário revelou-se, mais uma vez, um instrumento poderoso para tolher o autoritarismo do Poder Executivo e, também, do Poder Legislativo. Na aplicação judicial do Decreto n. 2.741 de 8 de janeiro de 1913, prevaleceu o entendimento de que tal Decreto, ao suprimir a proibição da expulsão dos residentes há dois anos, não teria o condão de autorizar os estrangeiros residentes a serem expulsos. A não expulsão de estrangeiros residentes seria uma garantia constitucional, não suscetível de ser modificada pela legislação ordinária. Nessa ordem de considerações, ao suprimir o critério de dois anos de residência, o Decreto havia obrigado o julgador a reportar-se aos princípios gerais de direito civil para estabelecer a noção de residência, para fins de determinação de quais estrangeiros estariam albergados pelo artigo 72 da Constituição de 1891³³.

É verdade, por outro lado, que nem sempre o STF foi impermeável às pressões do Poder Executivo para se omitir nesse papel de garantir dos direitos fundamentais dos estrangeiros.

Em especial, o caso conhecido como “Curvello” — o navio a vapor que transportaria estrangeiros expulsos em razão de sua liderança na grande greve geral de 1917 — é digno de nota. Em poucos dias, o Governo do Estado de São Paulo e o Governo federal prenderam, de modo sigiloso, anarquistas estrangeiros e colocaram-nos no Curvello com destino a Barbados³⁴. Defronte

essa arbitrariedade, o advogado Evaristo de Moraes impetrou *habeas corpus* no STF em favor dos líderes dos movimentos operários³⁵.

Dessa vez, destoando de sua orientação jurisprudencial, o STF negou o *habeas corpus*. Nos termos da ementa do acórdão,

a Constituição não assegura as garantias do artigo 72, indistintamente a todos os estrangeiros que aportam ao país, nele se acham ou habitam, mas somente aos residentes, aos que nele se radicam, conformados com a sua organização, colaborando com os nacionais, dentro da ordem e para o progresso³⁶.

Segundo a ementa, tal proteção não abrangeria os anarquistas, os quais seriam “elementos flutuantes” e que se propõem a destruir a ordem social pela violência³⁷.

O ministro Sebastião de Lacerda, em seu voto, foi, ainda, mais longe: a expulsão dos estrangeiros que ameaçam a ordem social, a segurança pública ou os bons costumes é prerrogativa inerente à soberania nacional, existindo mesmo fora dos textos escritos, tal como sucede com o direito à legítima defesa.

Em contraposição a esses posicionamentos, o ministro Pedro Lessa reconheceu que o tema das expulsões envolvia a soberania nacional. Lessa expôs, porém, uma visão diferente sobre a noção de soberania, associando-a à Constituição Federal. Para Lessa: “a soberania nacional já se manifestou acerca do assunto, quando devia se manifestar, no momento oportuno, que foi quando se aprovou o projeto de Constituição Federal”. Por essa razão, perquiriu-se qual é o sentido, a extensão e os limi-

trangeiros residentes no país não poderiam ser expulsos. Sobre o assunto, v. GUERRA, Maria Pia. *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2012. p. 119-130.

³⁵ Os nomes dos líderes eram os seguintes: José Fernandes, Francisco Peralta, Evaristo Ferreira de Souza, Florentino de Carvalho, Antônio Lopes, Marcial Megias, Antônio Nalipusky, José Bastoni e Antônio Candeias Duarte.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 4386*. 6 de junho de 1917.

³⁷ Nesse mesmo caso, diferentes ministros, como Viveiros de Castro, negaram o *habeas corpus* sob um outro fundamento: a residência dos pacientes em território brasileiro não estaria devidamente provada. Contudo, segundo Maria Pia Guerra, reportagens de jornais na época sugerem a ideia de que havia provas, tanto documentais quanto testemunhais, sobre a residência dos estrangeiros em questão. GUERRA, Maria Pia. *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2012. p. 158-162.

so deflagrou uma campanha para suprimir todas as restrições. Tais esforços foram vãos até 1912, quando, por ocasião de uma onda de greves que varreu o Estado de São Paulo, o Congresso revogou todas as isenções da lei, tendo as emendas entrado em vigor no mês de janeiro de 1913”. MARAM, Sheldon Leslie. *Anarquistas, imigrantes e o movimento operário brasileiro: 1890-1920*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1979. p. 41.

³³ KELLY, Octávio. *Manual de jurisprudência federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1917. p. 118.

³⁴ As expulsões suscitaram vivas reações da parte do movimento operário. Sobressai a manchete do jornal “O Combate”, de 17 de setembro de 1917: “Está revogada a Constituição!”. Nessa reportagem, o jornal noticiara que o Governo do Estado de São Paulo estava perpetrando prisões e expulsões de grevistas, ainda que houvesse se comprometido a não o fazer quando das negociações que puseram fim à grande greve de 1917. A referência ao texto constitucional fazia alusão ao entendimento consolidado no STF de que os es-

tes da expulsão, em conformidade com o texto constitucional. Assim, concluiu Lessa, não se poderia admitir as expulsões diante da proteção assegurada constitucionalmente aos estrangeiros residentes no Brasil. Com base nessa linha argumentativa, não se deve invocar a soberania contra os direitos dos estrangeiros assegurados constitucionalmente, porquanto a própria Constituição implicou manifestação máxima da soberania nacional.

Lessa referiu-se à objeção de que seria perigosa a permanência dos estrangeiros em território brasileiro. Segundo o ministro, caso eles cometam crimes no Brasil, que eles sejam processados e punidos, com rigor, pela Justiça brasileira. E, afirmou, com contundência: “há um mal maior do que a conservação no solo brasileiro de estrangeiros mais ou menos insubordinados; é interpretar leis feitas com um espírito muito liberal, muito adiantado e muito nobre, por meio de um sofismazinhos grotestos”. Nessa ordem de ideias, o ministro citou, mais uma vez, a nota de censura de 1825 do ministro Estevão Ribeiro de Resende em relação à expulsão do jornalista João Antônio Garcia de Abranches. Com o apoio nesse exemplo histórico, afirmou: “a República em 1917 não pode ser menos liberal do que foi o Império em 1825”.

O caso do *habeas corpus* do líder anarquista Everardo Dias foi outro episódio do duelo entre a maioria do STF e Pedro Lessa. A alta jurisdição brasileira denegou o *habeas corpus*, apesar de Dias residir há décadas no Brasil. No acórdão, o STF, inclusive, considerou que o anarquismo seria uma manifestação de um estado de delinquência permanente. Sobre a expulsão dos estrangeiros, o STF afirmou que ela corresponde a um direito inerente de conservação e de defesa do Estado, cujo exercício não depende de lei que o reconheça. Nesse caso, o STF considerou que o tempo de residência, por maior que seja, não é um óbice para que o estrangeiro seja expulso³⁸.

Com a veemência que lhe é característica, Pedro Lessa opôs-se ao entendimento majoritário. Para Lessa, não se poderia falar-se em garantia da liberdade individual, da segurança pessoal e da propriedade, assegurados

constitucionalmente aos estrangeiros, se fosse permitido ao Poder Executivo arrastá-los a um navio mercante com o destino que lhe aprouvesse. Tal interpretação do artigo 72 da Constituição seria uma “burleta jurídica”, reduzindo um direito constitucional a um “gracejo intolerável”. Lessa respondeu ao argumento sobre os supostos distúrbios à ordem pública atribuídos a Dias: “O Estado tem por missão primordial assegurar a ordem pública, mas de acordo com a lei”³⁹. Nessa linha de argumentação, Lessa destacou que não estava defendendo o anarquismo, mas simplesmente a aplicação da lei. Lessa asseverou que não admitia o anarquismo “de baixo”, tampouco “de cima” e que a sociedade que não aplica a lei pratica o anarquismo⁴⁰.

Esses julgamentos referentes aos líderes estrangeiros anarquistas demonstram que o STF não era sempre coerente e constante em sua defesa das liberdades públicas fundamentais dos estrangeiros. Há de se considerar, todavia, as grandes pressões políticas a que o tribunal estava sujeito, haja vista que o combate ao anarquismo havia se tornado uma questão prioritária para os Governos federal e estadual.

Mesmo após esses julgamentos, houve litígios em que o STF foi particularmente vigilante em relação à proteção desses direitos. Sobressaiu o *habeas corpus* impetrado em favor de Angelo Soave⁴¹. Na espécie, o STF entendeu que não havia elementos no inquérito de expulsão que indicassem que ele comprometesse a segurança nacional ou a tranquilidade pública. Assim, o STF não acolheu os argumentos da polícia de São Paulo, segundo os quais a propaganda que ele supostamente fazia de ideias subversivas e de greves era suficiente para respaldar a expulsão.

Nesse litígio, o ministro Viveiros de Castro proferiu um voto notável. Inicialmente, Castro reconheceu que a necessidade de se preservar a segurança do Estado em tempos de guerra, autorizando-lhe a utilizar de todos os meios para defendê-la, ainda que se ultrapassem os limites constitucionais. Todavia, tal situação era muito distinta daquela discutida no *habeas corpus*. Para Vivei-

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 5440*. 8 de novembro de 1919. Posteriormente ao julgamento do STF, o presidente Epitácio Pessoa (1918-1922) permitiu que o líder anarquista retornasse ao território brasileiro. V. GERALDO, Endrica. Os prisioneiros do Benevente. *Revista Brasileira de História*, v. 32, n. 64, dez. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882012000200005>.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 5440*. 8 de novembro de 1919.

⁴⁰ Segundo o relato do jornal “O Estado de São Paulo”, essas frases teriam sido tidas pelo ministro Pedro Lessa nas discussões entre os ministros do STF durante o julgamento do *habeas corpus*. O Estado de São Paulo, 10 de novembro de 1919, p. 3.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 5792*. 8 de maio de 1920.

ros de Castro, caso o estrangeiro se limitasse a expor doutrinas, procurando obter adesões, não seria possível puni-lo. As doutrinas, afirma Viveiro de Castro, devem ser opostas a outras doutrinas, e não a punições. Por esses motivos, continuou Viveiros de Castro, nos processos de expulsão, deve-se analisar os documentos que os instruem. E tais documentos indicavam, apenas, que Suove defendia greves e era partidário do comunismo e do internacionalismo. Para Castro, a mera defesa dessas ideias, ainda que errôneas e perigosas, não pode ser considerada incompatível com a segurança nacional. A liberdade de pensamento, sublinhou o ministro, é um direito constitucional. Somente sob um ferrenho despotismo, concluiu o ministro, poderia ser conferida à polícia a função de joeirar doutrinas, escolhendo qual delas deveriam ser protegidas⁴².

Em virtude desses limites impostos pelo Poder Judiciário às ações do Poder Executivo, estipulou-se na emenda constitucional de 1926 uma disposição que enfraqueceu muito os direitos dos estrangeiros. Entre as modificações constitucionais contrárias aos direitos fundamentais⁴³, figurou a inclusão do parágrafo 33 ao artigo 72. Nos termos do referido parágrafo, “é permitido ao Poder Executivo expulsar do território nacional os súditos estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses da República”.

À luz do exposto, o Supremo Tribunal Federal se firmou como poder independente e apto a revisar os atos do Poder Executivo em litígios envolvendo a expulsão de estrangeiros. Ele colocou óbices substanciais aos atos mais arbitrários do Poder Executivo, exigindo que as expulsões ocorressem de acordo com os parâmetros fixados em lei. Em alguns litígios ou, ao menos, em votos de ministros como Pedro Lessa, chegou-se a

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 5792*. 8 de maio de 1920.

⁴³ A reforma constitucional de 1926 — a emenda constitucional de 3 de setembro de 1926 — constituiu um claro retrocesso na proteção dos direitos fundamentais. Ela restringiu a chamada doutrina brasileira do habeas corpus aplicada em vários casos no STF, a qual atribuía a esse remédio constitucional uma função mais abrangente do que a proteção do direito de ir e vir. Nos termos da emenda, apresentou-se a seguinte redação relativa ao parágrafo 22 do artigo 72: “§ 22. Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção”. Sobre a essa reforma constitucional, v. BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: a Constituição de 1891*. Brasília: Senado Federal, 2012. v. 2. p. 49-50. Sobre a doutrina brasileira do habeas corpus, v. HORBACH, Carlos Batiste. *Memória Jurisprudencial*: ministro Pedro Lessa. Brasília, 2007. p. 75-110.

examinar se os motivos alegados pelo Poder Executivo tinham, de fato, o condão de justificar as expulsões.

Assim, houve necessidade de uma reforma constitucional para que o Poder Executivo recuperasse a margem de discricionariedade sobre essa questão. Esse cuidado do STF em proteger os direitos fundamentais dos estrangeiros contra o Estado brasileiro revelou-se, também, presente em matéria de extradição.

2.2 A proteção dos direitos dos estrangeiros e a cooperação internacional em matéria de extradição: os limites impostos pelo STF

A extradição suscita problemas distintos daqueles postos pela expulsão. Se, na expulsão, a saída compulsória do estrangeiro dá-se por iniciativa das próprias autoridades brasileiras que consideram a sua presença em território nacional inconveniente; na extradição, tal saída sucede em virtude de um pedido de um Estado estrangeiro⁴⁴. Mais do que isso, o estrangeiro vê-se compelido a sair do território nacional para responder a um processo criminal ou para cumprir a pena correspondente a uma condenação que já lhe fora imposta⁴⁵.

A liberdade individual é, assim, posta em causa pela extradição, razão pela qual as normas que lhe são aplicáveis são bastante reveladoras do grau de proteção dos direitos fundamentais dos estrangeiros em um determinado país.

No Brasil, a primeira norma que disciplinou a extradição foi a circular do Ministro das Relações Exteriores de 4 de fevereiro de 1847. Sob o regime da monarquia constitucional, a extradição foi um processo administrativo. Nesse sentido, coube ao governo imperial, exclusivamente, deferimento da extradição. Os juízes e tribunais consideravam-se incompetentes para conhe-

⁴⁴ “Embora a extradição e a expulsão visem ambas a eliminar do país, dele afastando, um elemento nocivo, são institutos que nitidamente se diferenciam e não se confundem. Na expulsão, o Estado age no seu exclusivo interesse, desembaraçando-se do estrangeiro nocivo à ordem pública, por ato espontâneo. Na extradição, o Estado se move em razão do pedido de outra potência, para fins repressivos”. MACIEL, Anor Butler. *Extradição internacional*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa, 1957. p. 7-8.

⁴⁵ A extradição consiste em um ato de cooperação interestatal, pelo qual um Estado (Estado requerido) entrega uma pessoa a outro Estado (Estado requerente), para o fim de submetê-la a um processo penal ou à execução de uma sentença criminal. V. SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant, 2001. p. 489 e CHAUVY, Yves. *L'extradition*. Paris: Presses Universitaires de France, 1981.

cer da matéria e negavam *habeas corpus* de estrangeiros extraditandos⁴⁶.

Tal regime jurídico modificou-se, apenas, com o advento da primeira Constituição Republicana de 1891. Tal como sucedeu no caso das expulsões, o *caput* do artigo 72 da Constituição foi decisivo para a proteção dos direitos fundamentais dos extraditandos.

Antes mesmo que qualquer lei estipulasse, explicitamente, a participação do Poder Judiciário nos processos de extradição, deferiram-se *habeas corpus* em favor de estrangeiros com lastro no *caput* do artigo 72.

Esse foi notavelmente o caso do *habeas corpus* de 1905 impetrado na Justiça Federal em favor de Luigi V. Giovannetti, preso por ordem do Ministro da Justiça para fins de sua extradição para a Itália.

A questão chegou ao STF em grau de recurso, o qual proferiu um importante acórdão datado de 7 de junho de 1905. O acórdão afirma que o Poder Judiciário está habilitado a intervir na extradição, para examinar se o estrangeiro está sofrendo ou corre o risco de sofrer violência, ilegalidade ou coação, ou abuso de poder. Tal poder deriva da garantia constitucional do *habeas corpus*, prevista no parágrafo 22, do artigo 72 da Constituição Federal, que se estende, também, ao estrangeiro⁴⁷. Nesse sentido, compete ao Poder Judiciário averiguar se a extradição sucede na forma prevista pelo tratado de extradição entre o Brasil e a Itália. Por esses motivos, o STF julgou-se competente para apreciar uma série de questões sobre o pedido de extradição italiano: se o Governo italiano havia apresentado cópia da sentença de condenação, tal como o exigia o tratado; se o crime atribuído ao italiano era político ou conexo, circunstância em que o tratado excluía a extradição; se o crime em pauta estava prescrito, em conformidade com a lei brasileira.

Ao final, o STF negou a ordem de soltura, por entender que os requisitos expostos estavam preenchidos⁴⁸. De toda sorte, afirmou-se com clareza que a extradição

não poderia ser um processo puramente administrativo, pois envolvia a proteção dos direitos fundamentais dos estrangeiros, para cuja guarda o STF deveria ter especial zelo em defender⁴⁹. O acórdão do STF diferiu, substancialmente, a decisão do juiz federal de primeira instância, o qual defendeu que a extradição seria, apenas, um ato de política internacional, a ser tratado de Governo a Governo — isto é, exclusivamente pelo Poder Executivo brasileiro⁵⁰. Tal acórdão significou, assim, uma verdadeira quebra de paradigmas do direito extraditacional brasileiro⁵¹, porquanto o Poder Judiciário passou a ser o guardião dos direitos fundamentais do extraditando.

Nessa mesma linha de argumentação, o Poder Judiciário começou a deferir *habeas corpus* em favor de estrangeiros, cujo pedido de extradição houvesse sido feito por um Estado com quem o Brasil não tinha tratado de extradição. O precedente foi o pleito suíço, em 1906, pela extradição de Henry Wydler. Quando da decretação de sua prisão com vistas à sua extradição, o suíço impetrou um *habeas corpus* perante a 2ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal. Àquela ocasião não havia qualquer tratado de extradição entre o Brasil e a Suíça.

⁴⁹ A esse respeito, parece-nos deveras significativo esse trecho do voto do ministro Alberto Torres: “Importando todo o processo da extradição em caso de aplicação concreta do Direito ao fato, em que a liberdade do estrangeiro que se acha no território nacional sob a proteção da Constituição e das leis do país, é necessariamente posta em causa, o exame da legalidade da extradição é função necessária do Poder Judiciário”. (grifos do original). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de 14 de junho de 1905. *O Direito*, v. 33, p. 254.

⁵⁰ Cabe aqui reproduzir a argumentação do então juiz federal Antônio Pires de Albuquerque de 2 de junho de 1905: “e considerando que nenhuma lei entre nós existe regulando a extradição dos criminosos, aliás outorgada pelo artigo 5º do Cód. Penal e sempre admitida e praticada, de acordo com os princípios do direito internacional universalmente aceitos, com as convenções e tratados existentes e, em falta destes, subordinada às razões de política e de conveniência; que assim o Poder Executivo sem limitação legal a faculdade que lhe compete, *ex-vi* do art. 48 n. 14 da Constituição, de atender ou recusar os pedidos de extradição. [...] Considerando finalmente que também não aproveita ao paciente a circunstância por ele invocada de não ter sido apresentada em juízo a sentença que o condenou, ou a de ser esta sentença injusta, desde que não compete entre nós ao Poder Judiciário, como acontece no sistema inglês, julgar da admissibilidade da extradição: que ela é negócio que pertence à política internacional, é tratada de Governo a Governo, observando-se as formas do processo administrativo no seu preparo, discussão e consentimento?”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de 14 de junho de 1905. *O Direito*, v. 33, p. 248-249.

⁵¹ V. também o Habeas Corpus do norte-americano Joseph W. Swan, decido pela 2ª Vara Federal e datado de 28 de julho de 1908: *O Direito*, v. 36, t. 106, maio-agosto 1908, pp. 605-611. E também: Habeas Corpus n. 2.434, julgado pelo juiz da primeira instância em 16 de abril de 1907 e pelo STF em 9 de maio de 1907: *O Direito*, 1909, jan-abril 1909, vol. 37, tomo 108, p. 328.

⁴⁶ BRIGGS, Arthur. *Extradição: tratados vigentes entre o Brasil e outros países*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909. p. 51-62 e MACIEL, Anor Butler. *Extradição internacional*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa, 1957. p. 11.

⁴⁷ Na época do *habeas corpus*, o parágrafo 22 tinha a seguinte redação: “dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de 14 de junho de 1905. *O Direito*, v. 33, p. 254.

Diante dessa ausência de tratado, não havia qualquer lei ou documento normativo equivalente que autorizasse a decretação da prisão do suíço por parte do Poder Executivo. Assim, segundo o juiz federal Antônio Pires e Albuquerque, tal prisão era contrária à liberdade assegurada aos estrangeiros pela Constituição Federal, especialmente ao direito de não ser preso salvo nos casos previstos em lei (artigo 72, parágrafo 13). Pires e Albuquerque aduziu que nenhuma das leis brasileiras previa o caso de prisão de estrangeiro por ordem do Poder Executivo, à requisição de autoridade estrangeira. Ademais, acrescentou o juiz federal, nem se poderia argumentar na espécie que o tratado de extradição supriria a falta da lei, pois não havia qualquer acordo do gênero entre o Brasil e a Suíça. Não se poderia admitir, concluiu o magistrado, que houvesse uma classe de estrangeiros sujeitos ao arbítrio do Poder Executivo e privados das garantias que a Constituição assegura a todos indistintamente⁵².

Essas decisões judiciais ilustram as profundas diferenças do direito extradicional brasileiro durante o Império e sob a I República. Conforme observa Rodrigo Octávio, durante o “antigo regime”, a extradição era, simplesmente, um ato de soberania, da privativa competência do Poder Executivo, o qual poderia levá-la a efeito sumariamente. Para Octávio, os extraditados estrangeiros estavam fora do alcance da proteção constitucional da liberdade, a qual seria restrita aos brasileiros (art. 179, parágrafo 9º, da Constituição de 1824). Por outro lado, prossegue Octávio, no regime republicano, a liberdade e segurança são igualmente asseguradas aos estrangeiros, por força da equiparação desses aos nacionais, prevista no *caput* do artigo 72 da Constituição de 1891⁵³.

Essas decisões judiciais conduziram à aprovação da primeira lei brasileira sobre a extradição — a lei n. 2.146 de 28 de junho de 1911. Ela estabelece uma série de garantias ao extraditando, tal como a vedação da extradição quando houver, no Estado requerente, um tribunal de exceção ou quando a infração for política⁵⁴. Ela, ainda, estabeleceu, pela primeira vez, a competência do

STF para apreciar os pedidos de extradição: “nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedência deste. [...]”⁵⁵.

Segundo Pedro Lessa, essa atribuição do STF foi provavelmente estabelecida para atender à letra d) do artigo 59 da Constituição de 1891, a qual confia à nossa mais alta jurisdição os litígios e reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados. Para Lessa, a extradição seria uma das referidas reclamações⁵⁶.

Assim, com o advento da lei n. 2.146 de 28 de junho de 1911, consolidou-se o papel do Poder Judiciário na extradição, condicionando-se, expressamente, a sua concessão ao prévio pronunciamento do STF sobre a sua legalidade e procedência. A Constituição de 1934 inscreveu essa norma em seu artigo 76, inciso 1, letra g. Ademais, a lei n. 2.146 de 28 de junho de 1911 estatuiu garantias fundamentais para o estrangeiro que deveriam pautar a apreciação do STF dos pedidos de extradição, a exemplo da vedação da extradição por crimes políticos e quando o inculcado tiver de responder perante um tribunal ou juízo de exceção⁵⁷.

Essa atribuição do STF perdurou até mesmo durante regimes ditatoriais, como o Estado Novo (1937-1945) e a ditadura militar (1964-1985). A Constituição de 1937⁵⁸ e a Constituição de 1969⁵⁹ mantiveram tal competência, conquanto tenham sido constituições de índole marcadamente autoritária. Não foi diferente com a Constituição de 1988⁶⁰, a qual restabeleceu o Estado democrático de direito no Brasil.

Em diferentes julgamentos, o STF negou pedidos de extradição ao argumento da violação ou dos riscos de ofensa aos direitos fundamentais do extraditando. Por exemplo, em 1961, o STF negou o pleito cubano de extradição de Arsênio Pelayo Hernandez Branco. Para o ministro-relator, Victor Nunes Leal, a agitação revolucionária e os poderes ilimitados do Governo cubano comprometeram o direito do extraditando a um julga-

⁵² V. o artigo 10 da referida lei.

⁵³ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 74-75.

⁵⁴ V. o artigo 2º, incisos IV e V da referida lei.

⁵⁵ V. artigo 101, I, letra f. V. também o artigo 10º do Decreto-lei n. 334 de 28 de abril de 1938.

⁵⁶ V. artigo 119, inciso I, letra g. V. o artigo 94 do Decreto-lei n. 941 de 13 de outubro de 1969.

⁵⁷ V. o artigo 102, inciso I, letra g. V. também o artigo 90 da Lei n. 13.445 de 24 de maio de 2017.

⁵² A sentença encontra-se transcrita em: RODRIGO, Octávio. *Direito do estrangeiro no Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1909. p. 289-290 e BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito público internacional: a síntese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911. p. 130.

⁵³ RODRIGO, Octávio. *Direito do estrangeiro no Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1909. p. 286-287.

⁵⁴ V. o artigo 2º da referida lei.

mento imparcial em Cuba. Segundo Nunes Leal, estava em risco a liberdade, a segurança ou a vida do extraditando. Nesse sentido, a situação cubana amoldou-se à vedação da entrega do extraditando quando ele for julgado por juízo de exceção, porquanto não havia garantias de um julgamento minimamente isento⁶¹.

Na apreciação do pleito chinês pela extradição de Quian Hong, o Ministro Celso de Mello ressaltou que o Estado requerente é obrigado a identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores do crime que é atribuído ao extraditando. Para Mello, não se deve autorizar a extradição se o Estado requerente não assegura ao extraditando a garantia do devido processo legal. O relator do acórdão realçou duas considerações subjacentes ao direito extraditacional: de um lado, a cooperação interestatal a respeito da repressão penal dos delitos comuns; de outro lado, o dever de velar pelo respeito dos direitos fundamentais do súdito estrangeiro. Mello pôs em relevo a consideração que deveria preponderar: o gravíssimo dever do Estado brasileiro de sempre fazer prevalecer os direitos humanos, obrigação prevista no artigo 4º, II, da Constituição Federal⁶².

O STF mostrou, também, ter particular zelo em preservar para si essa competência que lhe é dada desde 1911. Isso ficou particularmente evidente no julgamento da extradição de Francisco Antonio Cadena Collazos — conhecido como Padre Medina —, em que se colocou o problema da articulação entre as atribuições do STF e do CONARE.

O Estatuto dos Refugiados — lei n. 9474 de 22 de julho de 1997 — trouxe inovações para o direito extraditacional brasileiro. Nos termos do artigo 33º do Estatuto, o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio⁶³.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n. 232*. Ministro-relator: Victor Nunes Leal. Acórdão de 9 de outubro de 1961.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição 633-9*. Rel. Min. Celso de Mello. Acórdão de 28 de agosto de 1996. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 4 dez. 2019. Para uma análise crítica dos julgados do STF sobre pedidos de extradição, v. PUGLIESE, Yuri Sahione Pugliese. Lei brasileira da anistia: os conflitos entre acordo social e cooperação internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 2, p. 93-111, 2012. e PÁDUA, Thiago Aguiar; MACHADO, Bruno Amaral. Ainda (e uma vez mais) o silêncio que entoa o triunfo de Lewis Carroll: a regra n.º 42 do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 294-314, 2007.

⁶³ São também importantes os artigos 34 e 35 do Estatuto: “Art. 34. A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer

Tal disposição confere um substancial poder ao CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados) em matéria de extradição, pois é esse órgão competente para decidir se o estrangeiro faz jus ao não ao *status* de refugiado⁶⁴. De igual modo, acresce em relevância as atribuições do Ministro da Justiça, pois cabe-lhe decidir sobre os recursos administrativos na hipótese de o CONARE negar o pedido de refúgio⁶⁵.

No caso de Collazos, o CONARE concedeu-lhe o status de refugiado antes mesmo que o STF apreciasse o pedido de extradição da Colômbia. Para fundamentar a sua decisão, o CONARE sublinhou a circunstância de que as persecuções penais que visavam a Collazos iniciaram-se, apenas, em 2005, quatorze anos após os crimes que lhe foram imputados. Esses processos, acrescentou o CONARE, ocorreram em um período pré-eleitoral na Colômbia. Inclusive, as autoridades desse país sabiam que Collazos morava no Brasil desde 2000, o que suscitou interrogações sobre as razões pelas quais apenas às vésperas das eleições o pedido de extradição foi formulado.

A decisão do CONARE pôs, diante do STF, uma questão importante: o Estatuto do Refugiado teria colocado em causa o papel da mais alta jurisdição brasileira como o juiz natural da extradição? Em outros termos, por força do Estatuto, o CONARE teria avançado sobre essa competência constitucional do STF?

Em seu acórdão de 21 de março de 2007⁶⁶, o STF considerou que o Estatuto dos Refugiados estabelecia não mais que um benefício adicional em favor dos extraditados. E o fazia no quadro das competências constitucionais do Poder Executivo de conduzir as relações exteriores do Estado brasileiro. Mais ainda, o Estatuto dos Refugiados não retira do STF o poder de não autorizar a extradição, caso ele considere que os requisitos para tanto não foram atendidos, independentemente da questão do refúgio. Por conseguinte, o STF conserva

processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio. Art. 35. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 33 e 34 desta Lei, a solicitação de reconhecimento como refugiado será comunicada ao órgão onde tramitar o processo de extradição”.

⁶⁴ V. os artigos 11 e 12 do Estatuto.

⁶⁵ V. o artigo 29 do Estatuto: “no caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação”.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n.º 1008-5*. Ministro-relator Sepúlveda Pertence. Acórdão de 7 de março de 2007.

o seu poder de juiz de extradição e de guardião dos direitos fundamentais do extraditando. De toda maneira, o STF entendeu que o refúgio havia sido regularmente acordado e que ele obstava o prosseguimento da extradição.

Questões do mesmo gênero foram novamente suscitadas no caso Battisti. Dessa vez, todavia, o refúgio a que faria jus o italiano era muito mais polêmico.

Battisti aduziu perante o CONARE que ele não havia praticado os crimes pelos quais ele havia sido condenado pela Justiça italiana. Nesse quadro, os processos que o condenaram não haviam respeitado o amplo direito à defesa. Em particular, Battisti afirmou que se fundamentaram as condenações, exclusivamente, nos depoimentos de Pietro Mutri, o antigo membro dos Proletários Armados pelo Comunismo que havia sido beneficiado por uma delação premiada. Para Battisti, o seu julgamento foi político, por ter sido motivado, na verdade, pelo seu passado de ativista de grupos da extrema esquerda.

O CONARE apreciou os argumentos de Battisti, mas negou-lhe razão, em uma decisão bem fundamentada. Contraindo-se às alegações sobre violações ao direito à ampla defesa, o CONARE sublinhou a decisão da Corte europeia de direitos humanos que considerou que as condenações da Justiça italiana haviam respeitado os cânones do devido processo legal⁶⁷. Acerca da suposta ausência de provas para respaldar as condenações de Battisti, o CONARE disse que não seria o seu papel reapreciar novamente essas questões já decididas pela Justiça italiana. O CONARE destacou, ainda, que governos italianos de diferentes orientações políticas pleitearam a extradição de Battisti entre 1991 e 2003. Por conseguinte, segundo o CONARE, Battisti não poderia ser considerado um refugiado, pois não havia fundados temores de perseguição por motivos de opiniões políticas⁶⁸.

⁶⁷ Segundo a Corte, embora não tivesse comparecido aos seus julgamentos, Battisti havia sido citado sobre os processos penais que o tinham como alvo e havia nomeado advogados para a sua defesa. Para a Corte, ao escolher deliberadamente permanecer foragido, Battisti havia renunciado, de maneira inequívoca, ao seu direito de estar presente aos seus julgamentos. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Decisão n. 28795/05 de 12 de dezembro de 2006*. 2006.

⁶⁸ Segundo o artigo 1º do Estatuto dos Refugiados. “Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de

O Ministro da Justiça Tarso Genro, por sua vez, entendeu, de modo diferente, em relação à análise do recurso administrativo de Battisti contra a decisão do CONARE. Para o ministro, a Itália havia editado uma legislação de exceção para enfrentar o terrorismo dos anos de chumbo⁶⁹. Poder-se-ia, assim, colocar dúvidas sobre as condenações de Battisti, haja vista a sua participação em agremiações de esquerda contestatórias. Haveria, portanto, fundados temores de perseguição por motivos de opinião política, o que valia a Battisti o refúgio⁷⁰.

Por ocasião do pleito extradicional italiano, Battisti fez valer o precedente Collazos: o refúgio foi elisivo do prosseguimento do processo. As bases jurídicas do refúgio foram, contudo, mais frágeis, o que conduziu a Itália a apregoar a sua ilegalidade.

O relator do acórdão do pleito extradicional italiano, ministro César Peluso, realizou uma análise detalhada e longa da decisão do ministro da Justiça. Com lastro no Manual de Procedimento e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado da ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), Peluso fez a distinção entre um refugiado político e uma pessoa que foge de um processo criminal ou da execução de uma pena por crimes comuns. Como reconheceu o próprio ACNUR, essa diferenciação é delicada em processos criminais por crimes comuns em países que não respeitam os direitos humanos⁷¹. Com efeito, em

seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; [...]”. v. CONARE. *Processo administrativo n.º 08000.011373/2008-83*. Pedido de extradição STF Ext. 1085, decisão de 17 de novembro de 2008.

⁶⁹ Houve, realmente, alterações legislativas importantes de direito e de processo penal durante esse período na Itália. De modo similar ao que ocorreria no Brasil no quadro da “Operação Lava-Jato”, criticou-se muito a duração excessiva das prisões preventivas. V. LAFFAILLE, Frank. *L'État de droit en Italie durant les années de plomb et sa perception par la tradition juridique française*. In: LAZAR, Lazar; MOTARD-BONNUCCI, Marie-Anne (dir.). *L'Italie des années de plomb. Le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éd. Autrement, 2010. p. 305-322.

⁷⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *Processo administrativo n. 08000.011373/2008-83*. Decisão de 13 de janeiro de 2009.

⁷¹ “56. Deve-se distinguir perseguição de punição pela prática de crimes comuns. As pessoas que fogem de um processo criminal ou da execução de uma pena imposta por infrações dessa natureza, em geral, não são refugiadas. Convém lembrar que um refugiado é uma vítima — ou uma vítima potencial — da injustiça e não alguém que foge da justiça. [...] 59. Para determinar se processos judiciais equivalem a uma perseguição, também será necessário considerar as leis do país em questão, pois é possível que a lei não esteja em conformidade com os padrões aceitos em matéria de direitos hu-

países que não respeitam o devido processo legal, é possível que processos por crime comuns sejam fabricados por um Estado autoritário, para ocultar perseguições no campo das opiniões e práticas políticas.

Todavia, na espécie, Peluso disse que o caso Battisti se amoldou, claramente, a uma condenação penal comum, sem indícios de perseguição política. A esse respeito, Peluso retomou os mesmos argumentos do CONARE acima aludidos: a própria Corte Europeia de Direitos Humanos havia considerado que os julgamentos de Battisti haviam respeitado o amplo direito à defesa, pois ele foi citado em tais processos e pôde nomear um advogado de sua escolha. De modo análogo ao CONARE, Peluso entendeu que não era papel de o STF decidir sobre a suposta insuficiência das provas que respaldaram as condenações de Battisti.

Peluso examinou longamente, também, o pleito extradicional italiano sob o prisma da proibição constitucional da extradição por crimes políticos ou de opinião. Para ele, os quatro homicídios qualificados imputados a Battisti não constituíram crimes políticos. Segundo Peluso, essas condutas foram praticadas sob o império do Estado democrático de direito e não poderiam ser, assim, consideradas uma reação legítima armada à tirania⁷².

Portanto, ainda que a decisão do STF tenha sido desfavorável a Battisti, a alta jurisdição brasileira fez jus à sua tradição de examinar, minuciosamente, se haveria riscos às violações dos direitos fundamentais do extraditando.

Conforme afirma o ministro Celso de Mello, a proteção dos direitos dos extraditados estrangeiros é uma tradição constitucional republicana. Ela confere, observa Mello, aos súditos estrangeiros um direito público

manos. Contudo, frequentemente, é possível que a lei não seja discriminatória, mas sim a sua aplicação. Procedimentos judiciais por ofensa à “ordem pública” por distribuição de panfletos, por exemplo, podem ser um meio de perseguição do indivíduo devido ao conteúdo político da publicação”. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Manual de procedimento e critérios para a determinação da condição de refugiado da ACNUR*. ACNUR, 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição 1.085*. Rel. Min. Cezar Peluso. Acórdão de 19 de dezembro de 2009. Disponível em: ww.stf.jus.br. Acesso em: 1 dez. 2019.

subjetivo, oponível ao próprio Estado brasileiro no exercício de seu poder de extraditar⁷³.

Tal história teve início antes mesmo que a lei de extradição de 1911 e que a Constituição brasileira de 1934 confiassem ao STF a competência para julgar as extradições. Tal tradição deriva, a bem dizer, do *caput* do artigo 72 da Constituição de 1891, ao fazer explícita menção aos estrangeiros residentes no país como titulares de direitos fundamentais.

Por outro lado, conforme se verá adiante, esse especial zelo na proteção dos direitos fundamentais dos estrangeiros cedeu, em diferentes ocasiões, às razões de Estado invocadas pelo Poder Executivo.

3 O STF como chancelador das razões de Estado que atentam contra os direitos fundamentais dos estrangeiros: a soberania como a onipotência do Poder Executivo

Considerando-se a independência nacional e integridade territorial potencialmente ameaçadas por Estados estrangeiros, a defesa da centralização dos poderes nas mãos do Presidente da República, com base na soberania, encontra um terreno fértil para a sua justificação em matéria de política externa. Seria, assim, necessário que o Poder Executivo dispusesse de todos os meios para fazer face às ameaças externas, sem ser contestado nem pelo Parlamento nem pelo Poder Judiciário.

Assim, a noção de soberania se presta, particularmente, em julgados sobre a política externa, para justificar a concentração de poderes nas mãos do Presidente da República.

Essa linha de pensamento esteve subjacente a diferentes acórdãos do STF, em que a soberania do Estado brasileiro se confunde com poderes ilimitados ao Presidente da República. Tais acórdãos conduziram a conferir uma aparência de legalidade às expulsões arbitrárias praticadas pelo Presidente da República (2.1.). Elas conduziram, igualmente, a circunscrever demasiadamente o papel do STF em julgados sobre a extradição, em de-

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n. 1990*. Ministro relator: Celso de Mello. Acórdão de 31 de outubro de 1990.

atenção à preocupação em proteger os direitos individuais do extraditando (2.2.)

3.1 As expulsões arbitrárias de estrangeiros sob o manto das razões de Estado: a omissão do STF na proteção dos direitos fundamentais dos estrangeiros

O primeiro ato normativo que faz referência às expulsões no Brasil republicano é o Decreto n. 1.566, de 13 de outubro de 1893. Ele foi editado pelo presidente Floriano Peixoto no contexto da repressão à chamada Revolta da Armada — o confronto, a partir de setembro de 1893, entre oficiais da Marinha rebelados, com o apoio de estrangeiros que residiam no país, e as tropas fiéis ao Governo.

Destaca-se o preâmbulo do Decreto: “o direito de permitir que estrangeiros entrem no território nacional, ali permaneçam ou dele sejam obrigados a sair, é consequência lógica e necessária da soberania da União”.

A partir dessa premissa, o Decreto conferiria ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores o poder de expulsar estrangeiros responsáveis pela excitação de infrações contra a segurança e tranquilidade públicas, ainda que tais excitações não fossem puníveis, e que procedessem de modo a provocar ou aumentar o mal-estar público ou criar embaraços à tranquilidade e regularidade dos negócios e da vida social⁷⁴.

O artigo 8º do Decreto restringia sobremaneira o papel do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos fundamentais dos estrangeiros:

Art. 8º O paciente tem o direito de reclamar perante o Juízo Federal da República, para provar tão somente que é cidadão brasileiro.

§ 1º A reclamação não suspenderá a execução da expulsão, e, quando procedente, sujeitará a União à indenização de perdas e danos.

§ 2º O tribunal a que recorrer o paciente não se pronunciará sobre a legalidade da expulsão, nem sobre as circunstâncias que levaram o Governo a julgá-la necessária.

A única real limitação às atribuições do Poder Executivo nessa seara referiu-se à proibição da expulsão de estrangeiros casados com mulher brasileira, viúvos com filhos brasileiros ou que tenham imóveis na União⁷⁵.

Geminiano da Franca, assim, descreveu esse diploma normativo: “era um arrastão, em cujas malhas podiam ser colhidos todos os estrangeiros; a trama estava urdida de forma a não deixar escapar os mais laboriosos e inofensivos; era um estado de sítio permanente contra o alienígena”. Segundo da Franca, a partir desse decreto, poder-se-ia aferir a mentalidade autocrática da época. Para ele, tratou-se de mascarar o arbítrio com um decreto⁷⁶.

Revogou-se, dois meses depois, referido diploma normativo pelo Decreto n. 1.609 de 15 de dezembro de 1893. Ele reproduziu o mesmo teor do preâmbulo do ato normativo anterior: “é inerente à soberania nacional o direito de não permitir no território em que ela se exerce a permanência de estrangeiros cuja presença se demonstre perigosa à ordem e segurança pública [...]”. Em sua parte dispositiva, Decreto n. 1.609 restringiu-se a revogar todas as normas estabelecidas pelo Decreto n. 1566 de 13 de outubro de 1893 sobre as expulsões de estrangeiros.

Mas o Decreto n. 1609 de 15 de dezembro de 1893 não teve o propósito de revogar as disposições restritivas aos direitos dos estrangeiros do decreto anterior. Pelo contrário, ao revogar qualquer norma que disciplinasse a matéria, o presidente da República chamou para si poderes absolutos, prescindindo de qualquer regra, ainda que sob a forma de um decreto presidencial, que disciplinasse o seu exercício⁷⁷. Para Geminiano da Franca, “abroquelado com a soberania nacional, e com a salvação pública, o poder executivo anuiu à ditadura franca contra o estrangeiro”⁷⁸.

⁷⁶ FRANCA, Geminiano da. *Expulsão de estrangeiros*. Rio de Janeiro: Typol. do Jornal do Comércio, 1930. p. 63.

⁷⁷ Sobre o assunto, v. BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. *Com lei ou sem lei: as expulsões de estrangeiros e o conflito entre o Executivo e o Judiciário na Primeira República*. 2008. Dissertação (Mestrado em História Social do Trabalho) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2008. p. 44-45. “Junte-se a consideração de que com a revogação do Decreto de 13 de outubro pelo de 15 de novembro de 1893 não teve em vista o Governo, ao que parece, precaver a liberdade individual contra os abusos do Poder; ao contrário, colige-se dos termos do Decreto revocatório e das circunstâncias em que foi promulgado que outra foi a intenção do Governo, isto é, desinvençar-se das peias e óbices que lhe creara o Decreto revogado”. ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *O Decreto n. 1641 de 7 de janeiro de 1907 sobre expulsão de estrangeiros do território nacional*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1907. p. 56.

⁷⁸ FRANCA, Geminiano da. *Expulsão de estrangeiros*. Rio de Janeiro: Typol. do Jornal do Comércio, 1930. p. 64.

⁷⁴ V. os artigos 4º e 5º do decreto.

⁷⁵ V. o artigo 10º do referido decreto.

Nessa ordem de ideias, a soberania nacional reduzir-se-ia à vontade e deliberação do Poder Executivo, sem estar limitado sequer por atos normativos de sua própria autoria.

Em sentido similar, no *habeas corpus* n. 322 de 6 de junho de 1892 e n. 388 de 31 de junho de 1893, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese da desnecessidade de qualquer lei, para que o Poder Executivo pudesse expulsar estrangeiros, com base também na soberania nacional. Tal entendimento foi apenas posto em causa a partir do acórdão do *habeas corpus* em favor de Paulino de Jesus de 12 de setembro de 1894. A partir desse acórdão, se firmou a tradição do STF, descrita acima, de proteção dos direitos dos estrangeiros durante a República Oligárquica.

Contudo, a Reforma Constitucional de 1926 significou, novamente, um ponto de inflexão. Ela introduziu o parágrafo 33 ao artigo 72 da Constituição Federal, segundo o qual “é permitido ao Poder Executivo expulsar do território nacional os súditos estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses da República”.

As Constituições posteriores à de 1891 mantiveram a fórmula que explicita referência aos estrangeiros residentes no Brasil no que concerne aos direitos de liberdade, segurança e propriedade. Todavia, elas mencionaram, expressamente, a expulsão em seus dispositivos. Conforme o artigo 113 da Constituição de 1934, a respeito dos direitos e garantias individuais, parágrafo 15: “a União poderá expulsar do território nacional os estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses do País”. Disposição similar esteve presente na Constituição de 1946⁷⁹. A atual Constituição de 1988 não prevê essa disposição, mas assegura à União a competência privativa para legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros⁸⁰.

Na jurisprudência do STF, os argumentos fundados na soberania nacional serão novamente utilizados para confiar ao Poder Executivo uma ampla margem de ação em relação à expulsão de estrangeiros.

Esse foi notavelmente o caso de Maria Prestes ou Olga Benário. Em 23 de novembro de 1935, deu-se início à chamada “Intentona Comunista”, a rebelião armada por parte de simpatizantes do comunismo sob a liderança de Luís Carlos Prestes contra o presidente Getúlio Vargas. Nesse contexto, Maria Prestes foi presa e acusada de crimes contra a segurança nacional⁸¹. No quadro da repressão à Intentona, Getúlio Vargas editou o Decreto n. 702 de 21 de março de 1936, equiparando ao estado de guerra a comoção intestina grave e suspendendo direitos fundamentais como o *habeas corpus*.

Nesse contexto, o Ministro da Justiça, Vicente Ráo, publicou o decreto de expulsão de Maria Prestes, sob a motivação de que ela seria perigosa à ordem pública e nociva aos interesses nacionais. O advogado Heitor Lima impetrou um *habeas corpus* a seu favor perante o STF, argumentando que ela está grávida e que os direitos do nascituro brasileiro deveriam ser preservados.

O STF não conhece do pedido, sob fundamento do Decreto n. 703 de 21 de março de 1936 que havia suspenso a garantia do *habeas corpus*. De toda maneira, independentemente da suspensão estipulada no Decreto de 1936, ministros do STF explicitaram a sua visão sobre a expulsão. Carlos Maximiliano comparou, de modo grosseiro, Maria Prestes à Dama das Camélias. E afirmou que o “o direito do Governo para expulsar é absoluto, em se tratando de estrangeiro”. Segundo o ministro Carvalho Mourão,

A expulsão é um ato de *exclusiva soberania do Presidente da República*. Só o Poder Executivo tem elementos para saber dos motivos, se o estrangeiro é ou não perigoso à ordem pública e nocivo aos interesses do país. Mais ninguém (grifos nossos)⁸².

Nesse contexto de franca hostilidade à proteção dos direitos dos estrangeiros, não é surpreendente que um dos principais argumentos do advogado Heitor Lima tenha sido a salvaguarda dos direitos do nascituro concebido no Brasil. Todavia, ponderou o ministro Carvalho Mourão, o que confere a nacionalidade não é a concepção, mas o nascimento em território brasileiro. Assim, o STF não acolheu a tese de Lima.

⁷⁹ “Art. 143 – O Governo federal poderá expulsar do território nacional o estrangeiro nocivo à ordem pública, salvo se o seu cônjuge for brasileiro, e se tiver filho brasileiro (art. 129, n.º I e II) dependente da economia paterna”.

⁸⁰ V. art. 22, inci. XV da Constituição de 1988. No mesmo sentido, v. o artigo 16, inciso III da Constituição de 1937; artigo 5º, alínea n, da Constituição de 1946; artigo 8º, inciso XIVV, alínea p) da Constituição de 1967.

⁸¹ MARQUES, Raphael Peixoto de Paulo. Estado de exceção e mudança (in)constitucional no Brasil (1935-1937). *Historia Constitucional*, n. 14, p. 353-286, 2013. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com>.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 26155*. 17 de junho de 1936.

Essa linha interpretativa chancelou atos manifestamente arbitrários por parte do Poder Executivo⁸³. Durante o governo de Getúlio Vargas (1930-1945), episódios como a expulsão de Maria Prestes tornaram-se frequentes. Segundo Mariana Cardoso dos Santos Ribeiro, cerca de 778 estrangeiros foram expulsos, especialmente por conta de suas convicções políticas. Para Santos Ribeiro,

o Estado autoritário varguista negava a ideia de uma sociedade pluralista, razão pela qual procurou impedir que os imigrantes preservassem uma identidade, tanto étnica quanto cultural. A ideia era excluir o 'diferente', valendo-se de estigmas que fortaleciam e davam forma aos mitos políticos, dentre os quais o da conspiração judaico-comunista internacional⁸⁴.

Por ilustração, o polonês Guzmão Soler foi expulso do Brasil em 1937⁸⁵ apenas porque difundiu ideias anarquistas em palestras; e o francês Avelino Fernandes teve o mesmo destino em 1936 pelo mero fato de guardar, em sua casa, cartas, livros e folhetos simpáticos ao comunismo, sem que sequer tenha manifestado em público suas convicções políticas⁸⁶. De modo inequívoco, a expulsão tornou-se uma poderosa arma, usada pelo Poder Executivo, de repressão política e de censura, com o consentimento da mais alta jurisdição brasileira.

O restabelecimento do Estado democrático de direito, com a Constituição de 1946, tampouco modificou a linha interpretativa do STF sobre a ampla margem de ação do Presidente da República. Segundo a análise de Maria Pia Guerra, a jurisprudência do período centrou-se mais nas cláusulas explícitas impeditivas da expulsão, as quais visavam a proteção de familiares brasileiros

dos expulsados⁸⁷. O artigo 143 da Constituição de 1946 autorizou o Governo Federal a expulsar o estrangeiro, mas salvaguardou os casos em que seu cônjuge é brasileiro, e se tiver filho brasileiro dependente da economia paterna. Tais exclusões de expulsão, conforme disse o ministro Osorinho Nobato, não foram instituídas por amor ao expulsando, mas em benefício de sua família brasileira — o cônjuge ou o filho brasileiro⁸⁸.

A expulsão seria, novamente, usada como um meio de repressão política durante o período da ditadura militar (1964-1985). Alguns exemplos que chegaram ao STF merecem ser destacadas, sobretudo no concerne aos argumentos utilizados para respaldar atos arbitrários do Poder Executivo⁸⁹.

Em 5 de novembro de 1967, o diácono francês Guy Thibault foi preso, na cidade de Volta Redonda (RJ), distribuindo panfletos críticos ao Governo da época⁹⁰.

⁸⁷ GUERRA, Maria Pia. *O padre e a pátria: direito, transição política e o Supremo Tribunal Federal na expulsão de Vito Miracapillo* (1980). 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.. p. 137-138.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 29.873*. 27 de agosto de 1947.

⁸⁹ Algumas das expulsões arbitrárias desse período não foram levadas ao STF. Por ilustração, o pastor norte-americano da Igreja Metodista Frederick Birten Morris foi preso, torturado e expulso em 14 de outubro de 1974. Da prisão o pastor foi conduzido às pressas e coercitivamente ao aeroporto, com o destino aos EUA, sem que houvesse tempo para qualquer questionamento judicial de sua expulsão. Sobre esse caso e outros episódios desse período, v. MORAES, Ana Luisa Zago. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica-RS, Porto Alegre, 2016. p. 158-164.

⁹⁰ “Em novembro de 1967, quatro jovens pertencentes ao movimento católico Judica foram presos pelos militares após serem detidos distribuindo alguns panfletos julgados subversivos. Dois membros desse movimento — Natanael José da Silva (presidente) e Jorge Gonzaga (diretor esportivo e cultural) — acompanhados do diácono Guy Michel Thibault e do seminarista Carlos Rosa, após a missa, resolveram dar um passeio na Kombi da diocese e distribuir alguns panfletos de indignação contra a situação social de Volta Redonda. O panfleto denunciava as péssimas condições de vida a que estava submetida a maioria da população brasileira, sobretudo a classe trabalhadora, e seu conteúdo era crítico à política imperialista dos Estados Unidos no país. Concluiu conclamando a mobilização dos ‘trabalhadores da cidade ou do campo, empregados e empregadas, estudantes e intelectuais’ para tomarem parte na luta contra a ditadura. Segundo o relatório da Comissão Municipal da Verdade de Volta Redonda (CVVR), o grupo foi perseguido por uma patrulha da Polícia do Exército do 1º Batalhão de Infantaria Blindada (BIB) e levado à sede do Batalhão para prestar depoimentos. Já na viatura do Exército, Jorge Gonzaga relata terem recebido agressões físicas — tapas, socos e ameaças verbais. Os jovens detidos foram mantidos em solitária, permanecendo incomunicáveis durante um mês. Posteriormente, foram indiciados pelo crime de subversão, de acordo

⁸³ Sobre a jurisprudência do STF na década de trinta, v. RIBEIRO, Mariana Cardoso dos Santos. *Venha o decreto de expulsão: a legitimação da ordem autoritária no governo Vargas (1930-1945)*. 2003. Dissertação (Mestrado em História Social) - FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 93-139.

⁸⁴ RIBEIRO, Mariana Cardoso dos Santos. *Venha o decreto de expulsão: a legitimação da ordem autoritária no governo Vargas (1930-1945)*. 2003. Dissertação (Mestrado em História Social) - FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 55-56.

⁸⁵ RIBEIRO, Mariana Cardoso dos Santos. *Venha o decreto de expulsão: a legitimação da ordem autoritária no governo Vargas (1930-1945)*. 2003. Dissertação (Mestrado em História Social) - FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 158.

⁸⁶ No próprio inquérito de expulsão, o francês seria descrito por testemunhas como uma pessoa retraída, pouco comunicativa e que não externava suas opiniões políticas. RIBEIRO, Mariana Cardoso dos Santos. *Venha o decreto de expulsão: a legitimação da ordem autoritária no governo Vargas (1930-1945)*. 2003. Dissertação (Mestrado em História Social) - FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 252-258.

Processado por crimes contra a segurança nacional, Thibault teve contra si um decreto de expulsão, antes que seu julgamento fosse concluído. Pleiteando o direito de ser julgado no Brasil e ver provada a sua inocência, o francês ingressou com o pedido de *habeas corpus* no STF contra a sua expulsão.

A maioria dos ministros do STF rejeitou o pedido, afirmando a precedência do Poder Executivo sobre os direitos individuais do estrangeiro⁹¹. Para o ministro Thompson Flores, a expulsão era uma manifestação de soberania, de fundo eminentemente político, e que prevaleceu sobre os direitos individuais do estrangeiro. Na mesma linha, o ministro Amaral Santos aduziu que o Poder Judiciário não deveria ter qualquer interferência em atos de expulsão, os quais seriam da alçada exclusiva do Poder Executivo.

Conquanto tenha sido minoritário, o voto do ministro Adauto Lúcio Cardoso merece ser realçado. Lúcio Cardoso ressaltou que a Constituição de 1967, em seu artigo 150, assegura aos estrangeiros residentes no país os direitos fundamentais. Entre tais direitos, prosseguiu Cardoso, figura o da lei não afastar do Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão a um direito. A partir dessa premissa, o Poder Judiciário julgaria se o ato de expulsão do Presidente da República configurou ou não lesão a um direito individual. Na espécie, Cardoso entendeu que a expulsão era uma arbitrária restrição ao direito de defesa (art. 150, parágrafo 15). No mesmo sentido, o ministro Hermes Lima defendeu que a discricionariedade do Presidente da República encontrou limites no artigo 150 da Constituição Federal.

A despeito de viver no Brasil desde os 4 anos, a suíça Marie Hélène Russi foi expulsa por meio de um decreto do presidente Ernesto Geisel, datado de 31 de dezembro de 1975. Marie Hélène Russi teria tido participação em organizações estudantis de contestação à ditadura e fora condenada, pela Justiça Militar, por crimes contra a segurança nacional⁹².

com a Lei de Segurança Nacional". ESTEVEZ, Alejandra Luisa Magalhães. Relações Igreja-Estado em uma cidade operária durante a ditadura militar. *Revista Brasileira de História*, v. 35, n. 69, p.207-231, 2015.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 45.067*. 27 de março de 1968.

⁹² O relatório do Ministro Antônio Neder faz menção à condenação por violação ao artigo 37 do Decreto-lei n. 314 de 1967. Ora, tal artigo tinha a seguinte redação: "Art. 37. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público: Pena – detenção, de 1 a 3 anos". Como se percebe, a

O relatório do Ministro Antônio Neder faz menção à condenação por violação ao artigo 37 do Decreto-lei n. 314 de 1967. Ora, tal artigo tinha a seguinte redação: "Art. 37. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público: Pena - detenção, de 1 a 3 anos". Como se percebe, a conduta, pela qual a suíça havia sido condenada, não tinha nenhuma gravidade e dificilmente a sua criminalização seria aceita hoje ante o direito fundamental à liberdade de expressão.

Os ministros do STF expuseram uma argumentação que conferia ao Presidente da República a mais ampla liberdade em matéria de expulsão. Segundo o ministro-relator Antônio Neder, a expulsão é ato político do Presidente da República, juiz único de sua conveniência e oportunidade. Para o ministro Cordeiro Guerra, o Poder Executivo, nos termos da lei, é soberano no julgar a conveniência e oportunidade de expulsar ou não o estrangeiro⁹³.

Destaca-se, mais uma vez, o uso da soberania para significar o sobrepujamento do Poder Executivo sobre os demais poderes, os quais não podem contestar o teor de suas decisões.

Outro julgamento importante do STF foi o *habeas corpus* impetrado em favor do padre italiano Vito Miracapillo. O decreto do presidente João Figueiredo, de 10 de outubro de 1980, havia determinado a expulsão do clérigo europeu.

As razões da expulsão atraíram uma grande atenção midiática na época. O padre havia se recusado um convite das autoridades de uma cidade do interior de Pernambuco, para celebrar a missa do 7 de setembro, no quadro das festividades oficiais da Semana da Pátria. Entre os motivos alegados pelo padre, sobreleva a afirmação de que não se poderia falar em uma efetiva independência do povo brasileiro diante da sua situação miserável. Ante à referida recusa, o então deputado estadual de Pernambuco, Severino Cavalcanti, apresentou uma moção parlamentar com pedido ao Ministério da Justiça para investigação da conduta do italiano. Tal pedido deu início ao processo administrativo que resultou na expulsão do clérigo.

conduta, pela qual a estudante suíça havia sido condenada, não tinha nenhuma gravidade e dificilmente a sua criminalização seria aceita hoje ante o direito fundamental à liberdade de expressão.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 54222*. Acórdão de 19 de maio de 1976.

Segundo Maria Pia Guerra, o episódio da missa foi o ponto culminante dos conflitos entre o padre e as elites políticas econômicas locais, as quais estavam descontentes com a influência do padre sobre os trabalhadores rurais da região. Para Pia Guerra, o caso foi também significativo para a política nacional, pois havia, ainda, muitas incertezas sobre os rumos da lenta abertura política iniciada pelo presidente Geisel⁹⁴.

Em seu acórdão, o STF adotou uma posição nitidamente conservadora e pouca atenta ao respeito dos direitos fundamentais dos estrangeiros. Mais uma vez, argumentos fundados na soberania foram determinantes.

Na ementa do acórdão, frisa-se que o Padre não foi expulso por recusar-se a celebrar uma missa, mas por ter dado conotação política a essa recusa por meio de manifestações públicas⁹⁵. Tal conduta configuraria violação ao artigo 107 do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6815 de 19 de agosto de 1980), que vedava ao estrangeiro exercer atividade de natureza política e imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil. Para o STF, não lhe caberia julgar o ato do Presidente da República, porque essas questões eram de sua exclusiva alçada. Para o Ministro Décio Miranda, ao STF descabe dizer se as condutas do padre teriam sido suficientemente graves a ponto de justificarem a sua expulsão.

As cerimônias das grandes festividades nacionais são, com frequência, instrumentalizadas politicamente em benefício das autoridades constituídas, em especial durante a semana da pátria⁹⁶. Com efeito, tais cerimônias constituem a ocasião para que os governantes ostentem o apoio na sociedade que desfrutam ou realcem os aspectos positivos das ações governamentais. A celebração de uma missa, durante as festividades oficiais do 7 de setembro, era um ato, por si só, que não era destituído de significação política.

⁹⁴ GUERRA, Maria Pia. *O padre e a pátria: direito, transição política e o Supremo Tribunal Federal na expulsão de Vito Miracapillo* (1980). 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 94-95.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 58411*. 30 de outubro de 1980.

⁹⁶ A ditadura militar usou, com frequência, a semana da pátria para enaltecer os seus supostos feitos. Isso ficou particularmente evidente nas comemorações do sesquicentenário da independência, durante o governo do presidente Médici. CORDEIRO, Janaína. *Lembrar o passado, festejar o presente: as comemorações do sesquicentenário da Independência entre consenso e consentimento* (1972). 2012. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2012.

Portanto, caso o padre tivesse aceitado o convite oficial que lhe foi feito, ele não teria, também, sido neutro politicamente, pois ele emprestaria o seu prestígio e o da Igreja Católica a uma cerimônia particularmente propícia ao proselitismo das autoridades constituídas.

Como se percebe, o real motivo da expulsão do padre italiano não pode ser atribuído à sua ausência de neutralidade política, o que nos parece de difícil conceituação. Afinal, como ser neutro politicamente, já que um conjunto de ações e omissões — como a simples aceitação ou negativa a um convite oficial ou uma mera declaração simpática ou hostil ao governo do turno — pode causar efeitos na vida política nacional? Certamente, caso o Padre tivesse realizado a missa e dado declarações ufanistas e laudatórias às autoridades locais por ocasião do 7 de setembro, não se cogitaria a expulsão, em que pese a absoluta ausência de neutralidade política desses atos. Nesse sentido, o Presidente da República não condenaria essa “ingerência” nos assuntos políticos nacionais. O motivo de censura governamental foi o incômodo das autoridades locais e nacionais com a autonomia de espírito e a intrepidez do padre, o qual não se deixou intimidar e expôs, com clareza e independência, as suas próprias convicções.

Tais opiniões eram polêmicas e não são isentas de críticas, especialmente por parte de autores de corte mais conservador. Sucede, porém, que as autoridades locais não aceitaram as regras do debate democrático. Em vez de fazerem o contraponto a essas opiniões por meio de mensagens e discursos, as autoridades locais e nacionais usaram-se, de modo truculento, do poder do Estado para silenciar o padre, constringendo-o a sair do território nacional.

Em síntese, tal como a ditadura do Estado novo, a expulsão de estrangeiros foi usada como expediente autoritário, com a chancela da mais alta corte brasileira, para perseguir aqueles que pensavam diferente das autoridades constituídas.

É surpreendente que, mesmo após a Constituição de 1988, o STF referendou a linha interpretativa que respaldava esse tipo de arbítrio. No *habeas corpus* em favor do colombiano Jorge Camilo Monroy Cubiulllos, o ministro Celso de Mello considerou que o voto do ministro Cordeiro Guerra, no caso Marie Hélène Russi, havia sido “lapidar”. Para Mello, o Poder Executivo é

soberano em relação ao julgamento da conveniência e oportunidade da expulsão⁹⁷.

O caso do colombiano era muito diferente da suíça. Jorge Camilo Monroy Cubiullas havia sido condenado pela Justiça comum pela prática de tráfico internacional de entorpecentes, ao passo que Marie Hélène Russi foi objeto de um processo pela Justiça Militar, marcada por arbitrariedades⁹⁸, pelo simples fato de atentar contra os símbolos nacionais. As circunstâncias de cada caso foram, portanto, inteiramente diversas. Ainda assim, o voto de Mello, um juiz conhecidamente zeloso em matéria de liberdades públicas, espousa um raciocínio que conduz a atos arbitrários por parte do Poder Executivo e os justifica. Dizer que o Presidente da República é soberano induz a ideia de que ele detém o poder absoluto de decidir qual estrangeiro permanece em território brasileiro e em quais circunstâncias. Nesse sentido, a única ressalva que Celso de Mello fez em seu voto refere-se às exclusões de expulsão, explicitamente estabelecidas no Estatuto do Estrangeiro.

Os casos de expulsão arbitrária não são mais frequentes como aqueles que ocorriam na ditadura militar. Em seu estudo detalhado sobre as expulsões no Brasil no ano de 2014, Ana Luísa Zago Moraes afirma que os estrangeiros expulsos foram unicamente aqueles condenados por crimes, a grande maioria dos quais relacionado ao tráfico de drogas. Ainda que seja questionável essa repressão penal — chamada de “guerra às drogas”⁹⁹ —,

as expulsões não se fundamentam em um critério arbitrário de uma única pessoa, porquanto tais condutas são reprimidas pela legislação penal brasileira.

Não se pode, todavia, excluir a possibilidade de arroubos autoritários do Poder Executivo, fazendo uso das expulsões como expediente autoritário. Foi o que aconteceu notavelmente com a tentativa de expulsão do jornalista do *The New York Times*, o norte-americano Larry Rohter. Após uma reportagem sobre o suposto consumo excessivo de bebidas alcólicas do presidente da República, o Ministro da Justiça publicou um despacho determinando o cancelamento do visto temporário do jornalista e a ordem para deixar o território nacional no prazo de oito dias¹⁰⁰.

‘encomendados’ e na nova criminalização do imigrante, em pesquisa realizada nos decretos de expulsão publicados no Diário Oficial da União do ano de 2014 (Anexo C), verificou-se que, recentemente, o que ocorre é a abertura de inquérito de expulsão em face dos estrangeiros condenados pela prática de crimes. Não houve, portanto, ao menos no ano de 2014, expulsão de estrangeiros que não cometeram crimes, sendo estes sujeitos a outras medidas de retirada compulsória, em alguns casos, não menos injustas, como a deportação sumária nos próprios aeroportos. Verificou-se ainda que não tem sido decretada expulsão para contravenções penais, ou mesmo para crimes apenados com pena inferior a dois anos de reclusão. Assim, nos decretos de expulsão publicados no ano de 2014, mais de 90% decorreram de condenação por tráfico de drogas, sendo apenas dois decorrentes de crimes contra a vida e dois de crimes contra o patrimônio, o que confirma, também, a tendência dos imigrantes de não cometerem crimes comuns, e a relação do encarceramento e das expulsões com a guerra às drogas. Assim, nos decretos de expulsão publicados no ano de 2014, mais de 90% decorreram de condenação por tráfico de drogas, sendo apenas dois decorrentes de crimes contra a vida e dois de crimes contra o patrimônio, o que confirma também a tendência dos imigrantes de não cometerem crimes comuns, e a relação do encarceramento e das expulsões com a guerra às drogas.” (Grifos do original).

MORAES, Ana Luísa Zago. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica-RS, Porto Alegre, 2016. p. 314.

¹⁰⁰ “GABINETE DO MINISTRO. DESPACHO DO MINISTRO em 11 de maio de 2004. N 253 - Processo n 08000.004044/2004-52.WILLIAM LAWRENCE ROHTER JÚNIOR. Em face do exposto, determino o cancelamento do visto temporário outorgado ao estrangeiro William Larry Rohter Júnior, determinando, ainda, ao Departamento de Polícia Federal que o cientifique pessoalmente desta decisão e de que, nos termos do art. 57 da Lei n 6.815/80 e art. 98 do Decreto n 86.715/81, seja notificado a deixar o território nacional no prazo de oito dias. Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto – Interino”. O despacho foi publicado no Diário Oficial da União e foi publicado em 11 de maio de 2004. O despacho está disponível no seguinte site: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/578389/pg-47-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-13-05-2004> (consulta em 2 de setembro de 2020).

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 72851*. Relator: Ministro Celso de Mello. 25 de outubro de 1995.

⁹⁸ V., a esse respeito, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Advocacia da liberdade: a defesa nos processos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

⁹⁹ “As ‘mulas’ do tráfico, na atualidade brasileira, representam a maioria dos estrangeiros encarcerados no Brasil. Se, no ano de 2004, dois terços dos estrangeiros encarcerados no Brasil, ou 72,3% dos detentos, respondiam, criminalmente, pelo delito de tráfico de drogas; no ano de 2014, 81% dos estrangeiros presos, em São Paulo, tinham como motivo da prisão esse delito. Portanto, a repercussão da política criminal de drogas no aprisionamento de não nacionais é decisiva, e, se o tráfico de drogas não fosse criminalizado, talvez sequer houvesse o fluxo de pessoas vulneráveis e usadas como ‘mulas’. Para além desse fenômeno, há uma tensão entre: (a) a aplicação das previsões legais da Lei no 6.815/1980, sem controle de constitucionalidade e de convencionalidade, e o aprisionamento pelo simples fato de ser estrangeiro; e (b) a opção por medidas descaracterizadoras — decisões judiciais favoráveis à liberdade provisória e à aplicação do sistema progressivo de cumprimento de pena —, e o incremento do aparato legal e regulamentar necessários para estas, como, por exemplo, a Resolução 110 do CNJg e a Resolução 132 do CNJ. Apesar da amplitude da previsão legal de expulsão, e da restrição das causas impeditivas, que culminam, inclusive, na realização de casamentos

Em nota à imprensa datada de 11 de maio de 2004, o ministro interino da Justiça, Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, afirmou:

Em face de reportagem leviana, mentirosa e ofensiva à honra do Presidente da República Federativa do Brasil, com grave prejuízo à imagem do país no exterior, publicada na edição de 9 de maio passado do jornal *The New York Times*, o Ministério da Justiça considera, nos termos do artigo 26 da Lei n.º 6.815, inconveniente a presença em território nacional do autor do referido texto. Nessas condições, determinou o cancelamento do visto temporário do sr. William Larry Rohter Junior¹⁰¹.

À época, não faltaram declarações de juristas defendendo o ato do Presidente da República com base na soberania do Estado brasileiro. Em declarações na imprensa, o procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, afirmou que a reportagem extrapola a pessoa física e atinge a nação como um todo e representaria uma desmoralização realizada por uma superpotência, os Estados Unidos¹⁰². Fonteles não soube estabelecer a diferença entre as críticas à pessoa do presidente e aquelas direcionadas à nação como um todo. A nação brasileira não se reduz à figura do presidente da República, quem quer que ele seja. A circunstância de o Presidente da República ter sido eleito para um mandato temporário e ser o chefe de Estado não diminui a diversidade da nação brasileira: composta não apenas por simpatizantes do presidente, mas também pelos seus mais ferozes opositores. O procurador-geral tampouco soube distinguir as declarações de uma pessoa de nacionalidade norte-americana, que não desempenha qualquer tipo de cargo oficial, das afirmações dos órgãos do Estado-norte-americano, como chefes de Estado e embaixadores. Em países em que a imprensa é livre, como nos EUA e o Brasil, os jornais não são porta-vozes dos governos do turno, a ponto de estes serem alvos constantes de

reportagens pouco elogiosas¹⁰³. A nacionalidade norte-americana de Larry Rother não o torna menos merecedor das garantias constitucionais ao estrangeiro. O *caput* do artigo 5º outorga, indistintamente, a todos os estrangeiros residentes no país os direitos nele previstos, sejam eles nacionais de uma superpotência ou não.

Diante da decisão do ministro da Justiça, o senador Sérgio Cabral Filho impetrou um *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em favor do jornalista norte-americano. O ministro do STJ, Francisco Peçanha Martins, deferiu salvo-conduto ao norte-americano até a decisão do feito. É significativa a fundamentação do ministro: o Brasil é um Estado Democrático de Direito, de que a liberdade de expressão é um dos pilares. Sendo assim, indagou Peçanha Martins, ainda que a concessão de visto seja um de soberania, seria admissível que o visto fosse revogado em razão do exercício do direito constitucional de expressar-se em uma matéria jornalística? Peçanha Martins rechaçou tal possibilidade: “no Estado Democrático de Direito não se pode submeter a liberdade às razões de conveniência ou oportunidade da Administração”. Por fim, Peçanha Martins sublinhou: os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal aplicam-se, igualmente, aos estrangeiros, notadamente a liberdade de expressão.

Ainda, acrescenta-se que o Ministro da Justiça utilizou de um arbitrário e fraudulento estratagem, para diminuir as garantias do jornalista norte-americano. Aplicou-se à espécie as normas sobre a expulsão, porquanto a sua justificativa — reconhecida na própria nota oficial da alta autoridade governamental — era de que a permanência do estrangeiro havia se tornado inconveniente. Ora, sob o aspecto procedimental, tal expulsão deveria ter sido precedida de um inquérito policial, em que são assegurados aos estrangeiros o direito à ampla defesa. Mesmo as expulsões arbitrárias do Estado Novo — o caso Maria Prestes — e da ditadura militar — os casos Marie Hélène Russi e Vito Miracapillo — foram objeto de um inquérito policial anterior à expulsão. Justamente para impedir que esse direito fosse assegurado e que a saída do estrangeiro ocorresse de modo mais célere possível, o Ministro da Justiça cancelou o visto, para que se aplicassem as normas sobre a deportação —

¹⁰¹ A nota à imprensa está disponível no seguinte site: https://www.conjur.com.br/2004-mai-11/governo_decide_cassar_visto_jornalista_americano (consulta em 2 de setembro de 2020).

¹⁰² As declarações foram transcritas em reportagens publicadas no site “Observatório da Imprensa”. <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/monitor-da-imprensa/o-estado-de-s-paulo-24933/> (consulta em 2 de setembro de 2020). No mesmo sentido, pronunciou-se o presidente do Senado, José Sarney: “O país tem de reagir de acordo com a agressão que a matéria constituiu para a nossa imagem e do presidente da República. Não é só um problema de pessoa, mas de natureza nacional”. A declaração consta em reportagem da revista “Época”, disponível no site: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EDR64284-6009,00.html> (consulta em 2 de setembro de 2020).

¹⁰³ Basta pensar nos constantes conflitos entre o presidente Donald Trump e o presidente Jair Bolsonaro com jornalistas de seus respectivos países.

saída compulsória por violação das normas brasileiras sobre migração —, e não sobre expulsão.

De qualquer maneira, o processo perdeu objeto em razão da revogação da portaria ministerial, após uma carta do jornalista norte-americano em que se afirmou que não era a sua intenção ofender a honra do Presidente da República.

Embora não tenha havido uma tentativa formal de expulsão, cabe mencionar, também, as desavenças públicas entre o presidente Jair Bolsonaro e o jornalista norte-americano Glenn Greenwald. Após a publicação de reportagens do jornalista sobre os diálogos vazados do ministro Sérgio Moro e dos procuradores da força-tarefa da Lava Jato, o presidente afirmou que, talvez, o jornalista “pegue uma cana aqui no Brasil”. Respondendo a perguntas sobre a eventual expulsão de Greenwald, o presidente da República afirmou que não era o caso, porquanto o norte-americano havia sido “malandro” ao se casar com um brasileiro e adotado filhos brasileiros. As declarações de Bolsonaro inserem-se no quadro de suas constantes agressões, intimidações e ameaças a jornalistas, estrangeiros ou brasileiros. Elas sugerem, claramente, a ideia de que Greenwald poderia ter sido expulso, caso não tivesse familiares brasileiros. Assim, a proteção que Greenwald usufruía derivava, exclusivamente, de seus vínculos familiares com brasileiros¹⁰⁴. Nessa ordem de considerações, o estrangeiro estaria destituído de direitos e devesse temer a expulsão decidida pelo Presidente da República, na ausência de familiares brasileiros.

Com o advento da Lei de Migração (Lei n. 13.445 de 24 de maio de 2017)¹⁰⁵, houve uma mudança substancial sobre os motivos que podem ensejar a expulsão. O parágrafo 1º¹⁰⁶ do artigo 54 determina que a prática de

determinados crimes poderá dar causa à expulsão. Por outro lado, o artigo 55 determina as circunstâncias em que não se procederá à expulsão¹⁰⁷.

É de se notar a grande diferença entre os motivos que podem ensejar as expulsões na Lei de Migração e no Estatuto do Estrangeiro¹⁰⁸. Ao passo que o art. 65 do Estatuto do Estrangeiro falava, muito genericamente, do estrangeiro cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais¹⁰⁹, o artigo 54 da Nova Lei de Migração determina causas muito precisas e circunscritas que podem ensejar a expulsão. Aliás, essa é uma mudança muito substancial na história das leis brasileiras sobre as expulsões. Tradicionalmente, desde a primeira lei sobre as expulsões de 1907, estabeleciam-se, de modo muito genérico, as motivações que poderiam ensejar as expulsões. Era essa margem de liberdade

competente resolver sobre a expulsão, a duração do impedimento de reingresso e a suspensão ou a revogação dos efeitos da expulsão, observado o disposto nesta Lei. § 3º O processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro. § 4º O prazo de vigência da medida de impedimento vinculada aos efeitos da expulsão será proporcional ao prazo total da pena aplicada e nunca será superior ao dobro de seu tempo.”

¹⁰⁷ “Art. 55. Não se procederá à expulsão quando: I – a medida configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira; II – o expulsando: a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela; b) tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente; c) tiver ingressado no Brasil até os 12 (doze) anos de idade, residindo desde então no País; d) for pessoa com mais de 70 (setenta) anos que resida no País há mais de 10 (dez) anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão”.

¹⁰⁸ Sobre o significado da Lei de Migração para a ordem jurídica brasileira, v. VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S. C.; LIGEIRO, Adriana P. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de direito internacional*, v. 14, n. 2, p. 253-266, 2017.p. 253-266; BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. *Revista de direito internacional*, v. 14, n. 02, p. 236-252, 2017.

¹⁰⁹ “Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro que: a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

¹⁰⁴ As declarações do presidente Jair Bolsonaro constam em reportagem do jornal “Folha de São Paulo”: www.folha.com.br (consulta em 2 de setembro de 2020).

¹⁰⁵ Sobre as mudanças trazidas pela Lei de Migração, v. especialmente.

¹⁰⁶ “Art. 54. A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado. § 1º Poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto n. 43888, de 25 de setembro de 2002; ou II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional. § 2º Caberá à autoridade

conferida pela lei, além da interpretação do STF, que permitiu os piores arbítrios.

A nova lei reconheceu que, se ela própria não limitasse, de modo rigoroso, as situações que ensejam a expulsão, o STF poderia omitir-se na prevenção dos arbítrios praticados pelo Poder Executivo. Conforme se enfatizará a seguir, tal preocupação não ocorreu sem razão, porquanto o argumento da soberania como poder irrestrito do Poder Executivo continuou a exercer influência nos julgados recentes do STF.

3.2 O STF e o perigo do precedente Battisti na defesa dos direitos individuais do estrangeiro

O STF analisa, tradicionalmente, a procedência e regularidade do pedido de extradição. Tal função foi-lhe atribuída desde a primeira lei brasileira de extradição de 1911 e permanece em vigor. Por outro lado, o STF tem hesitado em interferir no processo de extradição para além dessa função clássica.

Isso ficou particularmente evidente no caso Cesare Battisti. A República Italiana e o próprio Battisti pleitearam direitos além do exame da procedência e regularidade da extradição. Contudo, conforme se demonstrará a seguir, o STF negou-se a fazê-lo.

Em um primeiro momento, a República Italiana questiona, no STF, a decisão de o presidente Lula de não extraditar Battisti. Um parecer da Advocacia-Geral serviu de lastro para o ato presidencial. Nos termos do parecer, a letra “f” de número 1 do artigo 3º do tratado de extradição entre o Brasil e a Itália autorizaria o Brasil a não extraditar Battisti. Segundo essa disposição convencional,

Se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados [...].

Nessa ordem de ideias, o passado controvertido político de Battisti poderia, de algum modo, agravar a sua situação na Itália.

A Itália, por seu turno, aduziu que essa leitura do tratado não seria correta, defendendo a tese da violação das obrigações convencionais da Itália. Sem sequer apreciar a pertinência da tese italiana, o STF considerou

que a reclamação não deveria ser conhecida, porquanto os atos do Presidente da República em política externa não são sindicáveis.

Na ementa desse acórdão, afirma-se “a vedação à intervenção do Judiciário na política externa brasileira”. Diz ainda o referido acórdão da Reclamação 11.243:

7. A Soberania Nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo Presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art.84, VII e VIII, da Lei Maior. 8. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do Presidente da República. [...] 18. A Reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido pelo Presidente da República e, conseqüentemente, incabível a Reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso [...] 23. O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, *in casu*, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, N.º 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper n.º 28)[...] 29. O provimento jurisdicional que pretende a República Italiana é vedado pela Constituição, seja porque seu art. 4º, I e V, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional e da igualdade entre os Estados, seja pelo fato de, no supracitado art. 84, VII, conferir apenas ao Presidente da República a função de manter relações com Estados estrangeiros.

Mais uma vez, a soberania é usada para sugerir a onipotência do Poder Executivo, insuscetível de ser controlada pelo Poder Judiciário. Fux teve o cuidado de referir-se, nesse sentido, apenas, à soberania externa, segundo a sua dicotomia por ele defendida entre a interna e externa. Ainda que restrita ao plano internacional, não há dúvidas de que a soberania assume, neste artigo, a acepção de sobrepujamento do Poder Executivo sobre os demais Poderes da República.

Fux reiterou o mesmo raciocínio quando Battisti insurgiu-se contra as pretensões do presidente Michel Temer em extraditá-lo. A respeito da análise do pedido de prisão cautelar, pela Polícia Federal, para fins de extradição, Fux negou à defesa de Battisti o direito de contestar eventuais mudanças da posição presidencial sobre essa temática. Fux não hesitou em qualificar o acórdão acima citado, de que ele fora o relator, como “paradigmático”. Assim como o STF não deveria controlar a deliberação presidencial em não extraditar, ele deveria proceder da mesma maneira quando se tratasse de uma decisão oposta. Em um trecho importante de sua fundamentação, Fux afirmou: “é da própria natureza dos atos produzidos no exercício do poder soberano a sua revisibilidade a qualquer tempo, visto que amparados em juízo estritamente político e sujeito às conjunturas sociais, tanto internas quanto externas”.

A soberania serviu de alicerce jurídico para conferir ao Presidente da República o poder absoluto de decidir pela entrega ou não do extraditando, para que ele reexaminasse o caso a seu bel-prazer, segundo o seu único juízo sobre a conveniência e oportunidade de sua permanência em território nacional, sem qualquer controle judicial.

Em síntese, o ato soberano do Presidente da República era inquestionável perante o Poder Judiciário, seja pela República italiana, seja por Battisti. Não assistiu a esses últimos qualquer direito diante a deliberação presidencial soberana.

A respeito da contestação italiana sobre a deliberação presidencial, os argumentos de Fux nos parecem frágeis. Contrariamente ao que sugere o parágrafo 7º do acórdão da Reclamação 11.243, o Presidente da República não é o único órgão do Estado brasileiro a encarnar a independência nacional. A mais alta instância judiciária brasileira, o STF, também representa a soberania nacional, porquanto adota decisões vinculantes sem estar subordinado a qualquer autoridade estrangeira ou internacional. Tais decisões judiciais incluem, naturalmente, aquelas que têm repercussão internacional, a exemplos das ações diretas de inconstitucionalidade que versam sobre tratados ratificados pelo Brasil e sobre a sua denúncia.

A reclamação italiana tampouco nos parece ofender os princípios constitucionais da independência nacional e da igualdade entre os Estados. Haveria, de fato, violação a esses princípios constitucionais, se a Itália recor-

resse ao Poder Judiciário italiano para julgar o seu pleito. Em homenagem ao conhecido Princípio da Igualdade dos Estados — “par in parem non habet iudicium” —, não seria da alçada de uma jurisdição estrangeira — cujo poder fundamenta-se na soberania de um outro Estado — julgar a legalidade da conduta do chefe de Estado brasileiro.

Ora, na espécie, é um órgão da soberania nacional — o STF — que apreciaria o pleito italiano. A Itália estava, tão simplesmente, procurando reaver um direito que entendia que lhe era assegurado no Poder Judiciário brasileiro. Evidentemente, não há de se falar em ofensa à autoridade do Presidente da República, porquanto essa autoridade não inclui o poder de negar direitos que estejam assegurados na ordem jurídica brasileira ou de não aceitar que a legalidade de suas decisões seja apreciada pelo Poder Judiciário brasileiro. Não haveria qualquer prejuízo à soberania nacional caso o STF decidisse, favoravelmente, à República Italiana, pois o STF é — reitere-se — uma das emanações da soberania nacional¹¹⁰.

Para que o STF mantivesse a decisão do Presidente Lula, bastava argumentar que o próprio tratado entre o Brasil e Itália autorizava esse tipo de decisão. Com efeito, as exceções previstas no tratado eram muito abrangentes e genéricas, de modo a abarcar situações como a de Battisti. Poder-se-ia, perfeitamente, supor que Battisti receberia um tratamento mais severo por suas “condições pessoais” — a sua história política muito controvertida —, no dizer da disposição convencional¹¹¹.

¹¹⁰ Muitas autoridades italianas deram declarações desrespeitosas sobre o Brasil quando a decisão do presidente Lula foi proferida. Destaca-se a afirmação do deputado italiano Ettore Pirovano, segundo a qual o Brasil seria mais conhecido por suas dançarinas que pelos seus juristas. O desrespeito é tanto mais evidente quanto se considera que a França, durante décadas, recusou a extradição de vários italianos condenados pela justiça italiana, sem que o mesmo tipo de comentário desrespeitoso fosse proferido. Todavia, o simples fato de a Itália ingressar com uma reclamação no STF não configura nenhum tipo de ofensa ao Estado brasileiro ou aos brasileiros. Em um Estado de direito, nada mais corriqueiro que uma pessoa jurídica, seja qual for o seu regime jurídico, recorra à Justiça caso entenda que os seus direitos tenham sido lesados. Do mesmo modo, em um Estado democrático de direito, o STF invalida a decisão do presidente da República, se ela for proferida de modo ilegal. Sobre a política francesa em matéria de extradição, v. *infra*. Acerca das declarações do deputado italiano, v. <https://noticias.uol.com.br/ultnot/ansa/2009/01/30/ult6817u1533.htm> (consulta em 16 de setembro de 2020).

¹¹¹ Não se trata de defender a não extradição de Battisti ou de minimizar a gravidade dos crimes pelo que foi condenado. Trata-se, isto sim, de averiguar se o tratado de extradição autorizava essa não

A fundamentação de Fux parece-nos, ainda, mais grave em relação à contestação, por parte de Battisti, das mudanças da deliberação presidencial. Ela nos parece afetar, diretamente, os direitos fundamentais do extraditando e o princípio constitucional do dever do Poder Judiciário em resguardar os direitos individuais.

No litígio em apreço, distinguem-se dois tipos de alegações aduzidas por Battisti perante o STF. O primeiro tipo concerne à regularidade e procedência do pedido de extradição. No acórdão de 16 de dezembro de 2009, o STF apreciou, exaustivamente, se todos os requisitos constitucionais e legais foram devidamente preenchidos para que a extradição pudesse ser concedida. Em especial, conforme visto, o STF analisou, de modo detido e detalhado, se os crimes atribuídos a Battisti poderiam ser considerados políticos e se ele foi julgado segundo os cânones do devido processo legal. Sob esse aspecto, não há dúvidas do esmero do STF em resguardar os direitos fundamentais do extraditando.

Por outro lado, o ministro Fux não fez prova do mesmo cuidado em relação à análise do outro tipo de alegações de Battisti. Nesse caso, não se cuidava de jul-

extradição em suas exceções convencionais. A cláusula foi redigida de modo muito amplo, de modo a tornar muito vastas as situações em que os Estados-partes seriam habilitados a não cumprirem as suas obrigações recíprocas de extraditar. Relembre-se: nos termos do tratado, “se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, *condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados [...]*” (grifos nossos). Assim, para que a exceção se aplicasse, era suficiente que o Governo brasileiro alegasse suposições, com base em ponderáveis razões, sobre a possibilidade de Battisti receber um tratamento um pouco mais severo do que acordado a outros condenados no Itália. Tendo em vista as exasperações que o caso Battisti causava na Itália, não era de todo implausível fazer essas conjecturas. Evidentemente, é normal que um Estado persevere em seus pedidos de extradição de um condenado por quatro homicídios. Por outro lado, não há como negar que certas autoridades italianas manifestavam-se de modo excessivo quando se tratava de Battisti. Aliás, quando Battisti foi finalmente entregue pelas autoridades bolivianas, ele foi exibido como um “troféu de caça”, nos dizeres do antigo membro das Brigadas Vermelhas Paolo Persichetti. Por mais graves que sejam os crimes de Battisti, é de se esperar das altas autoridades governamentais um pouco decoro e de respeito no tratamento reservado aos condenados pela Justiça. Por certo, Battisti deve cumprir a pena pela qual ele foi condenado. Mas isso não justifica o tratamento humilhante que certas autoridades italianas, notadamente o primeiro-ministro Matteo Salvini, quiseram lhe impor. Nos dias de hoje, as condições de encarceramento de Battisti são muito severas. Sobre o assunto v. GAUTHERET, Jérôme. Cesare Battisti a été exhibé comme un trophée de chasse. *Le Monde*, fev. 2019. Disponível em: www.lemonde.fr.

gar a procedência ou regularidade do pedido de extradição, a qual já havia sido decidida pelo STF. Tratava-se de analisar a legalidade da conduta do Presidente Michel Temer, em suplantar a opinião de seus antecessores que haviam decidido não entregar Battisti às autoridades italianas. Acerca dessa linha de argumentação, Fux afirmou o Presidente da República foi soberano para mudar de posição como melhor lhe aprouvesse, sem que o Poder Judiciário pudesse interferir. Assim, a soberania foi suficiente para negar qualquer direito ao extraditando, sem maiores considerações.

Nessa linha de argumentação de Fux, nos dois julgados supramencionados, ecoou a chamada doutrina das questões políticas ou de ato de Governo. Segundo essa teoria, haveria um conjunto de assuntos que seriam insuscetíveis de serem controlados pelo Poder Judiciário¹¹². Em virtude da proeminência do Presidente da República na condução da política externa brasileira diante de um contexto internacional marcado pelas possíveis ameaças à segurança nacional por Estados rivais, os atos de política externa figurariam nesse rol de ações governamentais em que seria defesa a ingerência dos tribunais.

Sucedem, porém, que a aplicação dessa teoria encontra um óbice constitucional substancial: o Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional a qualquer lesão a direito¹¹³. Tal princípio está inscrito no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, inciso da Constituição Federal de 1988, o que lhe confere um regime jurídico especial mais protetor. Em virtude de tal regime, não se pode aplicar esse princípio restritivamente, tanto mais quanto se considera que o texto constitucional não estipulou qualquer exceção à sua aplicação, inclusive no que tange às questões envolvendo a segurança nacional ou à política externa. É a força desse princípio constitucional que tem conduzido o STF a analisar se os atos da Administração Pública violam direitos individuais, mesmo quando ela age com fulcro em conceitos jurídicos indeterminados¹¹⁴, e a

¹¹² Sobre essa doutrina, v. especialmente MEDAUR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, p. 67-85, jun./mar. 1993.

¹¹³ Esse princípio constitucional é sempre apontado como o principal obstáculo constitucional à aplicação da teoria do ato de Estado ou das questões políticas no Brasil. MEDAUR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, p. 67-85, jun./mar. 1993.

¹¹⁴ Em um mandado de segurança contra a demissão de um servidor público do DER no quadro de um processo disciplinar, o STF ressaltou os atos da Administração Pública que envolvem a aplicação de conceitos indeterminados estão sujeitos ao exame e ao controle

apreciar se o Poder Legislativo enseja violações do mesmo gênero em processos de *impeachment*¹¹⁵.

Se se considera que determina esfera da Administração Pública exige uma margem de ação mais ampla, como as relações internacionais, conferir-lhe um raio de discricionariedade maior é suficiente para assegurar a flexibilidade necessária para tratar esse tipo de assunto. Tal discricionariedade, ressalta-se, não significa ausência de controle jurisdicional quando o seu exercício ocorre de modo abusivo e lesa os direitos individuais. Se não se nega a necessidade de confiar à Administração Pública uma maior latitude de discricionariedade em determinados assuntos, não se há de fazer disso o reino do arbítrio.

O ministro Fux deveria ter examinado, em detalhes, se a mudança de posição do Presidente Temer sobre Battisti lesaria ou não um direito assegurado ao extraditando na ordem jurídica brasileira. Brandir a soberania do Presidente da República sem maiores explicações é conferir-lhe poderes absolutos para violar direitos individuais, o que nos parece uma afronta ao Estado democrático de direito.

Na espécie, parece-nos que não tenha havido qualquer violação aos direitos individuais de Battisti em virtude da nova deliberação presidencial. Battisti poderia aduzir certos princípios relativos à segurança jurídica em seu favor, mas eles não parecem aplicar-se ao seu caso.

Por exemplo, poder-se-ia aduzir que o Presidente da República deveria respeitar o princípio da confiança ou das expectativas legítimas. Sucede, porém, que

do Poder Judiciário. Entre os argumentos de tal decisão, sobressai o da inafastabilidade do Poder Judiciário em face da ameaça ou lesão a direitos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 24.699-9*. Relator: Ministro Eros Grau. Acórdão de 30 de novembro de 2004.

¹¹⁵ É significativo o mandado de segurança impetrado por Fernando Collor, em que ele questionava a aplicação pelo Senado Federal da pena de inabilitação para o exercício de função pública. Para Collor, tal pena não poderia ter sido imposta, já que havia renunciado à Presidência da República antes do julgamento do impeachment pelo Senado. Embora o STF tenha, ao final, entendido que não assistia razão a Collor, ele asseverou que lhe incumbiria controlar a regularidade do processo de impeachment, para impedir violações aos direitos individuais do Presidente da República. Conquanto reconhecesse a natureza política do processo de impeachment, o STF exerceu tal controle judicial com fulcro no inciso XXVI do artigo 5º da Constituição Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 20.941*. Relator: Ministro Carlos Veloso. Acórdão de 27 de março de 1992.

não estavam presentes os elementos necessários para a aplicação desse princípio. Ao não extraditar Battisti, o presidente Lula outorgou-lhe, simplesmente, um visto permanente. Conquanto tal visto permita que um estrangeiro resida regularmente em território nacional, ele não impõe qualquer óbice à extradição do estrangeiro. Deve-se lembrar que a condição de refugiado, que impediria a extradição, foi negada a Battisti por um acórdão do STF.

A decisão da não extradição resultou, exclusivamente, de uma interpretação própria do Presidente da República acerca do tratado de extradição entre o Brasil e a Itália. Tal leitura, ressalta-se, causou uma grande oposição nos meios políticos no Brasil, o que sugeriu inequivocamente a ideia de que ela poderia ser revista quando da alternância do poder no Executivo Federal. Não havia, pois, circunstâncias que suscitasse em Battisti a expectativa razoável de que ele não seria jamais extraditado. Pelo contrário, tais circunstâncias faziam crer que a sua situação jurídica modificar-se-ia abruptamente em função de quem ocupasse a Presidência da República¹¹⁶.

Não nos parece, portanto, que tenha havido qualquer violação a direitos individuais de Battisti. O decreto de extradição do presidente Michel Temer nos pareceu perfeitamente conforme ao direito brasileiro, pois não frustrou as expectativas legítimas do italiano. Mas defender a regularidade do decreto, com base nos argumentos acima colocados, é algo inteiramente diverso da tese da soberania irrestrita do Presidente da República nesse domínio.

A vida de Battisti já havia sido marcada pelas reviravoltas políticas de um outro Estado onde havia procurado abrigo: a França. Primeiro presidente socialista eleito da V República Francesa (1958-dias atuais), Fran-

¹¹⁶ Sobre o princípio da proteção da confiança ou expectativa legítima, v. especialmente MEDAUR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, p. 67-85, jun./mar. 1993. MAFFINI, Rafael. Princípio da proteção da confiança legítima. 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-2/principio-da-protacao-da-confianca-legitima#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20confian%C3%A7a%20leg%C3%ADtima%20consiste%2C%20segundo%20Humberto,cidad%C3%A3o%20em%20face%20do%20Estado%E2%80%9D>. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-1/principio-da-protacao-da-confianca-legitima>. V. também Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 30.891, acórdão de 21 de setembro de 2017.

çois Mitterrand aplicou, acerca dos pedidos da Itália de extradição de italianos que residiam na França, a doutrina que levaria seu nome. A “doutrina Mitterrand” não foi destituída de ambiguidades: em declarações oficiais, não era claro se a política de não-extradição se aplicava a todos acusados de terrorismo que tivessem rompido com a violência política, ou se a política se restringia àqueles que, havido deixado as organizações terroristas, não fossem processados por “crimes de sangue”¹¹⁷. De

¹¹⁷ Em uma entrevista coletiva conjunta — datada de 22 de fevereiro de 1985 — com o primeiro-ministro italiano Bettino Craxi, Mitterrand declarou que extraditaria italianos que tivessem tido uma participação direta em “crimes de sangue”. Por outro lado, em um discurso na Liga Internacional dos Direitos Humanos de 20 de abril de 1985, Mitterrand afirma que não extraditaria italianos que tivessem rompido com o terrorismo — “a máquina infernal” na qual eles haviam se engajado. Assim, o discurso sugere que ter rompido com o terrorismo seria suficiente para não se conceder a extradição, ainda que houvesse acusações por “crimes de sangue” no passado. Sobre o assunto, v. MUSITELLI, Jean. *L’impact des années de plomb sur les relations diplomatiques franco-italiennes*. In: LAZAR, Marc; MATARD, Bonucci; MARIE, Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 355-369. Sobre o assunto v. também LAZAR, Marc. *Introduction*. In: LAZAR, Marc; MATARD, Bonucci; MARIE, Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 5-13; MONTARD-BONUCCI, Marie-Anne. *Des usages de l’antifascisme et de la résistance par les Brigades Rouges*. In: LAZAR, Marc; MONTARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 16-35; RAYNER, Hervé. *Protéger, subir et réprimer: la délicate ‘gestion’ du terrorisme par l’Etat italien durant les ‘années de plomb’*. In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 36-52; PANVINI, Guido. *Terrorisme noir et terrorisme rouge durant les années: la guerre n’aura pas lieu*. In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 50-63; ATTAL, Frédéric. *Les intellectuels et le terrorisme, 1977-1978*. In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 112-122; SOMMIER, Isabelle. *Histoire inachevée: enjeux et limites des interprétations des années de plomb*. In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 133-144; LAZAR, Marc. *Les années de plomb: une guerre civile ?*. In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 147-163; PORTA, Donatella. *Mouvements sociaux, terrorisme et institutions. Les années de plomb: une guerre civile ?* In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 164-177; DOSSE, François. *Deleuze et Guattari et la contestation italienne dans les années 1970*. In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 290-304. RAYNER, Hervé. *Protéger,*

toda sorte, sob a presidência de Mitterrand (1981-1994), a França recusou-se, sistematicamente, a atender aos pedidos de extradição da Itália que visavam aos acusados de terrorismo de organizações de extrema esquerda¹¹⁸. Essa conjuntura política, certamente, encorajou Battisti a deixar o México e estabelecer residência na França em 1990.

A política de Mitterrand foi reafirmada no governo socialista de Lionel Jospin (1997-2002), primeiro-ministro francês durante o período de coabitação com o presidente conservador Jacques Chirac. Contudo, após a reeleição de Chirac em 2002 e a vitória da direita nas eleições legislativas do mesmo ano, o Governo francês mudou de orientação. A França não aplicou mais a “doutrina Mitterrand” e aquiesceu aos pedidos de extradição de italianos envolvidos em crimes de terrorismo.

Assim, o primeiro-ministro conservador Jean-Pierre Raffarin editou, em 22 de outubro de 2004, o decreto de extradição de Cesare Battisti. Os advogados do italiano contestaram a decisão perante o Conselho de Estado francês¹¹⁹. Entre os argumentos do advogado, destaca-

subir et réprimer: la délicate ‘gestion’ du terrorisme par l’Etat italien durant les ‘années de plomb’ ». In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 36.

¹¹⁸ Os motivos pelos quais o presidente francês adotou tal postura são objeto de debate entre os historiadores. Ora se põe em realce a visão muito depreciativa dos socialistas franceses em relação ao sistema judiciário italiano e à própria democracia deste país, razão pela qual haveria a grande possibilidade de julgamentos injustos e políticos. Ora se ressalta uma certa ambivalência dos socialistas franceses acerca da violência como forma de luta política e de mudança social. Sobre o assunto, v. GERVASONI, Marco. *La gauche italienne, les socialistes français et les origines de la doctrine Mitterrand*. In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 323-338; WAHNICH, Sophie. *L’amnistie des années de plomb vue de France*. In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 339-355; LAFFAILLE, Frank. *L’Etat de droit en Italie durant les années de plomb et sa perception par la tradition juridique française*. In: LAZAR, Marc; MATARD-BONUCCI, Marie Anne (dir.). *L’Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 305-322.

¹¹⁹ Decisão do Conselho de Estado de 18 de março de 2005 — 273714. No direito extradicional francês, é o Conselho de Estado a principal jurisdição que assegura os direitos fundamentais do extraditando. Assim, pode-se questionar perante essa jurisdição administrativa os decretos de extradição editados pelo primeiro-ministro. Caso o Conselho de Estado considere, por exemplo, que os crimes atribuídos ao extraditando têm natureza política, incumbir-lhe-á anular o decreto. Sobre o assunto, v. ROLIN, Elisabeth. *Le Conseil d’Etat, juge de l’extradition*. Paris: L.G.D.J., 1999.

-se a doutrina Mitterand¹²⁰. Em especial, Battisti fez valer a declaração de Mitterand que lhe era mais favorável. Trata-se de seu discurso de 20 de abril de 1985, em que ele havia dito que não caberia a extradição quando o extraditando tivesse rompido com o terrorismo. Todavia, o Conselho de Estado lembrou que, em outros pronunciamentos públicos da mesma época, o presidente francês fizera a seguinte reserva: a recusa em extraditar não valeria para os “crimes de sangue”. De toda sorte, afirmou o Conselho de Estado, tais pronunciamentos não teriam efeitos jurídicos. Do mesmo modo, para a alta jurisdição francesa, a carta pública do primeiro-ministro Leonil Jospin, de 4 de março de 1998, em que Jospin comprometia-se a não extraditar italianos que tivessem cessado com qualquer atividade terrorista¹²¹, também não teria efeitos jurídicos.

O Conselho de Estado estimou, também, que Battisti tivera o seu direito à ampla defesa respeitado nos processos na Justiça italiana em que havia sido condenado. Por esses motivos, a alta jurisdição administrativa francesa considerou o decreto de extradição do primeiro-ministro perfeitamente válido.

Assim, o Conselho de Estado estimou que nenhum direito de Battisti havia sido violado em virtude das mudanças de postura do governo francês acerca dos italianos que residiam na França e que eram acusados de terrorismo. É curioso que o Conselho de Estado não fez qualquer alusão à soberania, seja ela interna ou externa, para justificar a sua decisão. Ele se cingiu a dizer que as declarações públicas ambíguas de um presidente da República e a carta de um primeiro-ministro não obrigavam o Estado francês a seguir os seus termos, porquanto não teriam efeitos jurídicos.

Em conclusão, tal como ocorreu na contestação da Itália da decisão do presidente Lula, a noção de soberania irrestrita do Presidente da República em relações internacionais era inteiramente dispensável para defender-se a decisão do presidente Temer em extraditar Battisti. Ela configura, ademais, um argumento perigoso,

¹²⁰ Na França, vários intelectuais da esquerda, sob a liderança de Fred Vargas, manifestaram-se contrários à extradição de Battisti. Entre os argumentos em defesa de Battisti, eles afirmavam que a França não poderia trair a palavra, dada pelas maiores autoridades do Estado francês, sobre a não extradição dos italianos envolvidos com grupos terroristas de extrema esquerda. VARGAS, Fred. *La vérité sur Cesare Battisti*. Paris: Éditions Vivianne Hamy, 2004. p. 27-28.

¹²¹ A carta está transcrita no livro que Fred Vargas escreveu em favor de Battisti. V. VARGAS, Fred. *La vérité sur Cesare Battisti*. Paris: Éditions Vivianne Hamy, 2004. p. 68.

que pode chancelar, juridicamente, atos manifestamente arbitrários e que atentam contra os direitos individuais.

4 Considerações finais

À luz das observações acima feitas, é possível identificar duas concepções de soberania, ao se estabelecer o liame entre política externa e direitos individuais.

A primeira consiste na Constituição como afirmação, por excelência, da soberania. É ela o instrumento máximo que configura o exercício do poder pelo Estado brasileiro, assegurando aos estrangeiros que residem em território brasileiro direitos que não podem ser derogados pelo Poder Executivo, inclusive quando este invoca razões de ordem pública ou de segurança nacional para fazê-lo. Conforme Rui Barbosa nos debates parlamentares acerca da aprovação de uma lei autorizando a expulsão de estrangeiros, Constituição é a definição da nossa soberania¹²².

Essa orientação esteve presente em importantes julgados no início do século XX e a mais consentânea com o Estado democrático de direito, restaurado pela Cons-

¹²² Nesses debates parlamentares, ao argumento de que haveria um direito da soberania brasileira de expulsar qualquer estrangeiro inoportuno, Rui Barbosa respondeu: “a Constituição é a definição da nossa soberania”. Na mesma discussão, o senador Gomes de Castro manifestou-se contrariamente à aprovação da lei, antevendo abusos de governos de índole autoritária: “eu penso que este Governo não abusará. Não sou dos que mais inoportunam o conselheiro Rodrigues Alves, mas ninguém o respeita mais, nem o tem em melhor conta. Entretanto, prefiro pô-lo a coberto da tentação, negando-lhe a atribuição. A altura em que está provoca vertigens, e nem a suprema grandeza elimina a fraqueza humana. Com esta atribuição um governo de sectários achará anarquistas perigosos os seus adversários; o melhor é prevenir os excessos possíveis do que facilitá-los, conferindo o poder de praticá-los”. Segundo Gomes de Castro: “deixe que os que delinquirem, ainda que estrangeiros, ao domínio do direito penal. Espere, porém, que a falta se cometa e não queira antecipar a pena, só porque o sujeito é visado e veio precedido de reputação de anarquista. Se as nossas leis penais são por demais brandas, reformem-se; se os juízes são por demais benignos, substituem-se; se o processo é pouco garantidor e muito moroso, altere-se. Este é o único caminho direto, e o único que não oferece dúvidas e menos se presta a abusos. [...] Não quero com isto dizer que não haja nada a fazer, que estejam no melhor dos mundos. Não penso, porém, que o remédio esteja em uma medida que violenta a Constituição, e dá ao Governo um arbítrio que a Constituição recusou-lhe. Afirma-se que os juízes não inspiram confiança, como se fosse geral e incontestável a que inspira o Governo”. BRASIL. Senado Federal. *Sessão de 22 de setembro de 1903*. Livro II, 1903. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1903/1903%20Livro%202.pdf. p. 437-439.

tuição de 1988. Parafraseando Pedro Lessa, a Nova República da Constituição de 1988 não há de ser menos zelosa na proteção dos direitos fundamentais que a República Oligárquica (1899-1930). É essa concepção de soberania que confere ao STF a elevada função de examinar se os atos de política externa do Presidente da República ofendem os direitos individuais, notadamente de estrangeiros cujos direitos fundamentais a tradição constitucional republicana protege expressamente.

Por outro lado, a soberania é suscetível de ser lida em outro sentido: a da onipotência do Poder Executivo, inclusive para violar direitos individuais de estrangeiros. Nesse sentido, basta que o Poder Executivo faça alegações genéricas de defesa da ordem pública ou da segurança nacional para impor a sua vontade e violar esses direitos.

A história constitucional brasileira demonstra, sobejamente, que essa maneira de pensar conduz ao puro arbítrio. Provam-no o arrastão e o estado de sítio, de que falava Geminiano da Franca, contra os estrangeiros, promovido pelo governo autoritário do presidente Floriano Peixoto. Evidenciam-no as expulsões, perpetradas pelos diferentes governos da República Oligárquica, contra estrangeiros que reivindicavam melhores condições materiais para os trabalhadores. Revela-o o autoritarismo de Getúlio Vargas contra estrangeiros que ousassem expor ideias e convicções que não estivessem de acordo com as aceitas pelo seu governo. Aponta-o a fúria persecutória da ditadura militar brasileira que, sob o manto da segurança nacional, encobria a prepotência dos ocupantes do Poder em calar os estrangeiros que ousassem divergir do discurso oficial.

A soberania não deve ser confundida com o fato de o príncipe não responder, tampouco explicar ao Poder Judiciário as suas condutas que digam respeito à condução da coisa pública.

Por essas razões, é tempo de lembrar as lições preciosas do ministro Ministro José Hygino Duarte Pereira e de Rui Babosa¹²³, tanto em uma época em que o Presidente da República questiona a autoridade do Supremo Tribunal Federal em invalidar os arbítrios do Poder Executivo. Soberania não é sinônimo do poder absoluto do Poder Executivo em violar direitos individuais, sejam eles de estrangeiros ou de nacionais. Se essas violações ocorrerem, é função da alta jurisdição brasileira

remediá-las, independentemente da forma política de que elas se revestem ou do caráter de política interna ou externa da medida.

Referências

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *O Decreto n. 1641 de 7 de janeiro de 1907 sobre expulsão de estrangeiros do território nacional*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1907.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Manual de procedimento e critérios para a determinação da condição de refugiado da ACNUR*. 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf. Acesso em: 27 ago. 2022.

ARAÚJO, Antônio de. Função presidencial e política externa. *Relações internacionais*, n. 28, dez. 2010. Disponível em: http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?pid=S1645-91992010000400005&script=sci_arttext. Acesso em: 10 jan. 2022.

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Brasília: UnB, 2002.

BADIN, Michelle Rattón Sanchez; FRANÇA, Cássio Luiz de. A inserção internacional do poder executivo federal brasileiro. *Friedrich-EbertStiftung*, São Paulo, n. 40, ago. 2010.

BARBOSA, Rui. *Deportação de um brasileiro*. obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1964. v. 33.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa, 1906*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e da Cultura, 1958. v. 33.

BARROSO, Luis Roberto. *O último perseguido*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-cesare-battisti-artigo-ultimo-perseguido.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BASTOS, José Tavares. *Expulsão de estrangeiros*. Curitiba: Graphica Paranaense, 1924.

¹²³ V. as citações em epígrafe deste artigo.

- BASTOS, Tavares. *Habeas Corpus na República*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1911.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito público internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911.
- BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 236-252, 2017.
- BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. As expulsões de estrangeiros e a defesa da soberania nacional na Primeira República brasileira (1891-1926). *História Social*, n. 16, p. 64-85, 2009.
- BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. *Com lei ou sem lei: as expulsões de estrangeiros e o conflito entre o Executivo e o Judiciário na Primeira República*. 2008. Dissertação (Mestrado em História Social do Trabalho) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2008.
- BONICHOT, Jean-Claude. L'évolution récente de l'extradition passive en France. *Annuaire Français de Droit International*, v. 30, p. 19-42, 1984.
- BORGES, Daniel Damasio. E se o Supremo Tribunal Federal (STF) restabelecer a vigência da Convenção n. 158 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) na ordem jurídica brasileira?: sobre uma possível reviravolta, pela via do direito internacional, das leis trabalhistas brasileiras. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, p. 137-163, 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Processo administrativo n. 08000.011373/2008-83*. Decisão de 13 de janeiro de 2009.
- BRASIL. Senado Federal. *Sessão de 22 de setembro de 1903*. Livro II, 1903. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1903/1903%20Livro%202.pdf. Acesso em: 27 ago. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.480-3/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. 4 de setembro de 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de 14 de junho de 1905. *O Direito*, v. 33, p. 254.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 172-2/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio. 10 de junho de 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradução 1.085*. Rel. Min. Cezar Peluso. Acórdão de 19 de dezembro de 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradução 633-9*. Rel. Min. Celso de Mello. Acórdão de 28 de agosto de 1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradução n. 1990*. Ministro relator: Celso de Mello. Acórdão de 31 de outubro de 1990.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradução n. 232*. Ministro-relator: Victor Nunes Leal. Acórdão de 9 de outubro de 1961.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradução n.º 1008-5*. Ministro-relator Sepúlveda Pertence. Acórdão de 7 de março de 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 4386*. 6 de junho de 1917.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 2.593*, 29 de julho de 1908. *O Direito*, v. 108, p. 511, jan./abr. de 1909.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 26155*. 17 de junho de 1936.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 388*. 31 de junho de 1893.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 45.067*. 27 de março de 1968.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 520*. 12 de setembro de 1894.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 54222*. Acórdão de 19 de maio de 1976.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 5440*. 8 de novembro de 1919.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 5792*. 8 de maio de 1920.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 58411*. 30 de outubro de 1980.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 72851*. Relator: Ministro Celso de Mello. 25 de outubro de 1995.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 758*. 13 de março de 1895.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 20.941*. Relator: Ministro Carlos Veloso. Acórdão de 27 de março de 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 11.243*. Rel. Min. Gilmar Mendes.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 24.699-9*. Relator: Ministro Eros Grau. Acórdão de 30 de novembro de 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 222.368-Agr*. Rel. Min. Celso de Mello.
- BRIGGS, Arthur. *Extradição: tratados vigentes entre o Brasil e outros países*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909.
- CHAUVY, Yves. *L'extradition*. Paris: Presses Universitaires de France, 1981.
- CONARE. *Processo administrativo n.º 08000.011373/2008-83*. Pedido de extradição STF Ext. 1085, decisão de 17 de novembro de 2008.
- CORDEIRO, Janaína. *Lembrar o passado, festejar o presente: as comemorações do Sesquicentenário da Independência entre consenso e consentimento (1972)*. 2012. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2012.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Decisão n. 28795/05 de 12 de dezembro de 2006*. 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Restricciones a la pena de muerte*: arts. 4.2 y 4.4 Convención americana sobre derechos humanos. Opinião Consultiva de 8 de setembro de 1983. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 1 fev. 2012.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*. Acórdão de 20 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 1 dez. 2012.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*. Acórdão de 27 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/>. Acesso em: 1 jun. 2012.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*. Acórdão de 20 de julho de 2012. Disponível em: www.icj-cij.org. Acesso em 1 nov. 2019.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Vapeur Wimbledon*. Acórdão de 17 de agosto de 1923. Disponível em: www.icj-cij.org. Acesso em: 1 nov. 2019.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ESTEVEZ, Alejandra Luisa Magalhães. Relações Igreja-Estado em uma cidade operária durante a ditadura militar. *Revista Brasileira de História*, v. 35, n. 69, p.207-231, 2015.
- FLINTERMAN, Cees. Judicial control of foreign affairs: the political question doctrine. In: BAKKER, R.; HERINGA, A. W.; STROIK, F. *Judicial control: comparative essays on judicial review*. Malku: Antwerpen, 1995. p. 45-54.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Advocacia da liberdade: a defesa nos processos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FRANCA, Geminiano da. *Expulsão de estrangeiros*. Rio de Janeiro: Typol. do Jornal do Comércio, 1930.
- GALICKI, Zdzislaw. *Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut punire)*. Relatório apresentado à Comissão de Direito Internacional da ONU, A/CN.4/571. 2016.
- GAUTHERET, Jérôme. Cesare Battisti a été exhibé comme un trophée de chasse. *Le Monde*, fev. 2019.
- GERALDO, Endrica. Os prisioneiros do Benevente. *Revista Brasileira de História*, v. 32, n. 64, dez. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882012000200005>.
- GOMES, Eduardo B.; ALMEIDA, Ronald S. de. Extradição e direitos fundamentais: o caso Cesare Battisti. *Revista de Informação Legislativa*, v. 49, n. 195, p. 25-39, jul./set. 2012.
- GREEN, Leslie. Aspects juridiques du procès Eichman. *Annuaire français de droit international*, v. 9, n. 9, p. 150-190, 1963.
- GUERRA, Maria Pia. Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República. 2012. Dissertação (Me-

- strado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2012.
- GUERRA, Maria Pia. *O padre e a pátria: direito, transição política e o Supremo Tribunal Federal na expulsão de Vito Miracapillo* (1980). 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- HORBACH, Carlos Batiste. *Memória jurisprudencial: ministro Pedro Lessa*. Brasília, 2007.
- KELLY, Octávio. *Manual de jurisprudência federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1917.
- LAFFAILLE, Frank. L'État de droit en Italie durant les années de plomb et sa perception par la tradition juridique française. In: LAZAR, Marc; MOTARD-BONUCCI, Marie-Anne (dir.). *L'Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éd. Autrement, 2010.
- LEMONTEY, Jacques. *Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive*. Paris: L.G.D.J., 1966.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 74-75.
- MACIEL, Anor Butler. *Extradição internacional*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa, 1957.
- MARAM, Sheldom Leslie. *Anarquistas, imigrantes e o movimento operário brasileiro: 1890-1920*. São Paulo: Paz e Terra, 1979.
- MARQUES, Raphael Peixoto de Paulo. Estado de exceção e mudança (in)constitucional no Brasil (1935-1937). *História Constitucional*, n. 14, p. 353-286, 2013.
- MEDAUR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, p. 67-85, jun./mar. 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Parecer sobre o caso Cesare Battisti*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI93573,71043-Parecer+do+professor+Celso+Antonio+Bandeira+de+Mello+sobre+o+caso>. Acesso em: 14 dez. 2022.
- MENDES, Sérgio da Silva. Estado seletivo de exceção e perseguições políticas sutis: em torno do caso Cesare Battisti. *Revista Forense*, v. 107, n. 413, p. 421-453.
- MORAES, Ana Luisa Zago. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica-RS, Porto Alegre, 2016.
- MUSITELLI, Jean. L'impact des années de plomb sur les relations diplomatiques franco-italiennes. In: LAZAR, Marc; MATARD, Bonucci; MARIE, Anne (dir.). *L'Italie des années de plomb: le terrorisme entre histoire et mémoire*. Paris: Éditions Autrement, 2010. p. 355-369.
- PÁDUA, Thiago Aguiar; MACHADO, Bruno Amaral. Ainda (e uma vez mais) o silêncio que entoa o triunfo de Lewis Carroll: a regra nº 42 do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 294-314, 2007.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. Acolher Battisti não é escolha jurídica. *Folha de S. Paulo*, 13 set. 2010.
- PAULINO, Israel; REZEK, Francisco. Desativismo judicial: a extradição Battisti no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 03, p. 504-512, 2016.
- PUGLIESE, Yuri Sahione Pugliese. Lei brasileira da anistia: os conflitos entre acordo social e cooperação internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 2, p. 93-11, 2012.
- REZEK, José Francisco. *Perspectiva do regime jurídico da extradição: estudos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: UnB, 1976.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RIBEIRO, Mariana Cardoso dos Santos. *Venba o decreto de expulsão: a legitimação da ordem autoritária no governo Vargas (1930-1945)*. 2003. Dissertação (Mestrado em História Social) - FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- RICHARD, Philippe. Droit de l'extradition et terrorisme. Risques d'une pratique incertaine: du droit vers le non-droit. *Annuaire français de droit international*, v. 34, n. 34, p. 652-676, 1988.
- RODRIGO, Octávio. *Direito do estrangeiro no Brazil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1909.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis (1891-1898)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. v. 1.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant, 2001.

SANCHEZ, Michelle Ratton; SILVA, Elaini C. G. da; CARDOSO, Evorah L.; SPECIE, Priscila. Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira (1967-1898). *Revista de Sociologia e Política*, n. 27, p. 125-143, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Pedido de análise da situação do italiano Cesare Battisti preso no Brasil e a legalidade da decisão do Ministro da Justiça*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/16483/jose-afonso-conclui-que-concessao-de-refugio-a-battisti-e-constitucional>. Acesso em: 14 dez. 2022.

SOREL, Jean-Marc. L'article 31. In: CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre. *Les conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*. Bruxelles: Bruylant, 2006.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SUMPTION, Jonathan. *Foreign affairs in the English Courts since 9/11: lecture at the Department of Government*. London School of Economics. Disponível em: http://www.supremecourt.gov.uk/docs/speech_120514.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

UK PARLIAMENT. Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). Decisão de 24 de março de 1999. *International Legal Materials*, v. 38, p. 591-663, 1999.

VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S. C.; LIGEIRO, Adriana P. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista De Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 253-266, 2017.

VARGAS, Fred. *La vérité sur Cesare Battisti*. Paris : Éditions Vivianne Hamy, 2004.

ZOLLER, Elisabeth. *Droit des relations extérieures*. Paris: PUF, 1992.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

ARTIGOS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Language rights of Indigenous Tribal Minorities (ITM) and their protection under the ambit of human rights law

Importância dos direitos linguísticos das minorias tribais nativas e sua proteção no âmbito do Direito dos Direitos Humanos

Sheikh Sultan Aadil Huque

Chimirala Uma Maheshwari

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Language rights of Indigenous Tribal Minorities (ITM) and their protection under the ambit of human rights law*

Importância dos direitos linguísticos das minorias tribais nativas e sua proteção no âmbito do Direito dos Direitos Humanos

Sheikh Sultan Aadil Huque**

Chimirla Uma Maheshwari***

Abstract

This paper argues that lack of due recognition to the role that language plays in accessing health care services and in crucial health care communications manifests not just in negligent legislative action but also as systemic discriminatory practices that denies the Indigenous Tribal Minorities¹ communities (ITM) their human right to life. Therefore, this paper begins by examining whether Language Rights (LR) are integral to Human Rights under various International Treaties & Conventions and the extent to which they are substantive in protecting the Linguistic Rights of Indigenous Tribal Minorities (ITM²) communities in general but with specific reference to case studies and case-laws from India. Given the articulation of language being 'basic' of basic human rights when it comes to health care and accessing health care³, this paper examines whether non-recognition of LR of Indigenous Tribal Minorities, results in injustice and violation of their human rights. To address the questions raised, this study reviews relevant literature and then examines doctrinally several key judgments that have engaged with questions pertaining to LR as such, its connection with human rights and finally with specific reference to health spaces. This study concludes that language rights are first and foremost the rights of individuals; states do have a constitutionally built-in obligation to protect the linguistic rights of ITM as a basic human right to protect and promote justice, human dignity and ones right to life with respect. Following our findings, the paper studies various

* Recebido em 30/03/2022
Aprovado em 13/10/2022

** PhD candidate and Research Scholar at the National Academy of Legal Studies & Research, (NALSAR) India. Guest doctoral research fellow at Max Planck Institute for Social Law & Social Policy, Munich, Germany (2021). Previously, Teaching Assistant of Constitutional Law at NALSAR University.
Email: aadil@nalsar.ac.in

*** Doctor of Linguistics at The English and Foreign Languages University, Hyderabad, India. Assistant Professor of Linguistic & Law, National Academy of Legal Studies & Research, Hyderabad, India.
Email: chimirlauma@nalsar.ac.in

¹ ITM stands for Indigenous, Tribal, Minority and Minoritized communities. In this study, we adopt the understanding of ITM as conceptualized by Tove Skutnabb-Kangas, Robert Phillipson and Robert Dunbar in their writings but specifically in the Nunavut Report (2019). The authors argue that naming, recognizing and perpetuating a community as ITM in itself involves violence and is a manifestation of power-wielding institutional structures of the supra-national organizations and nations. In this paper, we are working with the tribes of Odisha, Telangan and Chhattisgarh, India. The term Minority is vaguely defined in law and is inclusive of ethnic, religious, immigrant and linguistic minorities. In LL research, minority is understood as a minoritized language, non-official language or as revitalised language. In this study minority languages will refer to the languages recognized as tribal languages or non-schedule 8 languages or as languages spoken by ITM communities.

² MOHANTY, A. K. *The multilingual reality: living with languages*. UK: Multilingual Matters, 2018.

³ MANN, J. *et al* (1994). Health and Human Rights. Health and Human Rights review, 1, p. 1-25.

best practices followed in Linguistic Rights for Health spaces from which jurisdictions with ITM communities (irrespective of their numbers) can possibly adopt in order to ensure their right to health care.

Keywords: Indigenous Tribal Minorities (ITM); language rights; indigenous rights; access to health; human rights; linguistic discrimination.

Resumo

Este artigo começa com o argumento de que os direitos linguísticos são considerados como parte dos Direitos Humanos sob vários Tratados e Convenções Internacionais. Em caso afirmativo, até que ponto o reconhecimento é substantivo na proteção dos direitos linguísticos, especialmente com referência às comunidades de minorias tribais indígenas (ITM) em todo o mundo e com estudos de caso envolvendo a Índia. Além disso, esta pesquisa examina se a proteção do idioma ou dos direitos linguísticos abrange a importância do idioma no acesso à saúde, considerado um dos direitos humanos mais fundamentais, e como, devido ao não reconhecimento dos direitos linguísticos das minorias tribais indígenas, há é um grave erro judiciário e violação de seus direitos humanos. Este artigo também envolverá uma análise legal crítica de vários julgamentos sob várias jurisdições e como a questão dos direitos linguísticos foi considerada e até que ponto foi considerada instrumental na ligação com os direitos humanos, como o acesso a serviços de saúde. Este artigo, tomando como exemplo a não acessibilidade ao acesso à saúde devido à falta de reconhecimento linguístico, tenta desvendar como a linguagem desempenha um papel crucial, especialmente nas comunidades de minorias linguísticas, especialmente a de Tribal Indígena e resulta em discriminação devido à comunicação lacuna que foi criada devido à abordagem legislativa negligente. Por fim, o artigo estuda várias boas práticas seguidas por alguns dos países com as quais outros países podem aprender e implementar em suas respectivas legislações para proteger os direitos humanos das comunidades indígenas minoritárias tribais.

Palavras chave: Minorias tribais nativas, Direitos Linguísticos, direitos dos povos nativos, Acesso à saúde, Direitos Humanos, discriminação linguística.

1 Introduction

A single all-inclusive understanding for 'language' is elusive. Yet within the domain of language Policy and Planning (LPP) language is recognized a marker of identity, as a tool for emancipation/oppression/essentialist interests, as a right, as a problem, as a resources, as a neural faculty and as a potential trigger for conflict as well as peace. It is this enigmatic multi-dimensional nature of human capability called language that has been the subject of modalities of dominance through legislative actions vis-a-vis language policies (of nations and nation-states). With respect to demographics with ITM populations' language then becomes the 'good' for special accommodations and affirmative action's citing either the argument of access and inclusion or preservation politics or linguistic activism but often merging more than one. For example, India has ample instances of all three and hence language, as stated above is both a site for accommodation (in schools for ITM children in Chattisgarh/Odisha) and affirmative action (Tulu language reservations in higher education)⁴.

Within the niche but crucial area of public policy on language, there is a consensus that a State can claim to be secular, but no State can claim to be language-less simply because of the need to communicate and the need for the communication to percolate up-down the channels of institutional mechanisms. Therefore, the choice of language for the purpose then becomes a natural advantage for its speakers and a matter of 'learning' for the non-speakers. It is the matter of language-related access for the second group of citizens who then are categorized as ITM communities that is the focus of this paper. Kymlika⁵ points out that in demographic locations where ITM are in considerable numbers either a *territorial* or a *personality* principle is said to be operational, yet, not necessarily substantively operational for an advantage. For instance, it is possible that an ITM child will access primary education in her language in school yet, in the hospital, she may not have a translator/interpreter for language concordant communications with the medical practitioner. So, would this ins-

⁴ CHIMIRALA, U. M. When teachers take notice of the school-cape: a Q method study of teacher perception of schoolscape of Indigenous Tribal Minority (ITM) Schools of Chhattisgarh, India. *Journal of Multilingualism and Multilingual Development*, 2022.

⁵ KYMLICKA, Will; PATTEN, Alan. Language rights and political theory. *Law and Politics Book Review*, v. 14, n. 8, p. 630-633, 2004.

tance then count as valuing the LR of the ITM person (as well as the child's right to language concordant communications)? Language then can be a source of power, social mobility, and opportunities⁶ and equally the reason as to why the ITM communities are constantly denied their right of equality in every sphere of social and political life simply since their language rights are not recognized. Williams and Snipper⁷ emphasize that "in some quarters, language is a form of power. The linguistic situation of a country's society usually reflects its power structure, as language is an effective instrument of societal control". According to Makoni and Trudell "it is undeniably true that communities of speakers of smaller languages tend also to be the less politically empowered communities. May⁸ contends that

Language loss is not only, perhaps not even primarily, a linguistic issue – it has much more to do with power, prejudice, (unequal) competition and, in many cases, overt discrimination and subordination... Language death seldom occurs in communities of wealth and privilege, but rather to the dispossessed and disempowered.

Language Rights are often described as the right to speak one's own language in legal, administrative, and judicial spaces, the right to receive education in one's own language, and the right for media to be broadcast in one's own language - at par with the dominant language-speakers. Language policy in ITM dominant geographies often posits the need for ITM peoples to know the 'dominant' language at the cost of their own identity, capabilities, and control of their livelihood conditions⁹. The argument that Mohanty makes is that the language policy then creates a double divide between the 'natural' opportunity to access and the 'struggled' to access the very same state service. Linguistic rights protect the individual and collective right to choose one's language or languages for communication both within the private and the public spheres. Specifically, for ITM Communities the opportunity to use one's own language can be of crucial importance since it protects individual and collective identity and culture as well as

participation in public life and which essentially engulfs the crucial development of human capabilities not just for democratic participation but for the fulfillment and attainment of well-being and freedoms (Nussbaum)¹⁰. It is with this conviction that the State must take legislative, judicial, and law enforcement steps to prevent egregious abuses of the linguistic rights of ITMs to protect, advance, and actualize their basic human rights of which we deem health is primary. Thus, with this proposition, that non-recognition of language rights for ITM communities impacts access to state services especially in health spaces and that such contexts operationalize systemic discriminatory standards towards their right to life, this paper is divided into the following subsections. The first section attempts to understand linguistic inequality as a systemic-institutional and agential mechanism rather than a case of 'natural death' of languages and hence presents the geopolitical context in which this paper is set in. The second section explains the role of language in accessing health space to underscore the place of language Rights as an integral part of human rights. The third section discusses how 'languages' are addressed in human rights discourses within the frame of International Law. The fourth segment examines the state obligations to language rights where we discuss the case of India. Finally, we examine judicial engagement with the question of access to health space with specific reference to ITM peoples and how language is implicated in these cases.

1.1 Understanding Linguistic Inequality: the case of India

Linguistic inequality is understood as a specific form of language contact which is a consequence of the unequal social valuation of languages, varieties, or dialects (by region, age, class and so on)¹¹. For better understanding of this concept, reliance can be placed on Jonathan Pool's paper "Thinking about Linguistic Discrimination"¹². According to Pool, at least five language-associated inequalities appear in political discourse. They are:

⁶ VAN DIJK T. A. Social cognition and discourse. *Handbook of language and social psychology*, n. 163, 1990. p.183.

⁷ WILLIAMS, James D.; SNIPPER, Grace Capizzi. *Literacy and bilingualism*. [S.l.]: Longman, 1990.

⁸ MAY, Stephen. Uncommon languages: The challenges and possibilities of minority language rights. *Journal of Multilingual and Multicultural Development*, v. 21, n. 5, p. 366-385, 2000.

⁹ MOHANTY, A. K. *The multilingual reality: living with languages*. UK: Multilingual Matters, 2018.

¹⁰ NUSSBAUM, M.; SEN, A. (ed.). *The quality of life*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

¹¹ BONNIN, Juan Eduardo. New dimensions of linguistic inequality: an overview. *Language & Linguistic Compass*, v. 7, 2013.

¹² POOL, Jonathan. Thinking about linguistic discrimination. *Language Problems and Language Planning*, v. 11, p. 03–21, 1987.

1. unequal attributes of different languages,
2. unequal privileges granted to the users of different languages,
3. unequal linguistic skills of different persons,
4. unequal statuses conferred on different persons by linguistic rules and customs, and
5. Inequalities covered with language but not caused or motivated by language.

When a linguistic inequality is alleged, however, it is often unclear which kind it is and how it is defined. Discourses about linguistic inequality are discursively constructed in talk, but again it is not clear which kind of inequality a given action responds to. In complex situations there are many plausible ways to measure linguistic inequality, and one can modify or even reverse conclusions by changing measurement methods. Even when inequality derives from a single linguistic resource, a change in its allocation can be measured as both an increase and a decrease in linguistic inequality. However, when we define inequality in legal terms basically it is absence of rule of law or presence of arbitrariness and discrimination.

In case of India, tribal peoples are construed as minority in most Indian States, except in some States of the North East, where absolute majorities or relative majorities of the population belong to the tribal population. It has to be mentioned that many of the 623 Scheduled Tribes have shifted their traditional native language by adopting one of the major languages spoken in their area, district or State of residence. It is estimated by that about 50% of people in the ethnic groups do not claim an ethnic mother tongue, but normally have the dominant culture and language of the area or the language of another dominant group as their mother tongue¹³. Several small and relatively lesser-known tribal languages spoken in remote corners of India have shown a decline, as per the findings of the 2011 Language Census released by the government recently. These include the

Sema language of the Naga tribe of the same name, which showed a decadal growth increase (between 2001-2011) of -89.57, the Monpa language of Aru-

nachal Pradesh (-75.48), Nagaland's Phom (-55.58), Odisha's Jatapu (-49.08), Himachal Pradesh's Lahauli (-48.89) and Bhumij of Eastern India (-42.02).¹⁴

We can see the status of declination of various ITM languages as per the census in the following table:

LANGUAGE	STATUS	DECADAL PERCENTAGE INCREASE (2001-2011)	SPOKEN IN
Santali	Scheduled	13.81	Eastern India
Bodo	Scheduled	9.81	Assam
Sema	Non-Scheduled	-89.57	Nagaland
Monpa	Non-Scheduled	-75.48	Arunachal Pradesh
Phom	Non-Scheduled	-55.58	Nagaland
Jatapu	Non-Scheduled	-49.08	Odisha
Lahauli	Non-Scheduled	-48.89	Himachal Pradesh
Bhumij	Non-Scheduled	-42.02	Eastern India
Korwa	Non-Scheduled	-17.73	Chhattisgarh
Rabha	Non-Scheduled	-15.04	Assam
Maram	Non-Scheduled	-13.07	Manipur
Sangtam	Non-Scheduled	-9.82	Nagaland
Yimchungre	Non-Scheduled	-9.64	Nagaland
Lepcha	Non-Scheduled	-6.51	Sikkim
Nocte	Non-Scheduled	-6.43	North-eastern India
Tangsa	Non-Scheduled	-3.65	Arunachal Pradesh
Konyak	Non-Scheduled	-1.46	Nagaland
Ao	Non-Scheduled	-0.53	Nagaland

Further if we go by the definition given by the World Bank that terms, 'indigenous peoples', 'indigenous ethnic minorities', 'tribal groups', and 'scheduled tribes', describe social groups with a social and cultural

¹⁴ DOWN TO EARTH. *Language census: many tribal tongues now have fewer takers*. Available at: <https://www.downtoearth.org.in/news/environment/language-census-many-tribal-tongues-now-have-fewer-takers-61044> Accessed on: 8 out. 2022.

¹³ PATTANAYAK, D. P. *Multilingualism and mother tongue education*. Oxford and Delhi: Oxford, University Press, 1981. p. 83

identity distinct from the dominant society that makes them vulnerable to being disadvantaged in the development process¹⁵. Similarly if we refer to the district of Dantewada in the state of Chhattisgarh which has got comparatively a higher percentage of ITM community in terms of use of their language, as per 2011 census 64.16% of the population in the district spoke Gondi, 14.88% Halbi, 3.81% Duruwa, indicates that the majority of the population speaks all these Tribal languages but neither the same is recognized under the 8th schedule Tribal-language¹⁶. Further, the demographic majority is construed as an ideological minority by a demographic minority that acts like an ideological majority. The Constitution of India includes no definition of linguistic minorities. The Supreme Court of India has defined minority languages as separate spoken languages, even if the language does not have a separate script or has no script at all. Thus, although the Constitution does not mention the ‘non-scheduled languages’ and thus does not explicitly recognize them as minority languages; it does contain a general form of safeguard of the smaller languages to protect them from discrimination.

Within the Indian constitution, there are several provisions which even though do not explicitly prohibit discrimination based on language, they do ensure various safeguards and protection against linguistic discrimination in its various forms. Like, Article 14 embodies the general principles of equality before law and prohibits unreasonable discrimination between persons. It embodies the idea of equality expressed in the preamble. Similarly, Article 15(1) prohibits discrimination on grounds of religion, race, sex, caste, or place of birth. Further, Article 19(1)(a) of the Indian Constitution guarantees to all citizens the *right to free speech and expression*. Across scholarship and comparative law, a fair amount of consensus exists with respect to one proposition: the freedom of language is central to the freedom of speech. In other words, the right to free speech is meaningless without a concomitant right to speak in one’s own language, for speech is impossible

without language. Further if we refer to Article 21 of the Constitution of India guarantees a fundamental right to life & personal liberty. The expression ‘life’ in this article means a life with human dignity & not mere survival or animal existence. It has a much wider meaning which includes right to livelihood, better standard of life, hygienic condition in workplace & leisure. So, as we have discussed earlier that how non-recognition of language rights directly leads to discrimination and creates a barrier in accessing the various public spaces like health care center. Which, therefore, also results in violation of Article 21 of the Indian constitution i. e. fundamental right to life and liberty. In Article 29 the Constitution provides explicit guarantees for the protection of minorities. But the same is yet to be used for providing linguistic protection to the ITM language.¹⁷ Lastly, in the chapter of the Constitution relating to Directive Principles of State Policy, Article 46 mandates the State to “promote with special care the educational and economic interests of the weaker sections of the people [...] and shall protect them from social injustice and all forms of exploitation”.

As, it can be observed from the above that the demographic distribution of ITM people along with the constitutional provisions expects individual states to create ITM specific accommodation wrt language. Yet Koos Malan¹⁸ points that despite the substantive and statutory provisions in the language policy the use of *discretionary yet aspirational clauses such as* ‘as far as practicable’, ‘as feasible as possible’ or ‘as much as possible’ render any substantive benefit for the ITM community a myth since

any provision for ITM languages in the living space is an affirmative action left to the state’s discretion as mentioned in the *discretionary clause* requiring The President of India to issue such directions to any

¹⁵ WORLD BANK. *The World Bank Operational Manual Operational Directive (OD) 4.20: indigenous peoples*. Available at: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/4da94701-07cc-4df3-9798-947704a738d4/OD420_IndigenousPeoples.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jqewORB. Accessed on: 8 out. 2022.

¹⁶ INDIA. *Census by Mother Tongue*. 2011. Available at: <http://www.censusindia.gov.in/2011census/C-16.html>. Accessed on: 8 out. 2022.

¹⁷ Article 29(1) provides that, “Any section of the citizens residing in the territory of India or any part thereof having a distinct language, script or culture of its own shall have the right to conserve the same. (2) No citizen shall be denied admission into any educational institution maintained by the State or receiving aid out of State funds on grounds only of religion, race, caste, language or any of them.” INDIA. [Constitución (1950)]. *Constitución de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

¹⁸ MALAN, K. Observations on the use of official languages for the recording of court proceedings: aantekeninge. *Journal of South African Law/Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, n. 1, p. 141-155, 2009.

State *as he considers necessary or proper* for securing the provision of such facilities.¹⁹

If we refer to the above discussion where we cited Jonathan Pool and moved on to discuss the Indian constitutional provisions for languages, the notion of linguistic inequalities look different with reference to the ITM communities. And the same when applied to health care facilities then it becomes more evident, since there are no doctors who are trained with such language, no translators, not even the sign boards in the health care centers exist in any ITM language, rather it seems by imposition of bilingual approach by using only Hindi and English in public sphere, forcing the ITM communities to inequalities and thereby falling prey to unjust policy and endangering their basic right to health.

1.2 Conceptions of linguistic disadvantage

Speakers of different languages can be advantaged i.e., naturally privileged or disadvantaged depending on how their language repertoire 'fits' with their linguistic environment. On this ground, Andrew Shorten in his article "Four Conceptions of Linguistic Disadvantage"²⁰ points to how people could be disadvantaged:

1. To treat a person's language repertoire as a resource, whose value depends on the language skills of others
2. To know how satisfied people are with their linguistic environments whether they can avail the necessary services which demand linguistic proficiency
3. To equate linguistic disadvantage with diminished access to resources, and recommends comparing different language repertoires according to the share of external resources their holders have access to
4. To what a language repertoire equips a

person *to be and do* within a given linguistic environment and equates linguistic disadvantage with capability deprivation.

Using Andrew Shorten's notion of '*Verbal independence*' & '*Q-Value*', all four versions can be seen to work in tandem In the case of ITM people in India. *Verbal independence* is basically defined as 'the functioning of being able to communicate, including being able to speak and understand the local language'. Not being verbally independent is frequently a source of disadvantage and may undermine a person's ability to live in a fully human way, it is unnecessary to treat it as a separate functioning. The case of instating (and then later dismantling) 'translators' in several key spaces within the hospital for language concordant conversations with medical professionals and caregivers²¹. Though the arrangement recognizes a major gap in the policy-wheel for ITM people (speakers of Gondi language, of Adilabad, Telangana, India), it was a policy initiative to plug the case of low *Q-value* in the language repertoire of the parties involved. The concept of *Q-value* has been provided by De Swaan²², is understood as the ability to communicate in a language. The basis of De Swaan's model relies on economic concepts, as languages are perceived as hyper collective goods. Choosing to learn a language is an investment, the more users, the greater the investment. De Swaan estimates the worth or value of a language in terms of its Q-value. This gives an indication of its prevalence (the number of people within a language community who speak it) and its centrality (the number of people knowing another language who can use it to communicate). So, further referring to the Adilabad case, ITM people's disadvantage could be addressed in two ways: one by altering the ITM people's linguistic repertoires by way of bilingual educational opportunities and thus increasing the communicative value in her environment or by simply the public provision of translation services in the State health services. Yet when the need to formulate either of the above possibilities, we find that the discourses that use 'language' and ideologies that are couched in 'language' create conditions that discursively construct versions that favor negative differential treat-

¹⁹ Official Languages Act INDIA, Art 350a,1963/1967. See also; CHIMIRALA, U. M. When teachers take notice of the schoolscape: a Q method study of teacher perception of schoolscape of Indigenous Tribal Minority (ITM) Schools of Chhattisgarh, India. *Journal of Multilingualism and Multilingual Development*, 2022. Towards a convivial tool for narrative assessment: Adapting MAIN to Gondi (Dantewada, India), Halbi and Hindi for Gondi- and Halbi-Hindi speaking bilinguals. *ZAS Papers in Linguistics* 64, 77-99.

²⁰ SHORTEN, A. Four conceptions of linguistic disadvantage. *Journal of Multilingual and Multicultural Development*, v. 38, n. 7, p. 607-621, 2017.

²¹ THE BETTER INDIA. This Dynamic IAS Officer Has a Village Named in Her Honour. Here's Why. Available at: <https://www.the-betterindia.com/228620/ias-officer-hero-gondi-divya-devarajan-adilabad-village-named-after-collector-inspiring-vid01/> Accessed on: 9 out. 2022.

²² SWAAN, Abram de. *Words of the world: the global language system*. Cambridge: Polity Press and Blackwell, 2001.

ments which then construe discriminatory practices as legitimate and favorable to all while necessarily pushing the ITM peoples to verbal and participatory dependency that fringes on their human rights in addition to their privacy.

1.3 Language discrimination and its forms

1.3.1 Discursive discrimination

According to Kristina Boreus,²³ “discrimination is a violation of the ideal of a fair and equal society, a minimum requirement of which is that groups of people are not directly treated as inferior to the rest of the population”. Further, Kristina Boreus describes ‘*Discursive discrimination*’ which is vital from language perspective, which she states that appears when such treatment takes linguistic expressions (and not, for instance, the expression of physical violence). A group ‘membership’ might be alleged, the discriminating part might find similarities between people that these persons do not themselves consider as similarities, or not as similarities important enough to make them belong to the same group. The main types of discursive discrimination:

1. exclusion,
2. negative other-presentation,
3. discriminatory objectification,
4. arguing for unfavorable treatment of group members

So, if we go by the definition of *discursive discrimination* and the criteria provided under it completely fulfills the status of ITM speakers in India, due to their language they are excluded from availing public services like in health care spaces, further due to imposition of bilingualism in most of the health care spaces it results in an unfavorable treatment of ITM group members. In order to have in depth understanding of Linguistic Discrimination.

1.3.2 Systemic Discrimination

Reference can be made to Pavi Ganther’s article on “*The Doctrine of Systemic Discrimination and its Usability in the Field of Education*”²⁴, Ganther states that the Discrimination can be defined as the sum of denial of these alternatives. According to the Ganther, 4Rs:

1. Rights
2. Recognition
3. Resources
4. Representation

Above four R’s are essential in order to help professionals in minority education and their communities move from the margins towards the center, and to become subjects of their own lives. Päivi Günther concludes that discrimination can be structural, without any conscious intent on the part of the perpetrator. When discrimination has been built into a system, those who manage the system i.e. the ‘perpetrators’ need not themselves have discriminatory e.g., linguists ideologies or intentions, the system does the discrimination for them. Ganther distinguish between *systemic and structural discrimination* on criteria as intention or public authorities’ involvement in discrimination. If these Rs’ are not recognized and enforced then the education system itself continues to promote the segregation of ethnic minorities to the vicious circle of double divide that reinforces the self-perpetuating cycle of advantage, accelerated gains and privilege for the dominant while the opposite becomes a structural manifestation of discriminatory practices for the ITM people. If we apply the above theoretical concept to the linguistic discrimination faced by ITM, we can state that this form of Linguistic Discrimination has become structural in nature. Considering the fact that, the State is focusing mainly on promoting and using the majority or popular language in an universal manner, without accommodating the linguistic recognition of minority tribal communities, thereby endangering their right to access to health & welfare.

²³ BORÉUS, Kristina. Discursive discrimination a typology. *European Journal of Social Theory*, v. 9, n. 3, p. 405–424, 2006.

²⁴ GYNTER, Paivi. On the doctrine of systemic discrimination and its usability in the field of education. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 10, n. 1, p. 45-54, 2003.

1.3.3 Structural discrimination

Further, to understand how the linguistic inequality results into discrimination. We have to refer to the doctrine of *linguistic discrimination* as discussed by Van Dyke, which provides two major tenets, and these also constitute its two major weaknesses. According to Van Dyke first this doctrine presumes that discretion is the key to justice. Second, it presumes that inefficiency is a legitimate reason to deny all person's equal treatment by a state. Further Douglas²⁵ Rae provides the following criteria to categorize linguistic discrimination:

1. *Identical treatment of languages* would require that whatever the authorities do to one language they do to the others. For example, if English, Twi, and Ukrainian are treated identically, any traffic sign posted in English must be posted in Twi and Ukrainian
2. *Equal treatment of languages* would require that each language be treated as well as each other relevant language. Any inferior treatment of a language must be offset with some other kind of superior treatment of that language.
3. *Equal treatment of speakers* is a yet more comprehensive standard of linguistic non-discrimination.

2 Understanding the role of language in accessing health space

While much of the health care debate is being guided by how the arguments for or against reform are “framed,” policymakers are paying scant attention to a more basic linguistic issue: many persons are deprived of adequate care because they are unable to communicate with their providers. Language barriers are very real and affect how care is provided and received. Communicating across language barriers is a challenge for clinicians and health systems as well as patients and when it comes to the speakers of ITM communities, then it becomes more critical. The greater the differences, the more likely the frames of reference drawn on will be

different. Therein lies the potential for misunderstanding. Thus, in this section we will be discussing various types of linguistic barriers & its impact. As well as how there is a need for a change of approach from the side of Government in addressing this issue & how it can be addressed from a linguistic as well as legal perspective.

2.1 Language barriers in health space

Improving the health of the world's 370 million indigenous people is a crucial global health priority. Indigenous groups worldwide tend to have worse health outcomes than corresponding non-indigenous populations²⁶. These disparities stem from structural forces of colonization, poverty, and marginalization, as well as from barriers to accessing health care. In this section, we discuss language as an example of a barrier to health care and advocate for greater consideration of indigenous languages when it comes to access to health. While healthcare systems often struggle to deliver quality care across a language barrier, in fact the fundamentals of providing linguistic access are simple. The first step is to identify who needs the service and in which language. Languages of lesser diffusion or languages spoken by relatively small populations in a given area pose a unique challenge to healthcare systems around the world. Language is considered as the key to communication, in case of India where we have a very rich and varied linguistic diversity, sometimes it is acting as a bane to linguistic minorities and acts as a barrier for them in order to access different facilities and benefits. There is compelling evidence that language barriers have an adverse effect on initial access to health services. These barriers are not limited to encounters with physician and hospital care. Patients face significant barriers to health promotion/prevention programs; there is also evidence that they face significant barriers to first contact with a variety of providers. In spite of a growing recognition of the importance of doctor-patient communication, the issue of language barriers to healthcare has received very little attention in India. The Indian population speaks over 22 major languages with English used as the lingua franca for biomedicine. Addressing language barriers to healthcare in India requires a stronger political commitment to providing non-discriminatory health

²⁵ RAE, Douglas. *Equalities*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

²⁶ UNITED NATIONS. *State of the world's indigenous peoples: indigenous peoples' access to health services*. New York: United Nations Department of Economic and Social Affairs, 2015.

services, especially to vulnerable groups such as ITM population.

As Kymlicka and Patten have pointed out, “not even liberal states have been neutral towards language”²⁷. While Kymlicka argues that a liberal state cannot be neutral, Patten suggests that this is an achievable goal. The history of nation-building has traditionally involved the promotion of the official language and the repression of others, even in liberal states.²⁸ States have explicitly or implicitly assumed that the linguistic minorities should accommodate to the majority language. In general, one of the main factors influencing language policy decisions and their linguistic and social outcomes is that these decisions are often complicated by local political concerns and often overlooked when it comes to ITM languages if we consider our Indian context. Language acclimatizes the individual and the community to the surrounding environment by equipping them with the necessary knowledge, which has been accumulating and evolving together for centuries. As stated by Pattanayak²⁹, in India, linguistic diversity is taken as ‘a fact of life’ and, by extension, is considered not only unproblematic but as integral to the rich texture of living. Which further he has epitomized in the following remark:

In the developed world [...] two languages are considered a nuisance, three languages uneconomic and many languages absurd. In multilingual countries, many languages are facts of life; any restriction in the choice of language is a nuisance; and one language is not only uneconomic, but also absurd.

2.2 Impact of linguistic barriers on right to access health spaces

Conversation is central to nearly every human endeavor, yet few people have a full appreciation of the complex intricacies associated with linguistic behavior, or potential sources of miscommunication when people from different linguistic backgrounds speak with one another. Some of the most basic and central tenets of linguistic science are taken for granted by nearly

every normal speaker because their use of language in day-to-day life is ubiquitous. For example, every normal child learns their first language without the aid of formal instruction, and they have no memory of the enormity of this magnificent accomplishment. This is a universal fact pertaining to all normally developing children anywhere on earth, regardless of the society into which they are born.³⁰

2.3 Linguistic marginalization and health disparities

As in the above section of this paper we have discussed about how language inequality and disadvantage leads to linguistic discrimination. We can say that this linguistic discrimination results into a *snow-ball effect* which can be equated with the types of discursive discrimination as provided by Kristina Boureus. Basically, the *snowball effect* is a function of complexity. It happens when an issue of minor significance builds up and grows larger. As the minor issue continues to grow, it becomes more and more serious until it snowballs out of control forming a vicious circle of chaos and confusion created by the parties who encouraged it in the first place. In systems language, the vicious circle created by the snowball effect is a reinforcing loop that tightly wraps around itself and negatively drives behavior in one direction, usually a bad one. So, with this another important snowfall effect caused due to linguistic discrimination is Linguistic marginalization, (also referred to as *linguistic minoritization*), is commonly recognized as a major barrier to access to health services and health information, yet its contribution to health disparities remains largely under-theorized and under-researched. In clinical practice, the ‘LEP’ (Limited English Proficiency) marker is frequently tied to global assumptions about proficiency and deficit views of language that position minority language speakers as deficient. For example, during patient intake processes, the default measure of English proficiency is spoken English proficiency, and literacy level is regarded as literacy in English³¹.

²⁷ KYMLICKA, Will; PATTEN, Alan. Language rights and political theory. *Law and Politics Book Review*, v. 14, n. 8, p. 630–633, 2004.

²⁸ ARCHIBUGI, Daniele. The language of democracy: vernacular or esperanto?: a comparison between the multiculturalist and cosmopolitan perspectives. *Political Studies*, v. 53, n. 3, p. 537–555, out. 2005. p. 4.

²⁹ PATTANAYAK, Debi Prasanna. Multilingualism in India. *Language in Society*, v. 24, n. 4, p. 608–611, 1995.

³⁰ MEUTER, Renata F. I. Overcoming language barriers in health-care: a protocol for investigating safe and effective communication when patients or clinicians use a second language. *BMC Health Serv Res.*, v. 15, n. 371, 2015.

³¹ SHOWSTACK, Rachel *et al.* Language as a social determinant of health: an applied linguistics perspective on health equity. *American Association for Applied Linguistics*, 2019. Available at: <https://www.aal.org/news/language-as-a-social-determinant-of-health-an-applied->

Interdisciplinary research collaborations between applied linguists and public health researchers demonstrate the ways that a patient's language interacts with her health and health care, as well as other aspects of her life and background, to lead to particular health outcomes. Wide-ranging studies on language concordance, or the provider's use of the patient's preferred language, have uncovered that a shared language shapes health care encounters on multiple levels. It has been shown that language concordant providers ask more questions and are less concerned about medical malpractice complaints than providers who work through an interpreter. Patients with language concordant providers display greater trust, show more agreement and are more likely to follow doctor recommendations, although research has shown that this depends on clinician proficiency. As per a research, Patients with type 2 diabetes, moreover, have been found to have better health outcomes when their provider speaks their language.³²

Martínez argues for a '*syndemic sensibility*' when considering the relationship between language and healthcare. This sensibility accounts for the complex interactions between proficiency in the dominant language and other social factors embedded within multiple health conditions; he points out that language researchers, who understand communication as a process of inter subjectivity, or shared experience in interaction that leads to understanding, are needed to better understand this relationship. To determine how implementation practices function in specific communities, there is a need to include community voices in the conversation. Language is as basic as food & shelter but the same has often been ignored and the plight of ITM because of linguistic barriers is the major reason for their under development. We try to impose a foreign language in the name of integration, thereby endangering their basic identity and their fundamental rights. We can frame it as '*Linguistic Colonisation of Tribals*', as it has been researched and been proved whenever it comes to protection of an endangered entity, it may be an animal, plant, human or here in our study ITM, then the best way to protect is by providing them with a familiar scenario without any external imposition or influence. But the action of the state & policies especially in terms of Language is rather

highly arbitrary and acting as an eraser instead of being a protector or retainer.

3 Understanding 'language rights' as an integral part of 'human rights'

Language rights have a more disputed character than what some seem to suggest, as there is no universal understanding of language rights. They are not essentially given and do not exist prior to positive enactment. Further the misrepresentation of the actual status and significance of language rights in the context of human rights law, international law and constitutional law. The claim to linguistic human rights sharply contrasts with the demands of positive law, both international and domestic.³³ The linguistic human rights approach oscillates between, on the one hand, considering linguistic human rights as international law norms and, on the other, considering them as abstract ideals or claims; between, the one hand, sweeping affirmations of massive violation and deprivation of linguistic human rights and even linguistic genocide and, the other, the quest for what should be regarded as inalienable, fundamental linguistic human rights.

Language rights are local, historically rooted claims, not fixed universals. In fact, this does not differ very much from the actual status of many human rights: for instance, property rights are the object of extensive restriction and regulation everywhere. International law does not offer credible and working models or a set of unambiguous principles and rules to accommodate linguistic diversity. Human rights with a linguistic dimension apply to the individual, as the language is merely the medium through which individuals enjoy their rights. On the other hand, linguistic rights as such imply a notion of *collectivity* since they are exercised with other members of a minority; in this sense, they should be regarded as group rights, that is rights which apply to a community.

In terms of combining language rights and human rights, the United Nations Special Rapporteur on minority issues defined linguistic human rights as:

Obligations on state authorities to either use certain languages in some contexts, not interfere with the

linguistics-perspective-on-health-equity. Accessed on: 10 out. 2022.

³² MARTÍNEZ, G. *Engaging language professionals for patient-centered outcomes research for latino communities*. Ohio and Kansas: Patient-Centered Outcomes Research Institute, 2018.

³³ ARZOZ, Xabier. The nature of language rights. *Jemie*, n. 6, jul. 2007.

linguistic choices and expressions of private parties and may extend to an obligation to recognize or support the use of languages of minorities or indigenous peoples. Human rights involving language are a combination of legal requirements based on human rights treaties and guidelines to state authorities on how to address languages or minority issues, and potential impacts associated with linguistic diversity within a state. Language rights are to be found in various human rights and freedoms provisions, such as the prohibition of discrimination, freedom of expression, the right to private life, the right to education, and the right of linguistic minorities to use their own language with others in their group.³⁴

The fundamental link between individuals, their language and their identity can be explained by the fact that each language has its own distinct way of conceptualizing the world. To clarify the linkage between language and identity, it is necessary to mention the hypothesis of linguistic relativity by Edward Sapir and Benjamin Lee Whorf. The main idea in this hypothesis is that every person views the world in her/his own native language. This hypothesis suggests that there exists a relationship between language and thought. Moreover, it suggests that the language “determines and resolves the thought and perception of its speakers”³⁵. Consequently, the languages, which are entirely different in their vocabulary and structure, “convey different cultural significances and meanings.” Therefore, it may be concluded that “the way people view the world is determined wholly or partly by the structure of their native language” and that a language is a manifestation of the minority’s “spirit or mind”. In some cases, speakers of minority languages have a certain degree of knowledge of the official language.³⁶ For them the use of the minority language is therefore not a practical necessity. It is more a voluntary exercise which can be explained by the satisfaction a person feels in speaking his/her language and the desire to make room for it in dealings with public bodies. For example, in the case of *State v. Tinno*³⁷ provides a

textbook example of how linguistics has been used to interpret treaties.

The Idaho Supreme Court in *Tinno* was considering the meaning of Article IV of the Treaty of Fort Bridger with the Shoshone Bannock Tribes. That treaty included the promise that the Tribes “shall have the right to hunt on the unoccupied lands of the United States so long as game may be found thereon, and so long as peace subsists among the whites and Indians on the borders of the hunting districts.” The question posed was whether ‘to hunt’ includes fishing. The court turned to the “expert testimony of Dr. Sven S. Liljeblad, a professor of anthropology and linguistics at Idaho State University, relating to the term ‘to hunt’ as the term was generically used in the languages of the signatory Indians.” The expert testified that neither the Shoshone Tribe nor the Bannock Tribe separated hunting and fishing in their language; instead, the Shoshone verb, *tygi*, and the Bannock verb, *hoawai*, both refer to the process of obtaining wild food, whether fish, game, or plants. This shows how important language is for minority tribes and their most of the human rights are linked to it.

3.1 Analyzing ‘language’ in human rights frameworks

The evolution of international jurisprudence also allows us to make the connection between human rights and language rights. The recognition and status accorded to language rights is a political matter. Language rights are primarily constructed at the national level. The slippage between the lofty ideals of language rights and the concrete, judicially developed meanings of these rights confuse the real impact of our international language protection regime. In practice, case law has consistently favored linguistic assimilation rather than the robust protection of linguistic diversity that is espoused. Instead of strong language guarantees, only transitional accommodations are offered in the public realm for those individuals or groups yet unable to speak the majority language. For, example under institutional bilingualism, public services are offered in two different languages and public services can be conducted in either language whereas the minority languages are hardly accommodated, even if they are accommodated like in the form of translation services, they don’t cover all the basic public services and are very limited in their scope. Thus, jurisprudence and state policies treat indi-

³⁴ SKUTNABB-KANGAS, T. Linguistic human rights. In: TIERSMA, Peter M.; SOLAN, Lawrence M. (ed.). *The oxford handbook of language and law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

³⁵ WHORF, Benjamin Lee. *Language, thought, and reality: selected writings of Benjamin Lee Whorf*. Cambridge: MIT Press, 2012.

³⁶ ULASIUK, Iryna; LAURENTTU, Hadirca. OSCE High Commissioner on national minorities on the use of languages in relations with the public administration, and on the supervision and enforcement of linguistic requirements. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 23, n. 2, p. 237-249, 2016.

³⁷ *State v. Tinno*, 497 P.2d 1386 (Idaho 1972).

genous language not as a valuable cultural asset worthy of perpetual legal protection, but as a temporary obstacle or disadvantage that individuals must overcome to participate in society.³⁸ The legal decisions take a narrowly utilitarian approach to language. Even, our international linguistic rights regime leans in the direction of assimilation on fair terms, not accommodation, and indigenous languages are structured as a disability, not an asset for cultural and social diversity.

3.2 Language in United Nations Conventions

Although a great number of international human rights instruments have come to light since the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) in 1948, the nature and extent of language rights granted by them all proves to be very limited. International human rights instruments provide a basic regime of linguistic tolerance, that is, protection against discrimination and various forms of assimilation (compulsory, degrading, etc.). This protection is not granted through specific language rights, but through general human rights such as a right to anti-discrimination measures, freedom of expression, of assembly and association and rights to respect for private and family life.³⁹ These protections are granted to any individual, whether she is a member of indigenous or not. The Human Rights Committee (HRC) is the treaty body assigned with the supervision of the state-parties' compliance with the International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR). In a case dealing with the right to commercial advertising in English language in Francophone Quebec, the HRC declared: "A state may choose one or more official languages, but it may not exclude, outside the spheres of public life, the freedom to express oneself in a language of one's choice."

For the HRC, English speaking citizens of Canada could not be considered linguistic indigenous as they constitute a majority in the state. However, this does not mean that their linguistic behavior is not protected by general human rights. The legal situation absolutely

changes when we move from the area of tolerance to the area of use and promotion by public Shelties. Here, legal obligations imposed on states are scarce and lack legal bite. As a matter of fact, there is no cogent obligation to positively support indigenous language maintenance or revitalization. The key and isolated provision in this regard is Article 27 of CCPR, which states

those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.

Those few words constitute the only specific provision of binding international law about the protection of speakers of indigenous languages.⁴⁰

It is obvious that this clause leaves many issues unresolved. For instance, there is some controversy on the extent of the rights granted by Article 27 CCPR: "Whether they are exclusively of a negative character (protection against interference)?" or include a state obligation to take positive measures on behalf of the members of indigenous groups. It clearly shows that states are not obliged to give effect to any specific activity or measure. Article 27 of the Covenant on Civil and Political Rights is a weak article. Its lack of specificity means that, even though it may impose positive obligations on states to support indigenous or minority identity, the article leaves a wide discretion to states on the modalities of its applications.⁴¹ Article 27 protects individual rather than collective rights, even though these rights are rights held by individuals by virtue of their minority group memberships. So, at this point, the pressing question is how membership is interpreted, but article 27 does not appear to offer any guidance. According to Thornberry, "there is no indication as to how 'membership' of a group is to be defined." Additionally, as Thio points out, "the question whether an individual belongs to a group also raises the problem of the identifier, whether this is the individual, the group in question or the state".⁴²

³⁸ PAZ, Moria. The failed promise of language rights: a critique of the international language rights regime. *Harr. Int'l LJ*, v. 54, n. 157, 2013.

³⁹ PATTEN, Alan; KYMLICKA, Will. Introduction: language rights and political theory: context, issues, and approaches. In: PATTEN, Alan; KYMLICKA, Will (ed.). *Language rights and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 1-51.

⁴⁰ UNITED NATIONS. *Language rights of linguistic minorities: a practical guide for implementation*. 2017. Available at: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-minority-issues/language-rights-linguistic-minorities> Accessed on: 20 mar. 2022.

⁴¹ DUNBAR, Robert. Minority language rights in international law. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 1, p. 90-120, 2001.

⁴² THORNBERRY, Patrick. *The UN Declaration on the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities: background, analysis and observations*. London: Minority Rights Group, 1993.

In many human rights instruments language is mentioned as one of the characteristics based on which discrimination is forbidden, together with race, color, sex, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, disability, age or sexual orientation. For instance, Articles 2 and 7 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 1.3 of the Charter of the United Nations, Article 2.2 of the International Covenants on Economic, Social and Cultural Rights, Articles 2.1 and 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 2 of the Convention on the Rights of the Child, Article 1.1 of Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,⁴³ Analogous commitments appear in non-binding documents, such as paragraphs 5.9 and 25.4 of the Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE. The right to freedom of expression includes the right to freely choose the language of speech. It is the right to use one's own language both in speech and writing, and to be "free of interference in one's linguistic affairs and identity." The freedom of language is "one of the most basic and immutable human rights that everyone should be able to have".

Sometimes, international organizations contribute to creating a false image of an extended level of protection of language rights. For instance, if one visits a United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) webpage and consults the international legal instruments dealing with linguistic rights listed there, one gets the impression that "linguistic human rights 'are a consolidated category with a sound basis in contemporary international law'". Forty-four documents relevant for linguistic rights are gathered there, including UN and UNESCO Declarations and Conventions, UN and UNESCO Recommendations, European Declarations and Conventions, Inter-American Declarations and Conventions and African Conventions. But a review of the content of these instruments reveals that the set of linguistic human rights is less abundant, and their scope of protection less extensive, than what appears at its surface.

⁴³ FERRARO, Giulia. *Linguistic rights of minorities: a comparative analysis of the existing instruments for the protection of the linguistic rights of minorities at international and european levels*. 2018. Thesis (Doctorate in Modern Languages for Communication and International Cooperation) – Università degli Studi di Padova, Padova, 2018.

3.3 Language rights as measures of linguistic tolerance: the principle of non-discrimination

Language rights as expressions of a regime of linguistic tolerance are most closely associated with instruments such as the ICCPR and the ECHR. The most basic means of protection for speakers of minority languages is the principle of non-discrimination. This principle is expressed in Article 2 of the Universal Declaration⁴⁴ Essentially the same guarantee is provided in Article 14 of the ECHR and in Article 2(1) of the ICCPR. Article 26 of the ICCPR contains a wider guarantee of non-discrimination; unlike Article 14 of the ECHR, it applies not only in respect of the rights set out in the instrument itself but for all purposes and has therefore been described as a "stand-alone" guarantee of non-discrimination. The principle of non-discrimination has been reiterated and reinforced in the various instruments relating to minorities which have been developed in the 1990s. Article 4(1) of the Framework Convention is typical.⁴⁵

While the term "national minority" is not defined in the Framework Convention, it should certainly include linguistic minorities. Similar provisions are contained in Articles 31 and 32 (especially 32.6) of the Copenhagen Declaration, Articles 3(1) and 4(1) of the UNGA Minorities Declaration, and in Article 2(1) and 2(2) of an Additional Protocol to the ECHR on the Rights of Minorities (the Minorities Protocol).⁴⁶ While the principle of non-discrimination seeks to ensure that speakers of minority languages are not subject to discrimination at the hands of the State, it does not ensure that such persons obtain governmental services through the medium of their language-measures which provide 'difference aware' equality. Furthermore, the principle of non-discrimination may give rise to difficult questions where

⁴⁴ Article 2, which read as "everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status". UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. Available at: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf> Accessed on: 20 mar. 2022.

⁴⁵ EUROPEAN UNION. *Framework Convention for the Protection of National Minorities*. 1995. Available at: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cdac>. Accessed on: 20 mar. 2022.

⁴⁶ DUNBAR, Robert. Minority language rights in international law. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 1, p. 90-120, 2001.

such measures of ‘difference aware’ equality are offered to one group only.

There is a strong argument in favor of legislative intervention where speakers of minority languages suffer discrimination based on their language, or, where their language is closely associated with ethnicity or national origins, discrimination based on ethnicity or national origins. For example, in the United Kingdom there is evidence of prejudice towards Gaelic and the other autochthonous languages. In the case of *Mandla v. Dowell Lee*,⁴⁷ the House of Lords set out several factors to be considered in determining whether an ethnic group within the meaning of section 3(1) of the RRA exists, one of the ‘relevant characteristics’ (though not an ‘essential’ characteristic) of which is a common language. While speakers of minority languages in the United Kingdom will generally be members of ethnic groups within the meaning of the RRA, this is not necessarily the case. Further, the decision in *Gwynedd County Council v. Jones*,⁴⁸ speakers of autochthonous minority languages cannot assume that they will benefit from the RRA’s protection. The appellants were refused employment because they did not speak Welsh, and hence claimed to have suffered discrimination. However, the EAT ruled against them on the basis that,

although the Welsh may have constituted a racial group based on nationality, English- and Welsh-speaking Welsh people were not separate ethnic groups, and therefore not separate racial groups, because differences in language alone were not sufficient to create separate ethnic groups within the meaning of the RRA.

The above discussion evidence that despite United Kingdom being a party to ECHR and RRA, an explicit reference to language-based discrimination is not made but indirectly refers to it and is decided on case-to-case basis.

3.4 Ensuring freedom of expression to linguistic minorities

For the individual to be an individual, to be a unique human being with dignity and with rights and freedoms, the right to freedom of expression is an essential right. Our identities, in significant part, arise from having the right to express our ideas and opinions, and to be able

to do so in the language of our choice and by means of the form of expression which we choose - to be able to communicate this information to others by the medium of our choice. When the United Nations developed the Universal Declaration of Human Rights in 1948, it stressed the importance of freedom of expression. In the preamble to the Declaration, we find enumerated four rights of particular importance: “freedom of speech and belief and freedom from fear and want”. The right to freedom of speech was elaborated in Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights. This in turn led to Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 10 of the European Convention on Human Rights. The same that is true for any individual is true for minority groups: to have an identity means to be able to express that identity through the medium of one’s choice. However, the international instruments weigh heavily in favor of individual rights over group rights. They do nevertheless recognize language rights and the right is not discriminated against.

Freedom of expression extends to the right of persons belonging to minorities (as to all other persons) to use their own language in *private* activities, including in the private display of signs, posters etcetera, of a commercial nature. This does not, however, exclude the possibility for the State to require some use of an official language in private commercial enterprises where a legitimate public interest may be invoked such as the furtherance of workplace health and safety or consumer protection or in dealings with the public authorities in accounting, taxation, or other processes. However, such a requirement may only ever stipulate the additional use of an official language: it may never expressly or in effect prohibit the use of another language(s). Thus requirements must be both pursuant to a legitimate public interest and be proportionate to the specific aim sought such that, for example, a requirement would be in violation of international standards should it require all employees (without distinction, or without specific justification) of a private enterprise to speak an official language.

For example, the Constitution of India does not specifically define the term linguistic minority. However, Articles 29 and 30 of the Constitution treat linguistic minorities to be collectivities of individuals residing in the territory of India or any part thereof having a distinct language or script of their own and under ar-

⁴⁷ *Mandla v Dowell-Lee* [1982] UKHL 7

⁴⁸ *Gwynedd County Council v Jones* [1986] ICR 833

Article 19 provides the fundamental right of freedom of speech & expression. Giving the most progressive interpretation of Article 27 of the ICCPR, the UN Human Rights Committee (HRC) observed thus:

The right of individuals belonging to a linguistic minority to use their language among themselves, in private or in public, is distinct from other language rights protected under the Covenant [ICCPR]. In particular, it should be distinguished from the general right to freedom of expression protected under article 19. The latter right is available to all persons, irrespective of whether they belong to minorities or not. Further, the right protected under article 27 should be distinguished from the particular right which article 14.3 (f) of the Covenant confers on accused persons to interpretation where they cannot understand or speak the language used in the courts.⁴⁹

Also, the HRC made it clear that,

Although article 27 is expressed in negative terms, that article, nevertheless, does recognize the existence of a 'right' and requires that it shall not be denied. Consequently, a State party is under an obligation to ensure that the existence and the exercise of this right are protected against their denial or violation. Positive measures of protection are, therefore, required not only against the acts of the State party itself, whether through its legislative, judicial or administrative authorities, but also against the acts of other persons within the State party.

Accordingly, the Government of India and also the Governments of States/UTs have an obligation to adopt all necessary measures not only for the promotion and protection of minority languages but also against all possible governmental and nongovernmental violations of minority language right which also includes freedom of speech & expression which is being violated cause of ignorance of ITM languages in public sphere where they are restricted to express their grievances like in Health Space their health related aspects .

3.5 Language as right to development and self determination

When governments make policies and laws or undertake projects that could affect indigenous peoples (such as the use of sacred sites for road construction or national park delineation, or the promulgation of a new constitution or state-language policy), they have an obligation to obtain free, prior, and informed consent

⁴⁹ UNITED NATIONS. *General Comment No. 23, UN Doc. A/2929*. July 1, 1955.

(FPIC) from indigenous peoples, through their chosen representatives. More than just an obligation to simply provide information or consult, this right entails an honest, open negotiation with indigenous peoples in good faith, without pressure (free), before the activity begins or the policy is implemented (prior), with all up-to-date information available (informed). 'Consent' means that all parties involved in this negotiation process will be equal and that the indigenous groups' traditional decision-making processes must be allowed to be used.⁵⁰ The requirement that consent from concerned indigenous peoples is obtained prior to the use of ancestral land and natural resources is provided for by ILO Convention 169⁵¹ and in UNDRIP⁵². FPIC also applies to use and copyright of traditional knowledge and skills (International IDEA 2014: 48), and to the use of traditional indigenous medicines and knowledge. FPIC also means that indigenous peoples should be involved in the design, development, implementation, monitoring and evaluation of all programmes, policies and legislation that affect them, importantly; this extends to constitutions and any constitutional reform.⁵³

3.6 Language Rights and Right to self-determination

A fundamental principle of international law and the central right in UNDRIP, self-determination can be defined as:

⁵⁰ Working Group on Indigenous Populations 2005, para. 56

⁵¹ INTERNATIONAL LABOR ORGANISATION. ILO Convention 169 ILO 1989, Article 6 which read as:

^{1a} applying the provisions of this Convention, governments shall:

(a) consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly;

(b) establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programmes which concern them;

(c) establish means for the full development of these peoples' own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.

² The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.

⁵² UNDRIP (United Nations 2007: articles 10, 11, 19, 28, 29, 32)

⁵³ AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. *The Community Guide to the UN Declaration on the Right of Indigenous Peoples*. Sydney: Australian Human Rights Commission, 2010.

1. The act or power of making one's own decisions and determining one's own political status; or
2. The state of being free from the control or power of another.

The right to self-determination is a fundamental tenet of international law, influencing relationships between states and amongst the subunits and peoples who make up those states' The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, in their common article 1 (para. 1), provide that: "All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development."⁵⁴

The International Court of Justice, "has defined self-determination as the need to pay regard to the freely expressed will of peoples."⁵⁵ The internationally recognized right to self-determination has two dimensions:

1. Internal
2. External

Internal refers to the exercise of self-determination within an existing state; external refers to the right of peoples to define their place within the international community. The UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination's General Recommendation No. 21, on the right to self-determination, is critical in defining these two dimensions. It defines internal self-determination as the rights: "of all peoples to pursue freely their economic, social and cultural development without outside interference; linked with the right of every citizen to take part in the conduct of public affairs at any level".

In 2007, a specific right to internal self-determination for indigenous peoples was codified in article 3 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Practices for implementing this right are still evolving but have included autonomy arrangements, the recognition of collective rights to language and culture, and the right to free prior informed consent and con-

sultation'. Exercise of the indigenous right to self-determination is constrained by the national constitution and usually limited insofar as the exercise should not contravene the rights of other communities. Self-determination is a collective right for indigenous peoples that protect their autonomy to govern their affairs and to participate meaningfully in the decisions affecting them. An explicit link between indigenous peoples' right to self-determination and autonomy is made in UNDRIP Article 4: "Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions".

This does not equate to a right to independent statehood but, at a minimum, represents a right to devolved autonomy and self-government arrangements, as well as the entitlement to meaningful representation in decisions and processes that affect indigenous peoples and their rights. Governments, in recognizing this right, must recognize the collective and group identities of indigenous peoples (nations, language groups, clans, family alliances, etc.) and enter into relationships with them in good faith and on the basis of equality, respect and dignity. Exercising the right to self-determination means, for example, local self-government through community-controlled councils, having ownership over traditional lands and territories and choosing how to use and develop them, control of the provision of basic services such as health services, and the legal recognition of group identities and rights including through constitutional recognition. Importantly, these rights mean little unless indigenous peoples are guaranteed resources and funding from governments to effectively exercise self-government.⁵⁶ Hence, based on this important international law requirement even special provisions for linguistic access can be formulated in order to meet the need of self-determination of ITMs and language being one of the most important constituents of the same.

⁵⁴ UNITED NATIONS. These provisions affirm that: 'Indigenous peoples have the right to self-determination' and '... in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs' (United Nations 2007: articles 3 and 4).

⁵⁵ Western Sahara, Advisory Opinion 1975 I.C.J. 12 (Oct. 16)

⁵⁶ United Nations General Assembly 2011: Para. 78

4 Operationalizing the UN Framework for Language Rights

The purpose of linguistic rights is to enable speakers of the minorities to use their language rather than the language of the majority. The fact that minorities' rights form an integral part of the international protection of human rights⁵⁷ and the fact that linguistic rights are part of minorities' rights raise the question about whether linguistic rights can be considered as an integral part of human rights. The recognition of linguistic rights as human rights is based on some of the international legal obligations found in international and human rights treaties, such as the right to anti-discrimination, the right to freedom of expression and the right to a fair trial.⁵⁸ The right to anti-discrimination raises when speakers of a given language are discriminated because of their language preferences. The prohibition of discrimination prevents states from "unreasonably disadvantaging or excluding individuals through language preferences in the provision of any of their activities, services, support or privileges."

The 'Universal Declaration of Linguistic Rights'⁵⁹ is a document framed in line with the 'Universal De-

claration of Human rights' and signed by UNESCO, the PEN clubs, and several non-governmental organizations in 1996 particularly to protect linguistic rights of the indigenous people to save endangered languages. Universal declaration of Linguistic Rights, which came into being as a consequence of imposition of the alien tongues on the natives by the colonial powers, to check linguistic discriminations, to save and develop endangered languages from the hegemony of standard languages, to remove linguistic inequalities, to preserve linguistic and cultural diversity, to allow indigenous people to use their mother tongues in education, offices, media and other domains which have been monopolized by the users of the dominant languages, recommends the linguistic rights to be regarded among the fundamental rights of all the individuals and communities.

In many states, there are significant numbers of people who have no or only a limited command of the language or languages of wider communication of the state. This typically excludes them from full participation in economic, political, and social life. Thus, state language policy can have an impact on equality of opportunity and access to services. However, international law is not particularly clear about states' obligations in this regard. There is a significant difference between protection of minority languages and promotion of minority languages, the former being a negative restriction and the latter being a positive obligation. There are hardly any legally binding obligations for promotion of languages, but its importance is undoubted. For example, the UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities in its preamble, states:

[T]he constant promotion and realization of the rights of persons belonging to [...] linguistic minorities, as an integral part of the development of society as a whole and within a democratic framework based on the rule of law, would contribute to the strengthening of friendship and cooperation among peoples and States.

While language promotion puts a strain on the infrastructure to set up a separate system of translation,

⁵⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. *Course in general linguistics*. New York: Philosophical Library, 1959. p. 116.

⁵⁸ UNITED NATIONS. *Language rights of linguistic minorities: a practical guide for implementation*. 2017. Available at: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-minority-issues/language-rights-linguistic-minorities> Accessed on: 20 mar. 2022. p. 6.

⁵⁹ UDLR comprises of 52 articles. It takes into cognizance violation of linguistic human rights in different situations and areas. Some of the important provisions of UDLR are as follows:

All language communities have equal rights.

Everyone has the right to learn any language.

Everyone has the right to acquire more than one language.

Everyone has the right to be recognized as a member of a language community.

Everyone has the right to use one's language both in private and in public.

Everyone has the right to maintain and develop one's own culture.

All the language communities have the right for their own language and culture to be taught.

Everyone has the right to use one's language in the personal and family sphere.

All language communities have the right to codify, standardize, preserve, develop and promote their linguistic system, without induced or forced interference.

All language communities are entitled to the official use of their language within their territory.

All language communities have the right to obtain in their own language all the official records and documents.

All language communities have the right to receive education through their mother tongues.

All language communities have the right to preserve their linguistic and cultural heritage.

All language communities have the right to use their language in all types of socio-economic activities within the territory.

All language communities have the right to use, maintain and foster their language in all forms of cultural expression.

All language communities have the right to obtain documents – forms, cheques, contracts, receipts etc. in their own language.

lack of infrastructure has seldom been a justification at all for protection and promotion of human rights. Linguistic inclusivity enables outreach to a large number of people who are comfortable reading in their own language. Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights famously states, “All human beings are born free and equal in dignity and rights”. The Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities interprets this as including linguistic rights through the following passage:

[E]quality in dignity and rights presupposes respect for the individual’s identity as a human being. Hence, respect for a person’s dignity is intimately connected with respect for the person’s identity and consequently for the person’s language.

An example is *Diergaardt v. Namibia*⁶⁰. Under the constitution, English was the only official language. Staff members in local public offices were instructed by the government not to communicate with the public in any language other than English, notwithstanding that public servants could speak the minority language in question a form of Afrikaans and that at least some members of the community allegedly could not speak English. The United Nations Human Rights Committee (UNHRC) found this to be, “a violation of Article 26 of the ICCPR. As the grounds for this conclusion were not spelled out, its basis is not clear.” This shows that the denial of minority-language public services to members of a linguistic minority who cannot speak the language of the state constitutes a violation of the right to the equal protection of the law. Similarly, in the case of *Cyprus v. Turkey*⁶¹ the Court found that, “the discontinuance of Greek-medium education and the denial of minority language education could now arguably constitute a violation of Article 2 of Protocol One in those circumstances as it restricts access and equality”.

In continuation of the above discussion, the next section will examine how through judicial intervention the state obligations under national and international legal instruments to ensure linguistic justice has been granted and how the same can be adopted for ITM people by linking language within the sphere of human rights.

⁶⁰ *Diergaardt v. Namibia* Judgment of 23 July 1968, Series A, no. 6

⁶¹ *Cyprus v. Turkey* Judgment of 10 May 2001, application no. 25781/94.

5 Judicial engagement with question of access to health space for ITM community

In this section the concept of right to access to health care and how health qualifies to be a fundamental right, through various international legal instruments and judicial pronouncements will be discussed. The approach taken by various international jurisdictions in defining access to health care as a fundamental right and how the state is under an obligation to ensure the same will be studied in synchrony with the states language policy and provisions for language rights for the ITM community. In addition, judicial engagement with questions of health access in a global and an Indian jurisdiction is attempted. The objective in this section is to attempt linking the status of right to access to health and health care under Indian legal context specifically for the ITM communities and how the same is denied to the ITM communities due to language barriers. Essentially the two-prong attempt in the section is to highlight the missing link of language as an intrinsic part of the right to access health that we have discussed in the last section and then to articulate how it can be recognized and implemented as a legal obligation by the state through Judicial Engagement. Thus, to discuss these propositions this section is divided into the following sub-parts for more critical understanding of the issue in hand:

1. Judicial engagement with Access to Health Space (significant case laws)
2. Judicial engagement with the question of Access to Health Space: Indian context

5.1 Judicial engagement with Access to Health Space (significant case laws)

In this part, a qualitative comparative analysis of judicial approach taken in various jurisdictions has been analyzed about:

1. Judicial engagement with Linguistic Discrimination
2. Right to equal access to health care
3. The right to equitable access to health care
4. The right to access to health care on a non-discriminatory basis

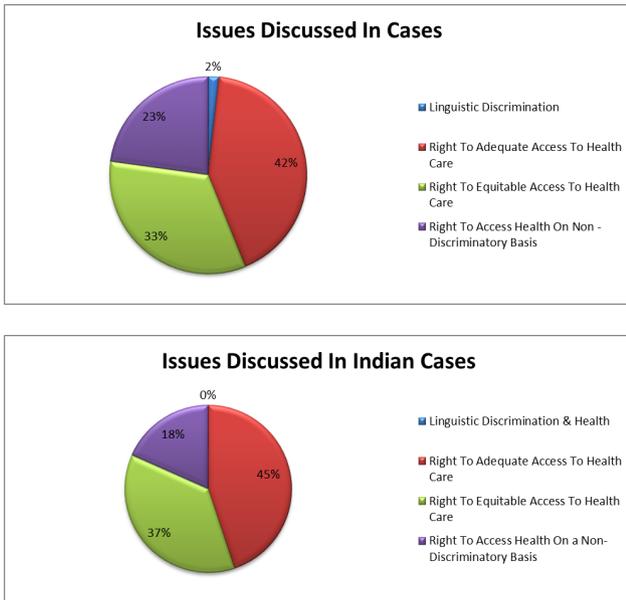
In identifying the relevant case laws, we adopted the following procedures. “Pearl Searching” method has been applied for identifying the cases from relevant literatures i.e., UN Documents, International Organizations & Country Specific Reports relating to “Health Rights” & “Language Rights”. Further Cases have been divided based on various jurisdictions to have a representative analysis. It is to be noted that no direct case with respect to health space access and language was found during the identification process, but majority of the cases covered here are exclusive to indigenous tribal communities including in some cases with respect to ITM communities. Aim of analysis of the cases is to identify how the various jurisdiction have addressed concerns with access to health rights based on various parameters; further what relevant legislative regulations have been referred by them along with that what has been the impact of the judicial decisions on policy of Government i.e., whether the respective Governments have adopted the necessary changes as pointed out by the courts? This analysis will be helpful in identifying aspects when comparing the stand of India with respect to access to health space especially by ITM and the same can work as a model for positive policy approach by the Government in formulating policies for ITM communities to accommodate their linguistic needs in ensuring complete access to health space. A brief overview of the cases analyzed is given below in the table.

Table 1 - Brief Overview of Cases Analysed

Sl.No	Jurisdiction	Total Number of cases	Linguistic Discrimination	Right To Adequate Access To Health Care	Right To Equitable Access To Health Care	Right To Access Health Care On Non-Discriminatory Basis
1.	European Court of Human Rights	7	1	5	2	2
2.	European Committee of Social Rights	2	0	2	1	1
3.	Inter-American Commission of Human Rights (IACHR)	1	0	1	1	1

Sl.No	Jurisdiction	Total Number of cases	Linguistic Discrimination	Right To Adequate Access To Health Care	Right To Equitable Access To Health Care	Right To Access Health Care On Non-Discriminatory Basis
4.	Argentina	4	0	4	2	3
5.	Canada	3	1	1	2	2
6.	Bolivia	1	1	1	0	0
7.	Colombia	1	1	1	1	1
8.	Costa Rica	1	0	0	1	1
9.	UNHRC	1	0	0	1	1
10.	India	22	0	22	18	9
11.	Ireland	1	0	1	1	0
12.	Egypt	1	0	1	1	1
13.	Chile	1	0	1	1	0
14.	Italy	1	0	1	1	1
15.	Hungary	1	0	1	0	1
16.	Ukraine	1	0	1	1	0
17.	Brazil	2	0	1	1	0
18.	Peru	1	0	1	1	0
19.	Mexico	1	0	1	1	1
20.	Uganda	2	0	2	1	1
TO TAL		55	2	48	38	26

Fig 1 - Judicial Engagement with Respect to the issue of Discrimination, Access To Health Space & Equality



The international understanding of discrimination maps closely with the domestic, including concepts of direct and indirect discrimination as well as affirmative action.⁶² International human rights law strives for equality broadly, but antidiscrimination law plays out differently depending on the jurisdiction and the court. Indirect discrimination happens when there is a policy that applies in the same way for everybody but disadvantages a group of people who share a protected characteristic, and you are disadvantaged as part of this group. If this happens, the person or organization applying the policy must show that there is a good reason for it. A ‘policy’ can include a practice, a rule or an arrangement. It makes no difference whether anyone intended the policy to disadvantage you or not.

To prove that indirect discrimination is happening or has happened:

1. There must be a policy which an organization is applying equally to everyone (or to everyone in a group that includes you)
2. The policy must disadvantage people with your protected characteristic when compared with people without it
3. You must be able to show that it has

⁶² FREDMAN, Sandra. Emerging from the shadows: substantive equality and article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, v. 16, n. 2, p. 273–301, jun. 2016.

disadvantaged you personally or that it will disadvantage you

4. The organization cannot show that there is a good reason for applying the policy despite the level of disadvantage to people with your protected characteristic

As, our core issue i.e. denial of access to health care facilities due to language barrier some -what falls under the scenario of indirect discrimination due to bilingual state policy. Moreover, the most vital aspect is the protected characteristics of the ITM community. Thus, by adapting a bilingual policy which is acting as a disadvantage for the ITM community. It is important to see how different jurisdictions have approached in the cases of indirect discrimination, how they have defined it and demarcated the state obligations in ensuring preventing indirect discrimination related to basic core rights. Now let us investigate the judicial approach taken by various jurisdictions while analyzing the issue of indirect discrimination and how the right to health have been recognized along with a constructive judicial methodology. In the previous section we have mentioned the case of *Mandla (Sewa Singh) and another v Dowell Lee*⁶³ while discussing the issue of discrimination. In this case, the *Mandla* complained to the Commission for Racial Equality that they had been racially discriminated against. The Commission adopted the case and sought a declaration that the defendants had acted contrary to the Race Relations Act 1976 (the Act) by unlawfully discriminating against Gurinder Singh. The main question in this appeal is whether Sikhs are a ‘racial group’ for the purposes of the Race Relations Act 1976 (‘the Act of 1976’). For reasons that will appear, the answer to this question depends on whether they are a group defined by reference to ‘ethnic origins’. The discrimination was only contrary to the Race Relations Act 1976 if the *Mandla’s* could be considered members of a “racial group” “defined by reference to ethnic origins as provided by s. 3 (1) of the Act”. In defining the term Lord Fraser took inspiration from the definitions offered by Richardson J. in the New Zealand case of *King-Ansell v Police*⁶⁴, Richardson J.

⁶³ *Mandla (Sewa Singh) and another v Dowell Lee and others* [1983] 2 AC 548

⁶⁴ *King-Ansell v Police* [1979] 2 N.Z.L.R. 531, The conditions which were laid down are:

^a long shared history, of which the group is conscious as distinguishing it from other groups, and the memory of which it keeps alive;

^a cultural tradition of its own, including family and social customs and manners, often but not necessarily associated with religious ob-

in setting out criteria for establishing member of a racial group has observed that a common language is also an essential criterion for defining a racial group. Court categorically held that,

Parliament intended to exclude the Sikhs from the benefit of the Race Relations Act and to allow discrimination to be practiced against the Sikhs in those fields of activity where, as the present case illustrates, discrimination is likely to occur.

This case is important with the aspect of Language being a vital part of identifying a racial group and when discuss ITM they indeed belong to a distinct racial group and if they are facing discrimination by denial of any form of access due to a distinct language, it can be constructed to be a form of discrimination against.

In the case *Viceconte, Mariela Cecilia vs State of Argentina (Health Department)*⁶⁵, Argentine inhabitants in certain areas of the country are exposed to *Argentine hemorrhagic fever*, an infectious disease for which a vaccine named “Candid 1” has been shown to be effective. Nevertheless, the quantity of vaccine doses stocked within and outside the country was limited (approximately 400,000 doses). The plaintiff filed a public interest litigation seeking protection of the right to health of people threatened by this fever. The applicant sought to compel the Government to produce (as this disease only exists in Argentina), and to provide Candid 1 vaccine to all inhabitants threatened by the fever, and also to improve the ecological system that was facilitating the spread of the disease.

Considering the petition court issued a declaratory order that required the State to fulfill its duty to protect the health of its population by manufacturing and providing this vaccine. Regarding the justifiability of this right in Argentina, the Court noted that any individual could bring complaints concerning the right to health due to the constitutional incorporation of international treaties referring to it. The Court delivered a consistent interpretation of the Constitution with its preamble ob-

servance. In addition to those two essential characteristics the following characteristics are, in my opinion, relevant:

^{either} a common geographical origin, or descent from a small number of common ancestors; a common language;

^a common literature peculiar to the group;

^a common religion different from that of neighboring groups or from the general community surrounding it;

^{being} a minority or being an oppressed or a dominant group within a larger community;

⁶⁵ *Viceconte, Mariela Cecilia vs State of Argentina (Health Department)* Federal Administrative Court, File No31.777/96, 2 June 1998.

jectives of social justice and collective welfare. Hence, in this case we can see how the court asked the government to fulfill its obligation by producing the vaccine even if it’s required by a certain group of population. Thus, this decision is quite remarkable in the sense of widening the obligation of the state when it comes to the health rights of citizens. Even if it’s for a minority small group of inhabitants, the state does have the obligation to formulate policies and take necessary steps to ensure the health & hygiene of the citizens. The need for exclusive measures for vulnerable groups is highlighted by this decision, which in our scenario of ITM population can also be adopted by the state by ensuring exclusive health care services in ITM language, which can ensure them full access to their health care facilities.

Further, in the case of *Eldridge v British Columbia (AG)* the appellants, Robin Eldridge and John and Linda Warren were deaf residents of British Columbia. They had experienced problems within the provincial health care system because of their inability to communicate with health care providers in the absence of sign language interpretation services. In an application commenced by the appellants in the British Columbia Supreme Court, the appellants claimed that the failure to provide sign language interpretation services under the province’s Medical and Health Services Act and Hospital Insurance Act violated their rights to equality based on disability under section 15 of the Charter of Rights and Freedom. In the context where access to health care has been perceived as a fundamental human right in Canada, the inability to access medically necessary services have constituted the bulk of Canadian case law in health care related litigation under the Charter of Rights and Freedom. In most of these cases, the courts have invoked sections 15(1)⁶⁶ of the Charter of Rights and Freedoms to determine whether health care is an entitlement under the right to equality under section and the right to “life, liberty and security of the person” respectively. Deciding on this application, the equality rights claim, which had been rejected at trial by the British Columbia Court of Appeal, was granted in a unanimous decision by the Supreme Court of Canada. The Supreme Court therefore held that failure to provi-

⁶⁶ CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOM. 15 (1) states that: “Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”

de the appellants with sign language interpretation where this was necessary to ensure equal access to health care was in breach of the equality provisions in section 15 (1) of the Charter of Rights and Freedom.

As we can see from this decision, the importance of language and its importance in health care service has been discussed and how denial of a particular language to the patients led to breach in equal access to health care and which is further in breach of the equality. This provision of section 15(1) is even quite similar to our Constitutional provision of Article 14⁶⁷ which provides for equality, if we go by the ratio of this judgment, it clearly establishes that denial of health care service especially in the case of vulnerable groups in their own language results in denial of equal access to health care and in breach of the right to equality.

In the case of Indigenous Community *Yakye Axa v. Paraguay*⁶⁸, the Yakye Axa community, a Paraguayan indigenous community belonging to the Lengua Enxet Sur people, filed a complaint with the Inter-American Commission of Human Rights (IACHR) alleging Paraguay had failed to acknowledge its right to property over ancestral land. The Court considered Paraguay had failed to adopt adequate measures to ensure its domestic law guaranteed the community's effective use and enjoyment of their traditional land, thus threatening the free development and transmission of its culture and traditional practices. Furthermore, the Court understood that the State had failed to adopt necessary positive measures to ensure the community lived under dignified conditions during the period they had to do without their land. While they stayed on the side of a road across from the land they claimed, the community lacked adequate access to food, health services and education. Sixteen persons died due to the said living conditions.

The Court concluded, "the State had the obligation to adopt positive measures towards a dignified life, particularly when high risk, vulnerable groups were at stake, whose protection became a priority." In this case

⁶⁷ Article 14 of the states that: "The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India." INDIA. [Constitucion (1950)]. *Constitución de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

⁶⁸ Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay, IACHR Series C no 125, IHRL 1509 (IACHR 2005), 17th June 2005

also we can see how, the Inter-American Court has given a wide interpretation of the right to life taking into account health, education and food standards set forth in the Protocol of San Salvador.⁶⁹ In its interpretation, the Court also considered General Comments by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, the supervisory body of the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights and gave a very constructive interpretation of right to health of vulnerable communities and obligated the state to come up with positive measures in order to ensure the rights of the vulnerable tribal community.

The European Committee of Social Rights decision as it is mainly known for its cases on indirect discrimination. In one of its early cases, *Autism Europe v. France*,⁷⁰ (Refer Annexure Sl.no.8) the European Committee of Social Rights set out that it considered Article E⁷¹ to not only prohibit direct discrimination but also all forms of indirect discrimination. Also, here it referred to the ECtHR and cited the ECtHR's approach in the case of *Thlimmenos v. Greece*⁷²:

The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated if States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different.

Thus, by failing to take due and positive account of all relevant differences or by failing to take adequate

⁶⁹ Protocol of San Salvador under Article 10 provides that:

¹ Everyone shall have the right to health, understood to mean the enjoyment of the highest level of physical, mental and social well-being.

² In order to ensure the exercise of the right to health, the States Parties agree to recognize health as a public good and, particularly, to adopt the following measures to ensure that right:

^a Primary health care, that is, essential health care made available to all individuals and families in the community;

^b Extension of the benefits of health services to all individuals subject to the State's jurisdiction;

^c Universal immunization against the principal infectious diseases;

^d Prevention and treatment of endemic, occupational and other diseases;

^e Education of the population on the prevention and treatment of health problems, and

^f Satisfaction of the health needs of the highest risk groups and of those whose poverty makes them the most vulnerable.

⁷⁰ *Autism Europe v. France*. Case No. 13/2002

⁷¹ Article E of European Social Charter provides that: The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status.

⁷² *Thlimmenos v Greece* (Application no. 34369/97)

steps to ensure that the rights and collective advantages that are open to all are genuinely accessible by and to all', indirect discrimination may arise. Consequently, court also stated that merely guaranteeing identical treatment as a means of protection against discrimination is not sufficient. For example, in the case of ITM community it is true that, government is providing identical medical treatment which is also provided to other general masses but when it comes to the means of availing those medical treatment i.e., by language, the same is not ensured under the Bilingual policy.

In *Powell v. the United Kingdom*⁷³ the ECtHR recognized that acts and omissions of the authorities in the field of health care policy may in certain circumstances fall under their responsibilities under Article 2 ECHR.⁷⁴ Consequently, Article 2 ECHR enjoins Member States to refrain from intentional and unlawful taking of life. Moreover, it also imposes on States to take appropriate steps, i.e., positive measures to safeguard the lives of those within its jurisdiction. Similarly in the case of *Calvelli and Ciglio v. Italy*,⁷⁵ was also discussed and stated that, this positive obligation requires States to e.g., make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives.

Similarly, in the case of *Cyprus v. Turkey*⁷⁶ the applicant Cyprian Government claimed that the restrictions the enclave Greek Cypriots and Maronites living in the northern part of Cyprus encountered when seeking medical treatment in the southern part of Cyprus gave rise to a violation of Article 2 ECHR. In reaction to the claim of the Cyprian Government, the ECtHR noted that a case may be brought under Article 2 of the Convention, "if the authorities of a Contracting State are shown to put an individual's life at risk by denying him health care that is available to the population in general".

In many of its cases on equal treatment and non-discrimination, the European Committee of Social Rights dealt with the circumstances of vulnerable and marginalized groups. Most of these cases concerned the

systematically disadvantaged Roma communities. The substantive equality that is emphasized and aimed at by the recognition and application of the prohibition of indirect discrimination serves as an important protection for this vulnerable group. The corresponding positive obligations of the Member States are important for an effective enjoyment of their economic, social, and cultural rights guaranteed by the ESC and RESC.⁷⁷ In many of these cases on the affected Roma communities, the European Committee of Social Rights found that their specific differences and needs were not or not sufficiently considered, which resulted in indirect discrimination. For example, in *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria*⁷⁸, the complainant organization alleged that Bulgaria discriminated against Roma as regards housing, with the result that Roma families were segregated in housing matters, were living in substandard housing conditions with inadequate infrastructure, lacked legal security of tenure, and were subject to forced evictions. In this case, the European Committee of Social Rights found that, "the simple guarantee of equal treatment as the means of protection against any discrimination did not suffice." It was reiterated that Article E RESC⁷⁹ imposes an obligation of considering the relevant differences and to act accordingly. Therefore, positive measures were needed to secure the integration of an ethnic minority such as the Roma into mainstream society.

In another case of, *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria*⁸⁰, constituted a case relating to the right to access to health care for the Roma community

⁷³ *Powell v. the United Kingdom*, [2000] ECHR 703

⁷⁴ Article 2, ECHR states that: Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

⁷⁵ *Ciglio v. Italy*, [2002] ECHR 3

⁷⁶ *Cyprus v. Turkey*, [2001] (No. 25781/94)

⁷⁷ UNITED NATIONS. Article 2 (1) the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights that States "to take steps" to the maximum of their available resources to achieve progressively the full realization of economic, social and cultural rights.

⁷⁸ *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria*. Complaint No 48/2008

⁷⁹ EUROPEAN SOCIAL CHARTER. Article E of European Social Charter provides that: "The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status."

⁸⁰ *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria*, Complaint No 48/2008

in Bulgaria under Articles 11⁸¹ and 13⁸² and Article E RESC. The ERRC claimed that the State did not ensure universal access to health insurance coverage and that the existing Bulgarian health insurance legislation discriminated against the most vulnerable individuals, amongst which the Roma community. It set out that although Bulgarian legislation provided State-subsidized health insurance for socially vulnerable individuals, this was made conditional on being eligible for the right to social assistance or being registered as unemployed. As the majority of the large number of Roma did not receive social assistance nor were registered as unemployed, they could not benefit from this type of public health insurance coverage. Moreover, it was also held that government policies did not adequately address the specific health risks and living conditions of the Roma communities.

Subsequently, the European Committee of Social Rights dealt with the allegation of unequal access for Roma to health care services which resulted in their specific health risks not being adequately addressed, thus amounting to indirect discrimination. In reference to its own Conclusions, the European Committee of Social Rights reiterated that Article 11 RESC ‘*imposes a range of positive obligations to ensure an effective exercise of the right to health*’. In addition, it set out that it ‘*assesses compliance with this provision paying particular attention to the situation of disadvantaged and vulnerable groups*. Thereby it indicated to focus on substantive equality and indirect

discrimination in case of a lack of compliance with the positive obligations a Member State has. Moreover, the European Committee of Social Rights considered that there was sufficient evidence that showed that Roma communities did not live in healthy environments and that their health status was inferior to that of the general population. It based its findings on various studies referred to by the ERRC and other sources such as a report on Bulgaria of the European Commission against Racism. This situation was in part attributed to the failure of prevention policies by the Bulgarian State. The European Committee of Social Rights stated that:

Bulgaria failed to meet its positive obligations to ensure that Roma enjoyed adequate access to health care, especially as it did not take reasonable steps to address the specific problems faced by Roma communities. Consequently, as they did not benefit from appropriate responses to their health care needs.

Article 11 to ERESO was found to be violated. From this case of the Roma community, we can see how the ECtHR sensitively dealt with the issue of a vulnerable community and directed the state to implement positive measures and ensure access to health care. The gravity with which the judicial consideration has been made considering various provisions and the interpretation that has been provided by court is indeed quite a landmark approach that something which can be squarely apply to the scenario of ITM community in our country and their plight of discrimination in health care access can be curbed by making state to bring in positive measures.

In the *Belgian Linguistics case*⁸³, the ECtHR set out several criteria for the assessment of a complaint under Article 14 ECHR⁸⁴. It stated that ‘the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regarding the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim, Article 14 is likewise violated

⁸¹ Article 11 of RESC provides that: With a view to ensuring the effective exercise of the right to protection of health, the Parties undertake, either directly or in cooperation with public or private organisations, to take appropriate measures designed inter alia:

¹ to remove as far as possible the causes of ill-health;

² to provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health;

³ to prevent as far as possible epidemic, endemic and other diseases, as well as accidents.

⁸² Article 13 of RESC provides that: With a view to ensuring the effective exercise of the right to social and medical assistance, the Parties undertake:

¹ to ensure that any person who is without adequate resources and who is unable to secure such resources either by his own efforts or from other sources, in particular by benefits under a social security scheme, be granted adequate assistance, and, in case of sickness, the care necessitated by his condition;

² to ensure that persons receiving such assistance shall not, for that reason, suffer from a diminution of their political or social rights;

³ to provide that everyone may receive by appropriate public or private services such advice and personal help as may be required to prevent, to remove, or to alleviate personal or family want;

⁸³ The Belgian Linguistic case (No. 2) (1968) 1 EHRR 252

⁸⁴ Article 14 of ECHR states that , The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

if it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.’ These criteria formed the basis of the assessment model, which was later completed with another assessment criterion.

In the case of *Marckx*⁸⁵ the ECtHR included, as a first phase, the assessment of whether individuals are placed in similar situations. The use of these criteria in the assessment of alleged violations of Article 14 ECHR is now well-established case law. Its assessment model can be formulated as follows:

1. Phase 1: Are the individuals concerned placed in similar situations?
2. Phase 2: Does the distinction have an objective and reasonable justification by assessing whether:
3. 2a: the difference in treatment pursues a legitimate aim;
4. 2b: there is a clearly established reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.

Further, in the case of *Thlimmenos v. Greece*⁸⁶, the ECtHR expressly recognised that substantive inequalities also fall within the scope of Article 14 ECHR: ‘The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated if States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification. However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated if States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different.

Moreover, as set out in *Kelly and others v. the United Kingdom*⁸⁷ judgement: ‘Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group’. Consequently, a claim of indirect discrimination can also be brought

under Article 14 ECHR. Now, that we have discussed the approach taken by European Human Rights court while dealing with methods of indirect discrimination, we will discuss it further in the next section when we discuss the concept of “intelligible differentia” under article 14⁸⁸ of Indian constitution and try to establish the link how situating the ITM communities denial of linguistic rights in health care access results in discrimination and the same can be recognized under Article 14 of Indian constitution and the judicial approach taken by European Human Rights Court can be referred for a constructive approach.

5.2 Judicial engagement with the question of access to health space: Indian Case-laws

Now, that we have seen how the courts in International scenario especially the European Committee of Social Rights played a vital role in defining forms of indirect discrimination against the vulnerable people and directed states for a constructive approach to rectify and prevent various forms of indirect discrimination which also included right to access health care facilities. If we refer to our Indian Constitution, first of all it does not expressly recognize the fundamental right to health. However, Article 21⁸⁹, of the Constitution of India guarantees a fundamental right to life & personal liberty. The expression ‘life’ in this article means a life with human dignity & not mere survival or animal existence. It has a much wider meaning which includes right to livelihood, better standard of life, hygienic conditions in workplace & leisure. The right to health is inherent to a life with dignity, and Article 2 should be read with

⁸⁸ Article 14 states that: “The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India.” INDIA. [Constitucion (1950)]. *Constitución de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

⁸⁹ Article 21 provides for “protection of life and personal liberty No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.” The Article prohibits the deprivation of the above rights except according to a procedure established by law. INDIA. [Constitucion (1950)]. *Constitución de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

⁸⁵ *Marckx v. Belgium* [ECHR](application No. 6833/74)

⁸⁶ *Thlimmenos v Greece* (Application no. 34369/97)

⁸⁷ *Kelly and Others v. United Kingdom* (Application no. 30054/96)

Articles 38,⁹⁰ 42,⁹¹ 43,⁹² & 47⁹³ to understand the nature of the obligation of the state in order to ensure the effective realization of this right.

There are numerous contributing factors and causes for the poor health condition of the tribes in India. The inadequate health personnel, inaccessibility to healthcare, and poor health infrastructure are among the few reasons for the poor health status of tribes in the country. The right to healthcare is one of the essential aspects of the broad framework of the right to health. The scope of the right to healthcare includes various entitlements, including the right to healthcare services, screening, hospitalization, if necessary, care for elderly, family planning services, including maternal and child healthcare, and provision of essential drugs. The core content of the right to healthcare includes primary healthcare and the provision of essential drugs. Moreover, an important criterion for the provision of this core content is that these elements have to be ensured on a non-discriminatory basis. Access to healthcare on a

non-discriminatory basis is a recurring element of the right to health care and it is part of the right to equal access to health care.

The Supreme Court has in various judicial pronouncements enshrined the right to health as envisaged under the Indian constitution. Some of the initial judicial pronouncements are related to public interest litigation. Compared to some of the other social rights, the Right to Health has been articulated and recognized as an integral part of the right to life only from the mid-nineties by the Indian Supreme Court. The recognition of the right to health has emerged out of a gamut of different petitions and public interest litigations in the Supreme Court, ranging from PILs concerning workers health hazards to petitions filed by individuals seeking rights of public health.

5.2.1 Indian judicial approach to right to health

In 1987 a very important decision of the Supreme Court came out in public interest in the case of *Vincent Panikurlangara vs. Union of India & Ors*⁹⁴, in this case it was held that in a welfare State, it is the obligation of the State to ensure the creation and maintaining of conditions congenial to good health. The right to enjoy life as a serene experience, in quality far more than animal existence is thus recognized. Personal autonomy, free from intrusion and appropriation is, thus a constitutional reality. The right to live in peace, to sleep in peace and the right to repose and health are part of the right to live. Thus, this judgment signifies the importance of the right to health and how the state is under an obligation to create such a scenario which can help in ensuring good health to the citizens.

Further, if we refer to another landmark judgment of *Paschim Bangal Khet Mazdoor Samity & Others V State of West Bengal & Others*⁹⁵, it was held that in a welfare state, the primary duty of the government is to secure the welfare of the people and moreover it is the obligation of the government to provide adequate medical facilities for its people. The government discharges this obligation by providing medical care to the persons seeking to avail those facilities. Hence, this judgment

⁹⁰ Article 38 provides that: “The State shall strive to promote the welfare of the people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice, social, economic and political, shall inform all the institutions of the national life.” INDIA. [Constitucion (1950)]. *Constitución de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

⁹¹ The objective of Article 42 of the Constitution is to significantly contribute to the formation of the rule of law that will be based on the principles of supremacy of the law, where protection of human rights will be guaranteed. It states that: Provision for just and humane conditions of work and maternity relief The State shall make provision for securing just and humane conditions of work and for maternity relief

⁹² Article 43 provides that: The State shall endeavor to secure, by suitable legislation or economic organization or in any other way, to all workers, agricultural, industrial or otherwise, work, a living wage, conditions of work ensuring a decent standard of life and full enjoyment of leisure and social and cultural opportunities and, in particular, the State shall endeavor to promote cottage industries on an individual or co operative basis in rural areas. INDIA. [Constitucion (1950)]. *Constitución de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

⁹³ Article 47 provides that: Duty of the State to raise the level of nutrition and the standard of living and to improve public health The State shall regard the raising of the level of nutrition and the standard of living of its people and the improvement of public health as among its primary duties and, in particular, the State shall endeavor to bring about prohibition of the consumption except for medicinal purposes of intoxicating drinks and of drugs which are injurious to health. INDIA. [Constitucion (1950)]. *Constitución de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

⁹⁴ *Vincent Panikurlangara vs. Union of India & Ors*, AIR 1987 SC 990

⁹⁵ *Paschim Banga Khet Mazdoorsamity v. State of West Bengal and Anr.* 1996 SCC (4) 37

clarifies that Article 21 imposes an obligation on the state to safeguard the right to life of every person, preservation of human life and is thus of paramount importance. The government hospitals run by the state are duty bound to extend medical assistance for preserving human life. Failure on the part of a government hospital to provide timely medical treatment to a person in need of such treatment, results in violation of his right to life guaranteed under art 21. Again, the position of obligation on the state at ensuring medical facilities to the citizens was very well highlighted in this case.

Similarly, in the case of *Pramand Katara V Union of India & others*⁹⁶, it was ruled that every sector whether at a government hospital or otherwise has the professional obligation to extend his services with due expertise for protection life. No law or state action can intervene to avoid or delay the discharge of the paramount obligation cast upon members of the medical profession. The obligation being total, absolute, and paramount, laws or procedure whether in statutes or otherwise which would interfere with the discharge of this obligation cannot be sustained, and must, therefore give way. This case is also vital in defining and expanding the horizons of state obligation when it comes to ensuring health care facilities.

It was in 1995 in the case of *Consumer Education and Research Centre vs. Union of India*⁹⁷, that the Supreme Court for the first time explicitly held that ‘the right to health is an integral fact of a meaningful right to life.’ Reading Article 21 with the relevant directive principles guaranteed in articles 39 (e)⁹⁸, 41⁹⁹ and 43, the Supreme Court held that the right to health and medical care is a

fundamental right, and it makes the life of the workman meaningful and purposeful with the dignity of person. This recognition established a framework for addressing health concerns within the area of public interest litigation and in a series of subsequent cases, the Court held that it is the obligation of the State not only to provide emergency medical services but also to ensure the creation of conditions necessary for good health, including provisions for basic curative and preventive health services and the assurance of healthy living and working conditions. Very significantly, while adjudicating on the social right to health, the Supreme Court has specifically considered the issue of availability of resources and has rejected the argument that social rights are non-enforceable due to shortage of resources. This, case somewhat also relevant when we discuss the principle of indirect discrimination, especially this case very well establishes that the state is under a serious obligation in ensuring health services and shortage of resources can’t be considered as a justification for non-availability. Even this case raises the importance of Article 41 which provides that the state shall ensure public assistance and language being a vital part of ensuring the public assistance which may be in the form of health care service which is also a public assistance. Therefore, when we apply the principle laid down in this case law to our core issue of non-availability of health facilities to ITM communities in their mother tongue resulting in a form of indirect discrimination, since language is very vital in health care and state can’t take the defense of shortage of language proficiency or resources and just because we have a bilingual policy we can’t deny the right to health of ITMs.

In all the above judgments, we see the Supreme Court carving out a Right to Health from the various judicial pronouncements which came before the court and thus incorporated this right within Article 21 of the Indian Constitution. The scope of the right has also been very broad encompassing several different aspects of health care and services. With the recognition that both the Preamble of the Constitution and the fundamental right to life in Article 21 emphasize the value of human dignity, the Supreme Court began to address the importance of health as a fundamental right to Indian citizens. In the Directive Principles in Part IV of the Constitution, Article 47 declares that the state shall regard the raising of the level of nutrition and the standard of living of its people and the improvement of

⁹⁶ *PramandKatara V Union of India & others*, 1989 AIR 2039

⁹⁷ *Consumer Education and Research Centre vs. Union of India*, 1995 AIR 922

⁹⁸ Article 39(e) states that: that the health and strength of workers, men and women, and the tender age of children are not abused and that citizens are not forced by economic necessity to enter avocations unsuited to their age or strength. INDIA. [Constitucion (1950)]. *Constitución de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

⁹⁹ Article 41 provides that: Right to work, to education and to public assistance in certain cases The State shall, within the limits of its economic capacity and development, make effective provision for securing the right to work, to education and to public assistance in cases of unemployment, old age, sickness and disablement, and in other cases of undeserved want. INDIA. [Constitucion (1950)]. *Constitución de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

public health as among its primary duties. In addition to Article 47, the right to health also has its genesis in Articles 38 (social order to promote the welfare of the people), 39(e) (health of workers, men, women, and children must be protected against abuse), 41(right to public assistance in certain cases, including sickness and disability), and 48A (the state's duty to protect the environment) of the Directive Principles. In a series of cases dealing with the substantive content of the right to life the Court has found that the right to live with human dignity includes the right to good health.

The movement of judicial view from the early discussions on health to the late nineties clearly shows that the right to health and access to medical treatment has become part of Article 21. A corollary of this development is that while so long the negative language of Article 21 was supposed to impose upon the State only the negative duty not to interfere with the life or liberty of an individual without the sanction of law, judges have now imposed a positive obligation upon the State to take steps for ensuring to the individual a better enjoyment of his life and dignity. In the *Paschim Banga case*, the State has been placed, despite financial constraints, under an obligation to provide better-equipped hospitals with modernized medical technological facilities. The substantive recognition of the right to health as essential to living with human dignity has thus allowed the judiciary to directly address human suffering by guaranteeing the social entitlements and conditions necessary for good health, now when we say conditions necessary for good health, there is another very important judgment and which is somewhat directly related to our study i.e., *Mahendra Pratap Singh v. State of Orissa*.¹⁰⁰

In *Mahendra Pratap Singh v. State of Orissa*, The Government of Orissa had failed to open a health facility in a rural tribal village, despite meeting several prescribed conditions. The first condition concerned the minimum provision of land by the local people, within a prescribed timeframe. The second requirement was the provision of adequate buildings for the facility and staff. The Petitioner claimed that though the necessary staff had been appointed, and a piece of land for constructing the building had been purchased, the primary health center was not functioning, and the Government was not taking the necessary steps to run the center. The Petitioner filed a petition in the Orissa High Court

under Article 226¹⁰¹ of the Constitution of India claiming there was an infringement of the right to health as derived from Article 21 of the Constitution of India.

The Court held that the Government is required to assist people and its "endeavor should be to see that the people get treatment and lead a healthy life." Primary health centers should thus be of principal concern, and it would be at odds with public health if a government caused hindrance to the establishment of such centers. The Court ordered the Government of Orissa to comply with the established requirements and procedures by the end of December 1996. Court also stated that, "great achievements and accomplishments in life are possible if one is permitted to lead an acceptably healthy life". Thereby, there is an implication that the enforcing of the right to life is a duty of the state, and that this duty covers the providing of right to healthcare. This would then imply that the right to life includes the right to health care.

6 Interim findings: towards a way forward

International law asserts that the protection of linguistic rights is based on two basic principles, the prohibition of discrimination on the one hand and measures intended to protect and promote the separate identity of the minority groups on the other hand. The former is termed as *tolerance rights* and are needed to ensure that a minority is placed on a footing of perfect equality with the majority; while the latter are called as *promotion rights* and are needed to respect the cultural and linguistic diversity of the minority. On this matter, case law is particularly important. In 1953, the Permanent Court of International Justice in its Advisory Opinion No. 64 regarding the minority schools of Albania expounded this double approach to minority protection for the first. The Court stated that minority protection consists of these two main components, these words:

The first is to ensure that nationals belonging to racial, religious, or linguistic minorities shall be placed in every respect on a footing of perfect equality with the other nationals of the State. The second

¹⁰⁰ Mahendra Pratap Singh v. State of Orissa, AIR 1997 Ori 37

¹⁰¹ Article 226, empowers the high courts to issue, to any person or authority, including the government (in appropriate cases), directions, orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto, certiorari or any of them.

is to ensure for the minority elements suitable means for the preservation of their racial peculiarities, their traditions, and their national characteristics. These two requirements are indeed closely interlocked¹⁰².

The first principle requires that minorities be granted all rights set forth by legislation without regard to the language they use. However, the application of the non-discrimination measures merely guarantees formal equality, which is not sufficient to achieve real equality. To realize real equality, states are required to take special measures so that minorities are in an equal footing with the majority. According to the principle of equality, indeed, different situations must be treated differently. It may also be regarded as discrimination against the minority to treat a minority and a majority alike.¹⁰³ Promotion oriented rights are not intended to confer a privileged status on minorities; they should rather be considered as special rights aimed at guaranteeing equal conditions. Issues surrounding language rights can be highly charged since they link up with matters of identity, sovereignty, and public life. Until quite recently, there was not much attention paid by international law to language rights. The entry into force of the Council of Europe's Charter for Regional or Indigenous Languages on 1st March in 1998 marked the first international human rights instrument "directed solely at the question of language".

The second justification for the increased interest in language rights is connected to the fear of the depletion of linguistic diversity. Concerns have been raised about language endangerment. In view of this threat, some scholars like Skutnabb-Kangas, Phillipson, and Dunbar¹⁰⁴ are of the view that language rights have the capacity to check the depletion of linguistic diversity. Thirdly, language rights have become very prominent in countries where the democratization process is gaining ground. For example, The Sámi Language Act, passed in

Finland in 1992, gave Sámi people the right "[...] to use the Sami language before authorities, orally and in writing, and to receive a reply in the same language".¹⁰⁵ The Sámi thus have the right to interact with authorities in their native tongue, meaning it is expected that non-Sámi have sufficient knowledge of the language. The rights, including those of language, the Sámi Act have given in the Finnish constitution are an effort to raise the status of the Sámi language to that of Finnish.

Further, language rights and other human rights have now become part of the criteria for assessing entry into regional blocs such as the European Union (EU) and the North Atlantic Treaty Organization. Certain standards in the observance of language rights are demanded before a state can be accepted into the European Union. Fifthly, it has been argued that the enjoyment of certain human rights is dependent on language rights. de Varennes has argued that language is linked to the enjoyment or the non-enjoyment of a number of rights, for example, the right to non-discrimination, the right to fair trial, the right to access to information, and the right to freedom of expression, right to public utility which also involves right to health.¹⁰⁶ As the right to non-discrimination in access to public services such as health care is dependent on language policies and practices that can ensure that linguistic barriers are broken down. These barriers can be broken down by the provision of appropriate language services.

The question of whether language rights are an integral part of human rights is crucial. As de Varennes observes, "it is sometimes mistakenly believed that the rights of minorities or language rights in general, are part of a new generation of rights, or are collective in nature." For de Varennes, such a view is both unfortunate and erroneous. It is unfortunate since it considers language rights as less deserving than the so-called real human rights. It is wrong since it fails to understand the actual sources of these rights. de Varennes' argument is that language rights are not an exception to, or a weaker type of human rights. That language rights are sometimes treated as a weaker form of human rights is linked

¹⁰² Permanent Court of International Justice, Greece vs. Albania, Advisory Opinion No. 64 regarding minority schools in Albania, Series A/B, 6 April 1935.

¹⁰³ Thlimmenos v. Greece, Application no. 34369/97, ECHR, Judgment of 6 April 2000.

¹⁰⁴ SKUTNABB-KANGAS, T.; PHILLIPSON, R.; DUNBAR, R. *Is nunavut education criminally inadequate?: an analysis of current policies for inuktitut and english in education, international and national law, linguistic and cultural genocide and crimes against humanity?* 2019. Available at: <https://research.cbs.dk/en/publications/is-nunavut-education-criminally-inadequate-an-analysis-of-current>. Accessed on: 10 out. 2022.

¹⁰⁵ THE FINNISH SAMI PARLIAMENT. Land rights, linguistic rights, and cultural autonomy for the finnish sami people. *Indigenous Affairs*, n. 33/4, jul./dez., 1997.

¹⁰⁶ VARNENNES, Fernand de. The linguistic rights of minorities in Europe. In: TRIFUNOVSKA, Snezana. *Minority rights in Europe: European minorities and languages*. Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2001.

to the tendency to create a hierarchy of international human rights.¹⁰⁷ According to Meron, “the quest for a hierarchy of international human rights continues unabated.” Meron further observes that

claims of hierarchical status are also raised as to the relationship among rights belonging to the so-called first generation (civil and political rights), second generation (economic, social and cultural rights, e.g., the rights to peace, development and protected environment).¹⁰⁸

Also observes that it would appear that some human rights are more important than others. But except in a few cases (e.g. the right to life or to freedom from torture), to choose which rights are more important than other rights is exceedingly difficult. It is fraught with personal, cultural, and political bias.

This choice of a human rights vocabulary to regulate matters bearing on languages serves a specific function; it endows a language claim with unconditional normative value and immediate applicability irrespective of local distributional consequences. Louis Henkin, widely considered one of the most influential human rights scholars of the twentieth century, writes that “human rights enjoy *prima facie*, presumptive inviolability, and will often ‘trump’ other public goods.” The “trumping” power of language rights lies in their universal and factoid (i. e. fact-like) properties. According to Henkin, human rights are universal, in the dual sense that they are:¹⁰⁹

1. Widely recognized and the only political-moral idea that has received universal acceptance
2. That they impose external standards on states that apply to all to whom they are relevant across geography or history, culture, or ideology, political or economic system, or stages of societal development.

Human rights are, moreover, also fact-like in the sense that both their application and its consequences are self-evidently good. This means that “once you acknowledge the existence of the right, then you have to agree that its observance requires x, y and z.” Judge Rosalyn Higgins, the former President of the International Court of Justice, describes this property of human rights:

It is sometimes suggested that there can be no fully universal concept of human rights, for it is necessary to take into account the diverse cultures and political systems of the world [...], but I believe, profoundly, in the universality of the human spirit. Individuals everywhere want the same essential things [...]¹¹⁰

Philip Alston, another leading human rights scholar, writes:

the characterization of a specific goal as a human right elevates it above the rank and file of competing societal goals, gives it a degree of immunity from challenge and generally endows it with an aura of timelessness, absoluteness and universal validity.¹¹¹

Our existing international rhetoric makes sense of language claims by analogizing linguistic identity to cultural identity and speaks about a legalistic structure of language rights. International law is underdeveloped and misdirected in the field of linguistic human rights. The view of language in international law is as a dependent right rather than as an independent one. The right to speak one’s own language is miscast as a cultural, collective, and/or minority right, whereas linguistic rights should be viewed independently, individually, and globally. Worse than a narrow or partial view of linguistic human rights is a view of such rights that remains merely idealistic. At the present, international law contains some idea of linguistic human rights within its broad covenants and non-binding declarations. Therefore, a regime of mere linguistic *tolerance*, namely the rights that protect the speakers of a minority from discrimination and assimilation, is not enough. What has to be granted by law is a regime of linguistic promotion, which includes positive rights. Positive measures by states which require institutional use of the minority languages in spaces pertinent to their human rights, participation in democratic processes, state services and other insti-

¹⁰⁷ KAMWENDO, Gregory Hankoni. *Language policy in health services: a sociolinguistic study of a malawian referral hospital*. Helsinki: University Printing House, 2004. Available at: <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/19198/language.pdf.txt;jsessionid=A18C1594B61121BBC1F09AA8D42BE10D?sequence=4>. Accessed on: 10 out. 2022.

¹⁰⁸ MERON, Theodor. *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

¹⁰⁹ HENKIN, Louis. Human rights and state “Sovereignty”. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, v. 25, n. 1, 1996.

¹¹⁰ LAPAYESE, Yvette V. *Language as human right chapter: a humanizing dual language immersion education*. Leiden: Brill Publication, 2019.

¹¹¹ STOKKE, Hugo; TOSTENSEN, Arne. *Human rights in development: yearbook 1999/2000*. The Hague: Kluwer Law International/Nordic Human Rights Publications, 2001.

tutional mechanisms is the need of the hour¹¹². Given below are some recommendations.

7 Recommendations: towards safeguarding ITM linguistic rights

7.1 Restructuring the concept of linguistic rights under the ambit of human rights

The major problem lies with the danger of misrepresenting the actual status and significance of language rights in the context of human rights law, international law and constitutional law. This is an area where excessive expectations lead to disappointment. The claim to linguistic human rights ‘sharply contrasts with the demands of positive law, both international and domestic.’¹¹³ The linguistic human rights approach oscillates between, on the one hand, considering linguistic human rights as international law norms and, on the other, considering them as abstract ideals or claims, between, the one hand, sweeping affirmations of massive violation and deprivation of linguistic human rights and even linguistic genocide and, the other, the quest for what should be regarded as inalienable, fundamental linguistic human rights. For sure, the approach is well-intentioned: it aims to secure intergenerational continuity of indigenous languages and to redress part of the existing inequalities. However, it should be clarified that linguistic human rights must be interpreted along these lines as, above all, ideals and aspirations, and not as entitlements already recognized by international binding rules and whose effective implementation can be demanded of states.¹¹⁴

Skutnabb-Kangas through her perspective of Language as a Human Right, claims that “an individual’s right to use and learn his or her native language is as basic a human right as that to the free exercise of religion,

or the right of ethnic groups to maintain their cultures and beliefs” for instance, “the right to use one’s mother tongue happens to be a fundamental, socially expressed human right”. According to Skutnabb-Kangas,

Linguistic Human Rights should be respected at two levels, namely: the individual and the collective. At the first level, what it entails is an individual’s positive identification with his/her mother tongue, and the acceptance and respect on the part of others.¹¹⁵

In her view, “it means the right to learn the mother tongue, orally and in writing and to receive at least basic education through the medium of the mother tongue, and the right to use it in many (official) contexts”. On the other hand, Skutnabb-Kangas claims that respect for Linguistic Human Rights at a collective level implies, among others, the indigenous groups right to exist, to be different, to enjoy and develop their languages.

Hence, LHR have emerged as an influential paradigm in resisting language shift and language death. The notion of linguistic human rights arises from a marriage of language rights with human rights such that language rights are so fundamental and so inalienable that no state or any other person is allowed to violate them. Human rights are supposed to be the rights that every individual has, simply by being human. In a similar view, Phillipson has also argued that: “Universal rights represent a normative standard, an inherent right which the state cannot be justified in restricting. In this sense they do not need arguments to legitimate them. They are absolute or inalienable rights.”

Further, Skutnabb-Kangas advocates for the marriage of language rights with human rights to obtain binding, codified, enforceable LHRs (Linguistic Human Rights) support from the human rights system and international law. Skutnabb-Kangas, makes an important distinction between language rights and LHRs.

Language rights are a much broader concept that includes individual and collective enrichment-oriented rights that: have to do with ‘extras’ for a good life, above basic needs. LHRs, on the other hand, are concerned with the needs of speakers of dominated indigenous languages for protection to ensure their survival and basic justice.

For Skutnabb-Kangas LHRs are necessary rights which fulfil basic needs and are a prerequisite for living a dignified life and necessary for linguistic, psychologi-

¹¹² Paragraph 5.2 states: “the existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given State party does not depend upon a decision by that State party but requires to be established by objective criteria.” UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General Comment 23 on Article 27 (Rights of Minorities)*. 8 April 1994.

¹¹³ GREEN, Leslie. Are language rights fundamental? *Osgoode Hall Law Journal*, v. 25, n. 4, p. 639-669, 1987.

¹¹⁴ PAZ, Moria. The tower of babel: human rights and the paradox of language. *European Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 473-496, 2014.

¹¹⁵ SKUTNABB-KANGAS, Tove; PHILLIPSON, Robert. Language in human rights. *Gazette*, Leiden, v. 60, n. 1, p. 27-46, fev. 1998.

cal, cultural, social, and economic survival for minorities and for basic democracy and justice. Phillipson, Rannaut and Skutnabb-Kangas, observe that in as much as individuals can have their human rights violated through arbitrary imprisonment and torture, individuals and groups are unjustly treated and suppressed by means of language. They argue that individuals and groups

who are deprived of LHRs may thereby be prevented from enjoying other human rights, including fair political representation, a fair trial, access to education, access to information and freedom of speech, and maintenance of their culture which also include the right to access Health Care. Where such LHRs deprivations occur, Phillipson, Rannaut and Skutnabb-Kangas identify language and ethnic conflict as the ultimate result.

7.2 Proposed legal approach for safeguarding ITM linguistic rights

7.2.1 Proportional approach for safeguarding ITM linguistic rights

The UN Human Rights Committee has indicated in its decision in *Ballantyne, Davidson, and McIntyre v. Canada*¹¹⁶ that the guarantee of freedom of expression in Article 19 of the ICCPR¹¹⁷ protects not only the content of the communication, but also the linguistic form which it takes, with the result that prohibition on the use of a particular language in advertisements aimed at the public offends the ICCPR. The issue of the extent to which measures taken to promote linguistic minorities should be permitted to encroach on the right to freedom of expression (or other freedoms) of speakers of majority languages is a challenging one. For example, in the *Ballantyne*, the Human Rights Committee used the concept of proportionality to resolve this issue; it considered whether the sign provisions in dispute were necessary to achieve a legitimate purpose. While, for example, the protection of the vulnerable position of

the franco-phone minority in Canada was legitimate, the Committee found that it was not necessary to prohibit commercial advertising in English to accomplish this objective. Protection of French could be achieved in other ways that do not limit freedom of expression in fields such as trade; the law could, for example, have required the advertising to be in both French and English. The recent minority instruments contain provisions which generally guarantee to persons belonging to linguistic minorities the right to enjoy their own culture and to use their own language in private and public life, freely and without interference.

So, with the above judicial decisions in hand we can say that the prohibition of discrimination on the ground of language and similar equality-based provisions lead to an obligation for the state to have in place reasonable and non-arbitrary language preferences. This does not affect a state's ability to determine its own official language, but entails that any language policy, preference or prohibition must conform with international human rights obligations. This human rights approach focuses on the differences in treatment between individuals, not languages. It is therefore the potential negative impacts, such as disadvantage or exclusion, on individuals rather than languages that are considered in assessing the reasonableness of any language preference in the policies, support or services provided at all levels by state authorities and actions. A basic approach to determining reasonableness is to use as a starting point the Principle of Proportionality, as far as is practicable given local circumstances, in all language matters related to public services.

Issues of disadvantage, exclusion and reasonableness are central to the basis for a proportional approach to the use of minority languages in a state's public services and other activities. Using a minority language results in better, more efficient, and more inclusive communication and exchange of information by public authorities. Employment and economic opportunities are also increased by making a minority language a language of public service to a fair and proportionate degree, and service delivery including in critical areas such as public health reaches individuals more directly and effectively in their own language. Individuals understand better information provided to them in their own language.

Within the linguistic human rights paradigm, there is the general assumption that mother tongue education

¹¹⁶ BALLANTYNE, Davidson and McIntyre v Canada. Communications Nos. 359/1989 and 385/1989. 18 October 1990. UNHRC.

¹¹⁷ Article 19 Provides that, "Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice." INDIA. [Constitucion (1950)]. *Constitucion de India*. Available at: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind>. Accessed on: 8 out. 2022.

is an empowering process. Yet history has evidence that mother tongue education can be used for disempowering certain people. For example, the apartheid regime in South Africa used the mother tongue education policy in the black homelands to restrict Africans' access to the socio-economically and politically empowering English language. Brookes and Heath give an example of economic exploitation that can be assisted by the use of the right to mother tongue: Economic rights and land tenure issues, as well as mineral and oil rights, may lead nations to grant linguistic rights and even encourage education in indigenous languages in order to ensure lack of access to information and legal rights by particular groups.¹¹⁸ Therefore, there is nothing inherently empowering or disempowering in any language - it all depends on what one intends to achieve with the use of a language. In his critique of the linguistic human rights paradigm, Blommaert provides, about the importance of looking not only at inter-language inequalities but also intra-language inequalities. The latter become very conspicuous when the process of standardization is conducted. Standardization is obviously a way of giving power and prestige to one language variant amongst many. It thus creates inequalities and hierarchies amongst variants of language. By granting a group the right to function in their mother tongue in public domains, one has not only to think about the language but the variant that goes with that public recognition. Inability to use that variant of power and prestige can be disempowering. Thus, it has been argued that lack of linguistic rights can prevent equality, but full linguistic rights cannot lead to full equality either. Like here in our study, since more emphasis is given on English and Hindi at Public places resulting in inability to access the health services by ITM. Proponents of linguistic human rights call for the revitalization of indigenous languages to check the depletion of linguistic diversity. They, therefore, call on states to ensure that all languages are maintained.

¹¹⁸ RAMLAN. Language standardization in general point of view. *Budapest International Research and Critics Institute-Journal*, v. 1, n. 1, p. 27-33, fev. 2018.

7.2.2 Importance of constructive approach in including language as a basic constituent of human rights

7.2.2.1 Access to health care with respect to ITM communities

Now, it is very clear from the judicial pronouncements and constitutional obligations that, indeed, the Government is under an obligation to ensure the right to health care. Further the question arises then why such a vital issue of language, which has been recognised as a part of accessibility to health care, is being ignored. Discrimination on the basis of language does qualify as a substantive inequality. If we refer to the case of *Thlimmenos v. Greece*, in which ECtHR expressly recognized that substantive inequalities also fall within the scope of Article 14 ECHR and stated that

the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated if States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification.

Even though India is not a party to ECtHR but we are party to many international treaties and which clearly states that there should not be any discrimination on the basis of language. Since, the gravity of issues further deepens when we consider the case of a minority vulnerable group i.e. in our study ITM communities, who are already deprived due to many discriminatory policies and considering the fact that health being a very fundamental aspect of life and the same due to language barriers is denied to them and the Government is failing in fulfilling its obligation by turning a blind eye to such a fundamental aspect of the community.

7.2.2.2 Learning from best Legislative practices from around the World With respect to Indigenous Linguistic & Health Rights

According to international standards, states should take active measures to protect indigenous languages, and associated rights to use languages or access interpretation, as a part of indigenous peoples' rights. Providing constitutional recognition to indigenous languages should be part of those measures. Recognition of the multilingual nature of the state can go far in symbolizing a state's recognition of diversity and the existence of indigenous peoples. In addition, recognition of the equal value of languages can be a way of showing

respect for indigenous cultures and indigenous peoples' dignity. For example, Norway's Sami Act explicitly states: 'Sami and Norwegian are languages of equal worth. They shall be accorded equal status'¹¹⁹. Countries can also establish institutions to protect and promote indigenous languages efforts which should always engage indigenous communities themselves and respect the right of these communities to govern the study, use and representations of their own languages. In New Zealand, the Maori Language Act establishes a Maori Language Commission.

If we consider the case of Nunavut of Canada. On June 4, 2008, Nunavut's new Official Languages Act (OLA) was approved by Nunavut's Legislative Assembly and received concurrence from the Federal Parliament on June 11, 2009. The new Act established the Inuit Language ("Inuktitut"), English and French as Nunavut's Official Languages. NOLA's preamble recalls that, under Article 32 of the Nunavut Land Claims Agreement, there is an obligation for territorial institutions "to design and deliver programs and services that are responsive to the linguistic goals and objectives of Inuit." Besides embedding the official status of the Inuit language, English, and French there are a few interesting points concerning the advancement of linguistic rights for the Inuit, like:¹²⁰

- Section 1 states that the purpose of NOLA is "to advocate for and to achieve the national recognition and constitutional entrenchment of the Inuit Language as a founding and official language (ILPA) of Canada within Nunavut. ILPA can be regarded as consolidating rights which had been enacted in NOLA, nevertheless ILPA specifically focuses on the importance of the Inuit language at all levels of Nunavut's society.
- In its preamble, ILPA recalls that the Inuit language is "foundation necessary to a sustainable future for the Inuit of Nunavut as a people of distinct cultural and linguistic identity within Canada."

¹¹⁹ GOVERNMENT OF NORWAY. The Sami Act 1987, section 1(5) read as: Sami and Norwegian are languages of equal worth. They shall be accorded equal status pursuant to the provisions of Chapter 3.

¹²⁰ OFFICIAL LANGUAGES ACT. *SNu 2008, c 10*. Available at: <https://canlii.ca/t/535vj>. Accessed on: 14 mar. 2022.

Rights to use Inuktitut and Inuinnaqtun in communications and services to and from Nunavut's government and public agencies are ensured through ILPA. The wording of the Act could not be clearer; services shall be provided in the Inuit language.

- Furthermore, there are translation requirements for the Government of Nunavut to meet; under section 7, "documents, including notices or guidelines, directed to a municipality by the Government of Nunavut for public circulation, review or comment at the municipal level, shall be provided with Inuit Language translations."

States are major actors in the context of international law. Many states deny the existence of minorities within their jurisdiction or oppose the notion of indigenous protection in so far as the protection of language minorities is considered to adversely affect, or to risk, the state's internal cohesion and national unity.¹²¹ For many states (as well as for supporters of nation-state ideology), indigenous rights contribute to maintenance and to perpetration of indigenous groups as distinct groups. Prohibiting discrimination and intolerance against linguistic minorities corresponds with most states' interest, in so far as it helps to avoid the outbreak of internal conflicts that can affect other states' and international security. Therefore, states can agree on a regime of linguistic tolerance, but a regime of linguistic promotion does not correspond with most states' interest; at least, it can legitimately be doubted whether international peace and security can be better safeguarded by far-reaching indigenous language rights in international law.¹²² The question arises as to whether, beyond the animosity or the lack of political will on the part of states, there is any reason inherent to the nature of language rights as rights. First, the number of languages in the world is around 6,000, the world population around 6 billion and the number of states almost 200, most states have many languages within their boundaries. These figures give a first impression

¹²¹ UNIVERSITY OF MINNESOTA HUMAN RIGHTS CENTER. *The rights of indigenous peoples*. 2003. Available at: <http://hrlibrary.umn.edu/edumat/studyguides/indigenous.html>. Accessed on: 20 mar. 2022.

¹²² UNESCO. The Human rights of linguistic minorities and language policies. *International Journal on Multicultural Societies*, v. 3, n. 2, 2000. Available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000145796> Accessed on: 20 mar. 2022.

of the difficulty of state management of linguistic diversity. Kibbee has rightly reminded us that, “a human rights approach is inherently universalistic and assumes a uniform set of circumstances which trigger application of corrective measures, but that circumstances are hardly universal.”¹²³ Thus, the problems of establishing universal rules of fairness in the interaction of people from different linguistic communities call into question the extent to which a human rights approach offers a solution to the inevitable problems faced by minority or indigenous linguistic groups.

8 Conclusion

According to the research presented in this paper, the right to be treated equally regardless of one’s language is an integral part of the law against discrimination and, as such, should be recognized as a fundamental human right. First and foremost, the right of non-discrimination based on language concerns the private and public linguistic rights of members of linguistic minorities. The former is universally recognized, whereas the latter must be granted by each individual state under the appropriate conditions. To protect minority languages effectively, the United Nations Human Rights Committee and the European Court of Human Rights have adopted a minimalist approach. Neither the UNHRC nor the ECtHR’s rulings on linguistic issues can be grounded on a human rights framework. Finally, the linguistic dimensions of the rights to a fair trial, to liberty and security, to non-discrimination, and to access public services are all part of language rights, which are universal human rights.

The research also demonstrated the importance of examining violations of the linguistic dimension of freedom of expression as a form of discrimination and the connection between the right to freedom of expression and the right to receive public services like health care institutions etc.

Insight into the essence of linguistic rights reveals that they are, first and foremost, personal liberties. In the context of protections afforded members of linguistic minorities, language rights can be understood as

collective rights. The question of whether or not linguistic rights should be recognized as universal human rights under international law remains open. There is currently an ongoing scholarly discussion on the topic of whether or not language rights should be recognized as human rights (May, Philipson, SkutnabbKangas, De Varennes). Whereas, the critics (Paz, Arzoz) argue that human rights cannot be universally addressed in international law. They offer rules at the regional and state levels to determine whether or not a specific right is fundamental.

In addition, research into the status of ITMs’ linguistic rights in India has revealed that these rights remain in jeopardy despite the existence of constitutional and judicial safeguards. However, the state has not accorded the language rights of ITMs the respect they deserve. It has always been government policy not to interfere with the cultural lifestyle of the indigenous communities, but very little has been done to reform the language policy to create a conducive environment to respect their linguistic rights, especially in countries like India where there is a considerable population of ITMs reside. Therefore, the state has not fulfilled its responsibility, which is indicative of weak democratic leadership. In this context, Foucault’s discussion of the “art of governance” in *Governmentality* is relevant. The issue of *Governmentality*, he says, centres on questions such as how rigorously to be regulated, by whom, for what purpose, and using what techniques. According to Foucault, the art of governance is analogous to the job of the family patriarch in controlling the household. He argues that the government’s responsibility to care for its citizens is analogous to that of a father or other senior family member. Upward continuity and Downward continuity are two of the most essential ideas in *Governmentality*, both of which he has explored in his discussion. According to the theory of Upward Continuity, a person who aspires to be a good state leader must first master the art of leading himself, his possessions, and his legacy. Whereas Downward continuity holds that when a state is well-run, the head of the family will know how to care for his family, his property, and his patrimony, and therefore people will act responsibly. Importantly, Foucault argues that the Government should only govern in a way that they think and behave as though they were in service of people who are governed. This line of reasoning proves that the State’s method of governing the ITMs, in particular with regard to protecting

¹²³ KIBBEE, Douglas A. *For to speke frenche trevely: the French language in England, 1000 1600: its status, description and instruction*. Amsterdã: John Benjamins Publishing, 1991.

and promoting their language rights, has been a dismal failure, negatively impacting a number of fundamental rights and making it difficult for them to access necessary services.

Finally, the ITM community is so large and varied that an unbiased conclusion on the research's findings is impossible. To develop a complete picture of the linguistic rights scenario of ITMs as a whole, a study based on the limited doctrinal research will not be adequate. Further, the expectations that the debate raises could not be fully examined in the current work. The research does shed light on the trend, but it does not provide any definitive conclusions. As a result, the study's findings are circumstantial and within its own confines and could be termed as suggestive. As such, there is need for further empirical research, as well as doctrinal legislative and judicial evaluation, to provide greater weight to the argument for ITMs' linguistic rights.

References

- ARCHIBUGI, Daniele. The language of democracy: vernacular or esperanto?: a comparison between the multiculturalist and cosmopolitan perspectives. *Political Studies*, v. 53, n. 3, p. 537-555, out. 2005.
- ARZOZ, Xabier. The nature of language rights. *Jemie*, n. 6, jul. 2007.
- BONNIN, Juan Eduardo. New dimensions of linguistic inequality: an overview. *Language & Linguistic Compass*, v. 7, 2013.
- BORÉUS, Kristina. Discursive discrimination a typology. *European Journal of Social Theory*, v. 9, n. 3, p. 405-424, 2006.
- CHIMIRALA, U. M. When teachers take notice of the schoolscape: a Q method study of teacher perception of schoolscape of Indigenous Tribal Minority (ITM) Schools of Chhattisgarh, India. *Journal of Multilingualism and Multilingual Development*, 2022.
- DUNBAR, Robert. Minority language rights in international law. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 1, p. 90-120, 2001.
- FERRARO, Giulia. *Linguistic rights of minorities: a comparative analysis of the existing instruments for the protection of the linguistic rights of minorities at international and european levels*. 2018. Thesis (Doctorate in Modern Languages for Communication and International Cooperation) – Università degli Studi di Padova, Padova, 2018.
- FREDMAN, Sandra. Emerging from the shadows: substantive equality and article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, v. 16, n. 2, p. 273-301, jun. 2016.
- GREEN, Leslie. Are language rights fundamental? *Osgoode Hall Law Journal*, v. 25, n. 4, p. 639-669, 1987.
- GYNTER, Paivi. On the doctrine of systemic discrimination and its usability in the field of education. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 10, n. 1, p. 45-54, 2003.
- HENKIN, Louis. Human rights and state "Sovereignty". *Georgia Journal of International & Comparative Law*, v. 25, n. 1, 1996.
- KIBBEE, Douglas A. *For to speke frenche trewely: the French language in England, 1000 1600: its status, description and instruction*. Amsterdã: John Benjamins Publishing, 1991.
- KYMLICKA, Will; PATTEN, Alan. Language rights and political theory. *Law and Politics Book Review*, v. 14, n. 8, p. 630-633, 2004.
- LAPAYESE, Yvette V. *Language as human right chapter: a humanizing dual language immersion education*. Leiden: Brill Publication, 2019.
- MARTÍNEZ, G. *Engaging language professionals for patient-centered outcomes research for latino communities*. Ohio and Kansas: Patient-Centered Outcomes Research Institute, 2018.
- MERON, Theodor. *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- MEUTER, Renata F. I. Overcoming language barriers in healthcare: a protocol for investigating safe and effective communication when patients or clinicians use a second language. *BMC Health Serv Res.*, v. 15, n. 371, 2015.
- MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL. *Linguistic rights*. Available at: <https://minorityrights.org/law/linguistic-rights/> Accessed on: 10 mar. 2022.
- MOHANTY, A. K. *The multilingual reality: living with languages*. UK: Multilingual Matters, 2018.

- NUSSBAUM, M.; SEN, A. (ed.). *The quality of life*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- PATTEN, Alan; KYMLICKA, Will. Introduction: language rights and political theory: context, issues, and approaches. In: PATTEN, Alan; KYMLICKA, Will (ed.). *Language rights and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 1-51.
- PAZ, Moria. The failed promise of language rights: a critique of the international language rights regime. *Harv. Int'l LJ*, v. 54, n. 157, 2013.
- PAZ, Moria. The tower of babel: human rights and the paradox of language. *European Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 473-496, 2014.
- POOL, Jonathan. Thinking about linguistic discrimination. *Language Problems and Language Planning*, v. 11, p. 03-21, 1987.
- RAE, Douglas. *Equalities*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- RAMLAN. Language standardization in general point of view. *Budapest International Research and Critics Institute-Journal*, v. 1, n. 1, p. 27-33, fev. 2018.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Course in general linguistics*. New York: Philosophical Library, 1959.
- SHORTEN, A. Four conceptions of linguistic disadvantage. *Journal of Multilingual and Multicultural Development*, v. 38, n. 7, p. 607-621, 2017.
- SKUTNABB-KANGAS, Tove. Linguistic human rights. In: TIERSMA, Peter M.; SOLAN, Lawrence M. (ed.). *The oxford handbook of language and law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SKUTNABB-KANGAS, Tove; PHILLIPSON, Robert. Language in human rights. *Gazette*, Leiden, v. 60, n. 1, p. 27-46, fev. 1998.
- STOKKE, Hugo; TOSTENSEN, Arne. *Human rights in development: yearbook 1999/2000*. The Hague: Kluwer Law International/ Nordic Human Rights Publications, 2001.
- SWAAN, Abram de. *Words of the world: the global language system*. Cambridge: Polity Press and Blackwell, 2001.
- THORNBERRY, Patrick. *The UN Declaration on the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities: background, analysis and observations*. London: Minority Rights Group, 1993.
- ULASIUK, Iryna; LAURENTIU, Hadirca. OSCE High Commissioner on national minorities on the use of languages in relations with the public administration, and on the supervision and enforcement of linguistic requirements. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 23, n. 2, p. 237-249, 2016.
- UNESCO. The Human rights of linguistic minorities and language policies. *International Journal on Multicultural Societies*, v. 3, n. 2, 2000. Available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000145796> Accessed on: 20 mar. 2022.
- UNITED NATIONS. *Language rights of linguistic minorities: a practical guide for implementation*. 2017. Available at: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-minority-issues/language-rights-linguistic-minorities> Accessed on: 20 mar. 2022.
- UNITED NATIONS. *State of the world's indigenous peoples: indigenous peoples' access to health services*. New York: United Nations Department of Economic and Social Affairs, 2015.
- UNIVERSITY OF MINNESOTA HUMAN RIGHTS CENTER. *The rights of indigenous peoples*. 2003. Available at: <http://hrlibrary.umn.edu/edumat/studyguides/indigenous.html>. Accessed on: 20 mar. 2022.
- WHORF, Benjamin Lee. *Language, thought, and reality: selected writings of Benjamin Lee Whorf*. Cambridge: MIT Press, 2012.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Comentários ao Relatório
da Comissão de Direito
Internacional da Organização
das Nações Unidas sobre
norma imperativa de direito
internacional geral (jus cogens)**

**Commentaries on the United
Nations International Law
Commission Report on the
peremptory norms of general
international law (jus cogens)**

Alvaro Augusto Santos Caldas Gouveia

Igor de Holanda Cavalcanti

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Comentários ao Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas sobre norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*)*

Commentaries on the United Nations International Law Commission Report on the peremptory norms of general international law (*jus cogens*)

Alvaro Augusto Santos Caldas Gouveia**

Igor de Holanda Cavalcanti***

Resumo

Analisa-se, neste artigo, as conclusões do recente relatório da Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*). Além disso, responde-se o seguinte questionamento de pesquisa: quais suas principais inovações a fim de esclarecer o instituto do *jus cogens*? Com vistas a melhor embasar a discussão, realizaram-se pesquisas bibliográficas e documentais, com revisão doutrinária sobre a matéria. No relatório, elencam-se vinte e três conclusões sobre diversos aspectos do instituto, desde o conceito a elementos formadores, hierarquia e efeitos do *jus cogens*. Algumas das conclusões do relatório reproduzem disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969; outras expõem relevantes novidades. No entanto, a maior parte delas trouxe grande contribuição para a elucidação de aspectos obscuros. Apesar disso, a CDI, ainda, deixou em aberto alguns pontos, sendo o principal deles o que deve ser reputado como a “vasta maioria” da sociedade internacional para configuração do caráter imperativo da norma, prevista na Conclusão 7. Por fim, destaca-se que o passo dado pela CDI se constitui em imensa contribuição ao desenvolvimento do direito internacional, porém, isoladamente, desatrelado da vontade política dos sujeitos e atores participantes no cotidiano das relações internacionais, não resolverá a problemática que envolve o instituto do *jus cogens*.

Palavras-chave: normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*); Comissão de Direito Internacional (CDI); Organização das Nações Unidas (ONU).

Abstract

The main objective of this article is to present the conclusions of the recent International Law Commission's (ILC) Report on the peremptory norms

* Recebido em 04/09/2022
Aprovado em 10/12/2022

** Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Internacional Público e Privado do Centro Universitário UniFBV/Wyden em Recife. Professor de Direito Internacional Público da Faculdade Frassinetti do Recife (FAFIRE). Pesquisador no Grupo de Pesquisa “Integração regional, globalização e direito internacional” da UFPE. Email: aascgouveia@gmail.com

*** Advogado. Mestre em Direito pela UFPE. Professor de Direito Constitucional na Uninassau. Membro da Comissão de Relações Internacionais (CRIInt) e da Comissão de Relações Acadêmicas da OAB/PE. Pesquisador no Grupo de Pesquisa “Integração regional, globalização e direito internacional” da UFPE. Email: holanda.ihc@gmail.com

of general international law (*jus cogens*), and analyze them, making upon them, when opportune, critics and suggestions. Therefore, it also aims to answer: what are your main innovations in order to clarify the institute of *jus cogens*? To better fundament the discussion, it was conducted bibliographical and document research, with doctrinaire revision of the subject. The report presents twenty-three conclusions on many aspects of the legal institute from the concept, through the formation elements, hierarchy, and effects, to end up with an exemplificative list. Some of the report's conclusions repeat the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969; others reveal relevant news. Although, most of them bring great contribution to the clarification of some obscure aspects. Nonetheless, the ILC's Report still left opened some points, being the most relevant of them what can be reputed as "large majority" of the international community to configure the peremptory character to the norm, as stated on the conclusion n° 7. By the end, it is to highlight that this ILC's step was an immense contribution to the development of the international law, but, isolated, away from the political will of international subjects and participants of the routinary international relations, it will not solve the problematic that involves the *jus cogens* institute.

Keywords: peremptory norms of general international law (*jus cogens*); International Law Commission (ILC); United Nations Organization (UN).

1 Introdução

Incorporou-se a expressão *jus cogens*, pela primeira vez, em um tratado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) de 1969. Nesta constam alguns artigos que trazem seu conceito, elementos formadores e efeitos. Contudo, não houve um grande detalhamento sobre os seus limites e o procedimento de sua formação.

Inicialmente, alegou-se que a prática dos Estados, a jurisprudência internacional e a doutrina fossem as responsáveis pela evolução do instituto. Porém, constatam-se divergências sobre o tema, havendo, inclusive, aqueles (poucos) que não reconhecem a sua existência no cenário internacional¹. Mesmo para os que o defen-

dem², há uma obscuridade quanto aos critérios objetivos de como e em que ocasiões se deva atribuir o caráter imperativo a uma norma internacional. Destarte, há necessidade de maior aprimoramento do instituto.

Isso motivou a Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU) a estudar o tema detidamente. Como fruto do seu trabalho, aprovou-se, na Comissão, em 2019, um esboço de conclusões (doravante esboço ou *Draft*). Dele constam 23 conclusões que podem servir para orientar a sociedade internacional na aplicação e interpretação do *jus cogens*. Em 2022, após considerações e ponderações dos Estados e análise destas pelo relator especial designado, tornou-se pública a sua versão final.

Nesse sentido, as diversas divergências doutrinárias e o recente estudo da CDI da ONU ensejaram a realização desse trabalho. O intuito principal deste artigo é apresentar as conclusões alcançadas naquele e analisá-las, tecendo comentários e eventuais críticas. Nesse sentido, sobre o mencionado estudo da CDI, o presente artigo almeja responder o seguinte questionamento: quais suas principais inovações a fim de esclarecer o instituto do *jus cogens*?

Assim, com vistas a alcançar os objetivos propostos, lançou-se mão de pesquisa bibliográfica e documental sobre a matéria, analisando-se artigos³, obras jurídicas e normas internacionais, em especial o esboço da CDI da ONU, abordando-se as vastas peculiaridades desse importante e polêmico instituto do direito internacional.

Schwarzenberger. Ela destaca, porém, que a "negação decorre muito mais do contexto histórico em que tais estudiosos fizeram seus cursos e obras do que da consciência plena sobre o instituto". FRIEDRICH, Tatyanna Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 88. No séc. XXI pode-se citar José F. Rezek para quem "a teoria do *jus cogens*, tal como aplicada pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, é francamente hostil a ideia do consentimento como base necessária do direito internacional". REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 116.

² Ver a nota 7.

³ Como estratégia metodológica, utilizou-se a pesquisa em banco de dados, tais como Google Acadêmico, o Scielo e o Portal de Periódicos da CAPES, utilizando-se de palavras-chave para busca, a exemplo de "*jus cogens*", "*jus cogens* internacional", "nomas imperativas de direito internacional geral", "comissão de direito internacional". Realizou-se a seleção dos artigos considerando-se os critérios "mais citados" e "mais recentes", referentes ao período 2015 até 2022. Em alguns casos, os artigos apresentaram citações a obras de forma recorrente (v.g. artigo de Virally constante da lista de referências), motivo pelo qual se realizou uma busca ativa por tais obras para embasar a construção do atual texto.

¹ Tatyana Friedrich, em boa obra sobre o *jus cogens*, traz uma lista de autores, tais como Charles Rousseau, Joseph Nisot e Giorg

2 CDI e os seus relatórios sobre *jus cogens*

A Assembleia Geral da ONU (AGONU) criou a CDI, com o intuito de promover o desenvolvimento do Direito Internacional, isto é, estudar e propor recomendações com vistas a codificar regras costumeiras já existentes ou mesmo criar disposições de direito internacional.

A Comissão é constituída por 34 membros de especialistas de reconhecida competência em direito internacional, eleitos pela AGONU, para um mandato de 5 anos. Internamente, elencam-se temas a serem estudados, para os quais são designados relatores especiais — que elaboram um relatório próprio e, posteriormente, o levam à apreciação da Comissão⁴.

2.1 Breve histórico dos relatórios da CDI sobre *jus cogens*

Há uma ampla aceitação da existência e da importância do *jus cogens* no direito internacional, tanto por parte dos Estados — haja vista o conceito estar expresso no art. 53 da CVDI de 1969⁵, convenção esta que está em vigor para 116 partes, tendo apenas algumas delas manifestado reserva ao dispositivo, ainda assim de

forma condicionada⁶ —, como pela doutrina em geral⁷. Sendo assim, já está consolidada a “convicção da juridicidade de seu conteúdo”⁸.

Conforme texto do art. 53:

Art. 53. 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 natureza⁹.

Constituiu-se, pois, em expressão na órbita internacional do que se convencionou chamar de ordem pública¹⁰. Pressupõe a concordância da comunidade inter-

⁴ A Bélgica expressou não se vincular aos termos dos artigos 53 e 64 nas relações com os Estados que reservassem o art. 66 (a) da CVDI, cujo teor versa sobre aspectos procedimentais de solução de controvérsias acerca do *jus cogens*. Ou seja, ela reconhece a existência do instituto e nas suas relações com os demais Estados os dispositivos serão plenamente aplicados. Dinamarca, Finlândia, Portugal, Egito, Japão e Suécia foram em linha similar. Para maiores detalhes ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Vienna Convention on the Law of Treaties*. United Nations Treaty Collection. 2022. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁵ Apenas para citar alguns: FRIEDRICH, Tatyanna Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.; VIRALLY, Michel. Réflexions sur le jus cogens. *Annuaire Français de Droit International*, v. 12, p. 5-29, 1966. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1966_num_12_1_1868. Acesso em: 20 jun. 2022. CHRISTENSON, Gordon A. Jus cogens: guarding interests fundamental to international society. *Virginia Journal of International Law*, v. 28, n. 585, p. 585-648, 1988. Disponível em: https://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/159. Acesso em: 10 maio 2022.; CASSESE, Antonio. For an enhanced role of jus cogens. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171.

⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 140.

⁷ BRASIL. *Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/d7030.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

¹⁰ “O conceito e a função de *jus cogens* são muito similares aos de ordem pública do direito interno, tendo em vista que ambos representam uma limitação à atuação dos sujeitos de direito”. FRIEDRICH, Tatyanna Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 68. Há autores que acham imprópria esta comparação, dadas as diferenças existentes entre as sociedades nacionais e a sociedade internacional. Dentre

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission: membership*. 2022. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/ilcmembe.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2022.; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission: structure of the commission*. 2022. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/structure.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2022.

⁵ Segundo Whiteman, não houve grandes objeções à existência (ou necessidade) de *jus cogens* no direito internacional, à época dos *travaux préparatoires* na CDI para a elaboração da CVDI. Ocorreram, de fato, objeções à inserção do artigo na Convenção, pois tais objeções alegaram que o instituto demandaria maior discussão e aprofundamento do texto. Giorgio Gaja lembra que o artigo foi aprovado com ampla margem, tendo 87 votos favoráveis, oito contrários e doze abstenções. Vide WHITEMAN, Marjorie Millace. Jus cogens in international law, with a projected list. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, v. 7, p. 609-626, 1977. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol7/iss2/6>. Acesso em: 30 nov. 2022. p. 621; GAJA, Giorgio. Jus cogens beyond the Vienna Convention. *RCADI*, t. 172, p. 271-316, 1981.

nacional dos Estados como um todo, acerca do caráter imperativo da norma de direito internacional geral, e, em razão disto, só é possível sua modificação por meio de outra norma dotada de mesma qualidade. Isto é, há um dever imposto pelas normas cogentes aos sujeitos de direito internacional que exige a sua não violação¹¹.

Extrai-se do conceito que, além de obrigatórias — como todas as normas dispositivas —, são também imperativas¹², isto é, possuem uma natureza peculiar que lhes confere uma proeminência em relação às demais normas que não detenham tal adjetivo. Inclusive, é assim que não podem ser derogadas, salvo por outras que gozem do mesmo prestígio¹³.

Como decorrência do aludido conceito, de um modo geral, há concordância no campo acadêmico em serem as normas cogentes veículos e guardiãs dos valores mais essenciais compartilhados pelos membros da sociedade internacional¹⁴, e, por essa razão, vitais para o progresso

da vida social internacional e da humanidade em última análise.

Nesse contexto, o *jus dispositivum* perfaz a grande maioria das regras, enquanto o *jus cogens* parte diminuta¹⁵, contudo, extremamente relevante e impactante a nortear e reger os rumos das relações sociais internacionais.

Porém, a compreensão sobre a real extensão do seu conteúdo, ainda, é vaga, dúbia, incerta. Por tal razão, e considerando suas características e seus possíveis efeitos, é um instituto que urge por melhor delimitação, a fim de nortear sua aplicação na prática jurídica internacional.

Considerando-se tal desafio, no ano de 2015, a CDI decidiu incluir, nos seus trabalhos, o tema *jus cogens*. Em razão disso, designou-se um relator especial, Sr. Dire Tladi. A Assembleia Geral da ONU, por meio da resolução 70/236 de 23 de dezembro de 2015, manifestou sua ciência e sua permissão para iniciar o labor.

O relator deixou assente que pretendia abordar quatro temas sobre o *jus cogens* ao longo dos seus relatórios, os quais estão intimamente interconectados: a) a sua natureza; b) os requisitos para elevação da norma ao status cogente; c) estabelecimento ou não de um rol exemplificativo das normas de *jus cogens*; d) consequências das normas cogentes¹⁶.

Discutiram e elaboraram-se quatro relatórios pela CDI, sendo o primeiro do ano de 2016; o segundo em 2017; o terceiro em 2018 e outro em 2019 para incluir os comentários¹⁷.

O primeiro informe do relator — e por consequência da CDI — contemplou dois objetivos principais: um procedimental, quanto à identificação

os motivos apresentados por Gordon Christenson para a incompatibilidade de ordem pública no âmbito internacional, os principais são a descentralização e a distribuição de poder horizontalmente com coordenação das relações entre os sujeitos, ou seja, inexistente um poder central hierarquizado, tampouco jurisdição obrigatória, aptos a impor a ordem pública. CHRISTENSON, Gordon A. Jus cogens: guarding interests fundamental to international society. *Virginia Journal of International Law*, v. 28, n. 585, p. 585-648, 1988. Disponível em: https://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/159. Acesso em: 10 maio 2022.

¹¹ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes. *Law Contemporary Problems*, Durham, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol59/iss4/6>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹² VIRALLY, Michel. Réflexions sur le jus cogens. *Annuaire Français de Droit International*, v. 12, p. 5-29, 1966. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1966_num_12_1_1868. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹³ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. El reconocimiento del jus cogens en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 41, n. 2, p. 555-587, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n2/art07.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022.

¹⁴ QUIGLEY, John. Law for a world community. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Syracuse, v. 16, n. 1, p. 1-38, 1989. Disponível em: <https://surface.syr.edu/jilc/vol16/iss1/2>. Acesso: 10 maio 2022. p. 19.; SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflexions on the existence of a hierarchy of norms in international law. *European Journal of International Law (EJIL)*, Florença, v. 8, n. 4, p. 583-595, 1997. Disponível em: <http://www.ejil.org/article.php?article=786&issue=54>. Acesso em: 15 maio 2022. p. 588.; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.; DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. El reconocimiento del jus cogens en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 41, n. 2, p. 555-587, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n2/art07.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022.; CHRISTENSON, Gordon A. Jus cogens: guarding interests fundamental to interna-

tional society. *Virginia Journal of International Law*, v. 28, n. 585, p. 585-648, 1988. Disponível em: https://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/159. Acesso em: 10 maio 2022.

¹⁵ VIRALLY, Michel. Réflexions sur le jus cogens. *Annuaire Français de Droit International*, v. 12, p. 5-29, 1966. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1966_num_12_1_1868. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/71/10. Report on the International Law Commission: sixty-eighth session*. 2016. Disponível em: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EFSSRAC. Acesso em: 15 maio 2022.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10. Report on the International Law Commission: seventy-first session*. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

da metodologia de estudo — ordem cronológica; a relevância dos materiais analisados na doutrina, jurisprudência e prática dos Estados; se ao final deveriam elaborar uma lista de normas imperativas ou não — e o outro quanto ao conteúdo, já que buscavam realizar uma revisão geral das normas de *jus cogens* — notadamente quanto à sua natureza e definição¹⁸. Neste restou estabelecido que a Comissão não se propunha a resolver questões de ordem teórica, mas mostrar o estado atual do *jus cogens*¹⁹.

Em relação ao aspecto procedimental, decidiu-se que não haveria necessidade de se adotar um procedimento diferente do que a CDI utiliza para outras matérias por ela estudadas, ou seja, valer-se-ia de todo material existente, numa sistemática integrativa, e identificaria a relevância de cada material individual e futuramente²⁰.

O relatório seguinte, relativo ao ano 2017, teve como escopo os critérios ou requisitos de formação do *jus cogens*²¹. O ponto de partida foi o artigo 53 da CVDIT. Contudo, as decisões dos tribunais internacionais e os atos praticados pelos Estados foram fundamentais para o sentido e o alcance do *jus cogens*²².

No ano posterior, a CDI abordou os diversos efeitos e consequências acarretados pelo *jus cogens*. Nesse sentido, o relator esclareceu que a sua análise acerca das consequências foi diversificada quanto a temas e

fontes²³.

Em 2019, colocou-se à apreciação da CDI o último relatório de Dire Tladi, a respeito da questão do *jus cogens* regional²⁴ e da elaboração da lista exemplificativa. A CDI, no mesmo ano, compilou todas as conclusões, adotou o texto e emitiu o documento contendo o esboço provisório das conclusões, incluindo-se comentários sobre as suas propostas.

Posteriormente, via Secretário-Geral da ONU, submeteu-se o esboço à apreciação dos membros da organização, que puderam manifestar suas visões com eventuais sugestões e críticas. Um total de 57 Estados — alguns representando uma coletividade de membros, como foi o caso de Serra Leoa em nome do grupo Africano — apresentaram, por escrito ou oralmente nos debates do Sexto Comitê, suas opiniões²⁵.

Superada essa etapa, o relator emitiu novo relatório, em 2022, em que teceu apontamentos acerca das manifestações dos Estados, bem como propôs algumas pequenas modificações ao esboço original. Como fruto de tais propostas, surgiu, no mesmo ano, o texto final do *Draft*.

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/73/10*. Report on the International Law Commission: seventieth session. 2018. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>. Acesso em: 15 maio 2022.

²⁴ Há autores, como Giorgio Gaja, que defendem a possibilidade de *jus cogens* regional, vez que os requisitos seriam preenchíveis neste contexto, além de que os valores podem ser compatíveis com os de âmbito universal, isto é, segundo ele não haveria qualquer contradição nesse sentido. GAJA, Giorgio. *Jus cogens beyond the Vienna Convention*. *RCADI*, t. 172, p. 271-316, 1981. Em outra linha é a visão de Jorge Miranda, para quem o caráter de norma internacional geral apenas é atingido num contexto universal, pois do contrário importaria em afrontar o espírito e objetivos do instituto jurídico. MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

²⁵ Nessa oportunidade, o relator deixou claro que há de ser feita uma análise pela Comissão, não sendo exigido o acatamento de todas as sugestões, mas somente daquelas pertinentes e que venham a contribuir para melhor desenvolvimento do tema. Ainda segundo Dire Tladi, o esboço provisório foi bem recebido, felicitando a iniciativa e o trabalho realizado, sofrendo o texto críticas gerais e/ou pontuais de poucos Estados. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/71/10*. Report on the International Law Commission: sixty-eighth session. 2016. Disponível em: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EFSRAC. Acesso em: 15 maio 2022.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/71/10*. Report on the International Law Commission: sixty-eighth session. 2016. Disponível em: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EFSRAC. Acesso em: 15 maio 2022.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/71/10*. Report on the International Law Commission: sixty-eighth session. 2016. Disponível em: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EFSRAC. Acesso em: 15 maio 2022.

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/72/10*. Report on the International Law Commission: sixty-ninth session. 2017. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/72/10>. Acesso em: 15 maio 2022.

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/72/10*. Report on the International Law Commission: sixty-ninth session. 2017. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/72/10>. Acesso em: 15 maio 2022.

Considerando-se que o esboço de 2019 é o material mais completo — uma vez que, além de trazer as conclusões em si, há extensas e detalhadas considerações da própria CDI após cada uma das conclusões —, utilizou-se este como base para a apresentação e análise jurídica realizada neste artigo. O esboço de 2022 será mencionado e comentado somente quando seu texto for divergente com o esboço de 2019.

2.2 Esboço de conclusões da CDI sobre jus cogens

Dividiu-se a versão do esboço de 2019 em quatro partes: I) Introdução (Conclusão 1 a 3); II) Identificação das normas imperativas (Conclusão 4 a 9); III) Consequências legais (Conclusão 10 a 21); IV) Previsões gerais (Conclusões 22 e 23). Posteriormente, na versão final de 2022²⁶, houve um pequeno rearranjo nas duas últimas partes, porém sem alterar os títulos delas: a parte III compreende a Conclusão 10 a 19, enquanto a Parte IV, a Conclusão 20 e 23²⁷.

Outra alteração refere-se ao título do trabalho. Anteriormente, era denominado “*Peremptory norms of general international law (jus cogens)*”²⁸, agora “*Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens)*”²⁹, restando, assim, mais claro, o objeto de estudo focado pela CDI.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967*. Peremptory norms of general international law (jus cogens): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens). 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

²⁷ No presente artigo será utilizada uma divisão ligeiramente diferente — com as partes III e IV do esboço sendo subdivididas cada qual em duas —, para facilitar a organização e exposição das ideias.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 142.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967*. Peremptory norms of general international law (jus cogens): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens). 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022. p. 1.

2.2.1 Introdução (Conclusão 1 a 3)

A Conclusão n. 1 versa sobre o escopo do trabalho da CDI que é a “identificação e consequências legais das normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*)”³⁰. O *Draft* da CDI — cuja pretensão é ser aprovado na forma de uma resolução da AGONU — serve como um guia para verificar se uma norma de direito internacional geral é *jus cogens* e quais as consequências dessa natureza peculiar. Assim, foca no aspecto metodológico para a identificação, não se “preocupando, portanto, com a determinação do conteúdo delas”³¹, isto é, pode ser implementado na análise de qualquer norma, independentemente de sua matéria.

Antes de adentrar no teor das duas conclusões restantes desta seção, houve uma inversão nas suas posições, em comparação ao esboço de 2019 com o de 2022: a conclusão n. 2 (definição), na versão anterior; na versão atual, é a 3; e a 3 (natureza), na versão anterior; na versão atual, é a 2. O conteúdo de cada uma manteve-se integralmente o mesmo. Tal alteração é, apenas, de cunho formal, de modo que não importa em maiores consequências materiais, mas que teve uma razão de ser — conforme restará exposta algumas linhas adiante.

Dessa forma, a Conclusão n. 2 aborda a natureza geral da norma, ou seja, suas características/atributos essenciais: “refletem e protegem os valores fundamentais da comunidade internacional, são hierarquicamente superiores a outras regras de direito internacional e são aplicáveis universalmente”³².

Alguns Estados criticaram tal dispositivo, a exemplo do Reino Unido, o qual alegou a questão da natureza geral do *jus cogens* não estaria no escopo do trabalho da Comissão — já que teria proposto abordar apenas como identificá-las e as suas consequências — e os Estados Unidos e a Rússia que vislumbraram a possibilidade de

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 147.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 147-148.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 150.

sê-lo compreendido como criador de requisitos adicionais aos já estabelecidos pela CVDT³³.

As críticas não se sustentam. O CDI apenas lançou luzes nos traços marcantes das normas cogentes. Não são novos requisitos para sua conceituação ou formação, mas, sim, elementos que decorrem, logicamente, da sua essência e do próprio conceito exposto na CVDT, conceito largamente aceito pela sociedade internacional. Assim, são temas imbricados, de modo que não fogem do objeto e dos objetivos do trabalho da Comissão.

De toda forma, no afã de se evitar que as características identificadas fossem equivocadamente compreendidas como novos requisitos constitutivos do *jus cogens*, houve a aludida inversão de posicionamento das antigas Conclusões n. 2 e n. 3 entre si³⁴, ao que o relator não se opôs.

A primeira característica — refletir e proteger os valores fundamentais da comunidade internacional — dá a própria razão de existir da norma cogente, bem como indica que apenas os valores mais relevantes devem ser protegidos por essas normas. Assim, sua segunda característica, a superioridade hierárquica, é também uma consequência lógica dos elementos formadores da norma imperativa e dos valores que ela protege³⁵, sobrelevando-se frente a qualquer outra norma de cunho dispositivo, independentemente da fonte formal da qual esta emane.

³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

³⁵ SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflexions on the existence of a hierarchy of norms in international law. *European Journal of International Law (EJIL)*, Florença, v. 8, n. 4, p. 583-595, 1997. Disponível em: <http://www.ejil.org/article.php?article=786&issue=54>. Acesso em: 15 maio 2022.; REMÓN, Florabel Quispe. Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, v. 28, p. 143-183, 2012. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/issue/view/84>. Acesso em: 12 maio 2022.; MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A terceira característica é a universalidade das obrigações por ela impostas. É dizer, têm eficácia *erga omnes*, o que traz duas decorrências: a) não é cabível contra elas a Teoria do Objeto Persistente; b) não se admite *jus cogens* regional ou bilateral³⁶. Tais consequências foram externadas por parcela da doutrina³⁷, pois, assim, compatibilizaram-se com a essência e a finalidade das normas cogentes.

Percebe-se que as três características não estavam expressamente previstas no texto da CVDT. Somente pelo fato de fixá-las em um texto legal, a CDI já é digna de aplausos. Tais pontos vêm ao encontro do que a doutrina já vinha afirmando. A norma internacional geral, de eficácia *erga omnes*, para ser alçada ao status cogente, e com isso ser dotada de superioridade jurídica em relação às demais, precisa representar, materialmente, os valores fundamentais do direito internacional, do contrário estar-se-ia a conferir características especiais a normas que “não mereceriam” tal rotulagem.

Nesse ponto, sobre a definição de quais são os valores fundamentais, é necessário cuidado por parte dos Estados ao estabelecê-los, para que não se desvirtue o propósito do instituto em detrimento de interesses políticos de potências influentes. Para se ter um bom indicativo de quais seriam e guiar a conduta e interpretação dos Estados em eventos futuros, basta que se olhe a lista exemplificativa de normas *jus cogens* exposta no anexo ao *Draft*.

Por sua vez, a Conclusão 3 traz o conceito da norma imperativa, replicando o texto contido no art. 53 da CVDT, com exceção do trecho inicial sobre a nulidade da norma. Assim, o conceito é formado por dois elementos, requisitos cumulativos para a identificação da norma como cogente. De fato, não faria sentido alterar o conceito de *jus cogens*, pois já é consagrado na doutrina e na prática dos Estados. Ademais, como se destacou

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

³⁷ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.; REMÓN, Florabel Quispe. Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, v. 28, p. 143-183, 2012. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/issue/view/84>. Acesso em: 12 maio 2022.; CASSESE, Antonio. For an enhanced role of jus cogens. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171.

que a intenção da CDI nesse tema não é inovar (criar outros requisitos ou efeitos etc.), mas, sim, relatar e melhor detalhar o que já se entende pelo instituto.

2.2.2 Identificação das normas imperativas (Conclusão 4 a 9)

A CDI aponta dois critérios — para a identificação da norma *jus cogens* — que formam o conceito: a) “norma de direito internacional geral; e b) ser “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 de mesma natureza”³⁸. Ambos os critérios devem ser demonstrados, atestadas as suas existências por meio de evidências, de modo que não se pode presumi-los³⁹.

O primeiro critério seria o principal elemento formativo da norma⁴⁰, enquanto “a aceitação/reconhecimento da imperatividade pela comunidade de Estados como um todo” seria o elemento de elevação da norma ao status superior. Em outras palavras, toda norma *jus cogens* é uma norma de direito internacional geral, mas nem toda norma de direito internacional geral é cogente internacionalmente, uma vez que pode lhe faltar o segundo critério, o qual é responsável por conferir a qualidade especial à norma.

Para os fins pretendidos, norma internacional geral é aquela que “tem força igual para todos os membros da sociedade internacional”⁴¹, ou seja, não é “direito regional, local ou bilateral”⁴². Com efeito, são aquelas ditas *erga omnes*.

³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 159.

⁴² VIRALLY, Michel. Réflexions sur le jus cogens. *Annuaire Français de Droit International*, v. 12, p. 5-29, 1966. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1966_num_12_1_1868. Aces-

so em: 20 jun. 2022.

As fontes formais aptas a exteriorizarem normas internacionais gerais e, por consequência, servirem de base para potenciais *jus cogens* são: os costumes internacionais — a mais corriqueira diante da prática internacional⁴³ —, os princípios gerais de direito e as cláusulas de tratados internacionais⁴⁴⁻⁴⁵. Em relação a estas, vislumbra-se a via dos tratados como a que encontra maiores dificuldades, pois, normalmente, são instrumentos destinados, apenas, a reger as relações entre as partes pactuantes.

Vale dizer que, se uma norma de *jus cogens* se cristalizar por um tratado e outra por um costume internacional, e uma terceira, em decorrência de um Princípio Geral de Direito Internacional, todas terão igual valor

so em: 20 jun. 2022.

⁴³ “O processo de formação do direito cogente tem sido largamente associado ao de um costume qualificado”. CITTADINO, Rodrigo Cerveira. Os fundamentos do jus cogens internacional. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 3-24, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/issue/view/271/show-Toc>. Acesso em: 04 dez. 2022. p. 14.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁴⁵ Há muita divergência doutrinária neste aspecto. Alguns, como Parker e Neylon, vislumbram apenas os costumes internacionais como aptos a exteriorizar *jus cogens*. Outros englobam também os princípios gerais de direito, a exemplo de Alberto do Amaral Júnior e Antonio Casese. Há os que apenas reconhecem aos princípios dito papel, como faz Caçado Trindade. No entanto, a parcela majoritária já se inclinava pela mesma conclusão alcançada pela CDI. Para citar alguns: Julio Alberto Barberis, Jorge Miranda e Valério de Oliveira Mazzuoli.

PARKER, Karen; NEYLON, Lyn Beth. Jus cogens: compelling the law of human rights. *Hastings International and Comparative Law Review*, San Francisco, v. 12, n. 2, p. 411-463, 1989. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1234&context=hastings_international_comparative_law_review. Acesso em: 15 jul. 2022.; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.; CASSESE, Antonio. For an enhanced role of jus cogens. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171.; TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 29-44, 2009. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/130/135>. Acesso em: 18 maio 2022.; BARBERIS, Julio Alberto. La liberté de traître des Etats et le jus cogens. *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, v. 30, n. 1, p. 19-45, 1970. Disponível em: https://www.zaoerv.de/30_1970/30_1970_1_a_19_45.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.; MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

entre si, pois não há hierarquia entre as citadas fontes normativas⁴⁶. Isto é, o *jus cogens* insere, no contexto internacional, uma hierarquia de normas e não de fontes normativas⁴⁷.

O relator reconhece que, até onde ele e a Comissão tenham conhecimento, não há casos de *jus cogens* provenientes de princípios gerais de direito, tampouco de tratados internacionais⁴⁸, isto é, a conclusão nesse aspecto não encontra amparo na prática internacional. De toda forma, tal dado não obsta a potencialidade que tais expressões formais possuem. Porém, a abordagem da Comissão, nesse peculiar ponto, destoa da linha adotada por ela, até então, no sentido de encontrar, na prática estatal, os subsídios para suas conclusões.

Apesar de não encontrar guarida na prática estatal, encontra suporte, ainda que parcialmente, em julgado da Corte Internacional de Justiça. Segundo a CDI, a Corte, no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, deixou assente que os tratados são capazes de “codificar (ou declarar) uma regra de direito internacional geral existente ou ajudar a cristalizar uma emergente ou ainda, após a sua adoção, refletir uma regra de conformidade com a prática subsequente”⁴⁹. Assim, verifica-se que a CDI perfilou o mesmo posicionamento externado pela CIJ e pela doutrina majoritária.

Conforme bem explanou a Comissão, uma convenção internacional pode codificar uma norma internacional geral; com isso declara-se a existência prévia desta. Nessa situação considera-se que o instrumento convencional possa ser multilateral ou até mesmo bilateral, uma vez que a norma internacional costumeira, ou

principiológica precede à própria celebração do tratado, ou seja, já estava consolidada no direito internacional.

De forma diversa, na hipótese de norma de direito internacional geral — que ainda esteja em processo de formação e a convenção a reforce ou quando se tratar da criação de uma norma internacional geral pela via convencional —, deduz-se que a convenção deva ser, necessariamente, multilateral e com um número grande de signatários, e, assim, conferir a ela a generalidade necessária. Isto se mostra imprescindível, porque a norma internacional geral, até aquele momento, sequer existe ou a comunidade internacional está titubeante quanto a sua abrangência: se geral ou se específica.

Por fim, destaque-se, também, que os termos “aceita” e “reconhecida”, à época da redação da CVDT, inspiraram-se no artigo 38 do Estatuto da CIJ, uma vez que, nesse dispositivo, estão os mesmos vocábulos. O primeiro deles remete aos costumes internacionais, enquanto o último associa-se a tratados e princípios gerais de direito⁵⁰.

Quanto ao segundo elemento — norma aceita e reconhecida pela comunidade de Estados como um todo, da qual nenhuma derrogação é possível —, a Comissão indica descrever quem deve aceitar e reconhecer e o que deve ser aceito e reconhecido⁵¹. Ademais, o parágrafo 2 da Conclusão 6 reforça a necessidade de haver evidências acerca da aceitação/reconhecimento pela comunidade dos Estados como um todo⁵², isto é, não se presumem⁵³.

Em detalhe, no que tange à expressão “comunidade dos Estados como um todo”, a CDI fixou o entendimento de não ser necessária a manifestação da totali-

⁴⁶ NASSER, Salem Hikmat. Jus cogens: ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9658/Salem%20Hikmat%20Nasser.pdf>. Acesso em: 07 maio 2022.

⁴⁷ BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of jus cogens. *European Journal of International Law (EJIL)*, Florença, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008. Disponível em: <http://www.ejil.org/archive.php?issue=84>. Acesso em: 20 maio 2022. p. 495.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁵³ VIRALLY, Michel. Réflexions sur le jus cogens. *Annuaire Français de Droit International*, v. 12, p. 5-29, 1966. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1966_num_12_1_1868. Acesso em: 20 jun. 2022.

dade dos Estados: uma vasta maioria bastaria⁵⁴. Isto é, uma vez evidenciado o consenso entre seus integrantes, o requisito estaria preenchido⁵⁵.

Em seus comentários à Conclusão 7, a CDI afirmou não se tratar de uma questão mecânica, quantitativa, mas sim, de representatividade na sociedade internacional, numa extensão que retrate “regiões, sistemas legais e culturas”⁵⁶. Essa não é uma proposta inteiramente nova. À época das discussões do projeto da CVDT, aventou-se a citada possibilidade: o representante de então da Austrália propôs que “as regras apenas poderiam ser consideradas como tendo o status de *jus cogens* se existisse a concorrência substancial de Estados pertencentes a todos os principais sistemas jurídicos”⁵⁷.

Tal posição, então defendida, consistiu em um passo relevante para melhor esclarecimento dos requisitos formadores do conceito de *jus cogens*, porém a CDI poderia ter avançado mais. Esse ponto, inclusive, gerou inquietação e questionamentos por alguns Estados, entre eles a Colômbia — que afirmou ser importante um melhor esclarecimento do que se reputa por larga maioria —, a Rússia — que concordou com a questão da representatividade global, porém não havia restado claro como isso seria apurado — e Singapura — propôs a expressão que denota a representatividade ser deslocada dos comentários para o texto da conclusão em si⁵⁸.

Essa proposta singapurense foi parcialmente acolhida pelo relator e pela Comissão, conferindo nova redação à Conclusão 7, parágrafo 2: “*acceptance and recognition*

by a very large and representative majority of States is required for the identification of a norm as a peremptory norm of general international law (jus cogens) [...]”⁵⁹.

A alteração textual foi louvável, mas, ainda, incompleta e imprecisa. Preferível seria se houvesse inclusão da expressão utilizada pela própria Comissão nos seus comentários já retroexpostos: representativa de “regiões, sistemas legais e culturas”⁶⁰.

Sem embargo, teria sido interessante, ademais, a CDI haver especificado um percentual/proporção objetivamente aferível (*e.g.* 70, 90%; 2/3, 4/5 etc.) em relação ao que seria considerado vasta maioria, com base na experiência prática histórica dos Estados. Não estaria a “mecanizar” a análise, tampouco a fixar critério novo, inexistente na CVDT. Em verdade, estaria a esclarecer, com parâmetro claro e direto, a expressão “comunidade dos Estados como um todo”, já exteriorizada na referida convenção, de forma mais eficaz e trazendo maior segurança jurídica, sedimentada em evidências da práxis global.

Ainda, ao inserir um dado objetivo, não seria necessário excluir a ideia de representatividade nas e entre as regiões do globo — com a qual se concorda. Poderiam ser informações complementares, em prol de uma melhor identificação e aprimoramento do instituto *jus cogens*.

Destaque-se, outrossim, que somente os Estados estão aptos a formar, por meio de seus atos, as normas cogentes. Ou seja, as organizações internacionais intergovernamentais e outros atores internacionais não estatais não possuem a capacidade para cristalizar as normas *per se*, porém podem auxiliar a verificação da aceitação/reconhecimento e a contribuição para a contextualização⁶¹.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁵⁵ CITTADINO, Rodrigo Cerveira. Os fundamentos do jus cogens internacional. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 3-24, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesis-juris/issue/view/271/showToc>. Acesso em: 04 dez. 2022. p. 14.

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 168.

⁵⁷ HOSSAIN, Kamrul. The concept of jus cogens and the obligation under the U.N. Charter. *Santa Clara Journal of International Law*, Santa Clara, v. 3, n. 1, p. 71-98, 2005. Disponível em: <http://digital-commons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011%context=scujil>. Acesso em: 08 jun. 2022. p. 81.

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967*. Peremptory norms of general international law (jus cogens): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens). 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022. p. 2.

⁶⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 168.

⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

Essa conclusão ajudou a elucidar qual o papel de organizações internacionais e de atores não estatais para o nascimento de uma norma cogente. Nada impede que futuramente se estenda a mesma legitimidade detida pelos Estados a outros componentes da sociedade internacional, visto ser esse o padrão evolutivo do Direito e das relações internacionais observado nos últimos tempos, mas, por ora, é uma atribuição exclusiva dos Estados.

Quanto aos meios de evidência da aceitação/reconhecimento, a CDI considera válido “qualquer material capaz de expressar ou refletir as visões dos Estados”⁶². A conclusão n.º 8, parágrafo 2, aponta, a título exemplificativo, as seguintes:

declarações públicas em nome dos Estados; publicações oficiais; opiniões legais governamentais; correspondências diplomáticas; previsões constitucionais; atos legislativos e administrativos; decisões de cortes nacionais; previsões em tratados; resoluções adotadas por organizações internacionais ou numa conferência intergovernamental; e outras condutas dos Estados⁶³.

Portanto, embora o *jus cogens* se limite às ações e declarações estatais — expressas ou tácitas —, admitem-se diversas formas de tais manifestações — escritas ou verbais —, por meio dos mais variados órgãos que compõem o aparato estatal. Logo, percebe-se como é de vital importância que os agentes estatais de todos os níveis (federal, estadual, distrital e municipal)⁶⁴ e esferas de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) sejam instruídos sobre o *jus cogens* e estejam atentos ao desempenharem suas funções para que não incorram em atos/declarações incompatíveis com normas cogentes. Com isso, previnem-se eventuais desavenças políticas e, inclusive, responsabilização internacional.

Além dessas, subsidiariamente — pois não expressam diretamente a visão estatal — poderiam ser men-

cionadas as sentenças das cortes e tribunais internacionais — especialmente da CIJ —, as decisões de cortes nacionais e os trabalhos de estudiosos altamente gabaritados e de grupo de especialistas estabelecidos por Estados ou por Organizações Internacionais⁶⁵ — a exemplo da própria CDI.

A grande inovação do *Draft* de 2022, em relação ao de 2019, foi a inclusão da menção expressa às decisões das cortes nacionais. Novamente, evidencia-se que o labor do corpo de agentes estatais, atuantes no âmbito interno, possui reflexos na seara internacional, nesse caso de caráter subsidiário para auxiliar a determinação do *jus cogens*.

Com efeito, mais uma vez, a figura do Estado, ainda que indiretamente, mostra-se fundamental. Em todas as situações mencionadas, há a capacidade de o Estado participar no âmbito interno e no âmbito internacional, seja a possível vinculação a uma jurisdição de corte internacional, seja o ser membro de organização internacional intergovernamental. Contudo, atos e declarações das organizações privadas, ainda que gozem de alto prestígio internacional, a exemplo da *International Chamber of Commerce* (ICC) e da *Humans Right Watch*, não são capazes de servir como meios para determinação da existência/inexistência, aceitação/reconhecimento do *jus cogens* internacional, conforme resta claro dos comentários da CDI: “as organizações privadas que não tenham mandato intergovernamental não estão incluídas na categoria de corpo de especialistas”⁶⁶.

2.2.3 Consequências legais: tratados e outras fontes jurídicas (Conclusões 10 a 16)

A consequência principal do *jus cogens*, mais notória e de maior reconhecimento pela sociedade internacional, é a invalidação de tratados que estejam em oposição à norma cogente. Ou seja, caso um tratado afronte, dire-

⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 168.

⁶³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967*. Peremptory norms of general international law (jus cogens): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens). 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022. p. 2-3.

⁶⁴ Evidentemente tal consideração é pertinente para aqueles Estados que adotam a forma federativa em suas Constituições.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967*. Peremptory norms of general international law (jus cogens): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens). 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 173.

ta ou indiretamente, uma norma cogente já existente, aplicar-se-á a Conclusão 10, parágrafo 1, a qual segue o preceituado no artigo 53 c/c art. 71, 1 da CVDI⁶⁷: todo o tratado será declarado nulo *ab initio* e todas suas disposições carecerão de efeito legal, ainda que apenas uma ou poucas de suas cláusulas sejam as violadoras⁶⁸. Os atos eventualmente executados, de boa-fé, devem ser terminados e suas consequências, na medida do possível, eliminadas, bem como as relações entre os Estados — envolvidos no tratado invalidado — devem ser reajustadas para restarem em conformidade com o *jus cogens*. Assim, nesse ponto em específico, trata-se “não de uma obrigação de resultado, mas sim de conduta”⁶⁹.

Por outro lado, caso o tratado seja celebrado e, apenas supervenientemente, surja uma norma de *jus cogens*, colocando o tratado, total ou parcialmente, em oposição a ela, deverá incidir o parágrafo 2 da Conclusão 10, cuja inspiração é o disposto no art. 64 c/c art. 71, 2 da CVDI⁷⁰. A nulidade será declarada *ex nunc*, em caráter não retroativo, e, excepcionalmente, pode atingir, apenas, os pontos que estejam em dissonância com o *jus cogens*, ou seja, a divisibilidade pode vir a ser admitida. Ademais as consequências ou direitos, advindos de atos

originados de um tratado que se tornou inválido pela superveniência de uma norma *jus cogens*, continuam a operar seus efeitos “na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral”⁷¹.

Essa solução já era conhecida, apresentada pela própria CDI à época da construção da CVDI de 1969, porém foi salutar a sua rememoração expressa nas conclusões do recente *Draft*. A saída dada pela CDI é bastante coerente, considerando-se que, no primeiro caso, os sujeitos do Direito Internacional já estão cientes da existência da norma cogente. Sendo assim, já lhes é vedado pactuar em sentido oposto a ela. Já na segunda situação, a norma cogente é superveniente, de modo que se faz necessária a busca da preservação da vontade soberana dos Estados naquilo que não contrarie o *jus cogens*.

Contudo, a divisibilidade anunciada somente ocorrerá se for possível separar a aplicação da norma em conflito com o *jus cogens* do restante das normas do tratado, ou seja, se as outras não forem dela dependentes; não constitua base essencial do consentimento do Estado no tratado; e que a continuidade do restante do tratado não seja injusta, isto é, mantenha-se o equilíbrio dos direitos e obrigações estipulados no tratado⁷².

A República da Colômbia suscitou o seguinte questionamento: no caso da nulidade de tratado decorrente do surgimento de *jus cogens* superveniente, qual o momento para apurá-la? No momento da emergência da norma cogente ou após o término do procedimento estabelecido na Conclusão 21?⁷³ O relator respondeu:

de uma forma básica, a resposta deve ser que a invalidade, e os efeitos da invalidade não são dependentes do procedimento. Então, como questão de direito material, se um tratado é objetivamente contrário a recém-surgido jus cogens [aquele que emerja], o tratado se torna imediatamente inválido e as consequências listadas na conclusão 12, termi-

⁶⁷ Artigo 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral [...].

^{Art. 71, 1.} No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a:

^{a)} eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e

^{b)} adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral.

⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁶⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 180.

⁷⁰ Art. 64. Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

^{Art. 71, 2.} Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado:

^{a)} libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado;

^{b)} não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.

⁷¹ BRASIL. *Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

⁷² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

nação e dispensa das obrigações, imediatamente ganham efeito. Porém, isto não significa que qualquer Estado é livre para fazer sua própria determinação sobre quando esta situação objetiva tenha ocorrido. O propósito da conclusão 21 é, então, precisamente o de prevenir esta autointerpretação. De qualquer forma, o Relator Especial concorda com a visão geral da Colômbia, isto é, que as consequências da nulidade são ativadas tão logo a norma peremptória emerge. No entanto, na visão do Relator Especial, não é necessário expor isto no texto da conclusão, e é algo que pode ser explicado nos comentários.⁷⁴

Por ela nota-se o anseio do relator de compatibilizar uma norma com a outra, construindo uma solução coerente e razoável. De fato, a nulidade operar-se-ia desde a emergência do *jus cogens* — haja vista a incompatibilidade deste com o conteúdo do tratado pregresso —, ainda que a declaração/reconhecimento da nulidade venha a ser em momento posterior, após superado o trâmite procedimental da Conclusão 21. Com isso dá-se relevância para a instauração e prosseguimento dos atos procedimentais até o seu deslinde, justamente porque, ao final, pretende-se e espera-se ter um entendimento comum, ou determinado por terceiro imparcial no caso de ser submetido o impasse à CIJ ou arbitragem, acerca da nulidade.

Outro efeito das normas cogentes recai sobre as reservas em tratados: estas não têm o condão de retirar a vinculabilidade e imperatividade da norma cogente. Conforme a CDI, a regra convencional, mesmo que reflita uma disposição cogente, não a é em si mesma, ou seja, tem existências separadas⁷⁵. Nesse sentido, a Comissão, ao explicitar o motivo de adoção da Conclusão, entra em contradição com uma de suas conclusões anteriores: aquela na qual se estabeleceu que cláusulas de convenções internacionais podem, *per se*, instituir nova norma de direito internacional geral de caráter imperativo. Nesses casos, a própria cláusula constitui a norma cogente, havendo, pois, identidade entre elas.

Conforme o artigo 2, 1, d) da CVDT, a reserva é ato unilateral do Estado que visa modificar ou excluir

efeitos, para si, de uma dada norma presente em tratado (multilateral). Sendo assim, a justificativa deveria ser, em verdade, que o próprio intuito do instituto jurídico mencionado não se coaduna com a imperatividade objetiva da norma, pois estar-se-ia a privilegiar a vontade de um sujeito, em detrimento da continuidade de uma norma que expressa um valor fundamental da sociedade internacional. Assim, a manifestação de reserva é proibida frente a normas *jus cogens* — quer cristalizadas por costumes internacionais, princípios gerais de direito ou norma convencional — fato que faz prescindir (mas não obsta a sua inclusão) de cláusula expressa no texto convencional informando tal vedação.

As reservas, tampouco, podem ser apostas a dispositivos de tratados que com isso impliquem violação à norma *jus cogens*, ou reservas que buscam afastar efeitos de cláusulas do tratado quando isso acarrete contrariedade a alguma norma cogente⁷⁶. Assim, a reserva provoca um conflito indireto com uma regra *jus cogens*, quando, por exemplo, “tenciona excluir uma categoria de pessoas de se beneficiarem de certos direitos garantidos por um tratado”⁷⁷.

Por outro lado, é cediço que os efeitos das normas cogentes também alcançam outras fontes jurídicas internacionais, tais como o costume. Seguindo a mesma lógica aplicada aos tratados, o costume não é considerado formado — ainda que se vislumbrem seus dois elementos constitutivos⁷⁸ — se estiver em contraposição a *jus cogens*. Caso já existente e subsequentemente venha a ser cristalizada uma norma cogente, o costume cessa os seus efeitos naquilo que conflite com o *jus cogens*. Outrossim, a regra do objetor persistente não se aplica em face de normas imperativas já vigentes, porém, se o número de Estados que objetem a pretensa norma de

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022. p. 39.

⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967*. Peremptory norms of general international law (*jus cogens*): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*). 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 181.

⁷⁸ Portar-se, de forma comissiva ou omissiva, reiteradamente num mesmo sentido, aliado à convicção estatal de que aquela conduta é juridicamente vinculante, isto é, capaz de constituir, modificar ou excluir direitos e obrigações.

jus cogens constituir uma vasta maioria, poderia impedir a aceitação e o reconhecimento da sociedade internacional, necessários à elevação da norma ao *status cogente*⁷⁹.

Reitera-se a crítica que se fez à Conclusão n.º 7 acerca da expressão “sociedade internacional como um todo” que, para configurá-la, seria suficiente uma vasta maioria. Ou seja, perdeu-se uma boa oportunidade de melhor detalhar, com critérios objetivamente aferíveis, o que seria essa vasta maioria.

A mesma abordagem aplicada aos tratados e costumes internacionais repete-se para os casos de atos jurídicos unilaterais autônomos que veiculam obrigações assumidas pelos Estados. Se, em oposição à norma imperativa, não serão capazes de criar a obrigação a que correspondia; no caso de norma cogente surgir *a posteriori*, então os atos deixam de existir e de operar seus efeitos naquilo que conflitarem com a norma superior⁸⁰.

Ponto polêmico é a Conclusão 16, cujo objetivo é regular os atos de organizações internacionais nos seguintes termos: “uma resolução, decisão ou outro ato de uma organização que de outra forma iria ter efeito vinculante não cria obrigações perante o direito internacional se, e na extensão em que, conflite com norma de direito internacional geral (*jus cogens*)”.

Depreende-se da aludida Conclusão que os atos, decisões e resoluções de organizações internacionais, capazes de criar obrigações jurídicas com efeito vinculante e que conflitem com *jus cogens*, deixam de existir e de operarem seus efeitos, incompatíveis com a norma superior⁸¹. Todavia, a citada diretriz não faz distinção entre o *jus cogens* já consolidado ou aquele que venha a se cristalizar após a edição ou execução do ato.

Em que pese as organizações internacionais não poderem criar *jus cogens*, é certo e indubitado que devem respeitá-lo tanto quanto os Estados. Em uma dada passagem do relatório, a CDI argumenta que a regra ex-

posta na Conclusão 16 se coaduna com os parágrafos segundos das conclusões 14 e 15 — os quais versam, respectivamente, sobre a nulidade de costumes e atos unilaterais estatais que choquem com *jus cogens* por surgimento superveniente deste⁸². Em tais casos, como há pouco se apontou, incorre, justificada e corretamente, a aplicação da regra da separabilidade.

Porém, da forma como ficou redigida a Conclusão 16, a regra da separabilidade poderia ser aplicada mesmo quando o ato, decisão ou resolução da organização internacional já fora exarado ou praticado em contradição à norma imperativa já existente — o que quebraria, nesse aspecto, a coerência lógica empregada pelo Esboço. Com efeito, não houve uma justificativa efetiva da razão de ter se optado por uma construção diferente, apenas, para os atos de organizações internacionais.

A inclusão nos comentários da CDI dos atos do Conselho de Segurança da ONU (CSONU) gerou bastante divergência sobre a Conclusão 16. Para alguns membros da ONU, como Estados Unidos, Reino Unido e China, seria inadequado fazer a referência, pois poderia dar margem para diminuir a efetividade das decisões do CSONU, ou seja, os Estados não as cumprirem, alegando serem violadoras de *jus cogens*⁸³. Em contrapartida, houve Estados, entre eles o Brasil, que advogaram pela manutenção da menção do CSONU nos comentários, para deixar claro que mesmo tal órgão deve se pautar pela observância das normas cogentes⁸⁴.

Buscando solucionar esse impasse, o relator concordou com uma sugestão da Espanha e da África do Sul e propôs a manutenção da menção dos atos do CSONU nos comentários — por considerá-la importante —, porém esclarecendo que não seriam permitidas “invocações unilaterais para evitar obrigações decorrentes de

⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁸² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁸³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁸⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022. p. 39.

resoluções do Conselho de Segurança”⁸⁵. Embora se veja como excesso de zelo, é preferível adotar a postura proposta pelo relator, especialmente para que não pairarem dúvidas e se evite que algum Estado utilize subterfúgios jurídicos, visando obstar aplicação de resoluções do CSONU contra si.

2.2.4 Consequências legais: responsabilidade internacional (Conclusões 17 a 19)

De acordo com a Conclusão 17, as obrigações decorrentes de normas imperativas são destinadas a todos os membros da sociedade internacional (*erga omnes*), portanto, todos têm interesse legal em vê-las cumpridas e fazê-las cumprir. Em razão disso, qualquer Estado é legitimado a tomar medidas para ver outro Estado ou organização internacional ser responsabilizado internacionalmente por infringência de alguma norma peremptória⁸⁶.

Não poderia ser diferente, uma vez que a observância de normas cogentes é obrigação de todos e é dever também de todos buscar que essas normas sejam respeitadas pelos demais. A infração de uma norma cogente pode impactar, diretamente, apenas alguns, mas, com certeza, impacta, ainda que indiretamente, a todos, pois fere algum valor fundamental essencial à sociedade internacional. Logo, o Princípio da Solidariedade Internacional se expressa, dentre outras formas, por meio de normas *jus cogens*⁸⁷.

Com base no Projeto de Artigos Sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos de 2001, também elaborado pela CDI, estabeleceu-se uma distinção quando quem invoca é o Estado vítima do ato danoso ou um terceiro Estado qualquer: “o Estado

atingido pode reivindicar qualquer forma de reparação prevista no Capítulo II da Parte Dois” do referido documento⁸⁸, ou seja, restituição, compensação ou satisfação⁸⁹. Já um terceiro, apenas a cessação do ato e exigir garantias do Estado violador de que ele não tornará a repeti-lo, bem como a devida reparação ao(s) Estado(s) atingidos com a infração⁹⁰.

Ademais, de acordo com o artigo 26 do mesmo projeto referido, qualquer circunstância que poderia ser utilizada para isentar de responsabilidade o Estado não poderá ser invocada se estiver em desconformidade com obrigação decorrente de *jus cogens*. Assim, por exemplo, “um genocídio não poderia ser invocado como justificção para a prática de um contra-genocídio”⁹¹.

Entretanto, o Projeto de Artigos Sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos de 2001 não foi convertido em convenção multilateral, tampouco aprovado definitivamente como Resolução pela AGONU⁹². Mesmo assim, por ser um documento doutrinário (fruto do labor da CDI), em que se faz uma compilação de costumes internacionais e por já ter sido utilizado pela CIJ para fundamentar decisões⁹³, pode ser

⁸⁵ Tradução livre do trecho: “*unilateral invocation to avoid obligations under Security Council resolutions*”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/CN.4/747. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022. p. 52.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/74/10. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁸⁷ ANDRADE, Isabela Piacentini. Responsabilidade internacional do Estado por violação do jus cogens. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 5, n. 5, p. 4-32, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/8389>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/74/10. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 192.

⁸⁹ A restituição tem por objetivo trazer a relação ao cenário anterior à violação, isto é, ao *status quo ante*. Por isso é, em regra, a preferível, embora nem sempre seja possível. Na compensação, o foco é financeiro: é compensar a vítima pelo dano sofrido, quer porque a restituição era impossível, quer porque insuficiente. Por fim, a satisfação repara a vítima no aspecto moral, haja vista ser exemplo dela um pedido de desculpas ou reconhecimento do equívoco pelo Estado violador. ANDRADE, Isabela Piacentini. Responsabilidade internacional do Estado por violação do jus cogens. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 5, n. 5, p. 4-32, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/8389>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/74/10. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/74/10. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 193.

⁹² ANDRADE, Isabela Piacentini. Responsabilidade internacional do Estado por violação do jus cogens. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 5, n. 5, p. 4-32, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/8389>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁹³ ANDRADE, Isabela Piacentini. Responsabilidade internacional do Estado por violação do jus cogens. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 5, n. 5, p. 4-32, jan./jun. 2007. Disponível em:

considerado para fins de subsidiar interpretações acerca das consequências do *jus cogens*.

Mais adiante, a Conclusão 19 prevê a figura da “séria violação de obrigação de norma imperativa”, assim considerada a que “envolve falha flagrante ou sistemática do Estado responsável por observar a obrigação”⁹⁴. Em tais casos, nenhum Estado deve reconhecer a situação como legal, tampouco apoiá-la ou ajudar a mantê-la, ao revés, deve-se cooperar para pôr fim à violação⁹⁵, por meio de meios legitimamente aceitos pelo direito internacional. A cooperação cogitada se torna, ainda, mais importante no âmbito de organizações internacionais, posto serem concebidas para funcionar como foro de debate e concórdia, em reforço e benefício do direito internacional e das relações internacionais amistosas.

A Conclusão 19 foi nitidamente inspirada pelo Projeto de Artigos Sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos de 2001, com redação muito próxima à dos artigos 40 e 41 deste documento⁹⁶.

Mesmo assim, houve questionamento da Colômbia sobre a delimitação da locução “séria violação”, pois não teria sido claramente explicada nos comentários ao *Draft*. Além disso, poderia se interpretar que não surgiriam as obrigações há pouco mencionadas quando a violação ao *jus cogens* não seja enquadrada como “séria”.

<https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/8389>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁹⁴ Texto original da Conclusão 19, 3: “*A breach of an obligation arising under a peremptory norm of general international law (jus cogens) is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil that obligation.*”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 193.

⁹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁹⁶ *Article 40. 1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. 2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.*

Article 41. 1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40. 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation. 3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Responsibility of States for internationally wrongful acts of 2001*. 2005. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

Para o Estado colombiano, toda violação a *jus cogens* é uma violação séria, logo, não se deveria manter o adjetivo, gerando distinção entre violações de normas imperativas. Em linha similar, foi a visão de Polônia e Egito⁹⁷.

O relator expressamente afirmou concordar com a declaração de que “todas as violações de normas peremptórias são sérias”⁹⁸, porém preferiu manter o texto como estava, sob o argumento de que houve divergências de visões: outros Estados não se opuseram à Conclusão 19 e outro grupo que recomendou a exclusão completa dela⁹⁹.

Com efeito, concorda-se com o posicionamento colombiano, polonês e egípcio, para se evitar a criação de categorias distintas de violações de *jus cogens*. Ademais, nota-se que o esboço da CDI, a pretexto de identificar a “séria violação de obrigação de norma imperativa”, valeu-se de conceitos vagos que somente poderão ser preenchidos nos casos concretos. Num âmbito doméstico, tal abordagem seria até reputada como compreensível e aceitável, pois há autoridades constituídas com poderes e competências bem definidas. Porém, no cenário internacional, no qual os Estados detêm amplos poderes e não se subordinam a nenhuma autoridade superior, quanto menos conceitos vagos, melhor. Ou seja, seria preferível o estabelecimento de critérios objetivos mais detalhados, pois estes seriam menos suscetíveis a interpretações dissonantes e favoreceriam a segurança jurídica nas relações internacionais.

⁹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

2.2.5 Previsões gerais: interpretação e procedimento recomendado (Conclusões 20 e 21)

No que tange às violações de normas de *jus cogens*, é importante salientar que, para descobrir se uma norma comum (convencional, costumeira etc.) viola uma norma imperativa, é feita uma análise interpretativa delas. Conforme se depreende da Conclusão 20, tal exercício intelectual deve ser realizado buscando-se, na medida do possível, dar conformidade às normas imperativas¹⁰⁰, pois é esta a bússola axiológica daquelas. Não somente a interpretação, como também a aplicação da norma em si, deve seguir a mesma diretriz. A interpretação e/ou aplicação em consonância com a norma imperativa nem sempre se mostrará possível e, em tais casos, a norma inconsistente com *jus cogens* deverá ser invalidada¹⁰¹.

Essa Conclusão traz a ideia de se adotar o Princípio da Interpretação conforme ao *jus cogens*, isto é, a que busca adequar o *jus dispositivum* ao parâmetro cogente, tentando manter a integridade daquele, sempre que possível.

Sobre o tema procedimental, na versão provisória, de 2019, a conclusão de n.º 21 estava intitulada “*Procedural requirements*”, mas na última atualização encontra-se como “*Recommended procedure*”. Nota-se que houve uma suavização da expressão utilizada, isto é, naquela oportunidade, denotava um conjunto de procedimentos obrigatórios a serem seguidos; nesta evidencia-se uma recomendação, portanto, de cunho não vinculante para os Estados.

Tal mudança se deu porque alguns Estados, assim, solicitaram, entre os quais: Reino Unido, Grécia e Japão. Um dos argumentos foi que o esboço não se destina a se transformar num tratado internacional; ele veicula conclusões as quais serão expostas numa Resolução da AGONU¹⁰², portanto, destituída de caráter obrigatório.

¹⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967*. Peremptory norms of general international law (jus cogens): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens). 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁰¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹⁰² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law

Outro, oriundo do representante japonês, referiu-se ao fato de que o procedimento exteriorizado na Convenção de Viena (o qual é praticamente idêntico ao da Conclusão) não poderia ser estendido, com teor vinculante, aos demais Estados que não se submetam à Convenção¹⁰³, ou seja, a ela não aceitaram, ratificaram ou aderiram.

Nesse ponto, concorda-se com os argumentos invocados e com a alteração realizada. Embora se reconheça a importância do tema e de que o ideal, justamente por causa da proeminência do tema, seria tornar o procedimento obrigatório a todos, deve-se considerar as limitações do Direito Internacional face à prerrogativa soberana conferida aos Estados.

Ainda assim, a Conclusão 21 mantém a sua relevância, já que expõe parâmetros mínimos comuns de conduta procedimental, fato que, por si só, já é digno de elogio. Ademais, por serem calcados na já bem sedimentada e prestigiada CVDT, há grandes chances de os preceitos procedimentais expostos gozarem de boa legitimidade perante a sociedade internacional e serem, de fato, aplicados diante de um caso concreto.

O procedimento recomendado, para quando algum Estado entenda existir norma que deva ser invalidada ou terminada — pois violadora de norma imperativa —, tem por base aquele previsto nos artigos 65 e 66 da CVDT¹⁰⁴.

(jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁰³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁰⁴ Artigo 65 Processo Relativo à Nulidade, Extinção, Retirada ou Suspensão da Execução de um Tratado.

¹ Uma parte que, nos termos da presente Convenção, invocar quer um vício no seu consentimento em obrigar-se por um tratado, quer uma causa para impugnar a validade de um tratado, extingui-lo, dele retirar-se ou suspender sua aplicação, deve notificar sua pretensão às outras partes. A notificação indicará a medida que se propõe tomar em relação ao tratado e as razões para isso.

² Salvo em caso de extrema urgência, decorrido o prazo de pelo menos três meses contados do recebimento da notificação, se nenhuma parte tiver formulado objeções, a parte que fez a notificação pode tomar, na forma prevista pelo artigo 67, a medida que propôs.

³ Se, porém, qualquer outra parte tiver formulado uma objeção, as partes deverão procurar uma solução pelos meios previstos, no artigo 33 da Carta das Nações Unidas.

[...]

Artigo 66 Processo de Solução Judicial, de Arbitragem e de Conciliação.

Conforme a Conclusão 21, em suma, o Estado que alegar a ocorrência de alguma violação de *ius cogens* por outro(s) Estado(s) procederá à notificação deste(s), por escrito, indicando a medida a se adotar. Não havendo objeções, no lapso não menor que três meses (salvo em casos de especial urgência), poderá, então, executar a medida proposta. Por outro lado, se objeção houver, deverá em conjunto com o(s) outro(s) Estado(s) envolvido(s), tentar solucionar pacificamente, por meio de algum dos meios de soluções de controvérsias elencados no art. 33 da Carta das Nações Unidas¹⁰⁵ — dentre os quais negociação, conciliação e mediação.

Se, mesmo em doze meses, não alcançarem concórdia, poderá haver a submissão do caso à CIJ ou a algum outro meio que profira decisão vinculante, tal como a arbitragem. Tudo isso, sem desconsiderar as regras procedimentais já contidas na CVDT de 1969, as pertinentes da CIJ ou outras acordadas pelos Estados para resolução de diferendos¹⁰⁶.

Assim, dependendo das circunstâncias, na sua reta final, pode chegar a algum Estado propor ação perante a CIJ contra o Estado que iniciou o procedimento. A CDI deixou claro que tal submissão não é obrigatória, tampouco estabelece jurisdição compulsória da Corte. Mas, se a CIJ for acionada, impedirá que o Estado que reclama a invalidade da norma aplique as medidas que desejava até o final deslinde do feito, e apenas nos limites que a CIJ estabelecer¹⁰⁷.

⁹⁶ nos termos do parágrafo 3 do artigo 65, nenhuma solução for alcançada, nos 12 meses seguintes à data na qual a objeção foi formulada, o seguinte processo será adotado:

⁹⁹ qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem. [...]

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967*. Peremptory norms of general international law (jus cogens): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens). 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967*. Peremptory norms of general international law (jus cogens): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens). 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report

Percebe-se que a CDI firmou uma posição conservadora, ao não admitir a submissão de reclamação à CIJ sem a concordância expressa de todas as partes envolvidas. Mais uma vez, a sistemática principiológica do Direito Internacional dificulta interpretação contrária. Imagine-se a situação em que um dos Estados sequer reconheça a jurisdição da CIJ. Como justificar, nesse caso, que ele possa ser acionado perante a Corte?

De outra sorte, considerando-se os Estados envolvidos também partes da CVDT, segundo a redação do art. 66, “a”, da CVDT de 1969, ao permitir qualquer das partes a submeter a controvérsia “à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem”. Ressalte-se que essa permissão da CVDT é restrita às discussões que envolvam “aplicação ou interpretação dos artigos 53 e 64”. Como se percebe, a CVDT, de fato, não obriga a qualquer das partes a ingressar com uma ação perante a CIJ; mas as autoriza. A Convenção exige o duplo consentimento apenas para afastar a jurisdição da Corte e reconhecer a de um árbitro ou tribunal arbitral em seu lugar¹⁰⁸.

É pertinente expor-se argumento crítico, em prol do desenvolvimento do direito internacional e em benefício da sociedade internacional. Assim, mantendo-se, caso uma solução autocompositiva não seja alcançada dentro dos doze meses estabelecidos pela convenção, como poderiam chegar a uma resolução pacífica dessa controvérsia? Subentende-se, pois, que estariam os Estados autorizados a adotar medidas unilaterais em

on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹⁰⁸ Pela redação do artigo em inglês, francês e espanhol (idiomas autênticos da Convenção) é possível chegar-se a mesma conclusão. Em inglês: “Any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of article 53 or 64 may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision unless the parties by common consent agree to submit the dispute to arbitration”; Em francês: “oute partie à un différend concernant l’application ou l’interprétation des articles 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d’un commun accord de soumettre le différend à l’arbitrage”; Em espanhol: “cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje”. Para todas as versões: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. *Treaty Series*, v. 1155, 1987. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/v1155.pdf>. Acesso em: 18 maio 2022.

face do(s) Estado(s) pretensamente violador(es) do *jus cogens*. Dita solução privilegia a autoridade dos Estados, ao passo que enfraquece a da CIJ, o que pode levar ao acirramento político das diferenças entre os Estados envolvidos, ademais de não necessariamente viabilizar a resolução da controvérsia que, recorde-se, é de interesse de toda a coletividade.

Em verdade, o ideal seria que não somente os Estados diretamente atingidos, mas também qualquer membro da sociedade internacional pudesse provocar a Corte, caso não atingido o comum acordo do diferendo por outros meios. Tal possibilidade encontra lastro na conjugação do art. 66, “a” da CVDI com o art. 48 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos, elaborado pela CDI em 2001.

Nesse último documento, admite-se que qualquer Estado (ofendido ou mesmo um terceiro Estado não diretamente atingido) busque a cessação de atos ilícitos praticados por outro Estado que violem normas imperativas de direito internacional geral¹⁰⁹. Como a violação ao *jus cogens* é considerada uma ofensa a toda comunidade internacional, além dos Estados diretamente afetados pela infração, também qualquer outro Estado¹¹⁰ integrante da sociedade internacional teria legitimidade para ser considerado parte na controvérsia e com isso iniciar procedimentos — inclusive judicial — com vistas a buscar a cessação dos atos e/ou reparação dos danos causados pelo Estado e/ou agente infrator¹¹¹.

¹⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/RES/56/83. Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee on responsibility of States for internationally wrongful acts. 2002. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/56/83>. Acesso em: 12 maio 2022.

¹¹⁰ Antonio Cassese chega a defender que até mesmo pessoas físicas e jurídicas nos domínios domésticos poderiam ser entendidas como legitimadas. CASSESE, Antonio. For an enhanced role of *jus cogens*. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171. Contudo, neste ponto em específico, não se compartilha do mesmo entendimento.

¹¹¹ CASSESE, Antonio. For an enhanced role of *jus cogens*. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171.; PARKER, Karen; NEYLON, Lyn Beth. *Jus cogens: compelling the law of human rights*. *Hastings International and Comparative Law Review*, San Francisco, v. 12, n. 2, p. 411-463, 1989. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1234&context=hastings_international_comparative_law_review. Acesso em: 15 jul. 2022.

Sobre esse tema, segundo Antonio Cassese, numa controvérsia na qual um dos Estados invoca *jus cogens* como justificativa para embasar a sua conduta ou exigir a do outro, a parte que o invoca deveria já estar preparada para a possibilidade de discussão arbitral ou jurisdicional. É dizer, tratar-se-ia de se admitir a jurisdição obrigatória da Corte:

se uma parte alega que sua reclamação legal é baseada numa norma peremptória e a outra parte disputa a sua existência, o ‘interesse da comunidade’ na resolução pacífica de controvérsias (um corolário da ênfase da paz tão intensamente posto na Carta das Nações Unidas) deveria levar os Estados a aceitar a adjudicação de tais disputas. [...] Neste caso, a disputa envolveria alegadamente valores universais vinculantes a toda a comunidade internacional; seria uma disputa que acarreta preocupações coletivas. Se é assim, há um interesse coletivo na resolução judicial de tais disputas. Em outras palavras, neste caso não se está diante de uma disputa sobre uma previsão legal ou regra de direito internacional ‘ordinária’; ao contrário, se está diante de uma controvérsia sobre valores fundamentais de toda a sociedade mundial. Segue que os Estados não deveriam ser permitidos valer-se de suas prerrogativas soberanas e recusar submeter-se à CIJ. Eles devem estar preparados para ir à corte¹¹².

Tal interpretação é bastante pertinente e condizente com a própria essência e finalidade das normas cogentes. De fato, não faz sentido tratar as controvérsias de interesse geral da coletividade da mesma forma como são tratadas aquelas que dizem respeito, apenas, a alguns poucos interessados. Isto porque as controvérsias com base em *jus cogens* destoam das que envolvem normas dispositivas, de modo que merecem tratamento diverso e específico.

Nesse ponto, o obstáculo que se apresenta é que o Direito Internacional tem forte base voluntária. Para superar tal barreira, e converter o citado anseio em realidade, há duas opções há: I) transformar o projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos em um tratado internacional¹¹³,

¹¹² CASSESE, Antonio. For an enhanced role of *jus cogens*. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171. p. 170.

¹¹³ Isto não seria necessário se o art. 48 do citado Projeto fosse uma mera codificação de norma costumeira já consagrada, pois, assim, já existiria uma norma dispositiva vinculante anterior, cujo teor reproduz-se em um texto escrito, pouco importando se este é vinculante ou não. Ocorre que, como afirma Edneyse da Cruz, diferentemente de muitas outras cláusulas no Projeto, o art. 48 é entendido como um exemplo de desenvolvimento progressivo do direito internacional, isto é, algo novo que está sendo concebido no seio do labor da Comissão em prol de melhor tutelar as relações internacionais.

fato que, ao menos para os que forem partes da CVDT e desse novo acordo, permitirá o acionamento unilateral da jurisdição da Corte; II) reconhecer, por meio dos meios de evidência elencados no parágrafo 2 da Conclusão 8, a imperatividade do procedimento conjugado do art. 66, “a” da CVDT com o art. 48 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos, pois, assim, estaria a conferir meios hábeis para a tutela plena e efetiva do *jus cogens*.

Embora a segunda proposta seja preferível, por contemplar mais abrangente solução, é menos viável, ao menos no tempo presente, posto que, em decorrência do apego à soberania e suas prerrogativas inerentes, possivelmente encontraria forte objeção de membros da sociedade internacional. Destarte, a primeira seria a mais conveniente e factível como solução imediata, a possibilitar, com a vivência de sua aplicação no cotidiano internacional, mudança de olhar apta a abrir campo para a outra proposta ganhar espaço e ser consolidada.

Por sua vez, Cassese propôs a edição de uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, pela qual se estabelecesse uma submissão geral dos Estados à Corte Internacional de Justiça, quando a controvérsia versasse sobre aplicação e/ou interpretação de normas cogentes¹¹⁴. Não há dúvidas de que seria interessante haver um documento escrito, emanado por um órgão influente, de grande legitimidade e representatividade como é a AGONU, estabelecendo essa prerrogativa, porém tal proposta, ainda, seria insuficiente, dada a ausência de vinculabilidade característica das normas emanadas por tal instrumento.

Não quer dizer que uma resolução da AGONU não possa desempenhar papel fundamental sobre este tema. Por meio da resolução poder-se-ia reconhecer a imperatividade do procedimento, isto é, atestar algo que já é presente na realidade internacional, *jus cogens* já cristalizado, haja vista ser as resoluções de organizações internacionais um dos exemplos trazidos pela Conclusão 8, parágrafo 2 do *Draft* a funcionar como evidência legítima.

O que Cassese propõe é diferente: por meio da resolução, atribuir o caráter cogente ao procedimento. Entretanto, para emergência de *jus cogens*, como se viu, é necessária a norma de direito internacional geral (dotada de vinculabilidade) e a caracterização da *opinio juris cogentis* (atribuí à norma a imperatividade), sendo esta alcançada com a aceitação/reconhecimento de tal qualificação pela vasta maioria representativa da comunidade dos Estados como um todo, conforme disciplina a Conclusão 7, parágrafo 2 do *Draft*.

2.2.6 Previsões gerais: não exaurimento do tema e lista exemplificativa (Conclusões 22 e 23)

Já encaminhando-se para a reta final do Esboço, a Conclusão 22 esclarece que as consequências supracitadas são genéricas, sendo possível existir outras em decorrência de normas de *jus cogens* especificamente consideradas, a exemplo das oriundas de “proibição do genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, em particular as possíveis consequências para imunidade e jurisdição de cortes nacionais”¹¹⁵.

Na última conclusão, n.º 23, destaca-se que a CDI decidiu apresentar uma lista não exaustiva de normas cogentes, inseridas no anexo ao *Draft*. Não era o foco da CDI debruçar-se sobre uma lista de normas cogentes, pois isso demandaria um imenso esforço de estudo e pesquisa que fugiria ao propósito do seu trabalho atual¹¹⁶. Contudo, a Comissão achou interessante mencionar as normas imperativas já referidas pela CDI em outras oportunidades ao longo da história. O caráter não exaustivo reforça a existência de normas peremptórias ausentes da lista, bem como revela que outras podem vir a surgir no futuro, pois “a ordem delas não significa, de nenhuma forma, hierarquia entre si”.¹¹⁷ São as seguintes:

- a) proibição de agressão; b) proibição de genocídio;
- c) proibição de crimes contra a humanidade; d) as

CRUZ, Edneyse Coelho Nascimento da. *O projeto de artigos da CDI sobre responsabilidade internacional dos Estados por factos ilícitos: mero projeto?* 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/92715>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹¹⁴ CASSESE, Antonio. For an enhanced role of *jus cogens*. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171.

¹¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 203.

¹¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 207.

regras básicas de direito internacional humanitário; e) proibição de discriminação racial e *apartheid*; f) proibição à escravidão; g) proibição à tortura; h) direito à autodeterminação¹¹⁸.

O rol foi alvo de objeções por alguns Estados. Um argumento suscitado por China, Rússia, Itália, Israel, Uzbequistão foi o de que alguns exemplos listados não preencheriam os requisitos apresentados pela própria CDI no *Draft*. Outros, como Alemanha, Irã e Países Baixos, alegaram que basear a lista tão somente em menções anteriores da CDI não agrega muito. Por outro lado, houve aqueles que elogiaram a sua inclusão no texto — foi o caso do Brasil — e os que sugeriram a expansão dela — Micronésia, Áustria, Espanha¹¹⁹.

Quanto a isto, assim se expressou o relator:

esta discussão acima ilustra alguns pontos. Primeiro, a posição dos Estados de se deve ter uma lista ilustrativa é dividida da mesma maneira que foi dividida na Comissão, com a maioria dos Estados apoiando a lista, mas um não insignificante número de opositos. Segundo, alguns Estados que apoiam a lista preferem vê-la expandida. Terceiro, os argumentos postos a favor e contra são exatamente os mesmos dos levantados na Comissão. Para o Relator Especial, o resultado líquido desta dinâmica é que a conclusão, os seus comentários e o anexo devem manter-se os mesmos¹²⁰.

Na lista observa-se que a maioria dos exemplos apresentados se conecta, direta ou indiretamente, com normas que compõem o direito internacional dos direitos humanos, tendo a dignidade da pessoa humana como valor balizador. São normas conhecidas como *jus cogens pro homine*¹²¹. Apenas a proibição de agressão e o direito à autodeterminação estão mais alinhados com os

direitos atribuíveis aos Estados. Percebe-se que a enumeração está em harmonia com o que a doutrina, de uma maneira geral, apresenta como exemplos de normas imperativas de direito internacional geral¹²².

A CDI não estabeleceu se voltará a trabalhar o tema do *jus cogens* em outra oportunidade futura. Dado o silêncio, sugere-se que seria interessante haver acompanhamento permanente, ou ao menos periodicamente recorrente (*e.g.* a cada três ou cinco anos), em razão da importância da temática e dos impactos positivos que tais estudos podem trazer às relações internacionais contemporâneas. O objetivo seria atualizar as conclusões obtidas, caso fosse necessário, especialmente no pertinente à lista, podendo aumentar o rol ou até reduzi-lo, com base na experiência internacional observada.

¹¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10*. Report on the International Law Commission: seventy-first session. 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022. p. 208.

¹¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747*. Fifth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022. p. 69.

¹²¹ MARQUES, Miguel Ângelo. *Jus cogens pro homine*. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 65-79, 2018. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/issue/view/1982>. Acesso em: 12 jun. 2022.

¹²² De uma maneira geral, são eles: proibição de genocídio, da discriminação racial e *apartheid*, de tráfico de escravos, de atos de agressão, da ameaça ou uso da força fora das previsões da Carta da ONU, da tortura e da pirataria, de crimes contra a humanidade, de crimes de guerra; princípios da autodeterminação dos povos, da igualdade soberana, da não intervenção e do *pacta sunt servanda*; além de alguns direitos humanos, como o direito à vida, de acesso à justiça, *non-refoulement*. REMÓN, Florabel Quispe. Las normas de *jus cogens*: ausencia de catálogo. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, v. 28, p. 143-183, 2012. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/issue/view/84>. Acesso em: 12 maio 2022.; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content*. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 29-44, 2009. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/130/135>. Acesso em: 18 maio 2022.; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.; NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens*: ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9658/Salem%20Hikmat%20Nasser.pdf>. Acesso em: 07 maio 2022.; PARKER, Karen; NEYLON, Lyn Beth. *Jus cogens: compelling the law of human rights*. *Hastings International and Comparative Law Review*, San Francisco, v. 12, n. 2, p. 411-463, 1989. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1234&context=hastings_international_comparative_law_review. Acesso em: 15 jul. 2022.; FRIEDRICH, Tatyanna Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.; MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.; BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. *International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes*. *Law Contemporary Problems*, Durham, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol59/iss4/6>. Acesso em: 20 jun. 2022.

Cassese¹²³ e Squeff e Rosa¹²⁴ advogam atribuir o trabalho de reconhecer o *jus cogens* às cortes internacionais. Concorde-se com ditas opiniões, mas para ir além delas.

É inegável o papel que as cortes, especialmente a CIJ, podem ter sobre o desenvolvimento do tema. Contudo, para que se posicionem, exige-se a provocação pelos legitimados, em regra, os Estados. Assim, o labor desempenhado pela CDI ganha, ainda, maior prestígio, porque importa estudar e consolidar, num mesmo documento, várias abordagens, provenientes da ação estatal e da interpretação jurisdicional, capazes de nortear a atuação futura dos diversos atores e sujeitos do direito internacional.

Nesse sentido, sugere-se a criação de um grupo de trabalho especialmente voltado às peculiaridades do *jus cogens*, com estudo teórico, jurisprudencial e da prática dos Estados e organizações internacionais¹²⁵, numa espécie de observatório internacional. Assim, o *jus cogens* ganharia a devida consideração que merece da sociedade internacional e possibilitaria aferir fidedignamente a evolução do instituto.

3 Considerações finais

O tema *jus cogens*, há décadas, é um dos mais polêmicos no direito internacional. Porém, o recente esboço da CDI trouxe parâmetros pertinentes e oportunos para clarificar diversas questões e proporcionar maior segurança jurídica aos Estados e outros atores internacionais em suas relações.

Algumas das conclusões repetem disposições da CVDT de 1969, como no caso das constantes do n.º 2 (conceito) e do n.º 4 (critérios de identificação). Também há as que trazem informações óbvias, como a de n.º 6 (aceitação e reconhecimento de norma internacional geral é diferente de aceitação e reconhecimento de norma imperativa de direito internacional geral) e a de n.º 22 (podem existir outras conseqüências decorrentes de *jus cogens* especificamente considerados), porém, mesmo assim, são interessantes suas menções: marca-se um posicionamento, além de que não trazem qualquer prejuízo para a inteligência do restante das conclusões, ou seja, não há mal nenhum lembrá-las.

Contudo, a maioria delas aportou grande contribuição para a elucidação de aspectos obscuros como as de n.º 2 (natureza geral), n.º 5 (bases para norma de direito internacional geral) e n.º 8 (evidências da aceitação e reconhecimento), entre tantas outras.

Nenhum trabalho doutrinário é isento de críticas e/ou sugestões, e, nesse caso, também citam-se algumas: a) a CDI perdeu a oportunidade de traçar um critério objetivo para configuração da “vasta maioria” da comunidade internacional, necessária para se alcançar a imperatividade, prevista na Conclusão 7; b) a regra de separabilidade nos atos de organização internacionais foi formulada sem justificativa e em dissonância das aplicáveis aos tratados, costumes e atos unilaterais dos Estados; c) o caráter muito aberto, pouco explicado e inapropriado da expressão “séria violação de obrigação de norma imperativa” na Conclusão 19; d) por ser uma temática em constante evolução e de grande relevância para a sociedade internacional, deveria ser considerado o seu acompanhamento permanente, através de um grupo de trabalho da CDI especificamente voltado a tal fim; e) a lista exemplificativa poderia ser objeto de um trabalho específico no futuro com o objetivo de revisá-la, adequando-a, caso necessário, à realidade vigente.

¹²³ Referido autor enfoca o papel da Corte Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional. CASSESE, Antonio. For an enhanced role of jus cogens. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171.

¹²⁴ Elas abordam a temática sob a óptica da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estatuem: “*It follows, therefore, from the premise that, even though these rules are considered basic norms, with characteristics that go back to the natural order, they are formed by common interests, which are not rectilinear in all localities, so that, at the end, it is the courts that determine whether the content of a rule may have the characteristic of a ‘cogent norm’.* [...] *In this sense, recognizing the right to equality and non-discrimination as a jus cogens norm, as well as other advances, such as the abovementioned prohibition on disappearance and the related duty to investigate this crime, which emerge at the Inter-American level, is central to the contemporary scene of international law, which is evidently more heterogeneous (and is gradually becoming more concerned with the particularities of peripheral regions beyond the traditional central axis)*”. SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. Jus cogens: an european concept?: an emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 123-157, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/246>. Acesso em: 18 maio 2022. p. 131; 133.

¹²⁵ Posicionamento semelhante tem Cassese ao entender que cumpriria às organizações internacionais pronunciarem-se sobre a aceitação dos Estados acerca de determinadas normas como imperativas. CASSESE, Antonio. For an enhanced role of jus cogens. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171.

Por fim, somente com o esforço conjunto dos atores sociais — e em especial dos Estados¹²⁶ e das cortes internacionais — será possível implementar o objetivo pretendido pelas normas cogentes: guardar o núcleo de valores essenciais da sociedade internacional.

O Direito de uma forma geral, e o Direito Internacional, especificamente, é permeado pela política. Isto é, é “impossível tomar decisões substanciais no âmbito do direito que não implicariam nenhuma escolha política”¹²⁷. Em outras palavras, o direito, abstratamente considerado, pode servir como ponto de partida, mas ele, por si só, não é suficiente para solucionar eventuais controvérsias internacionais, sendo necessário socorrer-se de outras ciências, tais como a política, a economia, a história¹²⁸. Mais do que isso, o Direito Internacional é permeado por diferentes vertentes da política e variados interesses, evidenciados nos objetos de estudo e nas soluções apresentadas pelos campos de especialização existentes no Direito Internacional¹²⁹.

¹²⁶ Conforme Teixeira e Köche: “Na atual conjuntura, o Estado permanece sendo o grande protagonista: no plano doméstico, internacional ou transnacional. Seja em termos de produção normativa, como instância competente para firmar e cumprir acordos internacionais, seja como responsável pela implementação de políticas públicas internacionais, agente responsável pela observação dos direitos humanos”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; KÖCHE, Rafael. Um direito sem estado?: direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 86-100, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2561>. Acesso em: 30 nov. 2022.

¹²⁷ KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: a política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/246/showToc>. Acesso em: 04 dez. 2022. p. 25.

¹²⁸ KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: a política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/246/showToc>. Acesso em: 04 dez. 2022.

¹²⁹ A título de exemplo, apresenta-se a seguinte passagem de artigo de Koskenniemi: “pensemos em uma ocorrência internacional rotineira, como o transporte marítimo de produtos químicos perigosos. Tal ocorrência pode ser conceitualizada por, pelo menos, meia dúzia de vocabulários acompanhados pelo mesmo número de formas de especialização e tipos de preferência: direito do comércio, direito dos transportes, direito do meio ambiente, direito do mar, “direito químico” e direito internacional dos direitos humanos. Cada uma delas teria algo a dizer sobre o assunto, narrando-o como parte de um conjunto diferente de atividades, valores e prioridades humanas. O direito comercial poderia abordar os acordos comerciais entre os países e suas relações com terceiros. O direito dos transportes poderia destacar as relações jurídico-técnicas entre as diferentes partes em um único contrato de transporte e atribuir jurisdição de forma distinta entre os sistemas jurídicos aos quais elas se submetem. O

Portanto, um eventual caso concreto de violação de *jus cogens* poderia ser encarado com diferentes olhares, a depender do segmento jurídico especializado dentro do campo maior do Direito Internacional, cada qual com seus peculiares vocabulários e interesses. Ou seja, cada um dos ramos, e especialistas atuantes e tais áreas poderiam propor diferentes soluções para diferentes problemas identificados.

Isso ressalta o quão complexo, interdisciplinar e multifacetado é o direito internacional contemporâneo. Nesse sentido, o passo dado pela CDI foi de grande valia, trouxe uma imensa contribuição, porém, isoladamente, desatrelado da vontade política dos participantes do cotidiano das relações internacionais, não resolverá a problemática que envolve o instituto do *jus cogens*. Ou seja, a aplicação prática é o que, de fato, dará vida ao seu trabalho.

Ainda, não é possível saber como tais conclusões do Relatório serão implementadas, quais interpretações oficiais sobre elas serão feitas, quais as divergências que surgirão. O trabalho da CDI retirou larga parcela da grande nuvem que pairava sobre o instituto do *jus cogens*, e abriu caminho para um futuro em que o *jus cogens* seja aplicado na órbita internacional com segurança jurídica ou, pelo menos, com menor insegurança jurídica.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

direito ambiental poderia examinar a natureza da carga e as propriedades do meio ambiente por onde ela passa. O direito do mar poderia tratar da jurisdição do Estado costeiro e do Estado portuário, ou talvez dos padrões relevantes da Organização Marítima Internacional (OMI), enquanto o “direito químico” poderia pautar sua análise na perspectiva das melhores práticas, formas de operação padrão e posição econômica da indústria. Por fim, o direito internacional dos direitos humanos poderia concentrar-se nos perigos para as pessoas envolvidas na viagem, nas condições a bordo do navio e durante o desembarque da carga para as populações locais, e assim por diante”. KOSKENNIEMI, Martti. A política do direito internacional: 20 anos depois. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 30-40, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/246/showToc>. Acesso em: 04 dez. 2022. p. 34.

- ANDRADE, Isabela Piacentini. Responsabilidade internacional do Estado por violação do jus cogens. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 5, n. 5, p. 4-32, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/8389>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- BARBERIS, Julio Alberto. La liberté de traiter des Etats et le jus cogens. *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, v. 30, n. 1, p. 19-45, 1970. Disponível em: https://www.zaoerv.de/30_1970/30_1970_1_a_19_45.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.
- BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes. *Law Contemporary Problems*, Durham, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol59/iss4/6>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of jus cogens. *European Journal of International Law (EJIL)*, Florença, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008. Disponível em: <http://www.ejil.org/archive.php?issue=84>. Acesso em: 20 maio 2022.
- BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.
- CASSESE, Antonio. For an enhanced role of jus cogens. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing utopia: the future of international law*. Londres: Oxford University Press, 2012. p. 158-171.
- CHRISTENSON, Gordon A. Jus cogens: guarding interests fundamental to international society. *Virginia Journal of International Law*, v. 28, n. 585, p. 585-648, 1988. Disponível em: https://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/159. Acesso em: 10 maio 2022.
- CITTADINO, Rodrigo Cerveira. Os fundamentos do jus cogens internacional. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 3-24, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/issue/view/271/showToc>. Acesso em: 04 dez. 2022.
- CRUZ, Edneyse Coelho Nascimento da. *O projeto de artigos da CDI sobre responsabilidade internacional dos Estados por factos ilícitos: mero projeto?* 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/92715>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. El reconocimiento del jus cogens en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 41, n. 2, p. 555-587, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n2/art07.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022.
- FRIEDRICH, Tatyanna Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GAJA, Giorgio. Jus cogens beyond the Vienna Convention. *RCADI*, t. 172, p. 271-316, 1981.
- HOSSAIN, Kamrul. The concept of jus cogens and the obligation under the U.N. Charter. *Santa Clara Journal of International Law*, Santa Clara, v. 3, n. 1, p. 71-98, 2005. Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011%context=scujil>. Acesso em: 08 jun. 2022.
- KOSKENNIEMI, Martti. A política do direito internacional: 20 anos depois. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 30-40, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/246/showToc>. Acesso em: 04 dez. 2022.
- KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: a política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 5-29, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/246/showToc>. Acesso em: 04 dez. 2022.
- MARQUES, Miguel Ângelo. Jus cogens pro homine. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 65-79, 2018. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/issue/view/1982>. Acesso em: 12 jun. 2022.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NASSER, Salem Hikmat. Jus cogens: ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005. Disponível em: <https://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9658/Salem%20Hikmat%20Nasser.pdf>. Acesso em: 07 maio 2022.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/71/10. Report on the International Law Commission: sixty-eighth session.* 2016. Disponível em: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EFSRAC. Acesso em: 15 maio 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/72/10. Report on the International Law Commission: sixty-ninth session.* 2017. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/72/10>. Acesso em: 15 maio 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/73/10. Report on the International Law Commission: seventieth session.* 2018. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/73/10>. Acesso em: 15 maio 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/74/10. Report on the International Law Commission: seventy-first session.* 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/74/10>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/747. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur.* 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.4/L.967. Peremptory norms of general international law (jus cogens): texts of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading. Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens).* 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G22/339/00/PDF/G2233900.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/RES/56/83. Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee on responsibility of States for internationally wrongful acts.* 2002. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/56/83>. Acesso em: 12 maio 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission: membership.* 2022. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/ilcmembe.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission: structure of the commission.* 2022. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/structure.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Responsibility of States for internationally wrongful acts of 2001.* 2005. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. Treaty Series,* v. 1155, 1987. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/v1155.pdf>. Acesso em: 18 maio 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Vienna Convention on the Law of Treaties.* United Nations Treaty Collection. 2022. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en. Acesso em: 29 jun. 2022.
- PARKER, Karen; NEYLON, Lyn Beth. Jus cogens: compelling the law of human rights. *Hastings International and Comparative Law Review*, San Francisco, v. 12, n. 2, p. 411-463, 1989. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1234&context=hastings_international_comparative_law_review. Acesso em: 15 jul. 2022.
- QUIGLEY, John. Law for a world community. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Syracuse, v. 16, n. 1, p. 1-38, 1989. Disponível em: <https://surface.syr.edu/jilc/vol16/iss1/2>. Acesso: 10 maio 2022.
- REMÓN, Florabel Quispe. Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, v. 28, p. 143-183, 2012. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/issue/view/84>. Acesso em: 12 maio 2022.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflexions on the existence of a hierarchy of norms in international law. *European Journal of International Law (EJIL)*, Florença, v.

8, n. 4, p. 583-595, 1997. Disponível em: <http://www.ejil.org/article.php?article=786&issue=54>. Acesso em: 15 maio 2022.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. Jus cogens: an european concept?: an emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 123-157, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/issue/view/246>. Acesso em: 18 maio 2022.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; KÖCHE, Rafael. Um direito sem estado?: direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 86-100, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2561>. Acesso em: 30 nov. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 29-44, 2009. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/130/135>. Acesso em: 18 maio 2022.

VIRALLY, Michel. Réflexions sur le jus cogens. *Annuaire Français de Droit International*, v. 12, p. 5-29, 1966. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1966_num_12_1_1868. Acesso em: 20 jun. 2022.

WHITEMAN, Marjorie Millace. Jus cogens in international law, with a projected list. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, v. 7, p. 609-626, 1977. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol7/iss2/6>. Acesso em: 30 nov. 2022.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A construção da cibersoberania na União Europeia: a cibersegurança e a integração do ciberespaço europeu

Building the cybersovereignty in the European Union: cybersecurity in the integration of European cyberspace

Leonardo Rafael de Souza

Cinthia Obladen de Almendra Freitas

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

A construção da cibersoberania na União Europeia: a cibersegurança e a integração do ciberespaço europeu*

Building the cybersovereignty in the European Union: cybersecurity in the integration of European cyberspace

Leonardo Rafael de Souza**

Cinthia Obladen de Almendra Freitas***

Resumo

No presente estudo, descritivo e analítico, estruturado sobre o método dedutivo, com base em levantamento bibliográfico e documental, analisou-se como o evolutivo rol de ações e estratégias em cibersegurança — no âmbito do ciberespaço europeu — tem levado a União Europeia à construção de uma cibersoberania compartilhada entre União e Estados-Membros, problemática que repensa como o ambiente digital poderá, novamente, trazer as premissas apresentadas pelo Tratado de Maastricht. Reflete-se, inicialmente, sobre como a atual tutela do ciberespaço se constitui como a nova razão de ser da União Europeia para, na sequência, avaliar de que forma a construção de uma nova soberania digital pode ocorrer no contexto do ciberespaço, destacando o papel fundamental que a cibersegurança tem alcançado como eixo de integração entre os Estados-Membros. Ao término, descrevem-se as novas ações e estratégias de cibersegurança que estruturam o plano de meta da União Europeia, chamado “Um Futuro Digital para a Europa”. Como conclusão, as ações mais recentes no contexto europeu revelam que a cibersegurança está no centro das discussões sobre o desenvolvimento do ciberespaço, o que poderá levar a Europa a, novamente, tentar alcançar o seu desejado constitucionalismo multinível, porém, atualmente, em meio digital, de uma cibersoberania compartilhada e integrada para um ciberconstitucionalismo europeu.

Palavras-chave: sociedade informacional; Estado; cibersoberania; União Europeia; constitucionalismo.

Abstract

Structured on the deductive method from a bibliographical and documental review, this descriptive and analytical study analyzes how the increasingly expanded cybersecurity strategies within the European cyberspace has led the European Union to the construction of a shared cybersovereignty between the Union and Member States, problematic that rethinks how the digital context could renew the premises of the Maastricht Treaty. The article ini-

* Recebido em 05/04/2022
Aprovado em 13/10/2022

** Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil, com estágio de doutoramento no Laboratório de Segurança Informática e do Cibercrime (Lab UbiNET) do Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Portugal. Pesquisador bolsista no Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmico para Inovação (MAI/DAI) do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações do Brasil.

Email: leonardo.rafael@pucpr.edu.br

*** Professora Titular e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil. Doutora em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

Email: cinthia.freitas@pucpr.br

tially reflects on how the current protection of cyberspace constitutes the new *raison d'être* of the European Union to, subsequently, evaluate how the construction of a new digital sovereignty can occur in the context of cyberspace, highlighting the fundamental role that cybersecurity has achieved as an axis of integration between Member States. At the end, the new cybersecurity actions and strategies that structure the European Union's goal plan called "A Digital Future for Europe." In conclusion, the most recent actions in the European context have shown that cybersecurity is at the center of discussions on the development of cyberspace, which could lead Europe to once again try to promote its multilevel constitutionalism, but now digital, of a shared cybersovereignty and integrated for a European cyber-constitutionalism.

Keywords: information society; State; cyber sovereignty; European Union; constitutionalism.

1 Introdução

O avanço das tecnologias da informação e comunicação (TICs) e a consequente consolidação de um ciberespaço global, atualmente disseminado pela Internet e acelerado pelas experiências da Covid-19 sobre a integração remota dos indivíduos e sociedades, levaram os vários países a também refletirem sobre a sua soberania em meio digital numa realidade essencialmente transnacional e transfronteiriça. No contexto europeu, essa reflexão, embora melhor compreendida a partir da realidade multilateral da União Europeia, parece igualmente complexa na medida em que a própria razão de ser do bloco evoluiu para um complexo e ambicioso projeto de fortalecimento do papel econômico e político da Europa no sistema geopolítico mundial que supera, sem desconsiderá-la, a iniciativa original de paz e prosperidade dos seus Estados-Membros no ambiente pós-guerras.

Todavia, essa complexidade se mostrou mais desafiadora para uma ideia de plena integração quando, na busca pela defesa das Comunidades Europeias como desejado e proposto no Tratado de Maastricht de 1992, o bloco europeu enfrentou resistências às lógicas propostas de cooperação e integração de distintas soberanias, levando alguns de seus Estados-Membros a refutarem a fundante ideia de um constitucionalismo multinível es-

truturado na construção de uma cidadania e soberania europeias, transnacionais e de bases democráticas.

Mas, com o advento da Era Digital, notadamente em torno da tutela do ciberespaço, a discussão sobre a complementação da soberania tradicional (física, analógica) por uma soberania supranacional em meio digital trouxe nova centralidade à experiência europeia. Isso porque, com os avanços experimentados na Europa desde o Tratado de Lisboa de 2007, a integração do bloco, por meio do compartilhamento de competências entre Estados e União, passou a ser considerada como um diferencial na compreensão legal e política do ciberespaço, ambiente imaterial necessariamente transfronteiriço e integrativo. Outrossim, a construção dessa integração, baseada na confiança e na segurança dos cidadãos, organizações, mercado e Estados trouxe, para o centro das discussões, a cibersegurança, entendida como o conjunto de precauções e ações utilizadas para proteger o ciberespaço de ameaças.

Considerando-se esse contexto, o estudo tem caráter analítico e descritivo, estruturado com base no método dedutivo e no levantamento bibliográfico e documental, e analisa como o cada vez mais ampliado rol de ações e estratégias em cibersegurança, no âmbito do ciberespaço europeu, tem levado a União Europeia à construção de uma cibersoberania compartilhada entre União e Estados-Membros, repensando, assim, como o meio digital poderá, novamente, trazer as premissas apresentadas pelo Tratado de Maastricht e consolidada pelo Tratado de Lisboa. O artigo é resultado de estudos realizados no âmbito de projeto de pesquisa com financiamento do Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmico para Inovação MAI/DAI do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq / NAI-DAI CP nº 12/2020) do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações do Brasil (MCTIC), com integração de pesquisa entre a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e o Laboratório de Segurança Informática e Cibercrime (Lab UbiNET) do Instituto Politécnico de Beja (IPBeja - Portugal).

O artigo busca em seu primeiro tópico demonstrar como a tutela do ciberespaço vem se constituindo na nova *raison d'être* — admitindo aqui o termo como apresentada por Gráinne De Burca — da União Europeia na Era da Informação. Em um segundo momento, avalia-se como a construção de uma nova soberania em meio digital pode ocorrer no contexto do ciberespaço, desta-

cando o papel fundamental que a cibersegurança vem alcançando na União Europeia como eixo de integração entre os Estados-Membros. Por fim, o artigo se dedica a descrever as novas ações e estratégias de cibersegurança que estruturam o plano de meta da União Europeia chamado “Um Futuro Digital para a Europa”, bem como descreve como a Agência de Defesa Europeia (ADE) e Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA) têm fortemente atuado não apenas entre os Estados-Membros no atual ambiente de guerra, mas também nas organizações e empresas para fortalecer a confiança na economia digital e reforçar a resiliência das infraestruturas críticas dos Estado-Membros e os seus cidadãos seguros no plano digital.

Em conclusão, ainda que a tutela do ciberespaço na União Europeia esteja centrada no estabelecimento de leis e políticas comuns à União e seus Estados-Membros, iniciativas como o plano “Um Futuro Digital para a Europa”, que inclui ações para uma Década Digital, e o fortalecimento da Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA), mostram-se como importantes frentes multidirecionais que dão à cibersegurança a necessária centralidade para o desenvolvimento do ciberespaço europeu. Se assim avançar, a Europa poderá ter uma nova oportunidade de alcançar o seu outrora desejado constitucionalismo multinível, porém a partir da construção de uma cibersoberania compartilhada e integrada que concilie as propostas fundadoras da União Europeia com a natureza supranacional e transfronteiriça do ciberespaço.

2 A tutela do ciberespaço como *raison d'être* da União Europeia na Era da Informação

Ao discutir a razão de ser (*raison d'être*) da União Europeia, Gráinne De Búrca assevera que, para além de um então projeto-piloto de integração econômica, voltado para a busca da paz e da prosperidade nos seus Estados-Membros, especialmente a partir da lógica do pós-guerra, a integração dos países europeus em torno da União Europeia (UE) evoluiu para um mais complexo e ambicioso projeto de fortalecimento do papel econômico e político da Europa no ambiente global. Isso, na prática atual — e sem desconsiderar a importância dos objetivos originais —, acabou por se traduzir

na busca de um sistema político relativamente unificado que tem como razão reagir à influência de, e influenciar, outras potências globais.¹

Em outros termos, apesar da constante luta econômica e das tensões constitucionais ocorridas entre os países da União Europeia, os fundamentos da articulação, ainda hoje defendidos na Europa, estão numa dupla razão de articulação que se complementam: o fortalecimento de uma relação transnacional entre UE, Estados-Membros e seus cidadãos; e o desenvolvimento de uma relevância global que considere, efetivamente, o papel da União Europeia no contexto global em constante transformação.²

Essa percepção parece atualizar os fundamentos da União Europeia como apresentados em seu tratado base, o Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia (TUE), os quais estão estruturados sobre a defesa das Comunidades Europeias em cooperação tanto para o seu pleno desenvolvimento econômico e social — propostos pelo ideal de Justiça e pela integração dos seus povos e assuntos internos — quanto para a proposição de políticas externas e de segurança comuns que amplifiquem a soberania e as possibilidades dos seus Estados-Membros. E, para a instrumentalização desses fundamentos, o referido Tratado, em seu artigo 2º, apresenta distintos objetivos como “a manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça”, exercidos a partir da livre circulação de pessoas e/ou por medidas de prevenção e combate à criminalidade. Assim, confirmados os direitos sociais fundamentais da Carta Social Europeia de 1961.³

Portanto, a proposta de um sistema político relativamente unificado em reação à influência de outras potências globais pode ser compreendida, também, a partir da proposta comunitária de estabelecimento de uma política externa e de segurança comum, o que, na visão de

¹ BURCA, Gráinne de. Europe's *raison d'être*. In: KOCHENOV, Dimitry; AMTENBRINK, Fabian (ed.). *The European Union's shaping of the international legal order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 21-37. p. 21.

² BURCA, Gráinne de. Europe's *raison d'être*. In: KOCHENOV, Dimitry; AMTENBRINK, Fabian (ed.). *The European Union's shaping of the international legal order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 21-37. p. 31.

³ PARLAMENTO EUROPEU. *Tratado da União Europeia (TUE)*. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty>. Acesso em: 12 nov. 2021.

Vasco Vieira, pode ser entendido também sob a ótica de partilha da soberania. Na sua proposta, “os diversos Estados nacionais europeus articulam os seus poderes e os seus recursos de modo a formar um poder superior ao que qualquer Estado isolado teria possibilidade de conseguir.”⁴

A estruturação da União Europeia se consolida com base na sua experiência de coordenar, internamente, os diferentes interesses dos Estados, sem ataque às suas respectivas soberanias nacionais, com vista a resolver problemas comuns. A questão central, no entanto, é que, cada vez mais, o bloco europeu tem procurado discutir temas (nem sempre tão comunitários) que a ratifiquem como um importante ator global, tal qual ocorre nas discussões sobre as alterações climáticas e a promoção da democracia, por exemplo. A questão é que o diferencial proposto pela União Europeia nesse contexto está na busca de soluções coletivas, coordenadas e multilaterais para problemas globais, o que não acontece quando enfrentados individualmente por grandes nações.⁵

Nesse aspecto, o novo paradigma econômico-social causado pelo signo digital, a partir da difusão da Internet já nos anos de 1990, atualmente entendido como a Quarta Revolução Industrial⁶, trouxe, para a União Europeia, a percepção inicial de que, para o avanço do seu mercado no meio digital, a confiança nos produtos e serviços fornecidos na rede mundial de computadores, somada ao constante desenvolvimento de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), seria fundamental para o desenvolvimento de políticas internas e externas voltadas ao crescimento e fortalecimento econômico do bloco⁷, porém atualmente considerando a Era da Infomação, como definido por Manuel Castells. Nela a força e a influência da Europa estariam também ligadas à compreensão multilateral das transformações econômicas causadas pela centralidade da informação, potencializada pelo avanço das TICs conectadas à Internet. Isso é fundamental porque a compreensão sobre o pro-

cessamento e a transmissão da informação não somente altera as formas de exercer o poder, mas redimensionam a própria relação entre Estado(s) e sociedade(s).⁸

Assim, a busca pela compreensão do ciberespaço passou a dominar também o contexto de análise desde uma perspectiva europeia. Segundo Pierre Lévy, o termo “ciberespaço” teve como origem a descrição de um espaço desterritorializado na obra de ficção científica de William Gibson intitulada “Neuromancer”⁹. Atualmente, o ciberespaço é compreendido como um espaço não material, portanto sem limitações geográficas, “composto por redes de computadores, telecomunicações, programas, interfaces e banco de dados em que as experiências se desmaterializam e passam a concretizar-se em bits.”¹⁰ Quer dizer, o ciberespaço é uma projeção do mundo real para uma realidade de interações virtuais, ou o contrário, marcada por uma não espacialidade que permite novas interações humanas, sociais e econômicas para além dos territórios físicos, incluindo os Estados como inicialmente imaginados, e nos quais “podemos movimentar, trabalhar, construir, criar, investir.”¹¹ O ciberespaço, então, assim compreendido possui as características de imaterialidade, despersonalização, desterritorialização e atemporalidade.

Pela compreensão inicial do ciberespaço como um domínio comum e global inserido no ambiente informacional, muitos pensadores levaram a comparar a sua totalidade a algo imune de apropriação, o alto mar, o espaço aéreo internacional ou até mesmo a órbita espacial.¹² Para Pierre Lévy, por exemplo, o ciberespaço, desde uma proposição original, estaria essencialmente estruturado sobre uma base de afinidades sociais e econômicas na qual “a geografia, contingente, não é mais um ponto de partida, nem uma coerção.”¹³

Essas novas formas de interação em rede trouxeram como resultado a igualmente relevante transformação dos riscos e da criminalidade para a realidade informa-

⁴ VIEIRA, Vasco Rocha. A União Europeia de Maastricht a Nice: uma reflexão sobre o futuro. *Nação e Defesa*, v. 2, n. 100, p. 37-49, 2001. p. 41.

⁵ BURCA, Gráinne de. Europe's raison d'être. In: KOCHENOV, Dimitry; AMTENBRINK, Fabian (ed.). *The European Union's shaping of the international legal order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 21-37. p. 36-37.

⁶ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 15-16.

⁷ CHRISTOU, George. The EU's approach to cybersecurity. *University of Essex Paper Series*, 2017. p. 1-2.

⁸ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

⁹ LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Ed. 34, 1996. p. 20.

¹⁰ MAIAS, André; BRAVO, Rogério. *Geopolítica, geoestratégia e ciberespaço*. Lisboa: Academia, 2010. p. 3.

¹¹ MAIAS, André; BRAVO, Rogério. *Geopolítica, geoestratégia e ciberespaço*. Lisboa: Academia, 2010. p. 14.

¹² VON HEINEGG, Wolff Heintschel. Territorial sovereignty and neutrality in cyberspace. *International Law Studies US Naval War College*, v. 89, n. 1, p. 127-156, 2013. p. 125.

¹³ LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Ed. 34, 1996. p. 21.

cional¹⁴, ambos refletidos no aumento exponencial de ataques cibernéticos a indivíduos, empresas, Estados e infraestruturas críticas no ciberespaço desde o início dos anos 2000. Isso fez com que a visão, até então essencialmente econômica, de integração das novas tecnologias na União Europeia, passasse a ser refletida também sob a necessária confiança social nas tecnologias enquanto uma nova forma de compreensão de segurança comum no ambiente europeu, como pensado no Tratado de Maastricht. Em simples palavras, observou-se a profusão de debates voltados à reflexão sobre a adoção de políticas de cooperação e a garantia da segurança cibernética do ciberespaço desde uma perspectiva europeia.¹⁵

Isso porque, embora a noção de não espacialidade do ciberespaço torne difícil perceber e/ou gerenciar com precisão as suas mais diversas interações, há de se considerar que o mesmo não pode existir sem o apoio do mundo físico.¹⁶ Quer dizer, a compreensão do ciberespaço não está, unicamente, ligada à lógica da realidade virtual, essencialmente digital, mas pode ser considerada, também, por meio das estruturas físicas que formam as suas vias de comunicação, formas estáticas cujo acesso “só é possível se se disponibilizar *hardware* (computadores, teclado, sinal, monitores) e *software* (programas, drives).”¹⁷

Assim, por requererem uma arquitetura física para existir, serem de propriedade de indivíduos, empresas e governos e estarem pelo menos ligado a alguma rede elétrica nacional, os componentes do ciberespaço não estão imunes à tutela de um determinado Estado. O exercício da jurisdição estatal sobre determinada infraestrutura cibernética, então, passou a ser determinada a partir da sua localização territorial, física, geográfica.¹⁸ Mas, inclusive, em razão dessas estruturas estarem localizadas e serem mais facilmente desenvolvidas globalmente, a noção de integração pela segurança comum foi

apresentada pelo Conselho da União Europeia como uma solução lógica e eficiente dado que o ciberespaço e as suas ameaças, assim como suas infraestruturas, não estão limitados pelas fronteiras nacionais, precisando, então, de uma ação integrada para melhor garantir a segurança cibernética.¹⁹

Por meio da Decisão-Quadro 2005/222, de 24 de fevereiro, e considerando-se o objetivo de garantir liberdade e segurança aos seus cidadãos pela adoção de ações comuns entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal (artigo 29 do Tratado de Maastricht), o Conselho da União Europeia se propôs a, efetivamente, tutelar o ciberespaço desde o contexto de qualquer país do bloco em face de possíveis ataques contra os sistemas de informação localizados em seu território. E, para isso, a norma definiu tais sistemas estruturantes do ciberespaço (artigo 1º, a) como

qualquer dispositivo ou qualquer grupo de dispositivos interligados ou associados, um ou vários dos quais executem, graças a um programa, o tratamento automático de dados informáticos, bem como dados informáticos por eles armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção e manutenção.²⁰

Importante ponderar que, dentre as justificações para adotar a referida Decisão-Quadro, o Conselho da União Europeia considerou a crescente inquietação, já global à época, de possíveis ataques terroristas contra sistemas de informação que ameaçassem estruturas vitais dos Estados-Membros, o que poderia “comprometer a instauração de uma sociedade da informação mais segura e de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, exigindo, portanto, uma resposta ao nível da União Europeia.”²¹ Como se percebe, propôs-se uma

¹⁴ VIRGA, Joy Marie. International criminals and their virtual currencies: the need for an international effort in regulating virtual currencies and combating cyber crime. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 511-526, 2015. p. 515-518.

¹⁵ CARRAPICO, Helena; BARRINHA, André. European Union cyber security as an emerging research and policy field. *European Politics and Society*, v. 19, n. 3, p. 299-303, 2018. p. 299-300.

¹⁶ SHEN, Yi. Cyber sovereignty and the governance of global cyberspace. *Chinese Political Science Review*, v. 1, n. 1, p. 81-93, 2016.

¹⁷ MAIAS, André; BRAVO, Rogério. *Geopolítica, geoestratégia e ciberespaço*. Lisboa: Academia, 2010. p. 6.

¹⁸ VON HEINEGG, Wolff Heintschel. Territorial sovereignty and neutrality in cyberspace. *International Law Studies US Naval War College*, v. 89, n. 1, p. 127-156, 2013. p. 125.

¹⁹ CARRAPICO, Helena; BARRINHA, André. European Union cyber security as an emerging research and policy field. *European Politics and Society*, v. 19, n. 3, p. 299-303, 2018. p. 299.

²⁰ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Decisão-Quadro n.º 2005/222, de 24 de fevereiro de 2005*. Relativa a ataques contra os sistemas de informação. Bruxelas, 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005F0222&from=PT>. Acesso em: 13 nov. 2021.

²¹ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Decisão-Quadro n.º 2005/222, de 24 de fevereiro de 2005*. Relativa a ataques contra os sistemas de informação. Bruxelas, 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005F0222&from=PT>. Acesso em: 13 nov. 2021.

efetiva e integrada reação a demandas pensadas desde o contexto global.²²

Não obstante isso, tem-se de concreto que a Decisão-Quadro de 2005, complementar à proposta inicial da Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA), criada no ano anterior, se mostrou como uma iniciativa relevante na tutela do ciberespaço por propor um ambiente europeu de partilha de conhecimento voltado à segurança digital dos Estados-Membros e seus cidadãos.²³ Ademais, tal iniciativa foi igualmente importante por reconhecer, de forma expressa²⁴, que os sistemas de informação — estruturantes à compreensão do ciberespaço — possuem uma natureza transnacional que evidencia a necessidade de estratégias transfronteiriças que facilitem a integração da União Europeia.

Ocorre que, apesar do reconhecimento dessa transnacionalidade, a tutela do ciberespaço passa pela compreensão de que a sua imaterialidade leva ao rompimento das fronteiras físicas que marcam os limites políticos e identitários de uma nação, espaços até então físicos, geográficos, nos quais a noção de soberania era bem compreendida desde a Paz de Westfália. E, na realidade europeia, compreender os limites da tutela do ciberespaço passa pela compreensão do próprio compartilhamento de soberania já proposto pelo bloco desde a sua criação até a proposição de um constitucionalismo multinível, cuja não implementação culminou com o Tratado Lisboa. Além disso, é basilar compreender como a cibersegurança estabelece, no ambiente global, os eixos de segurança cibernética que orientam a proteção do ciberespaço também no ambiente europeu.

3 A soberania no ciberespaço europeu e o papel da cibersegurança para a integração dos países membros

Desde a sua concepção no Tratado de Maastricht, a União Europeia restou consolidada como uma comunidade de leis e valores em que o Estado de Direito, assentado nas premissas democráticas, aproximou os países a uma concepção política de valores constitucionais.²⁵ Isso porque, além de estabelecer os fundamentos necessários para uma lógica de desenvolvimento econômico, social, ambiental e político, Maastricht também instituiu a cidadania europeia comprometida com os direitos humanos desde de uma perspectiva funcionalmente constitucional. Quer dizer, consagrou-se na Europa a tentativa de superação das estruturas políticas nacionais tradicionais²⁶ para a concepção de um marco na busca por um constitucionalismo multinível que reconhecesse uma nova interpretação sobre a soberania.²⁷

O constitucionalismo multinível proposto na União Europeia seria compreendido como um novo modelo constitucional que considerava não apenas determinado sistema constitucional nacional dentro do bloco, mas também um constitucionalismo de nível supranacional que estabeleceria um novo poder político legítimo. Entre esses sistemas constitucionais, porém, haveria uma integração por meio da influência recíproca e do estabelecimento de novas relações integradas que passariam a considerar também o contexto europeu, como a cidadania e a soberania.²⁸

²² Sobre o tema, também a leitura do Considerando 7 da Decisão-Quadro dá a exata noção dessa relevância global no combate ao ciberterrorismo: é necessário completar o trabalho realizado pelas organizações internacionais, especialmente ao nível do Conselho da Europa, no domínio da aproximação do direito penal e os trabalhos do G8 sobre cooperação transnacional no âmbito da criminalidade de alta tecnologia, propondo uma abordagem comum neste domínio ao nível da União Europeia. Este pedido foi desenvolvido na Comunicação que a Comissão dirigiu ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico reforçando a segurança das infraestruturas da informação e lutando contra a cibercriminalidade.

²³ CARRAPICO, Helena; BARRINHA, André. European Union cyber security as an emerging research and policy field. *European Politics and Society*, v. 19, n. 3, p. 299-303, 2018. p. 299.

²⁴ Vide Considerando 5 do CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Decisão-Quadro n.º 205/222, de 24 de fevereiro de 2005*. Relativa a ataques contra os sistemas de informação. Bruxelas, 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005F0222&from=PT>. Acesso em: 13 nov. 2021.

²⁵ KELEMEN, R. Daniel. The European Union's authoritarian equilibrium. *Journal of European Public Policy*, v. 27, n. 3, p. 481-499, 2020. p. 482.

²⁶ Mesmo diante do surgimento das Nações Unidas e a ideia de uma integração pós-guerra, o sistema prevalecente nas relações internacionais até a União Europeia eram aqueles introduzidos pela Paz de Westfália em 1648, ou seja, estabelecidos sob a lógica de igualdade e soberania dos Estados que não precisam reconhecer nenhuma autoridade superior na sua relação com outros Estados. Nesse sentido: HOEKSMAN, Jaap; SCHOENMAKER, Dirk. The sovereign behind the Euro. *Duisenberg School of Finance Policy Paper*, n. 15, 2011. p. 3.

²⁷ VILLAR, Gregorio Cámara. Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 4, p. 9-42, 2005. p. 21-22.

²⁸ NATO, Alessandro; BIFULCO, Raffaele. *The concept of sovereignty in the EU: past, present and the future*. Reconnect Working Paper, 2020. p. 33.

Isso significa dizer que, além de buscar uma Comunidade de direito, baseada sobre um estatuto comum voltado à construção de uma nova identidade — a cidadania europeia —, a União Europeia se propôs a repensar a relação entre as autoridades nacionais também considerando uma autoridade supranacional, de soberania compartilhada em determinados temas. Para isso, estabeleceu-se a reorganização de determinadas competências com base na tolerância constitucional das autoridades nacionais dos Estados-Membros.²⁹

As inovações de uma nova ordem constitucional supranacional pela União Europeia foram inovadoras porque os Estados-Membros, mesmo mantendo o monopólio do uso legítimo da força, aceitaram se subordinar, em determinadas competências, às leis supranacionais, compartilhando a sua soberania com os cidadãos da União.³⁰ Embora a busca de uma constituição europeia voltada a consolidar esse constitucionalismo multinível, assentado numa concepção política de valores constitucionais, tenha sido rejeitado pelos franceses e pelos holandeses em 2005, foi pela ratificação do Tratado de Lisboa pelos Estados-Membros que a União Europeia se transformou numa política democrática de Estados e cidadãos marcada pelo compartilhamento e união de diversas soberanias.³¹

Outrossim, com o Tratado de Lisboa³² e a sua especificação normativa quanto a divisão de responsabilidades entre os Estados-Membros e a União, esse modelo único de soberania compartilhada tem levado o bloco ao constante avanço nas relações de poder entre os ní-

veis nacional e supranacional³³, às vezes exercido com base em uma série de crises e polarizações³⁴, mas também pela bem sucedida integração dessas soberanias, como parece ser a evolução da sociedade informacional no contexto europeu de tutela do seu ciberespaço. Isso porque, na atual Era Digital, o desenvolvimento das tecnologias passou pela tensão existente no globo entre a autorregulação corporativa e a adequada regulamentação do ciberespaço em nome do interesse público, tensão que força as sociedades a repensarem a natureza da soberania na lógica digital. Quer dizer, o que está em jogo não é a substituição da soberania territorial, necessária, porém cada vez mais insuficiente, mas sim a sua complementação por uma soberania supranacional em meio digital, contemporânea, o que já é vivido na realidade europeia desde uma perspectiva analógica até o reconhecimento da soberania dos dados digitais, como ocorre no Regulamento Geral de Proteção de Dados.³⁵

Isso ocorre porque, ao se expressar apenas num território virtualmente representado, no qual a fronteira com o real está limitada às telas dos computadores, no ciberespaço as distâncias e o limites geográficos não mais condicionam a ideia de soberania unicamente a partir das fronteiras políticas que delimitam um Estado, ou a identidade de uma nação, mas também por parâmetros relacionais que exigem um pensamento supranacional, integrado.³⁶

Sendo assim, para além de uma ideia de jurisdição territorial onde os Estados têm o direito de regular as atividades cibernéticas que ocorrem em seu território (*ratione loci*), há a necessidade de um entendimento acordado, internacionalmente, no sentido de contestar a ação de Estados que não exerçam suas soberanias de modo a garantir o respeito mútuo pelas redes uns dos outros e pela defesa de uma internet mais ampla e segura (*ratione materiae*), o que se traduz no dever de cooperação

²⁹ NATO, Alessandro; BIFULCO, Raffaele. *The concept of sovereignty in the EU: past, present and the future*. Reconnect Working Paper, 2020. p. 33.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. The crisis of the European Union in the light of a constitutionalization of international law. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 335-348, 2012. p. 339-340.

³¹ HOEKSMAS, Jaap; SCHOENMAKER, Dirk. The sovereign behind the Euro. *Duisenberg School of Finance Policy Paper*, n. 15, 2011. p. 4.

³² Segundo o Parlamento Europeu, o Tratado de Lisboa é resultado de um projeto constitucional iniciado em 2001, com a declaração do Conselho Europeu sobre o futuro da União Europeia, porém reconduzido ante o resultado negativo de referendos realizados em 2005. Também conhecido como Tratado de Funcionamento da União Europeia, esse Tratado altera a forma como a União exerce os seus poderes com base no compartilhamento de competências, reforçando a participação e proteção dos cidadãos, criando um quadro institucional. É nesse Tratado que se estabelecem as competências exclusivas da União, as competências compartilhadas e as competências de apoio, ou seja, na qual o bloco adota medidas suporte às políticas dos seus Estados-Membros. Vide: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/5/the-treaty-of-lisbon>

³³ NATO, Alessandro; BIFULCO, Raffaele. *The concept of sovereignty in the EU: past, present and the future*. Reconnect Working Paper, 2020. p. 36.

³⁴ Como exemplo dessas crises que desafiam a União Europeia, há a crise política e democrática vivenciada na Polónia e Hungria, bem como a crise social, econômica e sanitária provocada pela Pandemia de Covid-19.

³⁵ FLORIDI, Luciano. The fight for digital sovereignty: what it is, and why it matters, especially for the EU. *Philosophy & Technology*, v. 33, n. 3, p. 369-378, 2020. p. 372-374.

³⁶ MEZZAPELLE, Daniele; ZARRILLI, Luca. Border and cyberspace: some reflections of political geography. *Romanian Review on Political Geography*, n. 2, p. 133-139, 2009. p. 137-138.

para a proteção do ciberespaço.³⁷ Em outras palavras, a noção de cibersoberania considera o seu compartilhamento supranacional; contudo, esse compartilhamento depende da eleição — pelos Estados — dos elementos dessa soberania que deverão permanecer exclusivos ou serão transferíveis, as quais podem ser vistas desde a infraestrutura do ciberespaço até a busca de uma padronização global.³⁸

No âmbito da União Europeia, esse compartilhamento da soberania cibernética, iniciada já em 2005 com a Decisão-Quadro 2005/222, ganhou contornos ainda mais relevantes após a ratificação do Tratado de Lisboa e o delineamento das competências da União e seus Estados-Membros. O desafio do bloco, na oportunidade, passou a ser a de proporcionar a busca integrada por uma agenda digital que fosse além da cooperação policial e judiciária no combate aos crimes cibernéticos (apesar da crescente importância deste) para também explicar e analisar sua economia, os seus desafios sociais e as deficiências da União Europeia, entre outros.³⁹

Em outras palavras, se o desenvolvimento de uma sociedade informacional na Europa estava relegado a uma questão secundária, a aproximação dos anos 2010 marcou uma constante apresentação de diretivas e regulamentos relacionados com questões cibernéticas, voltadas a estabelecer, em nível supranacional, o desenvolvimento econômico e social dos cidadãos europeus, e também à construção de um ciberespaço seguro, aberto e protegido.⁴⁰ Dessa forma, fundada na lógica de segurança e disponibilidade do ciberespaço, a União Europeia buscou responder, com coerência institucional e política, os desafios cibernéticos enfrentados pela Europa, fazendo-o a partir do avanço de distintas áreas como a construção de marcos normativos, proteção de infraestruturas críticas, combate ao cibercrime e defesa⁴¹, ou seja, por estratégias de cibersegurança, entendidas como o conjunto de ações destinado a proteger

o ciberespaço, seus sistemas informáticos e os dados neles contidos.⁴²

Ponto de partida dessa efetiva integração do bloco na defesa do ciberespaço foi a apresentação, em 2013, pela alta representação da União Europeia, da comunicação conjunta chamada Estratégia da União Europeia para a cibersegurança: um ciberespaço aberto, seguro e protegido.⁴³ Nesse documento, além de se reconhecer que o mundo digital não é controlado por uma única entidade e está sob constante ameaça, é pelo desenvolvimento de ações de cibersegurança⁴⁴ que a União Europeia preserva o ambiente *online* com garantia de “maior liberdade e segurança possível”, promovendo, assim, os valores fundamentais da União Europeia e garantido a sua integração nas relações internas e na política externa e de segurança comum. Outrossim, declara que, apesar de caber preponderantemente aos Estados-Membros a segurança do seu respectivo ciberespaço, suas dimensões transfronteiriças exigem ações específicas supranacionais por meio de “ações, de curto e de longo prazos, que incluem uma variedade de ferramentas políticas e envolvem diferentes tipos de atores — desde as instituições da UE aos Estados-Membros ou à indústria.”⁴⁵

Consequência dessa estratégia, e que ratifica a cibersegurança como eixo de integração da União Europeia na compreensão de um ciberespaço de soberania compartilhada, é a edição da Diretiva (UE) 2016/1148, do Parlamento Europeu e do Conselho, voltada a “garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União.”⁴⁶

⁴² CRAIGEN, Dan; DIAKUN-THIBAUTI, Nadia; PURSE, Randy. Defining cybersecurity. *Technology Innovation Management Review*, v. 4, n. 10, 2014. p. 17.

⁴³ GERALDES, Sofia Martins. A estratégia de cibersegurança da União Europeia: catastrofista, realista e/ou otimista? *Nação e Defesa*, 2019. p. 102.

⁴⁴ Importante destacar que nesse documento um conceito de cibersegurança é apresentado, o qual também revela a ideia de proteção do ciberespaço tanto a partir da lógica civil como militar, de defesa: o termo cibersegurança refere-se, geralmente, às precauções e ações que podem ser utilizadas para proteger o ciberespaço, tanto nos domínios civil como militar, contra as ameaças decorrentes da interdependência das suas redes e infraestruturas informáticas ou que as possam danificar. A cibersegurança procura manter a disponibilidade e a integridade das redes e infraestruturas, e a confidencialidade das informações nelas contidas.

⁴⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Cybersecurity strategy of the European Union, an open, safe and secure cyberspace*. Bruxelas, 2013. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=C_ELEX:52013JC0001&from=PT. Acesso em: 16 nov. 2021.

⁴⁶ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) n.º 2016/222, de 06 de julho de 2016*. Relativa a medidas destina-

³⁷ VON HEINEGG, Wolff Heintschel. Territorial sovereignty and neutrality in cyberspace. *International Law Studies US Naval War College*, v. 89, n. 1, p. 127-156, 2013. p. 155-156.

³⁸ YELI, Hao. A three-perspective theory of cyber sovereignty. *Prism*, v. 7, n. 2, p. 108-115, 2017. p. 112.

³⁹ KOVACS, László. Cyber security policy and strategy in the European Union and NATO. *Land Forces Academy Review*, v. 23, n. 1, p. 16-24, 2018. p. 17.

⁴⁰ CAVELTY, Myriam Dunn. A resilient Europe for an open, safe and secure cyberspace. *UI Occasional Papers*, v. 23, 2013. p. 4.

⁴¹ CARRAPICO, Helena; BARRINHA, André. European Union cyber security as an emerging research and policy field. *European Politics and Society*, v. 19, n. 3, p. 299-303, 2018. p. 300.

Nos considerandos dessa diretiva, destaque à compreensão normativa de que, diante da natureza transnacional das redes e sistemas de informação, que integram o ciberespaço, “as perturbações significativas desses sistemas, intencionais ou não, e independentemente do local onde ocorram, podem afetar os Estados-Membros, individualmente considerados, e a União no seu conjunto” (Considerando 3), motivo pelo qual a resposta mais eficaz é “uma abordagem global a nível da União, que abranja os requisitos mínimos comuns” (Considerando 6), porém, “sem prejuízo da possibilidade de cada Estado-Membro tomar as medidas necessárias para garantir a proteção dos interesses essenciais da sua própria segurança” (Considerando 8).⁴⁷

Como se percebe, para entender a cibersegurança no contexto de integração da União Europeia, devem se considerar, na visão de Carrapico e Barrinha, duas categorias distintas, quais sejam: (i) cooperação institucional e (ii) compreensão compartilhada de segurança. Enquanto a primeira considera uma abordagem comum para a cibersegurança desde uma visão público-privada que integra o mercado e autoridades nacionais como a ENISA e as CERTs (*Computer Emergency Response Teams*), a segunda categoria tem por base uma compreensão compartilhada de segurança que está efetivamente vinculada à ideia da cibersegurança como expressão de uma cibersoberania compartilhada pelos Estados-Membros por ser compreendida como uma nova arma de potencial econômico, político e militar.⁴⁸ Além de, também, potencial ambiental.

Seja então na lógica da atuação livre das organizações ou da defesa da soberania de um Estado no ciberespaço, a segurança e a consequente proteção das informações e dos ativos que as armazenam, processam e transmitem são condições fundamentais de cooperação entre as nações para a sua tutela. Boas práticas focadas em normas técnicas nacionais e internacionais,

das a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L1148>. Acesso em: 16 nov. 2021.

⁴⁷ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) n.º 2016/222, de 06 de julho de 2016*. Relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L1148>. Acesso em: 16 nov. 2021.

⁴⁸ CARRAPICO, Helena; BARRINHA, André. The EU as a coherent (cyber) security actor? *JCMS: Journal of Common Market Studies*, v. 55, n. 6, p. 1254-1272, 2017. p. 1261.

certificações na gestão da Segurança da Informação e o desenvolvimento de técnicas de defesa cibernética têm se mostrado fundamentais tanto para a segurança das atividades econômicas quanto para a manutenção da soberania no ambiente virtual do ciberespaço.⁴⁹

Em outras palavras, por estar vinculada a distintas visões sobre o eixo da segurança comum, a cibersegurança tem se mostrado um elo essencial na integração da União Europeia da atualidade também com base nas perspectivas político-democráticas de Estados que, nesse caso, compartilham e unem a sua soberania cibernética. Por isso, a evolução normativa do ciberespaço, sob distintas dimensões, como tratado a seguir.

4 Um futuro digital para a Europa e a cibersegurança como pilar de integração à promoção e defesa do seu ciberespaço

A cibersegurança se transformou, nos últimos anos, como uma das prioridades políticas e institucionais da União Europeia, promovendo a integração do bloco para além das soberanias dos Estados-Membros por meio de uma arquitetura institucional que se desenvolve constantemente desde 2004, quando da criação da Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA) e do Centro Europeu de Crimes Cibernéticos (EC3), vinculado à Europol. De igual forma, a Diretiva (UE) 2016/1148, também conhecida como Diretiva NIS, foi essencial para a promoção de uma integração horizontal e vertical entre os Estados-Membros, a Comissão Europeia e a ENISA com novas atribuições, propiciando novos grupos de cooperação voltadas à promoção da segurança da informação na Europa.⁵⁰

Prova dessa integração relativa à cibersegurança foi que para além de admitir, de forma integrada, o controle a novas ameaças digitais, como a desinformação, a Diretiva NIS estabeleceu os fundamentos para a implementação de sistemas de segurança em todos os Estados-Membros, determinando, ainda, ser obrigação

⁴⁹ MARTINS, José Carlos Lourenço. *Gestão de segurança da informação e cibersegurança nas organizações: sistema e método*. Faro: Sílabas e Desafios, 2021. p. 45.

⁵⁰ CARRAPICO, Helena; BARRINHA, André. The EU as a coherent (cyber) security actor? *JCMS: Journal of Common Market Studies*, v. 55, n. 6, p. 1254-1272, 2017. p. 1263-1264.

destes introduzir estratégias nacionais de segurança cibernética, estruturados, inclusive, para incluir funções e responsabilidades dos órgãos governamentais e outros atores relevantes dos setores públicos e privados.^{51 52}

Outrossim, 2016 foi um ano igualmente importante para compreender a evolução atual da cibersegurança em um contexto estratégico mais amplo para o bloco: a Estratégia Global da União Europeia.⁵³ Nesse documento, a cibersegurança foi apresentada como um dos enfoques estratégicos para a conquista de um futuro digital pela integração das questões cibernéticas em todas as ações políticas da União e seus Estados-Membros.⁵⁴ Seu objetivo final, menciona a Comissão Europeia, é a consolidação da soberania em meio digital do bloco e o estabelecimento de normas voltadas aos dados, às tecnologias e suas infraestruturas.⁵⁵

Para a construção do atual momento, que chamou de “Década Digital”, a Comissão União Europeia apresentou, em março de 2021, um projeto voltado à transformação digital da Europa até 2030, a qual está centrada na criação de novas competências, transformação digital das empresas, digitalização dos serviços e, finalmente, o estabelecimento de infraestruturas digitais seguras e sustentáveis. Assim, para além da criação de um quadro de princípios digitais destinados à promoção e defesa dos valores da União Europeia no ciberespaço, a “Década Digital” pretende fortalecer projetos plurinacionais que combinem investimentos e apoio a um mercado digital único e de integração dos Estados-Membros. E, como exemplo desse potencial projeto plurinacional, a Comissão apresenta a possibilidade de

implementação de “uma rede de centros de operações de seguranças, alimentados por inteligência artificial, para prever, detectar e reagir a ciberataques a nível nacional e da UE.”⁵⁶

Além disso, a realização do propósito de transformação digital da União Europeia, chamada de “Um novo futuro digital para a Europa”, tem como previsão trabalhar distintos domínios para esse intento, como o fomento e a regulação de serviços digitais e de mercados digitais, o avanço sobre a criação de um mercado único de dados que considere os valores comuns da União Europeia, a adaptação dos sistemas de tributação dos Estados-Membros para a economia digital, o desenvolvimento de aplicações de Inteligência Artificial com abordagem ética e centrada no ser humano, a ampliação da conectividade a todos os europeus, a criação de uma identificação digital europeia única e a digitalização da justiça.⁵⁷

O desenvolvimento do ciberespaço amplificado pela Covid-19 e a necessária aceleração para a transformação digital da União Europeia levaram o bloco europeu a estabelecer, de maneira ainda mais integrada, em multinível e centrada nos seus valores políticos e democráticos, a ideia de uma soberania compartilhada na lógica de criação de uma cidadania europeia digital. Nela, cidadãos, empresas, Estados-Membros e União aceitam a transposição das soberanias tradicionais, físico-geográficas, para a construção de uma soberania em meio digital única, portanto integrada à noção de transformação digital enquanto uma mudança de cultura para o digital desde a perspectiva humana, quer dizer, da incorporação de comportamentos na sociedade informacional que admitem a mudança das normas então vigentes para uma compreensão digital completamente distinta.⁵⁸

Todavia, para que essa transformação digital realmente se estabeleça, enquanto nova expressão cultural europeia na sociedade informacional, é essencial que toda a União e seus cidadãos confiem nesse processo, o

⁵¹ ŠTITILIS, Darius *et al.* National cyber security strategies: management, unification and assessment. *IJM&P: Independent Journal of Management & Production*, v. 11, n. 9, p. 2341-2354, 2020. p. 2344.

⁵² FUSTER, Gloria González; JASMONTAITE, Lina. Cybersecurity regulation in the European Union: the digital, the critical and fundamental rights. In: CHRISTEN, Markus; GORDIJN, Bert; LOI, Michele (ed.). *The ethics of cybersecurity*. Cham: Springer, 2020. p. 97-115. p. 104.

⁵³ BRANDÃO, Ana Paula; CAMISÃO, Isabel. Playing the market card: the Commission's strategy to shape EU cybersecurity policy. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 2021. p. 12.

⁵⁴ COMISSÃO EUROPEIA. *Shared vision, common action: a stronger Europe: a global strategy for the European Union's foreign and security policy*. Bruxelas, 2016. Disponível em: https://ceas.europa.eu/sites/ceas/files/eugs_review_web_0.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁵⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Uma Europa preparada para a era digital: empoderar as pessoas graças a uma nova geração de tecnologias*. 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_pt. Acesso em: 22 nov. 2021.

⁵⁶ COMISSÃO EUROPEIA. *Década digital da Europa: objetivos digitais para 2030*. 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_pt. Acesso em: 22 nov. 2021.

⁵⁷ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Um futuro digital para a Europa*. Bruxelas, 2021. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/a-digital-future-for-europe/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

⁵⁸ HEMERLING, Jim *et al.* *It's not a digital transformation without a digital culture*. Boston: BCG, 2018.

que, mais uma vez, leva à centralidade da cibersegurança. Isso porque, ao ser entendida como um conjunto de precauções e ações que podem ser utilizadas para proteger o ciberespaço e manter a disponibilidade, a integridade das redes, suas infraestruturas e a confidencialidade das informações nelas contidas⁵⁹, a cibersegurança passa a ser considerada, também, como uma estratégia voltada a “reforçar a resiliência da Europa contra as ciberameaças e garantir que todos os cidadãos e empresas possam beneficiar-se plenamente de serviços e ferramentas digitais fiáveis e credíveis.”⁶⁰

Para tanto, outras atividades ligadas à cibersegurança passam a ser revisitadas e/ou fomentadas. Uma dessas atividades é a ampliação do combate à cibercriminalidade para áreas sensíveis para a União e seus Estados-Membros, como a luta contra a fraude em pagamentos eletrônicos, a segurança das crianças na Internet e a justiça e aplicação da lei, tais como as provas eletrônicas, a encriptação e a conservação de dados. Ademais, para também proteger o bloco, a União Europeia tem envidado esforços para o desenvolvimento de uma ciberdiplomacia que garanta resposta diplomática às ciberameaças provenientes de países terceiros por meio da cooperação e do diálogo diplomático que garanta instrumentos de ciberdiplomacia focados na prevenção de ciberataques e sanções pela União e seus Estados-Membros.⁶¹

Assim, também na lógica da defesa da soberania, a cibersegurança se mostra como uma estratégia comum do bloco⁶². Isso porque, além de o Conselho da União Europeia atualmente considerar o ciberespaço como o quinto teatro de guerra (além da terra, ar, mar e espaço), sua amplitude material e imaterial leva a uma grande estratégia de cooperação e compartilhamento da soberania dos Estados-Membros para a defesa coordenada “desde as redes de informação e telecomunicações, as

infraestruturas e os dados que suportam, até aos sistemas informáticos, processadores e controladores.”⁶³ Isso significa que, além do apoio especializado da ENISA e da Europol, também na Agência Europeia de Defesa (AED), ações especializadas em cibersegurança permitem a cooperação da União em torno da defesa militar do ciberespaço, compartilhando, inclusive, força de guerra em meio digital (*cyber war*).

Prova disso são as recentes ações da Agência na defesa supranacional do ciberespaço enquanto quinto domínio de guerra, especialmente diante das ameaças apresentadas pela Guerra Rússia-Ucrânia, oportunidade na qual o Conselho Europeu reconheceu, em março de 2022, que o domínio da informação e do ciberespaço deve não somente promover ações de defesa, mas passar a considerar o estágio de confronto, exigindo, assim, estratégia de ciberdefesa da Europa a partir da sua visão supranacional de cibersoberania.⁶⁴ Essa postura sedimentou atividades e normativas até então realizadas para desenvolvimento de um programa de defesa cibernética que já considerava, entre outros, o fortalecimento de um modelo de gestão de riscos nas cadeias de suprimentos e a federalização das áreas cibernéticas militares dos Estados-Membros. Assim, a UE desenvolve a sua cibersoberania pela coerência das suas atividades cibernéticas desenvolvidas em cooperação nas suas distintas agências especializadas, como a própria AED, a Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA), a CERT-EU e a EC3/Europol.⁶⁵

Além disso, essas iniciativas consolidam as atualizações normativas ocorridas na União Europeia desde 2019 para a cibersegurança e a efetiva proteção do ciberespaço europeu. A primeira dessas iniciativas foi a aprovação do Regulamento (UE) 2019/881, de 17 de abril de 2019, voltado a garantir a centralidade da cibersegurança tanto pelo fortalecimento e reestruturação da Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA) como pelo estabelecimento de critérios para a

⁵⁹ Aqui admitindo o conceito apresentado pela própria Estratégia da União Europeia para a cibersegurança. Vide notas de rodapé 43 e 44.

⁶⁰ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Cibersegurança*: como combate a UE as ciberameaças. Bruxelas, 2021. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/cybersecurity/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

⁶¹ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Cibersegurança*: como combate a UE as ciberameaças. Bruxelas, 2021. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/cybersecurity/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

⁶² MARTINS, José Carlos Lourenço. *Gestão de segurança da informação e cibersegurança nas organizações*: sistema e método. Faro: Sílabas e Desafios, 2021. p. 90.

⁶³ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Cibersegurança*: como combate a UE as ciberameaças. Bruxelas, 2021. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/cybersecurity/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

⁶⁴ EUROPEAN DEFENCE AGENCY. Ukraine war confirms need to define a longterm strategy to ensure the defence of Europe. *In European Defence Matters*, n. 23, p. 22, 2022. Disponível em: [https://eda.europa.eu/docs/default-source/eda-magazine/full-edm-23-\(final\).pdf](https://eda.europa.eu/docs/default-source/eda-magazine/full-edm-23-(final).pdf). Acesso em: 10 out. 2022.

⁶⁵ EUROPEAN DEFENCE AGENCY. *Cyber*. Bruxelas, 2022. Disponível em: <https://eda.europa.eu/what-we-do/capability-development/cyber>. Acesso em: 10 out. 2022.

certificação da cibersegurança das tecnologias da informação e comunicação.⁶⁶

O que chama a atenção no regulamento é que, ao longo dos seus 110 *consideranda*, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia não apenas ratificam a importância que tem o ciberespaço para o desenvolvimento do União e seus Estados-Membros, como também reconhecem a insuficiência dos níveis de segurança para as propostas a serem implementadas pelo bloco, como a cibercriminalidade (considerando 15), a ciberdiplomacia (considerando 54) e a ciberdefesa (considerando 43). Resta claro que a cibersegurança passa a ser uma nova *raison d'être* (razão de ser) da União Europeia na medida em que “atendendo à natureza transfronteiriça das ciberameaças, é necessário aumentar a nível da União as capacidades suscetíveis de complementar a ação dos Estados-Membros.”⁶⁷

E, nesse mesmo sentido, iniciativas ainda em trâmite como a revisão da Diretiva SRI (chamada de SRI 2.0)⁶⁸ revelam a necessidade constante de respostas ao cenário das novas ameaças cibernéticas e à transformação digital acelerada pela Covid-19 também no ambiente europeu. Serão essas condicionantes, portanto, que levarão a cibersegurança à revisão cíclica de suas políticas e estratégias, seja para a construção da cibercidadania europeia, para o desenvolvimento de um mercado digital livre, para o combate às ciberameaças, para o estabelecimento da ciberdefesa da União e seus Estados-Membros ou, ainda, para o alcance de uma nova cibersoberania trans-

fronteiriça, compartilhada, imaterial. Toda essa transformação poderá levar a União Europeia, finalmente, a um ciberconstitucionalismo multinível, compartilhando no ciberespaço europeu leis e valores democráticos, como pensado, ainda que de forma analógica, em Maastricht.

5 Considerações finais

O artigo refletiu a evolução da sociedade informacional e as ameaças cibernéticas existentes no meio digital, de modo a compreender como esse cenário tem levado as nações em todo mundo a refletir sobre como bem tutelar o ciberespaço, inicialmente imaginado como um ambiente imaterial de plena integração e liberdade global com o advento da Internet. Pelo seu paradigmático rompimento com as compreensões físicas e territoriais sobre soberania, advindos desde a Paz de Westfália, essa tutela passou a ser compreendida sob a necessária lógica de integração internacional entre as Nações, o que encontra dificuldades práticas na medida em que o ciberespaço tão somente reproduz (e, às vezes, amplifica) os desafios e potenciais conflitos geopolíticos já existentes no mundo físico, analógico.

Ocorre que, no âmbito da União Europeia, muito embora a proposta inicial de um constitucionalismo multinível tenha fracassado, o Tratado de Lisboa teve um papel fundamental por manter no bloco europeu as premissas de um pensamento de integração e cooperação que se estrutura sobre o compartilhamento de importantes premissas do constitucionalismo democrático, como a cidadania e a soberania de seus povos.

Não obstante alguns conflitos e tensões atualmente vividos no ambiente Europeu, como a crise social e sanitária da Covid-19, a efetivação do Brexit, os movimentos antidemocráticos vividos na Hungria e na Polônia e a recente Guerra da Ucrânia — esta com impactos diretos na compreensão do ciberespaço enquanto espaço de guerra e na construção de uma cibersoberania, como visto —, o que se tem de concreto é que a União Europeia mantém o seu espírito de integração, o que é amplamente demonstrado pela crescente tutela compartilhada do ciberespaço europeu enquanto expressão do seu pluralismo cultural e político.

O artigo esclarece, portanto, que essa tutela compartilhada se mostra, a partir das reflexões de Gráinne De Búrca, como a nova *raison d'être* da União Europeia,

⁶⁶ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n.º 2019/881, de 17 de abril de 2019*. Relativo à ENISA (Agência da União Europeia para a Cibersegurança) e à certificação da cibersegurança das tecnologias da informação e comunicação e que revoga o Regulamento (UE) n.º 526/2013 (Regulamento Cibersegurança). Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R0881&from=EN>. Acesso em: 24 nov. 2021.

⁶⁷ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n.º 2019/881, de 17 de abril de 2019*. Relativo à ENISA (Agência da União Europeia para a Cibersegurança) e à certificação da cibersegurança das tecnologias da informação e comunicação e que revoga o Regulamento (UE) n.º 526/2013 (Regulamento Cibersegurança). Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R0881&from=EN>. Acesso em: 24 nov. 2021.

⁶⁸ Pela nova proposta, novas regras serão estabelecidas a fim de reforçar as obrigações das empresas em matéria de segurança, assegurar práticas de cibersegurança nas cadeias logísticas e trazer maior capacidade de supervisão, compartilhamento de informações e cooperação. Para acesso à proposta da SRI 2: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-directive-measures-high-common-level-cybersecurity-across-union>.

não apenas porque promove a integração econômica e a prosperidade dos Estados-Membros, mas também os posicionam num papel de relevância sobre o tema frente a outras potências globais como os Estados Unidos, a Rússia e a China.

A distinção da União Europeia nesse novo jogo de xadrez em meio digital, porém, está justamente no fato de esse acesso à tutela do ciberespaço ocorrer no bloco com base na mesma lógica de supranacionalidade e integração dos povos e Nações, atualmente ameaçada no ambiente de guerra. Por essas razões conjugadas, a União Europeia parece melhor compreender os desafios do ciberespaço na medida em que os seus Estados-Membros há décadas refletem sobre outros desafios, até então analógicos, que exigem igual atuação transfronteiriça e estruturação supranacional de políticas que alcancem o efetivo bem-estar econômico e social de seus povos. Talvez por isso, então, que a necessária construção de um ciberespaço seguro, aberto e protegido seja cada vez melhor compreendida no contexto europeu e sob o cuidado da União Europeia.

Neste aspecto e tal como discutido, pelo menos desde os anos 2000, a União Europeia estrutura a construção e a disponibilidade desse ciberespaço comum sob a lógica da confiança mútua, a partir da Segurança da Informação e do consequente desenvolvimento de estratégias de cibersegurança que protejam não apenas esse espaço cibernético, seus sistemas informáticos e os dados neles contidos, mas também outros serviços digitais, seus mercados, suas comunicações e suas infraestruturas críticas. Além disso, o risco de um novo conflito no continente exige o desenvolvimento, ainda mais assertivo, de meios de integração e defesa que na realidade atual ultrapassa os limites da territorialidade. Por isso, fica claro para a União Europeia que a integração, a partir dos seus valores, e o desenvolvimento desse ambiente digital global passam, necessariamente, por iniciativas transnacionais que assegurem, por meio da cibersegurança, uma nova noção de soberania compartilhada, a cibersoberania, que se funda na efetiva cooperação institucional e na compreensão compartilhada de segurança.

Prova disso, como destacado, é a atuação do bloco na proposição e desenvolvimento de outras atividades ligadas à cibersegurança, como o equilíbrio entre o livre fluxo de dados com a proteção dos dados pessoais dos cidadãos europeus, o constante aperfeiçoamento e am-

pliação do combate à cibercriminalidade como forma de responder aos cibercrimes, os esforços para o desenvolvimento de uma ciberdiplomacia que dê respostas diplomáticas eficazes às ciberameaças na relação do bloco com países terceiros e, por fim, o aprimoramento da ciberdefesa militar para a sua atuação no ciberespaço enquanto quinto teatro de guerra, atualmente em teste no conflito da Ucrânia.

Em conclusão, as frentes multidirecionais permitidas pela centralidade da cibersegurança no desenvolvimento do ciberespaço europeu parecem mostrar que União Europeia terá uma nova oportunidade de revisitar, sob o signo digital e por meio do compartilhamento supranacional e transfronteiriço da soberania dos seus Estados-Membros no ciberespaço (de sua cibersoberania), os seus valores democráticos e de justiça pensados desde Maastricht. Em consequência disso, poderá surgir a construção de uma nova ideia de constitucionalismo multinível, o ciberconstitucionalismo construído sobre bases de uma nova ciberpolítica como sucedâneo da geopolítica vigente desde a Paz de Westfália, ultrapassando, assim, as barreiras físico-geográficas postas à União Europeia em 2005 para a integração total dos Estados nacionais e seus povos.

Referências

- BRANDÃO, Ana Paula; CAMISÃO, Isabel. Playing the market card: the Commission's strategy to shape EU cybersecurity policy. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 2021.
- BURCA, Gráinne de. Europe's raison d'être. In: KOCHENOV, Dmitry; AMTENBRINK, Fabian (ed.). *The European Union's shaping of the international legal order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 21-37.
- CARRAPICO, Helena; BARRINHA, André. European Union cyber security as an emerging research and policy field. *European Politics and Society*, v. 19, n. 3, p. 299-303, 2018.
- CARRAPICO, Helena; BARRINHA, André. The EU as a coherent (cyber) security actor? *JCMS: Journal of Common Market Studies*, v. 55, n. 6, p. 1254-1272, 2017.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

- CAVELTY, Myriam Dunn. A resilient Europe for an open, safe and secure cyberspace. *UI Occasional Papers*, v. 23, 2013.
- CHRISTOU, George. The EU's approach to cybersecurity. *University of Essex Paper Series*, 2017.
- COMISSÃO EUROPEIA. 'Shared vision, common action: a stronger Europe: a global strategy for the European Union's foreign and security policy'. Bruxelas, 2016. Disponível em: https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eugs_review_web_0.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Década digital da Europa: objetivos digitais para 2030*. 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_pt. Acesso em: 22 nov. 2021.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Uma Europa preparada para a era digital*: empoderar as pessoas graças a uma nova geração de tecnologias. 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_pt. Acesso em: 22 nov. 2021.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Cibersegurança*: como combate a UE as ciberameaças. Bruxelas, 2021. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/cybersecurity/>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Decisão-Quadro n.º 205/222, de 24 de fevereiro de 2005*. Relativa a ataques contra os sistemas de informação. Bruxelas, 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005F0222&from=PT>. Acesso em: 13 nov. 2021.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n.º 2019/881, de 17 de abril de 2019*. Relativo à ENISA (Agência da União Europeia para a Cibersegurança) e à certificação da cibersegurança das tecnologias da informação e comunicação e que revoga o Regulamento (UE) n.º 526/2013 (Regulamento Cibersegurança). Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R0881&from=EN>. Acesso em: 24 nov. 2021.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Um futuro digital para a Europa*. Bruxelas, 2021. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/a-digital-future-for-europe/>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- CRAIGEN, Dan; DIAKUN-THIBAUT, Nadia; PURSE, Randy. Defining cybersecurity. *Technology Innovation Management Review*, v. 4, n. 10, 2014.
- EUROPEAN DEFENCE AGENCY. *Cyber*. Bruxelas, 2022. Disponível em: <https://eda.europa.eu/what-we-do/capability-development/cyber>. Acesso em: 10 out. 2022.
- EUROPEAN DEFENCE AGENCY. Ukraine war confirms need to define a longterm strategy to ensure the defence of Europe. *In European Defence Matters*, n. 23, p. 22, 2022. Disponível em: [https://eda.europa.eu/docs/default-source/eda-magazine/full-edm-23-\(final\).pdf](https://eda.europa.eu/docs/default-source/eda-magazine/full-edm-23-(final).pdf). Acesso em: 10 out. 2022.
- FLORIDI, Luciano. The fight for digital sovereignty: what it is, and why it matters, especially for the EU. *Philosophy & Technology*, v. 33, n. 3, p. 369-378, 2020.
- FUSTER, Gloria González; JASMONTAITE, Lina. Cybersecurity regulation in the European Union: the digital, the critical and fundamental rights. *In: CHRISTEN, Markus; GORDIJN, Bert; LOI, Michele (ed.). The ethics of cybersecurity*. Cham: Springer, 2020. p. 97-115.
- GERALDES, Sofia Martins. A estratégia de cibersegurança da União Europeia: catastrofista, realista e/ou otimista? *Nação e Defesa*, 2019.
- HABERMAS, Jürgen. The crisis of the European Union in the light of a constitutionalization of international law. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 335-348, 2012.
- HEMERLING, Jim *et al.* *It's not a digital transformation without a digital culture*. Boston: BCG, 2018.
- HOEKSMAS, Jaap; SCHOENMAKER, Dirk. The sovereign behind the Euro. *Duisenberg School of Finance Policy Paper*, n. 15, 2011.
- KELEMEN, R. Daniel. The European Union's authoritarian equilibrium. *Journal of European Public Policy*, v. 27, n. 3, p. 481-499, 2020.
- KOVACS, László. Cyber security policy and strategy in the European Union and NATO. *Land Forces Academy Review*, v. 23, n. 1, p. 16-24, 2018.
- LÈVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Ed. 34, 1996.
- MAIAS, André; BRAVO, Rogério. *Geopolítica, geoestratégia e ciberespaço*. Lisboa: Academia, 2010.

MARTINS, José Carlos Lourenço. *Gestão de segurança da informação e cibersegurança nas organizações: sistema e método*. Faro: Sílabas e Desafios, 2021.

MEZZAPELLE, Daniele; ZARRILLI, Luca. Border and cyberspace: some reflections of political geography. *Romanian Review on Political Geography*, n. 2, p. 133-139, 2009.

NATO, Alessandro; BIFULCO, Raffaele. *The concept of sovereignty in the EU: past, present and the future*. Reconnect Working Paper, 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. *Tratado da União Europeia (TUE)*. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty>. Acesso em: 12 nov. 2021.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SHEN, Yi. Cyber sovereignty and the governance of global cyberspace. *Chinese Political Science Review*, v. 1, n. 1, p. 81-93, 2016.

ŠTITILIS, Darius *et al.* National cyber security strategies: management, unification and assessment. *IJM&P: Independent Journal of Management & Production*, v. 11, n. 9, p. 2341-2354, 2020.

VIEIRA, Vasco Rocha. A União Europeia de Maastricht a Nice: uma reflexão sobre o futuro. *Nação e Defesa*, v. 2, n. 100, p. 37-49, 2001.

VILLAR, Gregorio Cámara. Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 4, p. 9-42, 2005.

VIRGA, Joy Marie. International criminals and their virtual currencies: the need for an international effort in regulating virtual currencies and combating cyber crime. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 511-526, 2015.

VON HEINEGG, Wolff Heintschel. Territorial sovereignty and neutrality in cyberspace. *International Law Studies US Naval War College*, v. 89, n. 1, p. 127-156, 2013.

YELI, Hao. A three-perspective theory of cyber sovereignty. *Prism*, v. 7, n. 2, p. 108-115, 2017.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A legal analysis of the Air Defense Identification Zone (ADIZ) with special reference to the East China Sea Air Defense Identification Zone

Uma análise legal da Zona de Identificação de Defesa Aérea (ADIZ), com referência especial à Zona de Identificação de Defesa Aérea do Mar da China Oriental

Mohammad Owais Farooqui

Nazzal Kisswani

Sheer Abbas

Tahir Qureshi

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

A legal analysis of the Air Defense Identification Zone (ADIZ) with special reference to the East China Sea Air Defense Identification Zone*

Uma análise legal da Zona de Identificação de Defesa Aérea (ADIZ), com referência especial à Zona de Identificação de Defesa Aérea do Mar da China Oriental

Mohammad Owais Farooqui**

Nazzal Kisswani***

Sheer Abbas****

Tahir Qureshi****

Abstract

The establishment of the East China Sea Air Defense Identification Zone by China on 23 November 2017 was not well received and has drawn harsh criticisms from the USA, Japan, South Korea, and Taiwan. There are also apprehensions that China may in the future establish an ADIZ in the already troubled South China Sea. This paper traces the origin of the ADIZ and its rationale and examines its legal basis under international law. It finds that despite the absence of a clear permissive or prohibitive rule of international law on the ADIZ, the states have established the ADIZs for the protection of their national security interests and other states have not generally contested them. India has also established the ADIZs in the airspace above its land territory, territorial sea, and waters beyond its territorial sea. East China Sea ADIZ is problematic because it deviates from the normal ADIZs and is established in disputed areas of the East China Sea". The paper concludes that the problems caused by the ADIZs like East China Sea ADIZ can be limited to a greater degree if the community of states agrees to have a clear multilateral legal framework governing the ADIZs.

Keywords: Air Defense Identification Zone; airspace; ICAO.

Resumo

O estabelecimento da Zona de Identificação de Defesa Aérea do Mar da China Oriental (em inglês, ADIZ) pela China em 23 de novembro de 2017 não foi bem recebido e atraiu duras críticas dos EUA, Japão, Coreia do Sul e Taiwan. Há também apreensões de que a China possa no futuro estabelecer uma ADIZ no já conturbado Mar da China Meridional. Este artigo traça a origem da ADIZ e sua justificativa e examina sua base legal sob o direito

* Recebido em 15/04/2022
Aprovado em 27/02/2023

** Dr. Mohammad Owais Farooqui is an Assistant Professor of Air & Space Law at the College of Law, University of Sharjah, UAE. PhD from NALSAR University of Law, Hyderabad, India.
Email: mfarooqui@sharjah.ac.ae

*** Associate Professor, College of Law, University of Sharjah, UAE. PhD in Business law (2011) Macquarie University (MAQ) NSW, Australia.
Email: nkisswani@sharjah.ac.ae

**** Assistant Professor of Space Law, College of Law, University of Sharjah, Sharjah, UAE. PhD at Beijing Institute of Technology (BIT), School of Law.
Email: sheer.abbas@sharjah.ac.ae

**** PhD Student in Law, Jawaharlal Nehru University, New Delhi, India.
Email: tahirqureshiadiv@gmail.com

internacional. Ele considera que, apesar da ausência de uma regra permissiva ou proibitiva clara do direito internacional sobre o ADIZ, os estados estabeleceram os ADIZs para a proteção de seus interesses de segurança nacional e outros estados geralmente não os contestaram. A Índia também estabeleceu os ADIZs no espaço aéreo acima de seu território terrestre, mar territorial e águas além de seu mar territorial. O ADIZ do Mar da China Oriental é problemático porque se desvia dos ADIZs normais e está estabelecido em áreas disputadas do Mar da China Oriental”. O documento conclui que os problemas causados pelas ADIZs, como as ADIZs do Mar da China Oriental, podem ser limitadas em maior grau se a comunidade de estados concordar em ter uma estrutura jurídica multilateral clara que regule as ADIZs.

Palavras chave: Zona de Identificação de Espaço Aéreo, Espaço aéreo, ICAO

1 Introduction

The East China Sea Air Defense Identification Zone (ADIZ) is a highly contentious issue in the international community, with many countries and organizations expressing concern over its legality and implications for regional stability. In this article, we will conduct a legal analysis of the ADIZ in the East China Sea, with a focus on its impact on the freedom of navigation and overflight, and its compatibility with international law.

The East China Sea ADIZ was established in 2013 by the Chinese government, covering an area that includes the disputed Senkaku/Diaoyu islands, which are also claimed by Japan. Under the ADIZ, all aircraft entering the zone are required to identify themselves to the Chinese authorities and comply with their instructions. The Chinese government has stated that the ADIZ is a necessary measure for protecting its national security and maintaining control over its airspace, but many countries and organizations have criticized it as a violation of the freedom of navigation and overflight guaranteed by international law.

The freedom of navigation and overflight is an established principle of international law, which allows all states, regardless of their level of development, to fly over and navigate through the high seas and the airspace above. The United Nations Convention on the Law

of the Sea (UNCLOS) and the Chicago Convention on International Civil Aviation recognize the freedom of navigation and overflight as a fundamental principle.

However, the Chinese government has argued that the ADIZ is a legitimate exercise of its right to self-defense under the United Nations Charter. Article 51 of the Charter recognizes the inherent right of self-defense of all states, and China has argued that the ADIZ is a necessary measure for protecting its national security and maintaining control over its airspace.

In practice, the ADIZ has caused tension in the region, as other countries, including the United States and Japan, have refused to recognize it and have continued to conduct military and civilian flights in the zone without notifying the Chinese authorities. This has led to increased risk of accidental collisions and misunderstandings, raising concerns about regional stability.

Approximately in a period of the previous four years, Air Defense Identification Zone (ADIZ) came to become a prominent area of study and has received sober attention of, amongst others, scholars of international law and international relations. The main event which triggered a fierce debate on the ADIZ which was hitherto lesser-known was the announcement by the People’s Republic of China (China) to establish an ADIZ in the East China Sea and the immediate reactions that this announcement drew from other states, mainly, the United States of America (USA), Japan, Republic of Korea (South Korea) and Republic of China (Taiwan).

“On 23 November 2013, China’s Ministry of National Defense announced that its East China Sea Air Defense Identification Zone (ECS ADIZ) would be effective at 10:00 AM that same day”.¹

the same day, US Secretary of State John Kerry and Secretary of Defense Chuck Hagel responded: that the USA is deeply concerned about China’s unilateral action; that this unilateral action constitutes an attempt to change the status quo in the East China Sea; and that escalatory action will only increase tensions in the region and create risks of an incident.²

¹ RINEHART, Ian E.; ELIAS, Bart. *China’s Air Defense Identification Zone (ADIZ)*. CRS Report, 2015. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/row/R43894.pdf>. Access in: 21 Mar. 2022.

² PRESS, Jiji; NEWS, Kyodo; SHIMBUN, Yomiuri. Rising tensions in Northeast Asia after China set up air defense zone over Senkaku/Diaoyu. *Europe Solidaire Sans Frontières*, 15 Dec. 2013. Available at:

Japan's Foreign Minister Fumio Kishida reacted by saying: that Japan does not acknowledge China's establishment of an air defense identification zone over the Japan-controlled Senkaku islets group and that "it was a one-sided action and cannot be allowed. It's also expected to trigger unpredictable events".³ On China's announcement of the ECS ADIZ, South Korean Foreign Minister Yun Byung-se said, "The issue of the air defense identification zone is making the already difficult regional situations even more difficult to deal with [...]. We see competition and conflict in the region deepening."⁴ "Taiwan also reacted to this announcement and declared that Taiwan has sovereignty over the Diaoyutai (Senkaku) Islands with no change due to China's ECS ADIZ and will continue to defend that sovereignty over the islands".⁵ At a later point in time, "Japan's parliament passed a resolution labeling the ECS ADIZ a violation of international law and called for China to withdraw the ECS ADIZ immediately".⁶ On this issue,

Japan also approached International Civil Aviation Organization (ICAO) and raised the issue of the relationship between freedom of overflight of the high seas and air defense identification zones pointing out that, depending on the measures related to the air defense identification zones each country takes, the order and safety of international civil aviation could be endangered.⁷

There may be various reasons why China established the ECS ADIZ and why only Japan, Korea, Taiwan, and the USA so sharply reacted in this case while other countries did not react either so emphatically or at all. There are also speculations of varying degrees that

China may declare the South China Sea Air Defense Identification Zone in the South China Sea.⁸ To better understand the legal consequences of these recent developments for other states and stakeholders in the civil aviation industry from the perspective of international law, it is important to first understand the conceptual and practical underpinnings of the ADIZ within the framework of international law. For this purpose, and at a more general level, several issues arise concerning the ADIZ which are its origin, meaning, nature, functions, implications, and justifications under international law.

2 Air Defense Identification Zones: inception to international law

This part, after tracing the origin of the ADIZ and its rationale and highlighting the definitional dilemma, finds out the legal basis of ADIZs under international law and the Indian position of the ADIZ.

2.1 Origin and rationale⁹

The international community got acquainted with the concept of the ADIZ for the first time in 1950 when the US Department of Commerce on 27 December that year promulgated regulations according to its Civil Aeronautics Act of 1938 and President Henry

<https://www.europe-solidaire.org/spip.php?article30651>. Access in: 21 Mar. 2022.

³ PRESS, Jiji; NEWS, Kyodo; SHIMBUN, Yomiuri. Rising tensions in Northeast Asia after China set up air defense zone over Senkaku/Diaoyu. *Europe Solidaire Sans Frontières*, 15 Dec. 2013. Available at: <https://www.europe-solidaire.org/spip.php?article30651>. Access in: 21 Mar. 2022.

⁴ RINEHART, Ian E.; ELIAS, Bart. *China's Air Defense Identification Zone (ADIZ)*. CRS Report, 2015. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/row/R43894.pdf>. Access in: 21 Mar. 2022.

⁵ RINEHART, Ian E.; ELIAS, Bart. *China's Air Defense Identification Zone (ADIZ)*. CRS Report, 2015. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/row/R43894.pdf>. Access in: 21 Mar. 2022.

⁶ RINEHART, Ian E.; ELIAS, Bart. *China's Air Defense Identification Zone (ADIZ)*. CRS Report, 2015. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/row/R43894.pdf>. Access in: 21 Mar. 2022.

⁷ JAPAN. Ministry of Foreign Affairs of Japan. '200th Session of the Council of the International Civil Aviation Organization (ICAO): press release of 30 November 2013. Available at: http://www.mofa.go.jp/press/release/press4e_000114.html. Access in: 21 Mar. 2022.

⁸ MICHAEL, Pilger. *ADIZ update: enforcement in the East China Sea, prospects for the South China Sea, and implications for the United States*. U.S.-China Economic and Security Review Commission, 2 Mar. 2016. Available at: https://www.uscc.gov/sites/default/files/Research/ADIZ%20Update_0.pdf. Access in: 30 Mar. 2022.

⁹ MARTIAL, J. A. State control of the air space over the territorial sea and the contiguous zone. *The Canadian Bar Review*, p. 245, 1952. p. 257-60. JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 1-8. IVAN, L. Head. ADIZ, international law, and contiguous airspace. *Alberta Law Review*, v. 3, p. 184, 1964. "ELIZABETH, Cuadra. Air Defense Identification Zones: creeping jurisdiction in the airspace. *Virginia Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 485, 1978. p. 492-495. ANAND, R. P. *Origin and development of the law of the sea*. Martinus Nijhoff, 1983. p. 171." PETER, A. Dutton. *Caelum liberum*: Air Defense Identification Zones outside sovereign airspace. *AJIL*, v. 103, n. 4, 2009. p. 698-700. "RINEHART, Ian E.; ELIAS, Bart. *China's Air Defense Identification Zone (ADIZ)*. CRS Report, 2015. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/row/R43894.pdf>. Access in: 21 Mar. 2022. p. 1-2. "VANHULLEBUSCH, Matthias; SHEN, Wei. China's Air Defense Identification Zone: building security through lawfare. *The China Review*, v. 16, n. 1, 2016. p. 127-128.

Truman's Executive Order of 20 December 1950 to establish Air Defense Identification Zones over the Pacific Ocean and the Atlantic Ocean near its coasts.¹⁰ Those regulations defined the ADIZ as "airspace of defined dimensions [...] within which the ready identification, location, and control of aircraft are required in the interest of the national security".¹¹ Those ADIZs covered not only the US national territories but also extended in some cases to quite considerable distances over the high seas, for example, Atlantic ADIZ extended more than 300 miles.¹² Those regulations required both the domestic and the foreign aircraft to file the flight plans before entering into these ADIZs if the flights were destined for the USA; and any non-compliance with or violation of these regulations was made an offence punishable with imprisonment or fine or both.¹³

Almost immediately in 1951, Canada's Department of Transport passed Rules for the Security Control of Air Traffic establishing Canadian Air Defense Identification Zones (CADIZs) and followed generally the lines of the USA's regulations.¹⁴ The Canadian rules defined the Canadian Air Defense Identification Zone (CADIZ) as "an airspace of defined dimensions extending upwards from the surface of the Earth [...]".¹⁵ Those CADIZs

differed from the USA's ADIZs in certain aspects. First, The CADIZs were dimensionally much smaller than the USA's ADIZs, being not much more than one hundred nautical miles from land at its widest.¹⁶ Second, unlike the USA's regulations, the Canadian rules were intended to apply to any aircraft about to enter the country, or actually in the zone, regardless of the destination or such aircraft.¹⁷ Third, unlike USA's regulations, no civil or criminal actions were contemplated under the Canadian rules against those found in non-compliance or violating them.¹⁸

Although there were certain differences in the structures of the USA's ADIZs and the CADIZs which should be kept in mind, one most striking and critical feature was commonality in their purposes. This commonality constituted the rationale of the ADIZs of the USA and Canada and the rationale was to protect their national security interest. Protection of interest of national security was considered legitimate and justifiable at that time when the Cold war had begun and been aggravated by the Korean wars.¹⁹ The USA and Canada have continued to maintain their respective ADIZs, although with few modifications, even at present.²⁰ And with time,

¹⁰ JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 3-4. ANAND, R. P. *Origin and development of the law of the sea*. Martinus Nijhoff, 1983. p. 171.

¹¹ JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 3-4.

¹² JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 3-4.

¹³ JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 5. ANAND, R. P. *Origin and development of the law of the sea*. Martinus Nijhoff, 1983. p. 171.

¹⁴ JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 2. ANAND, R. P. *Origin and development of the law of the sea*. Martinus Nijhoff, 1983. p. 171.

¹⁵ JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true.

[library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true](http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true). Access in: 21 Mar. 2022.

¹⁶ JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 5.

¹⁷ JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 5.

¹⁸ JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 4.

¹⁹ JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. p. 2. ANAND, R. P. *Origin and development of the law of the sea*. Martinus Nijhoff, 1983. p. 171.

²⁰ UNITED STATES. Department of Transportation. *Aeronautical Information Manual: official guide to basic flight information and ATC Procedures*. United States: Federal Aviation Administration of US Department of Transportation, 2014. Available at: https://www.faa.gov/air_traffic/publications/media/AIM_Basic_4-03-14.pdf. Access in: 30 Mar. 2022. CANADA. *Designated airspace handbook*

the rationale for the ADIZs has increased to include reducing the risk of midair collisions, combating illicit drug flows, facilitating search-and-rescue missions, and reducing the need for fighter jet sorties for purposes of visual inspection by increasing transparency, predictability, and strategic stability by reducing uncertainty on both sides about when, where, and how aerial interceptions might take place.²¹

2.2 Definition

In the preceding section, we have seen the definitions of the ADIZ as provided under the USA's regulations and the Canadian rules²² and found that these definitions are not identical. This is precisely one of the problems with the ADIZs that lead to one's bewilderment.

Realizing this problem, it seems that International Civil Aviation Organization (ICAO) attempted to provide a legal definition of the ADIZ through international standards and recommended practices on aeronautical information services and to achieve, thereby, a degree of uniformity. Annex 15²³ of Convention of International Civil Aviation²⁴ defines ADIZ as "specially designated airspace of defined dimensions within which aircraft are required to comply with special identification and/or reporting procedures additional to those related to the provision of air traffic services (ATS)." This definition appears to be a bit cryptic and does not bring full disclosure as too high, length and breadth of the airspace superjacent to either land or sea or both over which the ADIZ can be established.

Some scholarly attempts have been made to provide a comprehensive definition of the ADIZ. For example, Roach defines the ADIZ as

a defined area of air space within which civil aircraft are required to identify themselves. These zones are established above the exclusive economic zone (EEZ) or high seas adjacent to the coast, and over the territorial sea, internal waters, and land territory.²⁵

Alternatively, Dr. Gurpreet Singh Khurana, a former Captain in the Indian Navy and present Executive Director of the National Maritime Foundation define the ADIZ as

an area of airspace over land or water beyond a country's sovereign territory within which, it requires the identification, location, and air traffic control of aircraft in the interest of its national security. ADIZs are located primarily over waters of coastal States, and often include large swaths of airspace beyond their National Airspace.²⁶

Both these scholarly definitions are simple, lucid, and comprehensive to fully capture the picture of the ADIZs.

An important point that remains always to be kept in mind is that the ADIZ is separate from and should not be confused with Flight Information Region (FIR). Roach points out that:

An FIR is a specified region of airspace in which a flight information service and an alerting service ('ALRS') are provided. The International Civil Aviation Organization (ICAO) has divided the world into zones ('Air Navigation Regions') to assist and control civil aircraft to ensure the safety of navigation. Each zone is subdivided into both FIRs and areas of controlled airspace. FIRs may embrace both national and international airspace. FIRs are delimited by Regional Air Navigation Agreements which are subject to the approval of the ICAO Council. These agreements are concluded in the framework of the Regional Conferences on Air Navigation. The Chicago Convention, its Annexes, and FIRs do not apply to states, including military, aircraft (Art. 3 Chicago Convention).²⁷

The distinction between the ADIZs and the FIRs is further elaborated by Dr. Gurpreet Singh Khurana who writes that FIR is:

published under the authority of the Minister of Transport. Canada: NAV, 2017. Available at: https://www.navcanada.ca/EN/products-and-services/Documents/DAH_Current_EN.pdf. Access in: 3 Apr. 2017.

²¹ DAVID, A. Welch. What's an ADIZ? Why the United States, Japan, and China get it wrong. *Foreign Affairs*, 9 Dec. 2013. Available at: <https://www.foreignaffairs.com/articles/east-asia/2013-12-09/whats-adiz>. Access in: 3 Apr. 2022.

²² See text to footnotes 11 and 15.

²³ INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. *Annex 15 to the Convention on International Civil Aviation*. 13th. ed. ICAO, 2010

²⁴ UNITED NATIONS. *Convention of International Civil Aviation*: adopted on 7 December 1944 and entered into force on 4 April 1947. UNTS, 1948).

²⁵ ROACH, J. A. Air Defense Identification Zones. In: LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *The law of armed conflict and the use of force*: the max planck encyclopedia of public international law. Oxford University Press, 2017. v. 2. p. 10.

²⁶ GURPREET, S. Khurana. *Porthole: geopolitical, strategic and maritime terms and concepts*. Pentagon Press, 2016. p. 4.

²⁷ ROACH, J. A. Air Defense Identification Zones. In: LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *The law of armed conflict and the use of force*: the max planck encyclopedia of public international law. Oxford University Press, 2017. v. 2. p. 25.

A defined area of airspace within which flight information and alerting services are provided. The FIRs are established by the International Civil Aviation Organisation (ICAO) for the safety of civil aviation and encompass both ‘national’ and ‘international’ airspace.

Military aircraft on routine point-to-point flights through International Airspace usually follow ICAO flight procedures and utilize FIR services. Exceptions to this policy include military contingency operations, classified or politically sensitive missions, and routine Aircraft Carrier operations or training activities. When military aircraft do not follow ICAO flight procedures, they are required to navigate ‘with due regard for the safety of civil aviation.’²⁸

This section can be summarized in two points. First, the ADIZ, despite scholarly definitions and ICAO’s definition, lacks a precise and uniform legal definition. Second, the ADIZ is different from the FIR in that former is unilaterally imposed with the motive of national security while the latter is established within the framework of the Chicago Convention with the motive of the safety of civil aviation and navigation.

2.3 Legal basis under international law

After an initial analysis of to origin, rationale, and definition of the ADIZ in the preceding sections, the most crucial issue which needs to be squarely addressed is the legal basis of the ADIZs under international law. Some notable scholarly writings have addressed this issue from both theoretical and practical points of view on international law.²⁹ This section examines the legal

basis of the ADIZ in conventional law, customary international law, and general international law.

“Relevant conventional laws are found in Articles 1, 2, and 12 of the Convention of International Civil Aviation (Chicago Convention); Articles 33, 58, and 87 of the United Nations Convention on the Law of the Sea”³⁰; and Article 51 of the Charter of the United Nations (UN Charter).

“Articles 1 and 2 of the Chicago Convention recognize that every state has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory which includes both the land areas and its territorial waters”. Text of Articles 1 and 2 reads as:

Article 1. Sovereignty. The contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory.

Article 2. Territory. For this Convention, the territory of a State shall be deemed to be the land areas and territorial waters adjacent thereto under the sovereignty, suzerainty, protection, or mandate of such State.

Given this complete and exclusive sovereignty, the states can establish the AIDZs which in their dimensions have to be limited over the airspaces above their national territories. However, the ADIZs working at present extends well beyond the national territories out to the significant areas of the high seas. Do the states have the right to make and enforce, through the ADIZs, rules of air that may condition the entry or operation of aircraft over the high seas? Article 12 of the Chicago Convention states:

CURITY AND DEVELOPMENT”, 1., 2014, Viet Nam. *Proceedings* [...]. Viet Nam: Diplomatic Academy of Viet Nam, Viet Nam Lawyers Association, 2014. Available at: <https://cil.nus.edu.sg/wp/wp-content/uploads/2014/11/Beckman-Phan-ADIZ-Paper-submitted-1.pdf>. Access in: 24 Mar. 2022. p. 5-6. ZOLTÁN, Papp. Air Defense Identification Zone (ADIZ) in the light of public international law. *Journal of International and European Law*, v. 28, 2015. Available at: http://ceere.eu/pjiel/wp-content/uploads/2015/12/pjiel_3_3.pdf. Access in: 21 Mar. 2022. SU, Jinyuan. The East China Sea Air Defense Identification Zone and international law. *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 2, p. 273-283, 2015. SHANAE, Pillay. *The legal requirements for the proclamation of Air Defense Identification Zones (ADIZs): an examination with specific reference to the ADIZ of the people’s Republic of China*. University of Pretoria, 2015. p. 18-23. ROACH, J. A. Air Defense Identification Zones. In: LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *The law of armed conflict and the use of force: the max planck encyclopedia of public international law*. Oxford University Press, 2017. v. 2. p. 10-11.

³⁰ UNITED NATIONS. United Nations Convention on the Law of the Sea: adopted on 10 December 1982 and entered into force on 16 November 1994. UNTS, 1994.

²⁸ GURPREET, S. Khurana. *Porthole: geopolitical, strategic and maritime terms and concepts*. Pentagon Press, 2016. p. 67.

²⁹ MARTIAL, J. A. State control of the air space over the territorial sea and the contiguous zone. *The Canadian Bar Review*, v. 245, 1952. JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digital.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. IVAN, L. Head. ADIZ, international law, and contiguous airspace. *Alberta Law Review*, v. 3, 1964. passim ELIZABETH, Cuadra. Air Defense Identification Zones: creeping jurisdiction in the airspace. *Virginia Journal of International Law*, v. 18, n. 3, 1978. passim. PETER, A. Dutton. *Caelum liberum*. Air Defense Identification Zones outside sovereign airspace. *AJIL*, v. 103, n. 4, 2009. CHRISTOPHER, K. Lamont. Conflict in the Skies: The Law of Air Defense Identification Zones. *Air & Space Law*, v. 39, n. 3, 2014. p. 192-195. BECKMAN, Robert; PHAN, Hao Duy. Air Defense Identification Zones: implications for freedom of over-flight and maritime disputes. In: INTERNATIONAL WORKSHOP “THE SOUTH CHINA SEA: COOPERATION FOR REGIONAL SE-

Rules of the air. “Each contracting State *undertakes to adopt* measures to ensure that every aircraft flying over or maneuvering within its territory and that every aircraft carrying its nationality mark, wherever such aircraft may be, shall comply with the *rules and regulations relating to the flight and maneuver of aircraft there in force.* Each contracting State undertakes to keep its regulations in these respects uniform, to the greatest possible extent, with those established from time to time under this Convention. *Over the high seas, the rules in force shall be those established under this Convention.* Each contracting State undertakes to ensure the prosecution of all persons violating the regulations applicable”.

A plain reading of Article 12 suggests that the authority of a state to formulate and enforce rules of air is limited only to its territory and aircrafts registered therein. Rules of air for navigation over high seas are to be established by the ICAO under the Chicago Convention read with its Article 37. Thus, the authority of a state to establish the ADIZs in the airspace above high seas lacks its basis under the Chicago Convention.

Are the AIDZs in the airspace over high seas permitted under the UN Convention of Law of the Sea? Relevant provisions are found in Articles 33, 58, and 87 which are as follows:

Article 33

Contiguous zone

1. In a zone contiguous to its territorial sea, described as the contiguous zone, the coastal State may exercise the control necessary to:

- (a) prevent infringement of its customs, fiscal, immigration, or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea;
- (b) punish infringement of the above laws and regulations committed within its territory or territorial sea.

2. The contiguous zone may not extend beyond 24 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. [...]

Article 58

Rights and duties of other States in the exclusive economic zone

1. In the exclusive economic zone, all States, whether coastal or land-locked, enjoy, subject to the relevant provisions of this Convention, the freedoms referred to in article 87 of navigation and overflight and the laying of submarine cables and pipelines, and other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms, such as those associated with the operation of ships, aircraft and submarine cables and pipelines and compatible with the other provisions of this Convention [...]

Article 87

Freedom of the high seas

1. The high seas are open to all States, whether coastal or land-locked. Freedom of the high seas is exercised under the conditions laid down by this Convention and by other rules of international law. It comprises, inter alia, both coastal and land-locked States:

[...]

(b) Freedom of overflight;

[...]

2. These freedoms shall be exercised by all States *with due regard for the interests of other States in their exercise of the freedom of the high seas,* and also with due regard for the rights under this Convention concerning activities in the Area. (emphasis added)

Article 33 provides states only with enforcement jurisdiction with customs, fiscal, immigration, or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea and this jurisdiction extends out to 24 nm from their coasts. It can be argued that in the exercise of this jurisdiction, the states can establish the ADIZs for customs, fiscal, immigration, or sanitary purpose and not national security purpose which is at present their foundation. Articles 58 and 87 recognize the freedom of overflight above EEZ and high seas which cannot be interfered with by purported ADIZs. However, could it still be argued that the ADIZs are a manifestation of interests of other states to which due regard must be accorded by the state exercising freedom of overflight? But, the UN Convention on Law of the Sea does not authorize the states to establish the ADIZs in the airspace above contiguous zone, EEZ, and high seas.

Next in line is Article 51 of the UN Charter which recognizes the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a state. The right to self-defense is also a customary international law that can coexist and is independent of, Article 51. ADIZs fail to satisfy the requirements of both Article 51 and the customary right to self-defense. Article 51 provides the right to self-defense in the case of an impending armed attack and the measures can be taken only to that extent. But the ADIZs are maintained and exist permanently even when there are no impending armed attacks. Likewise, the ADIZs also fail to satisfy the imminence and necessity requirements of the right to self-defense under customary international law. However, arguments have been made to justify the ADIZs based on the right to self-preservation of the states.³¹

³¹ MARTIAL, J. A. State control of the air space over the territo-

The only basis to justify state actions under international law which remains open is the default rule of general international law as provided in the *SS Lotus* case. This default rule of general international law, according to the PCIJ, is that international law is

far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property, and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.³²

Therefore, the states can establish and maintain the ADIZs which extend out to cover areas of the EEZ and the high seas relying on the *SS Lotus* principle.

2.4 State practices and Indian position

There are many states which had maintained or continue to maintain their ADIZs and these states are Bangladesh, Brazil, Burma, China, Iceland, India, Iran, Japan, Malaysia, Norway, Oman, South Korea, Pakistan, Philippines, Sweden, Taiwan, United Kingdom, Uruguay, USA, and Vietnam.³³ This section does not attempt to the justification for the ADIZs given by each state nor analyses the rules and procedures of their ADIZs individually. The analysis is limited concerning India's practice on the ADIZs.

It seems that India had established its ADIZ for the first time in 1972.³⁴ It also appears that India has not officially announced the legal basis of its ADIZ under

international law. However, in the light of the analysis of the preceding, India's ADIZ is legally justifiable under international law.

In India, "relevant provisions for establishing the ADIZ can be found in Aircraft Act 1934 and Aircraft Rules 1937".

Section 4 of the Aircraft Act 1934 enables the Central Government to make rules to implement the Convention relating to International Civil Aviation including any Annex thereto relating to International standards and recommended practices as amended from time to time.

Section 5(2)(h) and (i) of this Act empowers the Central Government to make rules for the air routes by which and, the conditions under which aircraft may enter or leave India, or may fly over India, and the places at which aircraft shall land; and the prohibition of flight by aircraft over any specified area, either absolutely or at specified times, or subject to specified conditions and exceptions.

Section 6 provides power to the Central Government to prohibit either absolutely or subject to such conditions as it may think fit or regulate in such manner as may be contained in the order, the flight of all or any aircraft or class of aircraft over the whole or any portion of India.

However, these provisions do not specify whether the ADIZs to prohibit or condition the entry of the aircraft can be extended beyond the national territories to include areas above the EEZ or high seas.

Further,

Rule 133A of the Aircraft Rules 1937 empowers the Director-General of Civil Aviation (DGCA) to issue, *inter alia*, Civil Aviation Requirements, or any special directions on all of the above matters as provided in the Aircraft Act 1934. In pursuance of this Rule, the DGCA issued Civil Aviation Requirements (CARs) on aeronautical charts and aeronautical information services.³⁵

It is in these CARs that the ADIZ is defined as "specially designated airspace of defined dimensions within which aircraft are required to comply with special identification and/or reporting procedures additional to those related to the provision of air traffic services

rial sea and the contiguous zone. *The Canadian Bar Review*, 1952. p. 260-631. JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digital.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022. IVAN, L. Head. ADIZ, international law, and contiguous airspace. *Alberta Law Review*, v. 3, 1964. passim.

³² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *The Case of the S.S. "Lotus"*. Judgement of 7 September 1927, Series 70. Available at: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Access in: 6 Apr. 2022.

³³ CHRISTOPHER, K. Lamont. Conflict in the Skies: The Law of Air Defense Identification Zones. *Air & Space Law*, v. 39, n. 3, p. 187, 2014. ELIZABETH, Cuadra. Air Defense Identification Zones: creeping jurisdiction in the airspace. *Virginia Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 485, 1978.

³⁴ ELIZABETH, Cuadra. Air Defense Identification Zones: creeping jurisdiction in the airspace. *Virginia Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 485, 1978.

³⁵ INDIA. *CAR Section 9: air space and air traffic management series G, part I: aeronautical charts*. Office of Director General of Civil Aviation, 8 Jan. 2010. Available at: <http://dgca.nic.in/cars/D9G-G1.pdf>. Access in: 9 Apr. 2022. INDIA. *CAR Section 9: air space and air traffic management series I: aeronautical information services*. Office of Director General of Civil Aviation, 8 Jan. 2010. Available at: <http://dgca.nic.in/cars/D9I-I1.pdf>. Access in: 9 Apr. 2022.

(ATS).” This definition is a verbatim copy of the definition of the ADIZ provided in Annex 15 to the Chicago Convention.

CAR on Aeronautical Information Services states that the Airports Authority of India (AAI) shall ensure that the provision of aeronautical data and aeronautical information covers its territory and those areas over the high seas for which it is responsible for the provision of air traffic services. Based on its power and responsibility under this CAR, the AAI has issued ENR-5.2 Military Exercise and Training Areas and Air Defense Identification Zone (ADIZ).³⁶

These rules have established ADIZ North, ADIZ West, ADIZ Central, ADIZ East, ADIZ South, and Sub ADIZ South-East. These ADIZs are both in airspaces above land area and EEZs. These rules provide that no flight (including aircraft, helicopters, Unmanned Aerial Vehicles (UAV), microlite aircraft, power gliders, and air balloons) by civil, military, Indian, or foreign operators, originating within an ADIZ and those penetrating ADIZs are permitted without an Air Defense Clearance. Aircraft flying without an Air Defense Clearance (ADC) or failing to comply with any restriction or deviating from the flight plan is liable to identification and interception. From the foregoing, it becomes clear that the authority to establish the ADIZs in India vests in the DGCA and the AAI. Enforcing agencies of these ADIZs are Indian Air Force and Navy.³⁷

3 A case study of East China Sea ADIZ

Quite a good deal of literature has been written analyzing the legal justification of the East China Sea ADIZ.³⁸ However, based on the analysis in the pre-

ceding part, it can be said that China has the right to establish ADIZ including an ADIZ in the East China Sea. But, there are certain problems concerning the East China Sea ADIZ. Announcement of 23 November 2013 establishing East China Sea ADIZ reads as follows:

The Ministry of National Defense of the People’s Republic of China, following the Statement by the Government of the People’s Republic of China on Establishing the East China Sea Air Defense Identification Zone, now announces the Aircraft Identification Rules for the East China Sea Air Defense Identification Zone as follows:

First, aircraft flying in the East China Sea Air Defense Identification Zone must abide by these rules.

Second, aircraft flying in the East China Sea Air Defense Identification Zone must provide the following means of identification:

1. “Flight plan identification. Aircraft flying in the East China Sea Air Defense Identification Zone should report the flight plans to the Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China or the Civil Aviation Administration of China”.
2. “Radio identification. Aircraft flying in the East China Sea Air Defense Identification Zone must maintain the two-way radio communications, and respond in a timely and accurate manner to the identification inquiries from the administrative organ of the East China Sea Air Defense Identification Zone or the unit authorized by the organ”.
3. “Transponder identification. Aircraft flying in the East China Sea Air Defense Identification Zone, if equipped with the secondary radar transponder,

Access in: 24 Mar. 2022. SU, Jinyuan. The East China Sea Air Defense Identification Zone and international law. *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 2, p. 273-283, 2015. SHANAE, Pilly. *The legal requirements for the proclamation of Air Defense Identification Zones (ADIZs): an examination with specific reference to the ADIZ of the people’s Republic of China*. University of Pretoria, 2015. ROACH, J. A. Air Defense Identification Zones. In: LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *The law of armed conflict and the use of force: the max planck encyclopedia of public international law*. Oxford University Press, 2017. v. 2. p. 10-11. CHRISTOPHER, K. Lamont. Conflict in the Skies: The Law of Air Defense Identification Zones. *Air & Space Law*, v. 39, n. 3, 2014. RINEHART, Ian E.; ELIAS, Bart. *China’s Air Defense Identification Zone (ADIZ)*. CRS Report, 2015. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/row/R43894.pdf>. Access in: 21 Mar. 2022. VANHULLEBUSCH, Matthias; SHEN, Wei. China’s Air Defense Identification Zone: building security through lawfare. *The China Review*, v. 16, n. 1, 2016. CHING, Chang. The legal basis of the people’s republic of China’s East China Sea Air Defense Identification Zone. *Contemporary Chinese Political Economy and Strategic Relations: An International Journal*, v. 2, n. 1, 2016. INSTITUTE OF PEACE AND CONFLICT STUDIES. *China and the air defense identification zone*. Available at: http://www.ipcs.org/pdf_file/issue/SR148-IPCSSpecialFocus-ADIZ.pdf. Access in: 27 Mar. 2022.

³⁶ INDIA. ENR-5.2: military exercise and training areas and Air Defense Identification Zone (ADIZ). Airports Authority of India, 7 Jan. 2017. Available at: http://www.aai.aero/misc/AIPS_2016_03.pdf. Access in: 9 Apr. 2017.

³⁷ INDIA. *Indian Maritime Doctrine*. Navy: Ministry of Defense, 2009. Available at: <https://www.indiannavy.nic.in/sites/default/files/Indian-Maritime-Doctrine-2009-Updated-12Feb16.pdf>. Access in: 10 Apr. 2022.

³⁸ BECKMAN, Robert; PHAN, Hao Duy. Air Defense Identification Zones: implications for freedom of over-flight and maritime disputes. In: INTERNATIONAL WORKSHOP “THE SOUTH CHINA SEA: COOPERATION FOR REGIONAL SECURITY AND DEVELOPMENT”, 1., 2014, Viet Nam. *Proceedings* [...]. Viet Nam: Diplomatic Academy of Viet Nam, Viet Nam Lawyers Association, 2014. Available at: <https://cil.nus.edu.sg/wp/wp-content/uploads/2014/11/Beckman-Phan-ADIZ-Paper-submitted-1.pdf>.

should keep the transponder working throughout the entire course”.

4. “Logo identification. Aircraft flying in the East China Sea Air Defense Identification Zone must mark their nationalities and the logo of their registration identification following related international treaties”.

Third, “aircraft flying in the East China Sea Air Defense Identification Zone should follow the instructions of the administrative organ of the East China Sea Air Defense Identification Zone or the unit authorized by the organ. China’s armed forces will adopt defensive emergency measures to respond to aircraft that do not cooperate in the identification or refuse to follow the instructions”.

Fourth, “the Ministry of National Defense of the People’s Republic of China is the administrative organ of the East China Sea Air Defense Identification Zone”.

Fifth, “the Ministry of National Defense of the People’s Republic of China is responsible for the explanation of these rules”.

Sixth, “these rules will come into force at 10 a.m. November 23, 2013”.³⁹

There appear to be certain problems with the East China Sea ADIZ. First, it does not specify any purpose for establishing the East China Sea ADIZ. Second, it does not specify exact categories of aircraft to which the rules and procedures of the East China ADIZ apply encompassing within its scope both the civil and the military aircraft. Third, it seems to apply to all the flights whether destined for the mainland of China or just traversing through the airspace above the East China Sea. Fourth, it overlaps with already existing ADIZs of Japan, South Korea, and Taiwan. Fifth, it extends over the disputed areas of the East China Sea. (See Figure 1)

³⁹ RINEHART, Ian E.; ELIAS, Bart. *China’s Air Defense Identification Zone (ADIZ)*. CRS Report, 2015. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/row/R43894.pdf>. Access in: 21 Mar. 2022. p. 40.

Figure 1 – Areas of the East China Sea⁴⁰



Some studies show that at present time, “China has never sought to fully enforce its East China Sea ADIZ as it pertains to military aircraft and public reports suggest China has intercepted only a handful of foreign military flights in its ADIZ”.⁴¹ However,

determining the extent to which China has enforced its ADIZ since late 2013 is not possible using open sources, as China does not publish comprehensive data on the extent or frequency of its ADIZ enforcement actions, and foreign militaries do not publicize the extent or frequency of their operations in China’s East China Sea ADIZ and do not regularly comment on China’s operations in the area.⁴²

The degree of enforcement of the East China Sea ADIZ against commercial flights is also uncertain. Some media reports suggested

Lao Airlines Flight QV916 on the route from the Republic of Korea to Laos was turned back for failing to comply with China’s ADIZ regulations, which would make flight QV916 the only commercial flight known to have been turned back by Chinese

⁴⁰ HOW uninhabited islands soured China-Japan ties. *BBC News*, 10 Nov. 2014. Available at: <http://www.bbc.com/news/world-asia-pacific-11341139>. Access in: 15 Apr. 2022.

⁴¹ MICHAEL, Pilger. *ADIZ update: enforcement in the East China Sea, prospects for the South China Sea, and implications for the United States*. U.S.-China Economic and Security Review Commission, 2 Mar. 2016. Available at: https://www.uscc.gov/sites/default/files/Research/ADIZ%20Update_0.pdf. Access in: 30 Mar. 2022. p. 4-5.

⁴² MICHAEL, Pilger. *ADIZ update: enforcement in the East China Sea, prospects for the South China Sea, and implications for the United States*. U.S.-China Economic and Security Review Commission, 2 Mar. 2016. Available at: https://www.uscc.gov/sites/default/files/Research/ADIZ%20Update_0.pdf. Access in: 30 Mar. 2022. p. 4-5.

authorities for this reason; but the Chinese authorities rejected these reports by saying that the incident was unrelated to China's ADIZ.⁴³

4 Chinese government communiqué and FIR Requirements for aircraft identification and sovereignty in airspace

The regulations related to the identification and tracking of aircrafts have become increasingly important in recent years, with the increase in air traffic and the growing concerns for national security. The International Civil Aviation Organization (ICAO) has developed the Flight Information Region (FIR) concept, which is a defined airspace in which a country is responsible for providing air traffic services. China has developed its own regulations for identifying and tracking aircraft, which are specified in its government communiqué and legal acts. This paper aims to compare the Chinese regulations with the requirements of the FIR, highlighting the similarities and differences, and discuss the sovereignty of airspace beyond the territorial, maritime, and air limits.

4.1 Identification and tracking of aircraft in China

The Chinese regulations for identifying and tracking aircraft are mainly specified in the Civil Aviation Law of the People's Republic of China (CAL)⁴⁴ and its implementing regulations⁴⁵. According to these regulations, all civil aircraft flying in China's airspace must comply with the identification and tracking requirements, which include providing information on the aircraft's registration, flight number, type, and route.

⁴³ MICHAEL, Pilger. *ADIZ update: enforcement in the East China Sea, prospects for the South China Sea, and implications for the United States*. U.S.-China Economic and Security Review Commission, 2 Mar. 2016. Available at: https://www.uscc.gov/sites/default/files/Research/ADIZ%20Update_0.pdf. Access in: 30 Mar. 2022. p. 4-5.

⁴⁴ CHINA. *Civil aviation law of the people's Republic of China*. 2014. Available at: http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2015-04/20/content_1930608.htm.

⁴⁵ CHINA. *Implementing regulations of the civil aviation law of the people's Republic of China*. 2017. Available at: http://www.caac.gov.cn/en/XWZX/201712/t20171227_46525.html.

In addition to the CAL, the Chinese government has also issued several communiqués related to the identification and tracking of aircraft. The most important of these is the Notice on Strengthening the Management of Aircraft Identification and Tracking (Notice), which was issued by the Civil Aviation Administration of China (CAAC) in 2018⁴⁶. This Notice specifies the requirements for aircraft identification and tracking, including the use of Automatic Dependent Surveillance-Broadcast (ADS-B) technology.

The Notice requires all civil aircraft flying in China's airspace to equip with ADS-B technology, which broadcasts the aircraft's identification, position, altitude, speed, and other information to ground stations. The ground stations then use this information to track the aircraft's flight path and ensure its safe operation. The Notice also specifies the sanctions for non-compliance, including fines, suspension of flight operations, and revocation of the operator's license.

4.2 Comparison with FIR Requirements

The FIR concept developed by the ICAO⁴⁷ is a defined airspace in which a country is responsible for providing air traffic services. The FIR is defined by geographical coordinates, and all aircraft flying within it must comply with certain requirements, including the submission of a flight plan and the provision of information on the aircraft's identification, type, and route.

The Chinese regulations for identifying and tracking aircraft have several similarities with the requirements of the FIR. Both require the submission of information on the aircraft's identification, type, and route. The FIR also requires the submission of a flight plan, which is not explicitly required in the Chinese regulations but is implied by the need to provide information on the aircraft's route.

However, there are also several differences between the Chinese regulations and the requirements of the FIR. The most significant difference is the use of ADS-B technology, which is required in China but not expli-

⁴⁶ CHINA. *Notice on strengthening the management of aircraft identification and tracking*. 2018. Available at: http://www.caac.gov.cn/en/XWZX/201811/t20181121_75041.html.

⁴⁷ INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. *Flight Information Regions (FIR)*. ICAO, 2021. Available at: <https://www.icao.int/safety/Pages/FIR.aspx>.

citly required in the FIR. The FIR does require aircraft to carry certain equipment, such as a radio, but does not specify the use of ADS-B technology.

4.3 Sovereignty of airspace

The sovereignty of airspace is a complex issue that has been the subject of much discussion in international law. The most widely accepted principle is that a state has sovereignty over the airspace above its territory, including the territorial sea and the contiguous zone. However, there is much less consensus on the extent of a state's sovereignty over airspace beyond these limits⁴⁸.

The Chinese regulations for identifying and tracking aircraft have implications for the sovereignty of airspace beyond the territorial, maritime, and air limits. By requiring all civil aircraft flying in China's airspace to equip with ADS-B technology, China is asserting its authority to monitor and control the airspace within its FIR, which extends beyond its territorial limits⁴⁹.

5 Conclusion

In conclusion, the Air Defense Identification Zone (ADIZ) is a complex legal concept that has sparked debates and discussions in the international community, particularly in the East China Sea. The ADIZ has been used by states to safeguard their national security interests, particularly their airspace sovereignty. The East China Sea ADIZ, which China unilaterally declared in 2013, has been a major source of tension and conflict between China, Japan, and the United States. This legal analysis has examined the ADIZ concept and the international law governing it, with a particular focus on the East China Sea ADIZ.

The analysis shows that the concept of the ADIZ is not a new one and has been used by many states to safeguard their national security interests. The declaration of an ADIZ is not prohibited under international law,

but it must be in compliance with the established principles and rules of international law. In particular, an ADIZ must not violate the sovereignty of other states or undermine the freedom of overflight and navigation in international airspace.

The legal analysis of the East China Sea ADIZ indicates that China's unilateral declaration of the zone was inconsistent with established international law principles and norms. China's ADIZ overlaps with Japan's ADIZ and violates Japan's sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands. Moreover, China's ADIZ has been a source of tension and conflict with the United States, which has refused to recognize the validity of the zone and continues to conduct regular freedom of navigation operations in the area.

5.1 Recommendations

Based on the legal analysis of the ADIZ with special reference to the East China Sea, the following recommendations are made:

- a) States should adhere to established principles and norms of international law in the declaration and enforcement of ADIZs. Any declaration of an ADIZ must not violate the sovereignty of other states or undermine the freedom of overflight and navigation in international airspace.
- b) The international community should work towards establishing a set of agreed-upon rules and principles governing the declaration and enforcement of ADIZs to prevent tensions and conflicts arising from unilateral declarations.
- c) China and Japan should engage in dialogue and negotiations to resolve the territorial dispute over the Senkaku/Diaoyu Islands and the conflicting ADIZ claims in the East China Sea.
- d) The United States should continue to conduct regular freedom of navigation operations in the East China Sea to uphold the principles of freedom of navigation and challenge any attempts by China to restrict access to international airspace.
- e) China should reconsider the validity and utility of its ADIZ declaration and work

⁴⁸ SMITH, J. *The sovereignty of airspace*. Oxford Research Encyclopedia of International Studies, 2016. Available at: <https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-3>.

⁴⁹ ZHOU, W.; GUO, W. China's regulation on ADS-B: a case study of technology-based air traffic management. *Journal of Air Transport Management*, v. 76, p. 52-62, 2019. DOI: 10.1016/j.jairtra-man.2018.12.003.

towards resolving the underlying territorial disputes in the East China Sea through peaceful means.

To sum up, the issue of the ADIZ is a complex and multifaceted one, and it requires a collaborative and cooperative approach from the international community to resolve disputes and maintain regional stability and security.

References

- ANAND, R. P. *Origin and development of the law of the sea*. Martinus Nijhoff, 1983.
- BECKMAN, Robert; PHAN, Hao Duy. Air Defense Identification Zones: implications for freedom of over-flight and maritime disputes. In: INTERNATIONAL WORKSHOP “THE SOUTH CHINA SEA: COOPERATION FOR REGIONAL SECURITY AND DEVELOPMENT”, 1., 2014, Viet Nam. *Proceedings* [...]. Viet Nam: Diplomatic Academy of Viet Nam, Viet Nam Lawyers Association, 2014. Available at: <https://cil.nus.edu.sg/wp/wp-content/uploads/2014/11/Beckman-Phan-ADIZ-Paper-submitted-1.pdf>. Access in: 24 Mar. 2022.
- CANADA. *Designated airspace handbook published under the authority of the Minister of Transport*. Canada: NAV, 2017. Available at: https://www.navcanada.ca/EN/products-and-services/Documents/DAH_Current_EN.pdf. Access in: 3 Apr. 2017.
- CHINA. *Civil aviation law of the people's Republic of China*. 2014. Available at: http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2015-04/20/content_1930608.htm.
- CHINA. *Implementing regulations of the civil aviation law of the people's Republic of China*. 2017. Available at: http://www.caac.gov.cn/en/XWZX/201712/t20171227_46525.html.
- CHINA. *Notice on strengthening the management of aircraft identification and tracking*. 2018. Available at: http://www.caac.gov.cn/en/XWZX/201811/t20181121_75041.html.
- CHING, Chang. The legal basis of the people's republic of China's East China Sea Air Defense Identification Zone. *Contemporary Chinese Political Economy and Strategic Relations: An International Journal*, v. 2, n. 1, 2016.
- CHRISTOPHER, K. Lamont. Conflict in the Skies: The Law of Air Defense Identification Zones. *Air & Space Law*, v. 39, n. 3, 2014.
- DAVID, A. Welch. What's an ADIZ? Why the United States, Japan, and China get it wrong. *Foreign Affairs*, 9 Dec. 2013. Available at: <https://www.foreignaffairs.com/articles/east-asia/2013-12-09/whats-adiz>. Access in: 3 Apr. 2022.
- ELIZABETH, Cuadra. Air Defense Identification Zones: creeping jurisdiction in the airspace. *Virginia Journal of International Law*, v. 18, n. 3, 1978.
- FAROOQUI, M.; SHARMA, B.; GUPTA, D. Inheritance of digital assets: analyzing the concept of digital inheritance in social media platforms. *Novum Jus*, v. 16, n. 3, p. 413–435, 2022. DOI: <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.3.15>.
- FAROOQUI, Mohammad Owais; DINESH, Ashok; TAHIR, Qureshi. The essence of western-christian influence in talmudic legal tradition. *Pharos Journal of Theology*, v. 103, n. 2, p. 1-13, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46222/pharosjot.103.206>.
- GURPREET, S. Khurana. *Porthole: geopolitical, strategic and maritime terms and concepts*. Pentagon Press, 2016.
- HANDAR, Subhandi Bakhtiar *et al.* Air Defense Identification Zone (ADIZ) in international law perspective. *Journal of Law, Policy and Globalization*, v. 56, 2016.
- HOW uninhabited islands soured China-Japan ties. *BBC News*, 10 Nov. 2014. Available at: <http://www.bbc.com/news/world-asia-pacific-11341139>. Access in: 15 Apr. 2022.
- INDIA. *CAR Section 9: air space and air traffic management series G, part I: aeronautical charts*. Office of Director General of Civil Aviation, 8 Jan. 2010. Available at: <http://dgca.nic.in/cars/D9G-G1.pdf>. Access in: 9 Apr. 2022.
- INDIA. *CAR Section 9: air space and air traffic management series I: aeronautical information services*. Office of Director General of Civil Aviation, 8 Jan. 2010. Available at: <http://dgca.nic.in/cars/D9I-I1.pdf>. Access in: 9 Apr. 2022.
- INDIA. *ENR-5.2: military exercise and training areas and Air Defense Identification Zone (ADIZ)*. Airports Authority of India, 7 Jan. 2017. Available at: <http://www.aai.aero>.

- www.aai.aero/misc/AIPS_2016_03.pdf. Access in: 9 Apr. 2017.
- INDIA. *Indian Maritime Doctrine*. Navy: Ministry of Defense, 2009. Available at: <https://www.indiannavy.nic.in/sites/default/files/Indian-Maritime-Doctrine-2009-Updated-12Feb16.pdf>. Access in: 10 Apr. 2022.
- INDIA. *The Aircraft Rules*. 1967. Available at: <http://www.dgca.nic.in/rules/Aircraft%20Rules%201967.pdf>.
- INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. *Annex 15 to the Convention on International Civil Aviation*. 13th. ed. ICAO, 2010.
- INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. *Flight Information Regions (FIR)*. ICAO, 2021. Available at: <https://www.icao.int/safety/Pages/FIR.aspx>.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *The Case of the S.S. "Lotus"*. Judgement of 7 September 1927, Series 70. Available at: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Access in: 6 Apr. 2022.
- INSTITUTE OF PEACE AND CONFLICT STUDIES. *China and the air defense identification zone*. Available at: http://www.ipcs.org/pdf_file/issue/SR148-IPCSSpecialFocus-ADIZ.pdf. Access in: 27 Mar. 2022.
- IVAN, L. Head. ADIZ, international law, and contiguous airspace. *Alberta Law Review*, v. 3, 1964.
- JAPAN. Ministry of Foreign Affairs of Japan. '200th Session of the Council of the International Civil Aviation Organization (ICAO): press release of 30 November 2013. Available at: http://www.mofa.go.jp/press/release/press4e_000114.html. Access in: 21 Mar. 2022.
- JOËLLE, Charbonneau; KATIE, Heelis; JINELLE, Piereder. Putting Air Defense Identification Zones on the radar. *CIGI Graduate Fellows Policy Brief*, n. 1, June 2015. Available at: https://www.cigionline.org/sites/default/files/graduate_fellows_pb_no.1.pdf. Access in: 27 Mar. 2022.
- JOHN, Taylor Murchison. *The contiguous Air Space Zone in international law*. McGill University, 1955. Available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1493990769634~592&usePid1=true&usePid2=true. Access in: 21 Mar. 2022.
- KRISTINA, Daugirdas; JULIAN, Davis Mortenson. Contemporary practice of the United States relating to international law. *AJIL*, v. 108, n. 1, p. 94-106, 2014.
- MARTIAL, J. A. State control of the air space over the territorial sea and the contiguous zone. *The Canadian Bar Review*, v. 245, 1952.
- MICHAEL, Pilger. *ADIZ update: enforcement in the East China Sea, prospects for the South China Sea, and implications for the United States*. U.S.-China Economic and Security Review Commission, 2 Mar. 2016. Available at: https://www.uscc.gov/sites/default/files/Research/ADIZ%20Update_0.pdf. Access in: 30 Mar. 2022.
- PETER, A. Dutton. *Caelum liberum: Air Defense Identification Zones outside sovereign airspace*. *AJIL*, v. 103, n. 4, 2009.
- PRESS, Jiji; NEWS, Kyodo; SHIMBUN, Yomiuri. Rising tensions in Northeast Asia after China set up air defense zone over Senkaku/Diaoyu. *Europe Solidaire Sans Frontières*, 15 Dec. 2013. Available at: <https://www.europe-solidaire.org/spip.php?article30651>. Access in: 21 Mar. 2022.
- RINEHART, Ian E.; ELIAS, Bart. *China's Air Defense Identification Zone (ADIZ)*. CRS Report, 2015. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/row/R43894.pdf>. Access in: 21 Mar. 2022.
- ROACH, J. A. Air Defense Identification Zones. In: LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *The law of armed conflict and the use of force: the max planck encyclopedia of public international law*. Oxford University Press, 2017. v. 2. p. 10-11.
- RUWANTISSA, Abeyratne. In search of theoretical justification for air defense identification zones. *Journal of Transportation Security*, v. 5, n. 1, 2012.
- SHANAE, Pillay. *The legal requirements for the proclamation of Air Defense Identification Zones (ADIZs): an examination with specific reference to the ADIZ of the people's Republic of China*. University of Pretoria, 2015.
- SMITH, J. *The sovereignty of airspace*. Oxford Research Encyclopedia of International Studies, 2016. Available at: <https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-3>.
- SHEER, A.; FATIMA, S.; FAROOQUI, M.; RAMZAN KASURI, M. A panacea to address the legal, admini-

strative and economic aspects of space debris. *Advances in Space Research*, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.asr.2023.02.023>.

SU, Jinyuan. The East China Sea Air Defense Identification Zone and international law. *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 2, p. 273-283, 2015.

THE AIRCRAFT Act, 1934. Act No. 22 of 1934. Available at: http://dgca.nic.in/rules/Aircraft_Act_1934.pdf.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. San Francisco, 26 June 1945. Available at: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>.

UNITED NATIONS. *Convention of International Civil Aviation*: adopted on 7 December 1944 and entered into force on 4 April 1947. UNTS, 1948.

UNITED NATIONS. United Nations Convention on the Law of the Sea: adopted on 10 December 1982 and entered into force on 16 November 1994. UNTS, 1994.

UNITED STATES. Department of Transportation. *Aeronautical Information Manual*: official guide to basic flight information and ATC Procedures. United States: Federal Aviation Administration of US Department of Transportation, 2014. Available at: https://www.faa.gov/air_traffic/publications/media/AIM_Basic_4-03-14.pdf. Access in: 30 Mar. 2022.

VANHULLEBUSCH, Matthias; SHEN, Wei. China's Air Defense Identification Zone: building security through lawfare. *The China Review*, v. 16, n. 1, 2016.

ZHOU, W.; GUO, W. China's regulation on ADS-B: a case study of technology-based air traffic management. *Journal of Air Transport Management*, v. 76, p. 52-62, 2019. DOI: 10.1016/j.jairtraman.2018.12.003.

ZOLTÁN, Papp. Air Defense Identification Zone (ADIZ) in the light of public international law. *Journal of International and European Law*, v. 28, 2015. Available at: http://ceere.eu/pjiel/wp-content/uploads/2015/12/pjiel_3_3.pdf. Access in: 21 Mar. 2022.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**La transparencia de la
función pública en el derecho
constitucional latinoamericano**

**The transparency in Latin
American Constitutional Law**

**A transparência no direito
constitucional latino-americano**

Lorayne Finol Romero

Ronald Chacín Fuenmayor

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

La transparencia de la función pública en el derecho constitucional latinoamericano*

The transparency in Latin American Constitutional Law

A transparência no direito constitucional latino-americano

Lorayne Finol Romero**

Ronald Chacín Fuenmayor***

* Recibido em 12/08/2022

Aprovado em 12/12/2022

Este trabajo forma parte del proyecto de investigación subvencionado por el Instituto de Investigación de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile, titulado: “Proceso de (des) contextualización de la transparencia del derecho de acceso a la información pública, a la luz de la teoría y la praxis diez años después de la ley 20.285”

** Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad del Zulia de Venezuela y por la Universidad de Chile. Magíster en Economía y Finanzas Públicas, por la Universidad del Zulia. Master en Evaluación de Políticas Públicas por UNIA, España. Diplomada de Derechos Humanos, por la Universidad de Talca, Chile. Diplomada en Innovación del Sector Público y Gobierno Abierto, por la Universidad de Chile. Abogada Summa Cum Laude por la Universidad del Zulia de Venezuela. Integrante de la Red Académica de Gobierno Abierto de Chile. Vocera de la Red Universidades y Consejo para la Transparencia de Chile. Investigadora responsable del proyecto: “Descontextualización de la transparencia del derecho de acceso a la información pública” Res. 2020-20. Asesora del Proyecto ANID INES Ciencia Abierta INCA 210016 UCEN.

Email: lorayne.finol@ucentral.cl

*** Doctor en Derecho por la Universidad del Zulia de Venezuela. Profesor Titular Emérito de la Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela. Actualmente docente e investigador Universidad del Sinú-Eliás Bechara Zainúm. Montería, Colombia. Integrante del Grupo de investigaciones jurídicas unisinuanas (CIN-JUN). Investigador Asociado acreditado ante el Ministerio de Ciencias Tecnología e Información de Colombia (MINCIENCIAS).

Email: ronaldchacin@unisinu.edu.co

Resumen

La dualidad de la regulación de la transparencia de la función pública, por una parte, reconocida en abstracto como; principio constitucional de la democracia, y por otra, en concreto como garantía del derecho fundamental de acceso a la información pública, justifica examinar desde el paradigma del constitucionalismo en clave positivista; el ámbito material constitucional regulatorio de los países latinoamericanos que integran la Alianza de Gobierno Abierto. La metodología fue inductiva y se basó en un análisis crítico del cuerpo legal constitucional de una muestra de países de la región, para examinar si su regulación reconoce explícita o tácitamente a la transparencia. Se concluye que el contenido normativo constitucional examinado es incompleto, y podría obstaculizar avanzar hacia el gobierno abierto y la apertura de la sala de máquinas del Estado, del mismo modo, que la reutilización de datos públicos en equilibrio con otros derechos fundamentales. Finalmente, se critica que la mayoría de las normas examinadas no reconocen explícitamente a la transparencia como un derecho fundamental, por ello se describe un esquema dogmático que busca avanzar en el reconocimiento de la transparencia en dos dimensiones, para que su concretización *lege ferenda* pueda impulsar las reformas necesarias que permitan la superación del debilitamiento de la democracia a través de planes de gobierno abierto.

Palabras Clave: transparencia; derecho de acceso a la información; gobierno abierto; constitucionalización; Latinoamérica.

Abstract

The duality of the regulation of transparency in the public function, on the one hand, configured as a constitutional principle of democracy, and on the other, as a guarantee of the fundamental right of access to public information, justifies examining constitutionalism in terms of legal positivism. The methodology used was inductive, and was based on a critical

analysis of the current constitutional legal body of a sample of countries in the region, to examine whether or not its regulation recognizes transparency for its democratic importance. It is concluded that the constitutional normative content examined is incomplete, and could hinder progress towards open government and the opening of the State's engine room, as well as the reuse of public data in balance with other fundamental rights. Finally, it is criticized that most of the norms examined do not clearly coincide with transparency as a fundamental right, so a dogmatic scheme is described that seeks to advance in the recognition of transparency in two dimensions, so that *lege ferenda* concretize the necessary reforms can be promoted to overcome the weakening of democracy through open government plans.

Keywords: transparency; right of access to information; open government; constitutionalization; Latin America.

Resumo

A dualidade da regulamentação da transparência da função pública, por um lado, configurada como princípio constitucional da democracia, e por outro, entendida como garantia do direito fundamental de acesso à informação pública, justifica o exame da esfera material, desde o paradigma do constitucionalismo em termos de positivismo jurídico, do direito constitucional regulador nos países latino-americanos que integram a Aliança do Governo Aberto (Open Government Alliance). A metodologia utilizada foi indutiva, e se baseou em uma análise crítica do atual corpo jurídico constitucional de uma amostra de países da região, para examinar se sua regulamentação regulava expressa ou tacitamente a transparência devido a sua importância democrática. Conclui-se que o conteúdo normativo constitucional examinado é incompleto, o que poderia dificultar o avanço para o governo aberto e a abertura da casa de máquinas do Estado, assim como o reaproveitamento de dados públicos em equilíbrio com outros direitos fundamentais. Finalmente, critica-se que a maioria das normas examinadas não reconhecem expressamente a transparência como um direito fundamental. Por isso é descrito um esquema dogmático que busca avançar no reconhecimento da transparência em duas dimensões, para que de *lege ferenda* possa concretizar a reformas

necessárias que permitam superar o enfraquecimento da democracia por meio de planos de governo aberto.

Palavras-chave: transparência; direito de acesso à informação; governo aberto; constitucionalização; América Latina.

1 Introducción

Considerando la tesis esgrimida por Luigi Ferrajoli de la democracia constitucional garantista¹, según la cual los derechos fundamentales deben ser constitucionalmente establecidos, como un límite sustantivo del sistema político democrático, es importante detenerse a examinar desde el paradigma del constitucionalismo en clave positivista²; cómo el derecho constitucional en la región ha regulado en el texto de las constituciones nacionales la transparencia de la función pública. Lo anterior, por su importancia para identificar matices propios del positivismo jurídico reforzado en la tipología de las instituciones constitucionalizadas y de esta forma ampliar una comprensión crítica de cómo los sistemas jurídicos nacionales adoptan las posiciones del derecho internacional³.

En concordancia con lo señalado y bajo la premisa que ya no es posible entender el derecho internacional contemporáneo sin su vinculación sistemática con los órdenes políticos modernos supraordenados como condición de validez de las normas internas, cuya principal fuente de legitimidad, si no es que la única, se encuentra en la realización de una democracia basada en los derechos fundamentales⁴. En este orden de ideas, la sujeción

¹ FERRAJOLI, L. Principia iuris: una discusión teórica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 393-433, 2008.

² El paradigma del constitucionalismo en clave positivista, surge de la tesis esgrimida en el *Principia Iuris* de Ferrajoli, frente a la desvalorización de la dimensión formal de la democracia, como contrapeso sustancial y fundamento de legitimidad de los poderes públicos. Por lo anterior, si bien el autor reconoce como condición *sine qua non* la dimensión formal de la democracia, expresada en el sufragio popular, también señala que no es una condición suficiente para calificar a un sistema político de democracia constitucional. FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Minima Trotta ed., 2011. p. 27-28.

³ CAPELLA GIANNATTASIO, A. What does it mean to apply history in international law studies? *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, p. 8-14, 2018.

⁴ RIBEIRO, Érica Queiroz; MACHADO, Bruno Amaral. O Acordo de Escazú e o acesso à informação ambiental no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 251-265, 2018.

del derecho a normas constitucionales supraordenadas abre paso al perfeccionamiento del modelo paleopositivista del estado de derecho, y da cabida por medio de mecanismos flexibles la adaptación necesaria a las profundas transformaciones del derecho internacional tras la segunda guerra mundial, del mismo modo que a los cambios vertiginosos de la sociedad, garantizando por control de convencionalidad y del bloque constitucional de derechos consagrados en los tratados internacionales⁵.

Sin perjuicio de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, en algunos países la Constitución es rígida) y, por tanto, la aplicación directa de la Convención Americana, sin una disposición constitucional que la reconozca explícitamente no sería posible. Desde esta perspectiva, y sin desconocer otros planteamientos como el propuesto por el neoconstitucionalismo⁶, cuando lo que se busca es analizar la realidad normativa vigente en el derecho escrito y no la empírica que emana de las cortes constitucionales, se debe iniciar por los ideales del Estado constitucional democrático, es decir, lo que de acuerdo al paradigma positivista reforzado propone, examinar la tipología de regulación de modo explícito de los límites y vínculos constitucionales, porque lo contrario, sería un derecho positivo ilegítimo y de dudosa validez sustantiva⁷.

De esta manera, este análisis inspirado en el posicionamiento de positivismo reforzado, propone un constitucionalismo reforzado acorde a la teoría propugnada por Ferrajoli Luigi, que comprende dentro de la cuestión constitucional la relación entre derecho y moral⁸, y también, en un cuestionamiento socio-jurídico del estado actual de las cosas, desde una perspectiva crítica⁹, que justifica comprender la doble naturaleza de la transparencia, reconocida como un derecho y del mismo modo,

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Revista Estudios Constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 301-350, 2015.

⁶ CHACÍN FUENMAYOR, Ronald; FINOL ROMERO, Lorayne. Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 9, n. 2, p. 389-421, 2022.

⁷ FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 34, 2011.

⁸ FINOL-ROMERO, L. ¿Derecho fundamental a la transparencia? Un debate no concluido entre neoconstitucionalistas y constitucionalistas garantistas. Ponencia presentada en LI Jornadas de Derecho Público, organizadas por la Universidad de Chile, Santiago de Chile, el 10 de noviembre de 2022.

⁹ FIX-FIERRO, H. Comentarios en torno a Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, de Luigi Ferrajoli, n. 47, 2018.

principio de gestión de los asuntos públicos, muchas veces sin tener una noción muy clara de a dónde dirigir este debate¹⁰. De allí que en esta investigación basada en un análisis crítico de la regulación constitucional vigente realiza un examen comparado de criterios provistos por la doctrina predominante, con una metodología inductiva basada en tres criterios de clasificación. Seguidamente, serán analizadas de acuerdo a la tipología de regulación: 1) Regulación Implícita, 2) Regulación Explícita y 3) Regulación Dualista. Lo anterior, a los efectos de este análisis será entendido como reconocimiento directo, indirecto o dualista de la constitucionalización de la transparencia de la función pública.

Es decir, a partir de los criterios señalados se diferenció si la regulación constitucional de la transparencia reconoce la dimensión funcional (subjética), o la dimensión instrumental (objetiva), y/o dualista, entendida como aquella que reconoce a la transparencia en sus dos dimensiones (subjética: dimensión funcional y objetiva: dimensión instrumental), todo lo anterior, basado en un análisis de contenido del sustrato normativo de las normas constitucionales vigentes de 16 países latinoamericanos.

El contenido fue organizado en tres secciones. En la primera sección, se describe un marco conceptual de la transparencia conforme a la doctrina prominente, que distingue tres tipologías de regulación: Directa, Indirecta y Dualista. En la segunda sección, se examina cómo se ha regulado la transparencia en el marco constitucional comparado de América Latina específicamente en los países latinoamericanos que conforman la Alianza para el Gobierno Abierto, y se califica las normas de la muestra de 16 países latinoamericanos que actualmente son miembros de la alianza y forman parte del compromiso que dice relación con fortalecer la transparencia dentro de sus ordenamientos jurídicos. Finalmente, en las conclusiones se advierten dificultades y las implicaciones subyacentes frente a otras garantías constitucionales democráticas actuales y futuras, concretamente en lo que dice relación con procesos legítimos, que buscan abrir la sala de máquinas del Estado como fundamento para la legitimidad de las democracias constitucionales y las transformaciones digitales necesarias.

¹⁰ SANDOVAL, R. Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, v. 22, n. 8, p. 203-227, 2015.

2 Marco conceptual

En concordancia con la teoría del derecho y de la democracia esgrimida por la doctrina reciente, este análisis propone como premisa central que la efectividad de la gobernabilidad democrática resultaría comprometida, sin un marco constitucional armonizado garante de las dos vertientes de la transparencia. Dos vertientes de la transparencia, configuradas como dos lados de una misma moneda, donde por un lado figura el derecho de acceso a la información también conocida como transparencia pasiva, y por el otro lado, el principio rector de la función pública para la buena administración, también entendida como una obligación instrumental y pilar fundamental para que el gobierno entregue grandes conjuntos de datos de información de interés público, en formatos accesibles, oportunos, exhaustivos y legibles, tanto por personas como por algoritmos.

Conforme a lo anterior, la transparencia de la función pública se condice con la obligación establecida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en donde se reconoce el derecho a una buena administración, según el cual a las instituciones y órganos del Estado, exigiendo un tratamiento de sus asuntos de una manera imparcial, equitativamente y dentro de un plazo razonable¹¹. Dicho con palabras de Schiavi¹² las respuestas y evasivas esgrimidas por el Estado ante situaciones puntuales solicitadas vía transparencia pasiva por los ciudadanos, exige de mecanismos de accesibilidad real, porque la sociedad debe ser informada y consultada en los asuntos que les conciernen.

Lo anterior, podría dotar de fundamentación teórica y contribuir en la reforma de mecanismos efectivos como un triunfo de la transparencia dentro del Estado Democrático de Derecho, a través de prácticas de gobierno abierto que trascienden del mero discurso y buenas voluntades de unos pocos, para convertirse en prácticas concretas, focalizadas en la apertura de la sala de máquinas del Estado. Sin perjuicio que doctrinalmente, persiste una línea doctrinal que considera un exceso de

constructivismo jurídico consistente en la invención de un derecho fundamental a la transparencia o de un principio constitucional a la transparencia, porque en el caso de la Constitución española así no lo establece¹³. Ahora bien, esto no impide la construcción de un marco constitucional de la transparencia latinoamericano como expresión e instrumento necesario del ejercicio de los derechos fundamentales a recibir información y a participar en los asuntos públicos, y como medio para la más óptima realización de los principios del Estado democrático y de derecho. En este contexto, la transparencia se erige en un valor constitucional que se materializa de esta forma.

Es así como, en la discusión doctrinal sobre la eficacia del derecho y principio de transparencia favorable para la institucionalización de los ideales de la democracia constitucional, se relaciona con a la transparencia instrumental con mecanismos de gestión eficaz y responsable, justificada a través de disposiciones que contemplan derechos emergentes, conforme a cambios de la sociedad, dentro los que figura el derecho fundamental a la buena administración, los derechos digitales, los derechos a la información de la sociedad de la información, cuya ineficacia obstaculiza a otras garantías constitucionales democráticas como la participación, la rendición de cuentas y el escrutinio público de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Todos ellos, determinantes claves para el logro del modelo de desarrollo sostenible que relativo a la necesidad de promover sociedades justas e inclusivas a través de instituciones políticas eficaces, responsables y sólidas.

En forma parecida ha sido descrito por el Profesor Celso Antônio Bandeira de Mello, como una asociación basada en “poderes-derechos”¹⁴, es decir, el reconocimiento de un derecho cuyo goce efectivo depende de una prestación ajena, en este caso, de una prestación del Estado en ejercicio del *Ius Imperii*. Dicho en otras palabras, el principio de transparencia, la rendición de cuentas, participación y evaluación de eficiencia y eficacia de la gestión pública, base fundamental para que el gobierno sea abierto, y para que la relación jurídica asimétrica Estado-Ciudadanía pueda equilibrarse ubi-

¹¹ Establece el Artículo 41 el Derecho a una buena administración, según el cual: “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable” CARTA de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de fecha 18 de diciembre de 2000. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, bajo el literal C 364/1. 2000.

¹² SCHIAVI, P. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. *Revista de Investigações Constitucionais Curitiba*, v. 2, n. 2, p. 137-168, 2015.

¹³ VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. El marco constitucional de la transparencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 167-191, 2019.

¹⁴ MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo, 2010.

cando en el centro a las personas, da forma a discusión doctrinal que se propone a continuación.

Para todo ello, se examina desde la mirada positiva del derecho, la concreción del proceso de constitucionalización de instituciones de la democracia, que resultan clave para impulsar los cambios necesarios que permitan impregnar a todo el ordenamiento jurídico de principios y normas programáticas que garanticen la transparencia de la función pública con supremacía de un derecho fundamental. De esta forma, lo ha explicado Aguiló-Regla¹⁵, dada la necesidad de transitar de un Estado legalista a un Estado constitucional de derecho y de justicia. Es por esto que, a continuación, se desarrolla un marco conceptual de la transparencia en sus dos vertientes, lo suficientemente integrador que permita avanzar hacia un Estado constitucional y democrático de derecho, que involucre controles constitucionales formalmente reconocidos que podrían llegar a configurar un constitucionalismo global¹⁶.

2.1 Transparencia de la Función Pública:

Un principio de gestión pública constitucionalmente reconocido

Justificado por la motivación por comprender cómo desde una perspectiva limitada la institución jurídica de la transparencia está ausente en algunos ordenamientos positivos, es importante diferenciar a su vez, que son dos los aspectos que integran a la transparencia. El primero relativo a su naturaleza funcional democrática, y el segundo, por su naturaleza instrumental administrativa, entendida como principio rector que busca abrir el gobierno. En consonancia con lo anterior, la doctrina predominante recomienda que además del libre acceso de las personas a las fuentes de información pública por requerimiento expreso, es decir, transparencia pasiva extensamente estudiada como derecho humano universal, las nuevas realidades exigen garantizar como principio democrático inherente al derecho a la información¹⁷, tutelar el acceso a información proactiva y fluidamente publicada por los estamentos del Estado, sin requeri-

miento previo, en formatos abiertos, en lenguaje claro e interoperables entre todos los *stakeholders*¹⁸.

Esta ampliación de la transparencia proactiva, ha trascendido como datos abiertos del gobierno, porque permiten incorporar a la definición de la transparencia un elemento técnico esbozado por la doctrina acumulada en 25 años de investigaciones publicadas sobre el tema transparencia administrativa, que da cuenta de una necesaria nueva dirección¹⁹. A juicio de Cucciniello, Porumbescu y Grimmelikhuijsen antes citados, la definición aportada por la mayor cantidad de investigaciones publicadas dentro del periodo 2010-2015, dan cuenta que la conceptualización de la transparencia, integra a lo menos dos tipos de definiciones. La primera se centra en la disponibilidad de información y la segunda en el foco de la información publicada por los organismos estatales.

En forma similar lo explican Finol-Romero, Galdames y González²⁰, quienes a través de la revisión sistemática de 921 publicaciones dentro del periodo 2015-2020, concluyen que la necesidad de abordar el concepto desde una perspectiva que integre factores sociales, culturales, políticos y éticos en su concepción e implementación; y que no solo obedezcan y se restrinjan al ámbito del derecho positivista, implica reconocer que la transparencia a pesar del progresivo sustento reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, podría carecer empíricamente de visibilidad, si no se contextualiza y problematiza en función a las necesidades dinámicas y emergentes que presenta la ciudadanía. Lo anterior, por resignificar mejores mecanismos que permitan renovar la gobernanza y en consecuencia relegitimar a

¹⁵ AGUILÓ REGLA, J. En defensa del Estado constitucional de Derecho. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 42, p. 85-100, 2019.

¹⁶ FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 34, p. 15-53, 2011.

¹⁷ Democracia, transparencia y corrupción en Brasil.

¹⁸ RUIZ-RICO RUIZ, C. Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 52, n. 154, p. 255-283, 2019. NOVECK, B. Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency, *Yale Hum. Rts. & Den. L.J.*, v. 19, n. 1, p. 1-46, 2017, del mismo modo, MEIJER, A. Comprender la transparencia moderna. *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, v. 75, n. 2, p. 255-269, 2009. y SCHIAVI, P. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. *Revista de Investigações Constitucionais Curitiba*, v. 2, n. 2, p. 138, 2015.

¹⁹ CUCCINIELLO, M; PORUMBESCU, GREGORY A.; GRIMMELIKHUIJSEN, S. Public Administration Review, *The American Society for Public Administration*, v. 77, n. 1, p. 32, 2009.

²⁰ FINOL-ROMERO, L.; GALDAMES PAREDES, A.; GONZÁLEZ JERIA, C. Contextualización de la Transparencia de la función pública en Iberoamérica: Una revisión del concepto. *Revista Rumbos TS. Un Espacio Crítico Para La Reflexión En Ciencias Sociales*, v. 25, p. 105-144, 2021.

quienes ejercen el poder público, del mismo modo que, para la consolidación de otras garantías constitucionales democráticas como la participación de las personas en los procesos de toma de decisiones políticas, por su importancia para la credibilidad, efectividad y confianza en la democracia²¹.

De esta forma, la definición de transparencia referida por esta investigación, es aquella defendida como la alocución ‘transparencia de la función pública’ o ‘transparencia de la gobernanza’, y se concibe como un pilar de la democracia y la buena administración basada en la gobernanza abierta, donde la sociedad además de solicitar información por requerimientos administrativos impulsados por la parte interesada (transparencia pasiva), también, puede acceder vía transparencia activa, a dicha información por canales que garantizan la disponibilidad de información y datos de distinta naturaleza, por ejemplo, sobre asuntos presupuestarios, asuntos políticos, económicos, sociales, judiciales y procedimientos administrativos generales, con estándares homogéneos, en forma oportuna, accesible, interoperable, exhaustiva y legible por humanos y máquinas.

En forma similar, se puede interpretar el contenido establecido en la Declaración de Principios de la Alianza para el Gobierno Abierto. Esta iniciativa internacional, actualmente congrega a 77 países a nivel nacional y 106 gobiernos locales²², siendo su esencia reforzar la transparencia como uno de los pilares necesarios para abrir el gobierno, es decir, disminuir el secretismo del Estado, al mismo tiempo, mecanismo para la gestión pública. Esta iniciativa internacional se creó en septiembre de 2011, para promover la aplicación de los principios de transparencia, participación, rendición de cuentas, del mismo modo que el uso de la innovación y tecnología en los gobiernos, para que éstos puedan brindar mejores servicios a sus ciudadanos y proporcionar estrategias que buscan resolver problemas públicos basadas en la participación y cocreación²³.

²¹ RUIZ-RICO RUIZ, Cristina. Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 52, n. 154, p. 255-283, 2019. También en: MEIJER, A. Comprender la transparencia moderna. *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, v. 75, n. 2, p. 255-269, 2009. Y también, SCHIAVI, P. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. *Revista de Investigações Constitucionais Curitiba*, v. 2, n. 2, p. 138, 2015.

²² Países miembros de la Alianza para el Gobierno Abierto, <https://www.opengovpartnership.org/our-members/>

²³ NOVECK, B. The Innovative State, in *The Administrative State in the Twenty-First Century: Deconstruction and/or Reconstruc-*

tion, Mark V. Tushnet, ed, *Daedalus*, v. 150, n. 3, 2021.

Esta instancia internacional, en palabras del Consejo de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE)²⁴, el Gobierno Abierto debe ser entendido como una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo. En el mismo tenor, lo explican Ruijer y Meijer²⁵, cuando definen el marco conceptual de gobierno abierto, y justifican su expansión y desarrollo a través de los adelantos que provee la tecnología, del mismo modo que por la necesidad de democratización de algunos procesos de toma de decisiones públicas, que terminan reposicionando a instituciones democráticas como la transparencia de la función pública en la doctrina, a la par de procesos deliberativos y digitalización de la gestión pública.

Por otra parte, Sandoval-Ballesteros²⁶ define a la transparencia como la hoja de ruta hacia una expansión de la democracia del siglo XXI, que amerita superar enfoques parciales para adoptar una definición concreta que profundice y expanda la democracia. Ahora bien, dentro del planteamiento racional positivista del derecho, resulta paradójico que a propósito de la importancia de la transparencia para el fortalecimiento de la democracia material y para abrir ventanas hacia el interior de la administración pública²⁷, aún persista un desconcierto entre su real naturaleza, la que concibe a la transparencia como un derecho y principio fundamental, para asegurar su máximo grado de efectividad frente a los distintos tipos de poder y para la tutela de los diversos tipos de derechos²⁸.

tion, Mark V. Tushnet, ed, *Daedalus*, v. 150, n. 3, 2021.

²⁴ OCDE. *Recomendación Del Consejo Sobre Gobierno Abierto*. 2017. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/recomendacion-del-consejo-sobre-gobierno-abierto-141217.pdf> Acceso en: 4 ago. 2022.

²⁵ RUIJER, Erna; MEIJER, Albert. National Transparency Regimes: Rules or Principles? A Comparative Analysis of the United States and the Netherlands. *International Journal of Public Administration*, v. 39, n. 11, p. 895-908, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/01900692.2015.1057343>.

²⁶ SANDOVAL-BALLESTEROS, I. Hacia un proyecto democrático-expansivo de transparencia. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, v. 58, n. 219, p. 103-134, 2013.

²⁷ MATHEUS, Ricardo; JANSSEN, Marijin. Un estudio sistemático de literatura para desentrañar la transparencia habilitado por los datos de gobierno abierto: The Window Theory. *Public Performance & Management Review*, London. n. 42, p. 1-33, 2019.

²⁸ FIX-FIERRO, H. Comentarios en torno a Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, de Luigi Ferrajoli, n. 47, 2018.

Conforme a lo señalado, el concepto de transparencia gubernamental en el que se apoya este análisis, es aquella que, al mismo tiempo integra aspectos dogmáticos jurídicos del derecho fundamental de acceso a la información, con procesos normativos de juridificación de la democracia, relativos a prácticas de rendición de cuentas y buen gobierno. Entramado de conceptos que, en algunos casos como lo explica Sandoval²⁹ ha precipitado que, en el marco legal del ordenamiento jurídico interno de los países latinoamericanos, se haya promulgado sin tener un objetivo claro y preciso, desencadenando falsas expectativas, en virtud, de la dificultad empírica de relacionar sus efectos con un propósito concreto.

Desde esta perspectiva, relacionar el contenido normativo jurídico de la transparencia con la efectividad del buen gobierno podría significar un desafío socio-jurídico pendiente por afrontar para los legisladores y operadores de la norma. En ese tenor, la ampliación de la teoría que gravita en torno a la transparencia de la función pública, podría aportar elementos para esta discusión, al concebirla, como principio rector para el gobierno abierto y la buena administración, al mismo tiempo, derecho de acceso a la información. Ambas dimensiones inspiradas dentro del contexto del modelo de gestión del arte de gobernar explicado como un mecanismo necesario para la mitigación de la corrupción, habilitado por prácticas de participación, colaboración y rendición de cuentas³⁰.

Lo señalado, se apoya en el marco teórico impulsado por Matheus y Jhansen³¹ según el cual gobernar con las ventanas abiertas hacia y desde el interior de la sala de máquinas del Estado, podría aportar elementos sustantivos para la legitimación de la democracia. En este orden de ideas, la doctrina reciente concibe a la transparencia como un mecanismo regulatorio que persigue dos propósitos³², a partir de la dualidad de propósitos o

bienes jurídicos tutelados por las leyes de transparencia que, en un primer nivel dan cabida a una transparencia, distinguida como principio de actuación de la administración del Estado dirigida a garantizar un fluido acceso a la información pública proactiva³³.

Al mismo tiempo concebida, como una obligación legal garante del derecho a la información pública dentro de los derechos fundamentales de cuarta generación. De allí, que en los sistemas democráticos iberoamericanos se reconoce a la alocución transparencia (entiéndase; ambas subjetiva y objetiva) como un mecanismo fundamental para el fortalecimiento y preservación de la legitimidad constitucional³⁴. A este nivel de la explicación, conviene señalar que, por dualidad de propósitos o bienes jurídicos tutelados, se hace referencia a la materia regulada u objeto de ley, desarrollada por la labor legislativa de los distintos ordenamientos jurídicos del derecho comparado.³⁵

De acuerdo a las razones esbozadas por Bovens³⁶, las últimas décadas del siglo XX marcan el fin de la tercera revolución industrial y presagia el inicio de una nueva etapa basada en la sociedad de la información, donde la gobernanza abierta constituye una condición importante para la efectividad del control democrático de la acción estatal. Conforme a ello, la regulación de la transparencia en su concepción dualista integradora, es decir, como un principio rector de la gestión pública y al mismo tiempo, derecho fundamental de acceso a la información pública de los ciudadanos, se justifica, por la necesidad de garantizar la publicidad de las actuaciones de los gobernantes, y ha adquirido tal importancia que se ha sido bautizada, como la tercera regla de oro de derecho público, después de la separación de poderes y el principio de juridicidad³⁷.

²⁹ SANDOVAL, R. Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, v. 22, n. 68, p. 203-227, 2015.

³⁰ FINOL-ROMERO, L. Aproximación teórica al gobierno abierto. *Revista Cuestiones Políticas*, v. 34, n. 60, p. 75, 2018.

³¹ MATHEUS, Ricardo; JANSSEN, Marijin. Un estudio sistemático de literatura para desentrañar la transparencia habilitado por los datos de gobierno abierto: The Window Theory. *Public Performance & Management Review*, London. n. 42, p. 1-33, 2019.

³² RUIZ-RICO RUIZ, C. Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 52, n. 154, p. 255-283, 2019.

³³ FINOL-ROMERO, Lorayne; GALDAMES PAREDES, Ana; GONZÁLEZ JERIA, Cecilia. Contextualización de la Transparencia de la función pública en Iberoamérica: Una revisión del concepto, *Revista Rumbos TS. Un Espacio Crítico Para La Reflexión En Ciencias Sociales*, Santiago de Chile, n. 25, p. 136, 2021.

³⁴ RUIZ-RICO RUIZ, C. Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 52, n. 154, p. 255-283, 2019.

³⁵ PALOMARES-HERRERA, M. Estudio comparativo sobre transparencia y derecho de acceso en el ámbito internacional y su influencia en España. *Ins Humani. Law Journal*, n. 6, p. 123-153, 2017.

³⁶ BOVENS, M. Information Rights: Citizenship in the Information Society. *The Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 3, p. 317-341, 2002.

³⁷ CEA-EGAÑA, J. Tercera regla de oro del Derecho Público. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n. 13, p. 23-46, 2009.

De conformidad con lo explicado hasta este momento, se pueden distinguir al menos dos dimensiones de la transparencia de la función pública. Una primera dimensión en sentido estricto, concebida como una obligación legal que coercitivamente exige a los organismos del Estado garantizar el ejercicio de la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada de informarse, es decir, de saber qué ocurre dentro funcionamiento de los órganos públicos. Y la segunda dimensión, en sentido amplio, como aquella concepción de la transparencia como instrumento, por su incidencia en la eficacia y eficiencia de las acometidas públicas, que además de ser favorable al fortalecimiento de la confianza pública, y la legitimidad de las instituciones democráticas, la han hecho merecedora de su reconocimiento como un principio rector de la administración pública, o tercera regla de oro de la función pública del Estado.

2.2 Derecho de Acceso a la Información Pública

Continuando con el desarrollo teórico, es importante antes de profundizar en el análisis dogmático formal del derecho de acceso a la información pública, reconocer su naturaleza de derecho humano de última generación que, los Estados están obligados a garantizar y protegerlo conforme a las normas vigentes en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos³⁸. En este tenor, la información de la gobernanza se concibe como instrumento garante de la democracia³⁹, por su carácter finalista conducido a la protección de derechos subjetivos y prevenir abusos de parte de los órganos del Estado.

Esta fundamentación jurídica a la luz del derecho comparado, reposa en los estándares establecidos por el

sistema interamericano de derechos humanos a la letra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 19, de igual modo, en el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), conjuntamente con la interpretación progresiva exhortada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que se cita solamente con la sigla CIDH⁴⁰), y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión⁴¹, por la necesidad de otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, convirtiéndose en un documento fundamental para la interpretación del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho.

No obstante, pese al amplio contenido jurídico que lo reconoce en sentido amplio como un derecho fundamental en el derecho comparado, no todos los ordenamientos jurídicos internos regulan expresamente su reconocimiento constitucional como un derecho fundamental, por lo que, en mayor parte se asocia implícito o tácitamente dentro del derecho a la libertad de expresión, y en la menor presencia, como derecho o principio rector de la buena administración⁴². De tal manera, que ante la ausencia de un fundamento normativo completo y armonizado, muchas veces puede dar lugar a diálogos de sordos, en lugar de un efectivo derecho de acceso a la información pública, obstaculizando los resultados favorables de la máxima del derecho que establece: “la luz del sol es el mejor de los desinfectantes”⁴³.

En contraste con el derecho comparado interamericano, se encuentra la normativa de la Unión Europea

³⁸ PALOMARES-HERRERA, Manuel. Estudio comparativo sobre transparencia y derecho de acceso en el ámbito internacional y su influencia en España. *Ius Humani. Law Journal*, v. 6, p. 123-153, 2017. Disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.31207/ih.v6i0.131>. También TORRES, N. Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. *Revista Derecho PUCP*, n. 75, p. 95-117, 2015; GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo Latinoamericano. *Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral*, España, v. 1, p. 169-174, 2015.

³⁹ Es decir, más información, más acceso a ésta, más disponibilidad de datos para la participación de la ciudadanía, lo que, en definitiva, representa más democracia, al respecto véase: BARRIOS MEDINA, F. *Democracia y ciudadanía*. El camino de la transparencia México: UNAM, 2017.

⁴⁰ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Informe de la Relatoría especial de libertad de expresión (RELE), aprobada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, OEA/RELE/INF. 1/09, aprobada el 30 de diciembre de 2009.

⁴¹ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Declaración de Principios sobre libertad de expresión, de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobada durante su 108º período ordinario de sesiones en octubre del año 2000.

⁴² FINOL-ROMERO, Lorayne. *Repensar La Transparencia Desde La Teoría De Los Derechos Fundamentales: ¿Una Tarea Pendiente Para Chile? Ideas Centrales para la Nueva Constitución*. Editado por Tiramant Lo Blanch. Santiago de Chile, 2020. p. 167-182.

⁴³ SCHAUER, F. Transparencia en tres dimensiones. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 27, n. 1, p. 91, 2014.

donde la información pública es asimilada a bienes públicos de uso público, bajo la premisa que la información de los estamentos del gobierno es más útil si se comparte⁴⁴. En efecto, de acuerdo con Mueller y Engewald⁴⁵ para hacer que la transparencia funcione, las leyes sobre la libertad de información deben facilitar las oportunidades del público de acceder, uso y reuso, así como la posibilidad de compartir la información oficial de las autoridades. Lo más importante de no perder de vista en esta diatriba, se concentra en la utilidad finalista por partida doble de la transparencia, entiéndase por tal, tutelar efectivamente el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, además de institucionalizar la vigilancia efectiva del poder público mediante prácticas democráticas, abiertas, accesibles y responsivas⁴⁶.

En definitiva, el derecho de acceso a la información a lo largo de este trabajo se concibe como un derecho subjetivo que confiere la facultad a los ciudadanos de solicitar y conocer la información, creada, recolectada, en posesión, bajo control o custodia de un organismo estatal. Al mismo tiempo, a esta definición de la transparencia reconocida como un derecho humano fundamental de todos, se encuentra la transparencia instrumental, entiéndase como aquel principio de contenido objetivo, que obliga al Estado a través de una prestación positiva, es decir, garantizar como requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, el acceso al funcionamiento de sala de máquinas como mecanismo de control de la gestión estatal y pilar del Estado de Derecho y la democracia constitucional.

3 La transparencia de la función pública en el derecho constitucional de Latinoamericano

El análisis de las constituciones latinoamericanas se llevó a cabo atendiendo a los criterios de selección siguientes; 1) condición de país firmante de la Organi-

zación de Estados Americanos; y 2) país integrante de la Alianza para el Gobierno Abierto. De esta manera, y dado que la juridificación de la transparencia cada día gana más espacios, en muchos casos a través de las denominadas leyes especiales de libertad de información, en inglés *'freedom of information law'*, el criterio de examen fue describir el contenido constitucional que contempla el principio y derecho de la transparencia de la función pública. Además, distinguir si esta regulación se adhiere al alero del derecho de acceso a la información, ratificando la teoría esbozada por la doctrina predominante que conciben a la transparencia de función pública como un término polisémico y escurridizo, donde a pesar del entusiasmo y popularidad, su significado genera incertidumbre⁴⁷. Para una mejor comprensión, a continuación, se describen los criterios analíticos para examinar las normas del derecho constitucional vigente en América Latina que regulan a la transparencia.

Tabla 1 - Operacionalización de criterios

Criterio	Descripción
Regulación Implícita	Reconocimiento indirecto de la transparencia en su dimensión funcional. En este tipo de regulación la transparencia se reconoce como una extensión o anexo del derecho de acceso a la información pública.
Regulación Explícita	Reconocimiento directo o explícito de la transparencia en su dimensión funcional. En este tipo de regulación el derecho de acceso a la información pública es reconocido como un derecho.
Regulación Dualista	Reconocimiento dualista de la transparencia en sus dos dimensiones, la dimensión funcional y la objetiva o instrumental. Es decir, dentro del texto constitucional se establecen normas que contemplan el derecho de acceso a la información pública en su dimensión funcional (sustrato subjetivo) y el principio de gestión para la gobernanza abierta (sustrato objetivo).

Fuente: Elaboración propia.

⁴⁴ DIRECTIVA (UE) 2019/1024 Del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 20 de junio de 2019. <https://eur-lex.europa.eu/legal>

⁴⁵ MUELLER, Christoph; ENGEWALD, Bettina. Making Transparency Work: Experiences from the Evaluation of the Hamburg Transparency Law Central. *European Public Administration Review*, v. 16, n. 2, p. 69–90, 2018.

⁴⁶ UVALLE, R. Fundamentos de la transparencia en la sociedad contemporánea. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. 61, n. 226, p. 199-220, 2016.

⁴⁷ MEIJER, Albert; HART, Peter; WORTHY, Benjamin. Assessing Government Transparency: An Interpretive Framework. *Administration & Society*, UK. v. 50, n. 4, p. 501-526, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0095399715598341>; SAFAROV, Iqbal; MEIJER, Albert; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephen. Utilization of open government data: A systematic literature review of types, conditions, effects and users. *Information Polity*, v. 22, n. 1, p. 1-24, 2017. Disponible en: <https://dl.acm.org/doi/abs/10.3233/IP-160012>. Del mismo modo que SANDOVAL, R. Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, v. 22, n. 68, p. 203-227, 2015.

Esta clasificación propuesta, hace énfasis en la doctrina reciente especialmente de aquella que ha ido posicionándose como la dominante, y permitió examinar la regulación constitucional de la transparencia de los 16 países latinoamericanos que conforman la Alianza para el gobierno abierto. Dentro de los cuales se encuentra en primer lugar, la regulación implícita de una de las vertientes definida como dimensión funcional monista de la democracia. De esta forma la explica Ruiz-Rico⁴⁸, cuando justifica que para lograr el desarrollo de principios democráticos se exige el reconocimiento, aplicación y garantía del acceso a la información pública como derecho humano.

De esta manera, el primer criterio concibe a la regulación constitucional de la transparencia como un anexo o complemento del derecho a la libertad de expresión y de opinión, porque no se establece en una disposición normativa constitucional expresa como un derecho subjetivo de acceso a la información pública, también denominado transparencia pasiva. Por estas consideraciones, a los efectos de este trabajo se considera que, dentro del criterio implícito de regulación, a las normas que se asocian con esta característica.

En segundo lugar, se encuentra el criterio de clasificación y regulación explícita de la transparencia. En el entendido de aquella norma constitucional que específica en forma indubitable una disposición constitucional donde expresamente se reconoce el derecho subjetivo de acceso a información. Por esta razón, dentro del análisis se asociará con la regulación constitucional explícita de una de las vertientes de la transparencia aquellas constituciones en cuyo catálogo de derechos humanos fundamentales incorpora este derecho, y de esta forma, impregna de la tutela jurídica y constitucional a la transparencia pasiva, determinadamente para la protección de otros derechos fundamentales conexos, tales como participación ciudadana, libertad de información, rendición de cuentas por los poderes públicos y en una eficaz rendición de cuentas por los poderes públicos. Por lo que, por una obviedad, el derecho de acceso a la información pública es un imperativo de la democracia sobre todo a la tan democracia sustantiva de calidad⁴⁹.

⁴⁸ RUIZ-RICO RUIZ, C. Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 52, n. 154, p. 256, 2019.

⁴⁹ VALIM, R. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. *Revista de Investigações Constitucionais*

En tercer lugar, se encuentra el criterio de regulación dual de la transparencia, esto es, activa y pasiva. Bajo esta perspectiva se analizan las normas del texto constitucional que sí establecen normas explícitas constitucionales cuyo sustrato normativo incorpora las dos vertientes de la transparencia. Lo anterior, se examinó tanto en la sección dogmática como la orgánica de las 16 constituciones, y develó que las dos dimensiones de la transparencia, es decir, el derecho de acceso a la información pública en su dimensión funcional (derecho subjetivo) y el principio de gestión para la gobernanza abierta que garantiza la disponibilidad de data del gobierno en forma accesible, oportuna, exhaustiva e interoperable (derecho objetivo). Este criterio responde al modelo Dualista integrador del contenido normativo subjetivo y objetivo que involucra la transparencia dual.

Esta clasificación debe su fundamentación en la necesidad de juridificación de la democracia constitucional sustantiva, definida por Ferrajoli⁵⁰, como aquel sistema político donde en el contenido constitucional establece además de reglas claras plebiscitarias, límites y controles constitucionales impuestos coercitivamente a las instituciones representativas del poder público, por lo que, su adopción se condice con aspectos asociados con el control del ejercicio del poder público establecido en como principio rector del Estado de Derecho y de Justicia. Y apoyada por Morlino⁵¹, quien defiende la hipótesis de la democracia liberal de masas, afirmada en la experiencia occidental del siglo XIX, y cuyo rasgo más sobresaliente es la dimensión horizontal de la participación de las masas como aspecto esencial de la calidad democrática, donde se vigile las condiciones para la vigencia de un Estado de derecho que supere las condiciones mínimas de una democracia procedimental.

3.1 Marco constitucional comparado

En esta parte se aborda el análisis desde la perspectiva dogmática normativa, y se busca distinguir en el texto constitucional los siguientes elementos:

Curitiba, v. 3, n. 1, p. 173, 2016.

⁵⁰ FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 34, p. 33, 2011.

⁵¹ MORLINO, L. Calidad democrática entre líderes y partidos, en: Morlino, L. y Alcántara Sáez, Manuel (edit.), *La calidad del liderazgo político en los países andinos* (Ciudad de México, Editorial Instituto Nacional Electoral), p. 21, 2016.

Tabla 2 - Marco Constitucional de la Transparencia en América Latina

País	Año	Regulación	Artículo de la Constitución
México	1917	Explícita	Artículo 6. (...) El derecho a la información será garantizado por el Estado. Toda persona tiene derecho (...) a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.
Argentina	1934	Implícita	Artículo 14.- Derecho a peticiones a las autoridades, libertad de pensamiento.
Costa Rica	1949	Explícita	Artículo 30. Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. (...).
Uruguay	1967	Implícita	Artículo 30. Todo habitante tiene derecho de petición ante todas y cualesquiera autoridades de la República*.
Panamá	1972	Explícita	Artículo 43. Toda persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos (...).
Chile	1980	Implícita	Artículo 19 N° 12°: Libertad de emitir opinión y de informar. (...).
El Salvador	1983	Implícita	Art. 6. Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierte el orden público (...).
Guatemala	1985	Explícita	Artículo 30. Publicidad de los actos administrativos. Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, (...).
Honduras	1982	Implícita	Artículo 72. Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura.
Brasil	1988	Explícita	Art. 5. (...), XXXIII - toda persona tiene derecho a recibir de los organismos públicos información de su interés privado, o de interés colectivo o general (...).
Colombia	1991	Explícita	Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación (...).
Paraguay	1992	Explícita	Artículo 28. Del derecho a informarse. Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuaníme.
Perú	1993	Explícita	Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal (...).
Ecuador	2008	Explícita	Artículo 18. Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

País	Año	Regulación	Artículo de la Constitución
República Dominicana	2010	Explícita	Artículo 49. Libertad de expresión e información (...). 1) Toda persona tiene derecho a la información. Este derecho comprende buscar, investigar, recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público, por cualquier medio, canal o vía, (...). Artículo 138.- Principios de la Administración Pública. La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de (...) transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.
Jamaica	2015	Implícita	Capítulo III. Capítulo De Derechos Y Libertades Fundamentales. Artículo 13. Derechos Y Libertades Fundamentales. 3. Los derechos y libertades mencionados en el párrafo 2 son los siguientes: (d) el derecho a buscar, recibir, distribuir o difundir información, opiniones e ideas a través de cualquier medio de comunicación.

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede inferir del análisis comparativo que antecede, en los 16 países latinoamericanos examinados el texto regulatorio presenta un desbalance en la regulación de la transparencia. Lo anterior porque en la composición, resalta la ausencia de la tipología de regulación dualista, además, también se identificaron diferencias sustantivas entre cada una de las normas constitucionales respecto a la regulación explícita de la transparencia en su vertiente subjetiva, porque ésta no se reconoce en forma directa en todas, como se procede a explicar a continuación.

En el caso de Chile, respecto a la regulación de la transparencia en la Constitución de 1980, habría que

distinguir que no lo contempla explícitamente porque de acuerdo a la teoría esbozada por Contreras y Lovera⁵², este régimen constitucional fue definido mucho antes de la transición hacia la democracia, de tal manera, que no la institucionaliza en su oportunidad. Fue a propósito de sucesivas reformas según lo explicado por Finol y Aponte⁵³ entre ellas la del 26 de agosto de 2005 por medio de la ley N° 20.050, que se incorpora un nuevo artículo 8° según el cual, el ejercicio de la funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad. Por lo cual, la teoría esgrimida por la Ministra Marisol Peña Torres⁵⁴ respecto a que los principios de publicidad y transparencia no están recogidos en forma expresa, ello no ha obstaculizado que se haya desarrollado el contenido sustantivo del principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, cuando la publicidad no afectare el debido cumplimiento de sus funciones, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, por lo que, esta norma instrumentaliza uno de los objetivos del principio de la transparencia de la función pública, cuyo propósito es garantizar el control del poder del régimen democrático.

Sin perjuicio de ello, esta posición es cuestionada por Tribunal Constitucional Chileno⁵⁵, quien por interpretación restrictiva considera que por ningún motivo debe entenderse como el fundamento jurídico del principio de transparencia de la función pública, lo que está contemplado en el artículo 8° antes citado, dado que éste sólo se refiere a la publicidad de los actos y no así la transparencia de la información. En esta misma línea, el tribunal ha dicho reiterativamente que la constitución

⁵² CONTRERAS, Pablo; LOVERA, Danilo. A constituted constituent process? Chile 's failed attempt to replace Pinochet' s constitution (2013-2019) *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 13, n. 3, p. 300, 2021.

⁵³ FINOL-ROMERO, L.; APONTE APONTE, E. Des Contextualización del derecho de acceso a la información pública y la transparencia de la función pública por la jurisprudencia constitucional chilena, *Revista de Estudios Constitucionales*, v. 19, n. 1, p. 356-372, 2021.

⁵⁴ Voto Disidente considerando 4°, SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2017), Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. y otros. Requerimiento de Inaplicabilidad, Rol N° 3111-16-INA de fecha 23 de marzo de 2017.

⁵⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2019). Caso Productos del Mar Ventisqueros S.A. Vs. Consejo para la Transparencia, Rol 7425-19-INA, Productos del Mar Ventisqueros S.A. con el Consejo para la Transparencia de Chile, Requerimiento de Inaplicabilidad, Rol 7425-19-INA, de 19 de diciembre de 2019.

reconoce ‘implícitamente’ a la transparencia dentro del derecho de acceso a la información pública del artículo 19, 12° es decir, asume que por medio de la transparencia pasiva se reconoce el sustrato sustantivo de la transparencia activa. Este argumento esbozado por el tribunal se funda en que expresamente en el artículo 8° constitucional no contempla explícitamente la regla de la transparencia de la información pública y, por tanto, hablar de la transparencia en su sentido instrumental objetivo, no encuentra cabida dentro del texto constitucional y lo considera un exceso legislativo plasmado en la ley 20.285.

Retomando el tema, respecto al examen comparado de las normas que regulan la transparencia como puede observarse en el cuadro, en su vertiente como derecho subjetivo en sentido estricto –entiéndase; derecho de acceso a la información pública-, está presente en la mayor parte de las constituciones examinadas, posiblemente como respuesta a los cambios del derecho internacional interamericano de los derechos humanos o producto de presiones internas y en respuesta a luchas sociales de grupos de presión que lo demandan como imperativo democrático históricamente⁵⁶. Dada la relevancia de la materia regulatoria, los órganos de justicia para tutelar su ejercicio efectivo, acuden a mecanismos de interpretación considerados como activismos o convencionalismos provenientes de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. En donde emerge, la importancia de avanzar en el reconocimiento progresivo e institucionalización de normas que en el núcleo duro tengan a la democracia que den cabida a instituciones vigilantes, que además de garantizar el derecho sufragio de la población (democracia plebiscitaria), contengan cláusulas democráticas necesarias para la consolidación del Estado de Derecho y de Justicia.

Sin perjuicio de las razones que justificaron incorporar en el derecho interno la evolución de estos derechos poco comprendidos⁵⁷, lo cierto es que un significativo grupo de países de la Alianza han dado paso al reconocimiento constitucional expreso, de derechos fundamentales verbigracia, el derecho de acceso a la información

pública, dando paso a una nueva forma de gestionar los asuntos públicos, mediante prácticas de gestión a puertas abiertas, basadas en transparencia, rendición de cuentas, participación y colaboración, trascendido en la doctrina predominante como gobierno abierto⁵⁸. Sin perjuicio de las consideraciones señaladas, en primer lugar, hay que distinguir que desde este punto general el examen realizado a nivel regional revela un panorama latinoamericano que da cuenta de un conjunto de textos constitucionales que de por sí, dentro del catálogo de derechos subjetivos dan cabida al derecho de acceso a la información pública, bien sea, implícita o explícitamente, pero no de la transparencia de la función pública, lo que valida la premisa de Cotino-Hueso⁵⁹, cuando afirma que estas normas general persiguen más intenciones simbólicas, políticas o meramente propagandísticas, que propiamente jurídicas.

En segundo lugar, y en contraste al grupo que antecede se encuentra en menor proporción, aquellas constituciones que han incorporado dentro de sus ordenamientos jurídicos además del derecho de acceso a la información, también el principio de la transparencia como una regla de supremacía constitucional, específicamente dentro de los capítulos relativos a normas orgánicas o propiamente normas que establecen la organización del poder público, es el caso del texto constitucional de República Dominicana.

En tercer lugar, el examen reveló que la composición de las normas del derecho constitucional vigente en América Latina, referidas al derecho que garantiza el ejercicio de la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada para informarse, presenta un desbalance y dos consideraciones diferenciadoras respecto al principio de máxima publicidad. Si bien es cierto, que dentro de este grupo se puede observar el mayor número de países, dentro de los cuales figuran: Brasil, Ecuador, Colombia, México, Costa Rica, Paraguay, Perú, Panamá, Guatemala, los cuales acatando lo contemplado en la Carta Interamericana de la Democracia, específicamente en el artículo 4, además de las recomendaciones de la Comisión Interamericana

⁵⁶ FINOL-ROMERO, Lorayne. *Repensar La Transparencia Desde La Teoría De Los Derechos Fundamentales: ¿Una Tarea Pendiente Para Chile? Ideas Centrales para la Nueva Constitución*. Editado por Tiram Lo Blanch. Santiago de Chile, 2020. p. 171.

⁵⁷ BOVENS, M. Information Rights: Citizenship in the Information Society. *The Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 3, p. 317, 2002.

⁵⁸ LATHROP, Daniel; RUMA, Laurel. *Open Government: Collaboration, Transparency and Participation in Practice*. Beijing: Editorial O’Reilly, 2010.

⁵⁹ COTINO-HUESO, L. Derecho y Gobierno Abierto: La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las administraciones públicas. Propuestas concretas. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 14, p. 51-92, 2013.

de los Derechos Humanos [CIDH], según informe re-frendado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de diciembre de 2009 y la sentencia emblemática de la Corte Interamericana donde se condena a Chile por no facilitar el acceso a la información pública, en donde, de acuerdo a lo establecido en artículo 19 Declaración Universal de los Derechos Humanos, su discusión ha sido reavivada, y sigue presente en las arenas justiciables del derecho⁶⁰.

En consecuencia, los sustratos normativos de la materia regulatoria de los textos constitucionales examinados no sólo dan cabida a la transparencia unidimensionalmente, como una facultad jurídica o derecho subjetivo de investigar, solicitar informaciones, opiniones, pero no incorporan el sustrato normativo objetivo referido al principio rector del funcionamiento de la administración pública que obliga abrir la sala de máquinas del Estado en forma oportuna y accesible proclive a transformar la manera como se gestionan los asuntos concernientes al interés de todos, definido por Matheus y Janssen⁶¹ como la teoría de las ventanas abiertas. Por tanto, se podría inferir, que esta descontextualización normativa que obliga a los estados a protegerla como un derecho fundamental, trae un serie de implicaciones prácticas que atentan con su naturaleza instrumental administrativa, es decir, menoscaba su supremacía como principio rector que promueve la buena gobernanza en la gestión pública, de igual modo que, como barrera anticorrupción que facilita otros derechos como la eficiencia y eficacia en el sector público, el buen gobierno, así como, su interpretación progresiva *pro homine*⁶² como control de convencionalidad del derecho interamericano de los derechos humanos.

Por otra parte, la doctrina defiende a la transparencia de la función pública, porque esta se relaciona con un mecanismo que permite abrir la caja negra del Estado, y fomenta una gobernanza legitimada por la credibilidad y confianza de sus nacionales, quienes a través de prác-

ticas innovadoras del sector público posibilitan recolectar, gestionar y reutilizar data que dan lugar a otra arista de esta discusión. En definitiva, el análisis comparado del marco constitucional vigente revela que éste no es un tema de reciente antigüedad, por el contrario, dada su estrecha funcionalidad para la institucionalidad democrática, control ciudadano de los asuntos de gestión pública, siempre estuvo presente, aunque no con el mismo énfasis del reconocimiento progresivo del derecho de acceso a la información tal y como, la agenda para el fortalecimiento de la democracia impulsada por la Organización de Estados Americanos lo demanda⁶³.

3.2 Examen comparado de la transparencia en Latinoamérica

El proceso de juridificación de la democracia en el derecho constitucional Latinoamericano, amerita distinguir tres etapas, delimitadas en atención al siguiente orden cronológico⁶⁴. La primera etapa agrupa a los cinco textos constitucionales de: Costa Rica (1949), Argentina (1934), México (1917), Uruguay (1966) y Brasil (1988), etapa histórica caracterizada por lo que en doctrina se define como el proceso de las democratizaciones de la primera ola, desarrollada durante la década de 1980 y se corona con la caída del muro en 1989 y la transición de los países de Europa del Este⁶⁵. Lo que permite empalmar con la segunda etapa, en donde se ubican las constituciones de: Panamá (1972), Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Colombia (1991). La tercera etapa más recientemente congrega a: Paraguay (1992), Perú (1993), Ecuador (2008), República Dominicana (2010) y Jamaica (1962) por la reforma de 2015.

Por otra parte, este análisis también ha permitido observar que el proceso evolutivo del contenido regulatorio de la transparencia de la función pública no guarda estrecha relación con la creación de la Alianza para el gobierno Abierto, puesto que esta última data desde el año 2011, sin la presencia de todos los estudiados desde

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.* Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr>. Acceso en: 2 jul. 2022.

⁶¹ MATHEUS, R.; JANSSEN, M. Un estudio sistemático de literatura para desentrañar la transparencia habilitado por los datos de gobierno abierto: The Window Theory. *Public Performance & Management Review*, n. 42, p. 5, 2019.

⁶² AGUILAR CAVALLO, G.; NOGUEIRA ALCALÁ, H. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de derecho público*, v. 84, n. 1, p. 13-33, 2016.

⁶³ OEA (2017). FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA/ASAMBLEA GENERAL-CONSEJO PERMANENTE. AG/RES. 2905 (XLVII-O/17) (Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 20 de junio de 2017).

⁶⁴ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.

⁶⁵ MORLINO, Leonardo. *Democracias y democratizaciones*. México: Centro de Estudios de Política Comparada, 2005.

el inicio de su constitución. Por lo que en esta parte se buscó examinar en el texto constitucional analizado, los tres criterios relacionados con la regulación de la transparencia de acuerdo a la dimensión monista (implícita), la dimensión monista (explícita) y la dimensión dualista (objetiva y subjetiva), para determinar si la norma constitucional reconoce tácitamente a la transparencia como apéndice del derecho de acceso a la información pública, o reconoce la dimensión monista integrada implícitamente en el derecho a la libertad de expresión, o la dimensión dualista del concepto de la transparencia, es decir, lo que a los efectos de este análisis, se distingue como regulación dualista de la transparencia (dimensión subjetiva y objetiva).

En este aspecto, y a propósito de los aspectos referidos a la descontextualización de la transparencia como un derecho fundamental con dos vertientes, una objetiva y otra subjetiva, citando a Finol-Romero⁶⁶ quien propone repensar la transparencia a la luz de la teoría de los derechos fundamentales, dado que la doctrina reciente la concibe además de un atributo de la democracia, un instrumento jurídico, cuyo sentido teleológico objetivo es más amplio, que el derecho de acceso a la información pública. Esta posición también es esgrimida como *dual enforcement*, comparable con la teoría del doble reinado esgrimida por Meijer, Hart y Worthy⁶⁷ en sus estudios de evaluación en la práctica de la transparencia gubernamental.

Del mismo modo, lo explica Tole-Martínez⁶⁸ quien conteste con la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales, bajo el argumento que tales derechos además de la connotación subjetiva entre el titular y el obligado, son un medio de integración del Estado constitucional, por la que el Estado se obliga a cumplir proteger y fomentar la promoción de los derechos fundamentales. Lo que Gargarella⁶⁹ explica como

⁶⁶ FINOL-ROMERO, Lorayne. *Repensar La Transparencia Desde La Teoría De Los Derechos Fundamentales: ¿Una Tarea Pendiente Para Chile? Ideas Centrales para la Nueva Constitución*. Editado por Tirant Lo Blanch. Santiago de Chile, 2020. p. 177.

⁶⁷ MEIJER, A.; HART, P.; WORTHY, B. Assessing Government Transparency: An Interpretive Framework. *Administration & Society*, v. 50, n. 4, p. 501-526, 2015.

⁶⁸ TOLÉ MARTÍNEZ, J. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas constitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Revista Cuestiones Constitucionales*, n. 15, p. 99, 2016.

⁶⁹ GARGARELLA, R. El nuevo constitucionalismo Latinoamericano. Estudios Sociales. *Revista Universitaria Semestral*, n. 48, v. 1, p.

la necesidad de ajustar la sala de máquinas o área de la organización del poder al control social, porque se trata de una amenaza que proviene del propio corazón de la Constitución, es decir, de los rasgos principales de lo que podríamos llamar una falla de origen de la maquinaria democrática porque, en la sección orgánica o institucional, referida a la organización del poder público, no se establece como tal.

Bajo la premisa que los procesos de juridificación de la democracia deben alinearse con la máxima del derecho público según la cual, la gestión de lo público debe ser en público, ante la mirada de todos los involucrados⁷⁰, subyace la importancia del reconocimiento progresivo de otros derechos emergentes por parte del derecho constitucional latinoamericano. De allí, que en la doctrina se establece dos miradas diferenciadas, según la cual los derechos fundamentales no son enunciados estáticos, sino que son prueba viva de procesos reivindicatorios de la dignidad de derechos sustanciales, considerados como presupuestos fundamentales de la democracia, por tanto, su lectura material lleva la moralidad política al corazón del derecho constitucional, muchas veces descontextualizados en virtud de una ‘apariencia racional’, cuya ineficacia coloca en vilo la garantía de otros derechos fundamentales.

Sin perjuicio que el fundamento jurídico de esta premisa, se encuentra establecidos expresamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o Pacto de San José (1969), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976) desarrollados por Control de Convencionalidad y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Algunas posiciones argumentan que, por vía de interpretación evolutiva nuevos derechos humanos emergentes se les ha atribuido un significado extensivo y nuevas implicancias jurídicas⁷¹, verbigracia el derecho a la libertad de opinión y expresión, que a lo largo del último lustro cónsono con los cambios de la sociedad digital.

169, 2015.

⁷⁰ VALIM, R. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. *Revista de Investigações Constitucionais Curitiba*, v. 3, n. 1, p. 179, 2016.

⁷¹ BOVENS, M. Information Rights: Citizenship in the Information Society. *The Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 3, p. 317, 2002.

En el mismo orden de ideas, Sandoval-Almazán⁷² afirma qué a través del proceso de expansión de esquemas de apertura de la función pública, basados en el concepto de transparencia gubernamental en el que se apoya este análisis, podría precipitar un marco legal armónico en los países latinoamericanos, a pesar que la realidad da cuenta de la promulgación de un conjunto de leyes sin tener un objetivo claro y preciso, que terminan desencantando a la opinión pública alimentando falsas expectativas⁷³, en virtud, de la dificultad de relacionar sus efectos con un propósito concreto convirtiéndose muchas veces, en el *slogan* y campañas de *marketing* político⁷⁴.

En definitiva, el reconocimiento de la transparencia como un derecho fundamental con dos vertientes presenta un desequilibrio notable, dado que solamente uno de los textos constitucionales reconoce armoniosamente sus dos dimensiones, es decir, el contenido subjetivo y objetivo que la compone. En cambio, como se pudo observar el resto de los textos constitucionales, comprendidos por 15 reconocen solamente la dimensión subjetiva de la transparencia, dentro del catálogo de derechos de las personas, es decir el derecho de acceso a la información dentro del articulado de los derechos fundamentales (Véase cuadro N° 1).

Sin embargo, dentro de este grupo mayoritario, persiste una mirada muy conservadora en 6 de ellos, donde el contenido constitucional contempla el reconocimiento implícito de la transparencia al alero del derecho de acceso a la información, es decir, dentro del decálogo de derechos humanos de sus ciudadanos y no existe una mención directa al derecho a solicitar información que obra en poder de la administración pública, porque solamente mencionan el derecho a la libertad de opinión y expresión. De esta forma en el texto constitucional de Argentina, Artículo 14; Jamaica, Artículo 13; Uruguay, Artículo 30; Chile Artículo 19, 12º, Honduras, Artículo 72 y El Salvador Artículo 6. Lo que refuerza, la visión de los que ven el derecho de acceso a la información como un derecho de naturaleza iusfundamental que por

interpretación vía bloque constitucional amerita aplicación directa, fundado en el artículo 13 de la Convención Americana, en donde se reconoce dentro del derecho a la libertad de buscar y recibir información. Consideración que discrepa con la tesis propuesta por el constitucionalismo reforzado, que apunta hacia el reconocimiento explícito como derecho tutelado. En este tenor, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de Chile, bajo el argumento que al no estar expresamente en la Carta Política de la República, desaplica las normas del derecho interno que lo concretizan⁷⁵.

Lo anterior implica que, para el efectivo ejercicio de la transparencia pasiva los órganos de la administración de justicia, deben declarar por aplicación del principio de supremacía de los derechos fundamentales su tutela judicial efectiva, es decir, que amerita su aplicación por vía del bloque constitucional de los derechos o jurisprudencialmente, en virtud de sus limitaciones respecto a la indeterminación de su aplicación en la justicia constitucional, cuestión que puede superarse con las argumentaciones de equilibrio generadas por las posturas eclécticas planteadas pero no, porque en el texto se incorporen a la letra el reconocimiento del derecho de acceso a la información⁷⁶.

En contraste, 9 de los 16 textos analizados reconocen a la transparencia pasiva dentro del contenido normativo, estableciendo en forma expresa el derecho subjetivo de toda persona a la información, especificando que este derecho comprende buscar, investigar, recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público, por cualquier medio, canal o vía, de manera similar como lo estableció la Corte en la sentencia de 2006. De esta forma, lo contempla el texto constitucional de México en el Artículo 6, Costa Rica Artículo 30, Panamá Artículo 43, Guatemala Artículo 30, Paraguay Artículo 28, Perú Artículo 2, Ecuador Artículo 18, Brasil Artículo 5, Inciso XXXIII, Colombia Artículo 20.

En contraste, resalta el texto de uno de los países de la Alianza, específicamente la Constitución de Repú-

⁷² SANDOVAL-ALMAZÁN, Rodrigo. Gobierno abierto y transparencia en México: Estudio longitudinal 2015-2018. *Innovar*, v. 29, n. 74, p. 116, 2019.

⁷³ SANDOVAL, Rodrigo. Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, v. 22, n. 68, p. 204, 2015.

⁷⁴ BIRSKYTE, L. Determinants of Budget Transparency in Lithuanian Municipalities. *Public Performance and Management Review*, v. 42, n. 3, p. 707, 2009.

⁷⁵ Véase FINOL-ROMERO, L.; APONTE APONTE, E. Des Contextualización del derecho de acceso a la información pública y la transparencia de la función pública por la jurisprudencia constitucional chilena, *Revista de Estudios Constitucionales*, v. 19, n. 1, p. 356-372, 2021.

⁷⁶ CHACÍN FUENMAYOR, Ronald; FINOL ROMERO, Lorayne. Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 9, n. 2, p. 389-421, 2022.

blica Dominicana, en la cual se lee textualmente en el artículo 49 dentro del decálogo sustantivo de derecho fundamentales, el reconocimiento expreso del derecho a solicitar información y en el artículo 138, dentro de los Principios de la Administración Pública, establece que la Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.

Lo señalado, encuentra su respaldo en investigaciones previas como la de Safarov, Meijer y Grimmelikhuijsen⁷⁷ respecto a los diversos efectos de la transparencia de la función pública para el buen gobierno, quienes con el objetivo de examinar el impacto de la transparencia como núcleo medular para la horizontalidad de la rendición de cuentas, propone un marco conceptual de la transparencia conformado por dos pilares estructurales, de allí la metáfora ‘doble reinado de la transparencia’. De igual forma lo explica Noveck⁷⁸, cuando compara la política de abrir la información del Estado, como una obligación de transparencia proactiva al alcance de la esfera pública de todos los actores transversalizada por los avances de la tecnología de la información, que facilita la evaluación y control de la gestión pública, del mismo modo que la reutilización de la información pública, en la creación de soluciones con alto valor público.

En este contexto, y frente a problemas complejos descritos por Stiglitz⁷⁹, como sociedades de la información incompleta o asimetrías de información que demandan una mejor comprensión de determinadas decisiones políticas que impactan en su vida cotidiana, emerge la transparencia de la función pública en sus dos vertientes, como mecanismo habilitador para una sociedad que aspira a convertirse en lo que describe metafóricamente Han Byung-Chul como: “una irradiación sin luz”⁸⁰, que no da cabida a la sociedad del secreto, bajo la premisa que transparencia y responsabilidad es-

tán estrechamente vinculados, porque se supone que la transparencia genera responsabilidad.

En vista del escenario conceptual polisémico explicado y de la ola de regulaciones jurídicas de la transparencia que en una primera etapa se promulgaron, a través de leyes internas muchas veces sin respaldo en normas programáticas establecidas en el texto constitucional⁸¹, bajo la mirada sesgada de legisladores en limitar la publicidad de ciertos temas relacionados con el secretismo del Estado, por la necesidad de limitar la divulgación de los secretos del Estado, bajo el paradigma según el cual, un gobernante es más poderoso, cuando existe la posibilidad de gobernar en la penumbra⁸². Se considera que una normativa constitucional mínima de la transparencia, es necesaria porque lo contrario afecta a la democracia constitucional e impide mejorar las relaciones Estado-sociedad⁸³.

De modo tal que, el ámbito normativo u objeto de las primeras leyes de información promulgadas en América Latina, fue garantizar las causales de secreto o de reserva de información. De allí, que el derecho de acceso a la información de las actuaciones del poder público, o de toda información que obre en poder de los estamentos del Estados era considerada en muchas ocasiones, un derecho incómodo⁸⁴. Sin perjuicio de ello, actualmente se ha logrado avanzar en la discusión, desde una perspectiva más próxima a modelos de gobernanza abierta basada en la transparencia de los procesos a la par de una articulación normativa interna⁸⁵. Sin embargo, se echa de menos el reconocimiento dualista armonizado del derecho de acceso a la información, y el principio rector de la transparencia de la función pública, como conjunción de valores y prácticas de gobernabilidad democrática que dan fuerza al modelo paleopositivista del estado de derecho⁸⁶, que empíricamente contraen lími-

⁷⁷ SAFAROV, Igbal; MEIJER, Albert; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephen. Utilization of open government data: A systematic literature review of types, conditions, effects and users. *Information Polity*, v. 22, n. 1, p. 1-24, 2017. Disponible en: <https://dl.acm.org/doi/abs/10.3233/IP-160012>.

⁷⁸ NOVECK, B. Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency. *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.*, v. 19, n. 1, p. 1-46, 2017.

⁷⁹ STIGLITZ, J. *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch, 2000.

⁸⁰ HAN, Byung Chul. *La sociedad de la transparencia*. 5. Impresión. Traducción de Raúl Gabás. Herder, 2013.

⁸¹ FINOL ROMERO, L. Positivización de la transparencia a través de la teoría de la doble dimensión de derechos: una visión comparada. *Revista General de Derecho Administrativo, IUSTEL*. n. 59, 2022.

⁸² BOBBIO, N. *Democracia y Secreto*. México: Fondo Cultura Económica, 2013.

⁸³ MKANDAWIRE, T. Good Governance: The Itinerary of an Idea. *Development in Practice*, v. 17, n. 5, p. 679-681, 2007

⁸⁴ SILVA-GARCÍA, F. El derecho a la información pública en la jurisprudencia constitucional: ¿un derecho fundamental incómodo? *Revista Cuestiones Constitucionales*, n. 24, p. 285-308, 2011.

⁸⁵ VALIM, R. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. *Revista de Investigações Constitucionais Curitiba*, v. 3, n. 1, p.169-181, 2016.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Mínima Trotta ed., 2011. p. 31.

tes y principios, y la fuerza jurídica capaz de vincular por medio de la legislación interna al interior de la caja negra del Estado.

Por otra parte, apoyado en los aportes de Safarov et al; Criado, Ruvalcaba-Gómez y del mismo modo Safarov la re-significación de la transparencia de la función pública⁸⁷ se justifica por el interés por avanzar en la construcción de un modelo de gobernanza que promueva abrir la gestión del gobierno a la esfera pública, a través de prácticas proactivas que permitan fortalecer el paradigma de Estado Abierto. Lo anterior, como preámbulo para introducir la explicación de los aspectos fundamentales del marco conceptual interpretativo respecto a la dualidad de la transparencia, lo suficientemente conciliador que permita armonizar su regulación jurídica dentro de la teoría del reinado doble (en inglés *Two Realms*) propuesta por Meijer, Hart y Worthy⁸⁸, quienes la comparan con un marco teórico compuesto por dos vertientes, una de naturaleza política y otra administrativa.

En lo concreto, especialmente desde la perspectiva empírica es donde se sitúa la validez de la teoría propuesta, porque de acuerdo a estudios globales que aseguran que la democracia global continuó su declive en 2020, reflejada en la última edición del Índice de Democracia, donde revela un profundo malestar, identificado por *The Economist Intelligence Unit*, a través de la encuesta anual, que califica el estado de la democracia en 167 países en función de cinco medidas (proceso electoral y pluralismo, funcionamiento del gobierno, participación política, cultura política democrática y libertades civiles), revelando que solo el 8,4 % de la población mundial vive en un democracia plena, mientras que más de un tercio vive bajo un régimen autoritario⁸⁹.

⁸⁷ SAFAROV, Iqbal; MEIJER, Albert; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephen. Utilization of open government data: A systematic literature review of types, conditions, effects and users. *Information Polity*, v. 22, n. 1, p. 1-24, 2017. Disponible en: <https://dl.acm.org/doi/abs/10.3233/IP-160012>. También en SAFAROV, I. Institutional Dimensions of Open Government Data Implementation: Evidence from the Netherlands, Sweden, and the UK. *Public Performance & Management Review*, v. 42, n. 2, p. 305-328, 2019.

⁸⁸ MEIJER, Albert; HART, Peter; WORTHY, Benjamin. Assessing Government Transparency: An Interpretive Framework. *Administration & Society*, UK. v. 50, n. 4, p. 501-526, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0095399715598341>.

⁸⁹ THE ECONOMIST. Economic Unit Intelligence (EUI). "Democracy Index 2020: In sickness and in health?". 2021, Democracy Index 2020. Disponible en: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/>. Acceso en: 3 jul. 2022.

Por todo lo expuesto la base teórica, constitucional y convencional del derecho y principio de la transparencia dualista, encuentra sentido a luz de las consideraciones de este análisis crítico, porque propone conciliar un concepto integrador para avanzar en el reconocimiento progresivo de la transparencia como un derecho fundamental en sus dos vertientes. Es decir, bajo un concepto ecléctico que da forma a la dualidad de la transparencia, tanto por su importancia para el buen gobierno y el escrutinio político, como para dar respuesta a las necesidades informativas de la sociedad en la era de la digitalización. Por todo lo anterior, se refuerza la idea que incorporar la transparencia desde su doble dimensión es crucial para la apertura de la caja negra de algunas democracias del secreto, conforme lo dispone el modelo de gobierno abierto, así como, favorable ante la crisis profunda que atraviesa la democracia moderna.

4 Conclusiones

El análisis crítico de la regulación constitucional de la transparencia de la función pública en América Latina, permite señalar varios aspectos que convergen en un mismo hilo conductor: *cómo se constitucionaliza la transparencia de la función pública*. Lo anterior se sustenta, como resultado de la revisión conceptual que permitió operacionalizar desde el paradigma del positivismo constitucional un esquema de clasificación de las normas constitucionales, de acuerdo a la tipología de regulación: Directa, Indirecta y Dualista. Ahora bien, la radiografía revelada y las consideraciones expresadas, se limitan al texto de las normas constitucionales vigentes a la fecha de redacción de este análisis y, en consecuencia, no pretende cerrarse a otros planteamientos divergentes, ni a futuras reformas constitucionales.

Por consiguiente, a la luz de la teoría esbozada se concluye que la naturaleza dual con reconocimiento explícito de la transparencia es un tema no concluido y se encuentra en un continuo desarrollo, posición dividida a lo menos, en dos grandes vertientes. Por un lado, está la transparencia configurada como una dimensión funcional democrática, regulada implícitamente en algunos casos con un contenido subjetivo únicamente (entiéndase por tal, como sustrato del derecho de acceso a la información) y, por otro, está la transparencia configurada como una dimensión instrumental administrativa, regulada con un contenido objetivo para la instrumenta-

lización de la buena administración (entiéndase por tal, principio de gestión pública del gobierno abierto).

En la intersección de las dos vertientes, se encuentra la transparencia dualista, lo que también podría ser explicado como una posición ecléctica, que conjuga una doble dimensión de la transparencia (entiéndase por tal, un principio y un derecho fundamental) y que encuentra sustento en la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales (entiéndase, finalidad subjetiva y objetiva de los derechos humanos). De esta manera se piensa que la instrumentalización de la buena administración y la ponderación de otros derechos, impacta en la tipología de regulación constitucionales acorde a los derechos fundamentales.

En consecuencia, conforme a la clasificación anterior el examen realizado reveló que la mayor parte de los textos analizados han constitucionalizado implícitamente a la transparencia, es decir, la reconocen indirectamente dentro del texto constitucional como un derecho anexo al derecho de acceso a la información pública. En tanto que, la menor parte reconoce en forma directa en una norma la transparencia definida como un principio rector de la función pública, para la instrumentalización de la buena administración. Finalmente, y en forma aislada, sólo uno de los textos constitucionales analizados contiene normas para la transparencia dualista, es decir, incorpora una norma donde en forma directa e indubitable reconoce el derecho subjetivo de acceso a la información y, además, en otra disposición normativa incorpora el principio objetivo de la transparencia para la buena administración.

En lo que respecta a las implicaciones de la radiografía revelada, hay que advertir que dichos procesos no son completamente recientes ni tampoco una moda pasajera, al contrario, son consecuencia de reformas paulatinas en donde se echa de menos el reconocimiento de la transparencia instrumental con contenido objetivo, sobre todo desde una perspectiva futurista en medio de la cuarta revolución industrial, que conduzca hacia otros aspectos como los datos abiertos gubernamentales, automatización de la función pública, que sirva de nexo vinculante entre, entre estos principios de gestión pública y derechos emergentes, de cara a las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Por lo que cada vez cobra más fuerza en la doctrina, la necesidad de avanzar hacia procesos que incorporen la naturaleza objetiva garantista a la buena administra-

ción de la transparencia, dado que permite obligar a la maquinaria del Estado a gobernar con las puertas abiertas, y conferir certeza jurídica a procesos de gobernanza, protegidos por la tutela judicial efectiva *pro homine*. Con esto, no se busca desconocer la importancia del proceso de reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en forma implícita vía bloque de constitucionalidad de derechos, reconocido en forma expresa en buena parte de los textos constitucionales, pero es evidente que la regulación constitucional de la transparencia conforme al esquema dualista, es ausente en la mayor parte de las normas constitucionales daría fuera al posicionamiento positivista garantista.

De manera que la descontextualización de la transparencia como un derecho fundamental dualista, se sitúa dentro de un contenido normativo incompleto, que afecta la posibilidad de avanzar en otros aspectos del modelo de gestión pública que busca abrir el gobierno y la sala de máquinas del Estado a través de la incorporación de la tecnología, que busca acercar el Estado a los problemas de las personas. Lo anterior, sin considerar otras implicaciones adversas que este problema representa de cara al oscurantismo estatal, favorable a fenómenos de corrupción, así como, obstáculo para el ejercicio efectivo de otras garantías democráticas como la buena administración, la rendición de cuentas, la participación en procesos de diseño de decisiones que impactan en la vida cotidiana de la nación, la protección de datos personales, y a final de cuentas, a toda una nueva categoría de derechos relacionados con el acceso a la información de la administración del Estado.

En definitiva, y sin desconocer otros planteamientos, la discusión planteada no está cerrada del todo, y posiblemente requiera un segundo análisis, que incorpore otros determinantes empíricos del derecho internacional como por ejemplo la judicialización de este derecho fundamental por las Cortes Constitucionales por medio del Control de Convencionalidad o la concretización en leyes especiales garantes del derecho de acceso a la información. Finalmente, no cabe duda de la necesidad de impulsar reformas vía *lege ferenda* o control de convencionalidad, según sea el modelo diseñado, que permitan avanzar hacia el derecho a la buena administración, gobierno abierto y transformación digital del Estado, del mismo modo, que la consecución de otros fines meta jurídicos favorables al derecho al buen gobierno, que de la mano de la eficiencia y eficacia de la

función pública, permitan rescatar la confianza en las instituciones democráticas.

Referencias

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; NOGUEIRA AL-CALÁ, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de derecho público*, v. 84, n. 1, p. 13-33, 2016.
- AGUILÓ REGLA, Josep. En defensa del Estado constitucional de Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 42, p. 85-100, 2019.
- ALIANZA para el Gobierno abierto: Declaración de Gobierno Abierto, 2011. Disponible en: <https://www.opengovpartnership.org>. Acceso en: 29 jun. 2022.
- ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina, de 1934*. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- BARRIOS MEDINA, F. *Democracia y ciudadanía*. El camino de la transparencia México: UNAM, 2017.
- BIRSKYTE, Leornard. Determinants of Budget Transparency in Lithuanian Municipalities. *Public Performance and Management Review*, London, v. 42, n. 3, p. 707-731, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Democracia y Secreto*. México: Fondo Cultura Económica, 2013.
- BOVENS, Mark. Information Rights: Citizenship in the Information Society. *The Journal of Political Philosophy*, Utrecht University, v. 10, n. 3, p. 317-341, 2002.
- BRASIL. *Constitución de la República Federativa del Brasil, de 1988*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- CAPELLA GIANNATTASIO, Arthur Roberto. What does it mean to apply history in international law studies? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 8-14, 2018.
- CARTA de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de fecha 18 de diciembre de 2000. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, bajo el literal C 364/1. 2000.
- CARTA democrática interamericana: aprobada durante el 28° Período Extraordinario, 2001. Disponible en: https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm. Acceso en: 29 jun. 2022.
- CEA-EGaña, José. Tercera regla de oro del Derecho Público. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Santiago de Chile, n. 13, p. 23-46, 2009.
- CHACÍN FUENMAYOR, Ronald; FINOL ROMERO, Lorayne. Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 9, n. 2, p. 389-421, 2022.
- CHILE. *Constitución Política de la República de Chile, de 1980*. Con la reforma de Ley 20.050, de 2005. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>
- CHILE. Tribunal Constitucional de Chile. *Sentencia Caso Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. y otros*. Requerimiento de Inaplicabilidad, Rol N° 3111-16-INA de fecha 23 de marzo de 2017.
- CHILE. Tribunal Constitucional de Chile. *Sentencia Caso Productos del Mar Ventisqueros S.A. Vs. Consejo para la Transparencia*, Rol 7425-19-INA. Requerimiento de Inaplicabilidad de fecha 19 de diciembre de 2019.
- COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia, de 1991*. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Declaración de Principios sobre libertad de expresión*. Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobada durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>. Acceso en: 30 jun. 2022.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Relatoría especial de libertad de expresión (RELE)*. Aprobada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, OEA/RELE/INF. 1/09, aprobada el 30 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/.pdf> Acceso em: 30 jun. 2022.
- CONTRERAS, Pablo; LOVERA, Danilo. A constituted constituent process? Chile 's failed attempt to replace Pinochet' s constitution (2013-2019) *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 13, n. 3, p. 297-314, 2021.

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Pacto de San José, de 1969*. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/.htm> Acceso en: 30 jun. 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr>. Acceso en: 2 jul. 2022.
- COSTA RICA. *Constitución Política de la República de Costa Rica, de 1949*. Disponible en: <https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa>.
- COTINO-HUESO, Lorenzo. Derecho y Gobierno Abierto: La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las administraciones públicas. Propuestas concretas. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 14, p. 51-92, 2013.
- CRiado, José; RUVALCABA-GÓMEZ, Edgar; VALENZUELA-MENDOZA, Raul. Revisiting the Open Government Phenomenon. A Meta-Analysis of the International Literature. *JeDEM-eJournal of eDemocracy and Open Government*, v. 10, n. 1, p. 50-81, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0275074016676575>.
- CUCCINIELLO, María; PORUMBESCU, Gregory; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan. *Public Administration Review, The American Society for Public Administration*, v. 77, n. 1, p. 32-44. 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/puar.12685>.
- DIRECTIVA (UE) 2019/1024 Del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 20 jun.2019. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal>. Acceso en: 5 mayo 2022.
- ECUADOR. *Constitución Política de la República del Ecuador, de 2008*. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ec/>.
- EL SALVADOR. *Constitución Política de la República El Salvador, de 1983*. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/leyes-y-decretos/view/3959>.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- ESPAÑA. *Constitución Española, de 1978*. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/>.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Mínima Trotta ed., 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: una discusión teórica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 393-433, 2008.
- FINOL-ROMERO, Lorayne. Aproximación teórica al gobierno abierto. *Revista Cuestiones Políticas*, v. 34, n. 60, p. 69-91, 2018.
- FINOL-ROMERO, Lorayne. *Repensar La Transparencia Desde La Teoría De Los Derechos Fundamentales: ¿Una Tarea Pendiente Para Chile? Ideas Centrales para la Nueva Constitución*. Editado por Tirant Lo Blanch. Santiago de Chile, 2020.
- FINOL-ROMERO, Lorayne; APONTE APONTE, Emercio. Des Contextualización del derecho de acceso a la información pública y la transparencia de la función pública por la jurisprudencia constitucional chilena. *Revista de Estudios Constitucionales*, Talca, Chile, v. 19, n. 1, p. 356-372, 2021.
- FINOL-ROMERO, Lorayne; GALDAMES PAREDES, Ana; GONZÁLEZ JERIA, Cecilia. Contextualización de la Transparencia de la función pública en Iberoamérica: Una revisión del concepto, *Revista Rumbos TS. Un Espacio Crítico Para La Reflexión En Ciencias Sociales*, Santiago de Chile, n. 25, p. 105-144, 2021.
- FIX-FIERRO, Héctor. *Comentarios en torno a Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia, de Luigi Ferrajoli, No. 47. México. 2018. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx>. Acceso en: 4 jul. 2022.
- GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo Latinoamericano. *Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral*, España, v. 1, p. 169-174, 2015.
- GUATEMALA. *Constitución Política de la República de Guatemala, de 1985*. Disponible en: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/GUATEMALA-Constitucion.pdf>.
- HAN, Byung Chul. *La sociedad de la transparencia*. 5. Impresión. Traducción de Raúl Gabás. Herder, 2013.
- HONDURAS. *Constitución de la República de Honduras, de 1982*. Disponible en: <https://www.tsc.gob.hn/biblioteca>.

- JAMAICA. *The Jamaican Constitution, of 1962*. Disponible en: <https://jis.gov.jm/government/the-constitution/>.
- LATHROP, Daniel; RUMA, Laurel. *Open Government: Collaboration, Transparency and Participation in Practice*. Beijing: Editorial O'Reilly, 2010.
- MATHEUS, Ricardo; JANSSEN, Marijin. Un estudio sistemático de literatura para desentrañar la transparencia habilitado por los datos de gobierno abierto: The Window Theory. *Public Performance & Management Review*, London. n. 42, p. 1-33, 2019.
- MEIJER, Albert. Comprender la transparencia moderna. *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Utrecht. 75, n. 2, p. 255-269. 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0020852309104175>. Acceso en: 20 jun. 2022.
- MEIJER, Albert; HART, Peter; WORTHY, Benjamin. Assessing Government Transparency: An Interpretive Framework. *Administration & Society*, UK. v. 50, n. 4, p. 501-526, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0095399715598341>.
- MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo, 2010.
- MEXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 2017*. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>.
- MKANDAWIRE, Thandike. Good Governance: The Itinerary of an Idea. *Development in Practice*, London, v. 17, n. 4/5, p. 679-81, 2007.
- MORLINO, Leonardo. Calidad democrática entre líderes y partidos. En: MORLINO, L.; ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel (ed.). *La calidad del liderazgo político en los países andinos*. Ciudad de México: Editorial Instituto Nacional Electoral, 2016. p. 11-56.
- MORLINO, Leonardo. *Democracias y democratizaciones*. México: Centro de Estudios de Política Comparada, 2005.
- MUELLER, Christoph; ENGEWALD, Bettina. Making Transparency Work: Experiences from the Evaluation of the Hamburg Transparency Law Central. *European Public Administration Review*, v. 16, n. 2, p. 69-90, 2018.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudência. *Revista Estudios Constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 301-350, 2015.
- NOVECK, Beth. Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency. *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.*, v. 19, n. 1, p. 1-46, 2017.
- NOVECK, Beth. The Innovative State, in *The Administrative State in the Twenty-First Century: Deconstruction and/or Reconstruction*. Mark V. Tushnet, ed, *Daedalus*, v. 150, n. 3, 2021.
- OCDE. *Recomendación Del Consejo Sobre Gobierno Abierto*. 2017. Recuperado de: <https://www.oecd.org/gov/recomendacion-del-consejo-sobre-gobierno-abierto-141217.pdf> Acceso en: 4 ago. 2022.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966*.
- PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. *Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*.
- PALOMARES-HERRERA, Manuel. Estudio comparativo sobre transparencia y derecho de acceso en el ámbito internacional y su influencia en España. *Ius Humani. Law Journal*, v. 6, p. 123-153, 2017 Disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.31207/ih.v6i0.131>.
- PANAMÁ. *Constitución Política de la República de Panamá, de 1972*. Disponible en: <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content>.
- PARAGUAY. *Constitución Política de la República de Paraguay, de 1992*. Disponible en: <https://www.bacn.gov.py/constitucion-nacional-de-la-republica-del-paraguay>.
- PERÚ. *Constitución Política del Perú, de 1993*. Disponible en: <https://www.congreso.gob.pe/constitucionyreglamento/>.
- REPÚBLICA DOMINICANA. *Constitución de la República Dominicana, de 2010*. Disponible en: <https://dominicana.gob.do/index.php/pais/2014-12-16-20-52-13>.
- RIBEIRO, Érica Queiroz; MACHADO, Bruno Amaral. O Acordo de Escazú e o acesso à informação ambiental

- no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 251-265, 2018.
- RUIJER, Erna; MEIJER, Albert. National Transparency Regimes: Rules or Principles? A Comparative Analysis of the United States and the Netherlands. *International Journal of Public Administration*, v. 39, n. 11, p. 895-908, 2016. <http://dx.doi.org/10.1080/01900692.2015.1057343>.
- RUIZ-RICO RUIZ, Cristina. Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información. *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 52, n. 154, p. 255-283, 2019.
- RUVALCABA-GÓMEZ, Edgar. Gobierno Abierto en Iberoamérica: Estudios de Caso en “Gobierno Abierto y Gobernanza: una reflexión de los imperativos de legitimidad y efectividad en gobiernos subnacionales”. En: A.A.V.V. *Gobierno abierto en Iberoamérica Estudios de Caso en Gobiernos Subnacionales*. Ciudad de México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021. p. 17-37. v. 1.
- SAFAROV, Igbal. Institutional Dimensions of Open Government Data Implementation: Evidence from the Netherlands, Sweden, and the UK. *Public Performance & Management Review*, v. 42, n. 2, p. 305-328, 2019.
- SAFAROV, Igbal; MEIJER, Albert; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephen. Utilization of open government data: A systematic literature review of types, conditions, effects and users. *Information Polity*, v. 22, n. 1, p. 1-24, 2017. Disponible en: <https://dl.acm.org/doi/abs/10.3233/IP-160012>.
- SANDOVAL, Rodrigo. Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, v. 22, n. 68, p. 203-227, 2015.
- SANDOVAL-BALLESTEROS, Irma. Hacia un proyecto democrático-expansivo de transparencia. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, v. 58, n. 219, p. 103-134, 2013.
- SCHAUER, Frederick. Transparencia en tres dimensiones. *Revista de Derecho*, Valdivia, Chile, v. 27, n. 1, p. 81-103, 2014.
- SCHIACHI, Pablo. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. *Revista de Investigações Constitucionais Curitiba*, v. 2, n. 2, p. 137-168, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44514>. p. 138.
- SILVA-GARCÍA, Fernando. El derecho a la información pública en la jurisprudencia constitucional: ¿un derecho fundamental incómodo? *Revista Cuestiones Constitucionales*, v. 24, p. 285-308, 2011.
- STIGLITZ, Joseph. *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch, 2000.
- THE ECONOMIST. Economic Unit Intelligence (EUI). “Democracy Index 2020: In sickness and in health?”. 2021, Democracy Index 2020. Disponible en: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/>. Acceso en: 3 jul. 2022.
- TOLÉ MARTÍNEZ, Julián. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. México. UNAM. *Revista Cuestiones Constitucionales*, n. 15, p. 99-144, 2016.
- TORRES, Natalia. Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. *Revista Derecho PUCP*, Perú, v. 75, p. 95-117, 2015.
- URUGUAY. *Constitución de la República Oriental del Uruguay, de 1966*. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>.
- UVALLE, Ricardo. Fundamentos de la transparencia en la sociedad contemporánea. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. 61, n. 226, p. 199-220, 2016.
- VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. *Revista de Investigações Constitucionais Curitiba*, v. 3, n. 1, p. 169-181, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45114>.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. El marco constitucional de la transparencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 116, p. 167-191. 2019, Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.06>.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Acordos plurilaterais e acordos de livre-comércio: encruzilhada ou caminho alternativo aos acordos multilaterais de comércio?

Plurilateral agreements and free trade agreements: crossroads or alternative path to the multilateral trade agreements?

Vivian Daniele Rocha Gabriel

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Acordos plurilaterais e acordos de livre-comércio: encruzilhada ou caminho alternativo aos acordos multilaterais de comércio?*

Plurilateral agreements and free trade agreements: crossroads or alternative path to the multilateral trade agreements?

Vivian Daniele Rocha Gabriel**

Resumo

O presente artigo visa discorrer, por meio do método histórico, a evolução do sistema multilateral do comércio e do impasse nas negociações de novas regras multilaterais de comércio decorrentes da paralização da Rodada Doha, e que, embora haja algumas poucas evoluções recentes nesse sentido, há duas opções que vêm sendo paralelamente desenvolvidas e integrando novas estratégias dos países, quais sejam os acordos plurilaterais de comércio e os acordos de livre-comércio. Por meio de análise bibliográfica e documental, serão examinadas essas duas opções assim como o atual interesse brasileiro em aderir aos acordos plurilaterais sobre compras governamentais e comércio de aviões civis recentemente, sua ativa participação nas iniciativas conjuntas sobre comércio eletrônico, facilitação de investimentos e regulamentação doméstica de serviços, além de como tem negociado novos acordos de livre-comércio por meio do MERCOSUL, bloco do qual faz parte. Por fim, concluir-se-á que essas alternativas não implicam situação de encruzilhada na confecção de regras internacionais, mas sim caminhos alternativos e paralelos às negociações multilaterais, sendo estes em prol de um mesmo objetivo, qual seja a liberalização comercial, e que o engajamento brasileiro em todas as frentes impulsionará o país como *rule maker* na governança do comércio internacional.

Palavras-chave: sistema multilateral do comércio; acordos plurilaterais; acordos de livre-comércio; alternativas; Brasil.

Abstract

This article aims to discuss, using the historical method, the evolution of the multilateral trade system and the deadlock in the negotiations of new multilateral trade rules resulting from the stoppage of the Doha Round. Although there are a few recent developments in this sense, there are two options that have been developed at the same time and have integrated new country strategies, that is the plurilateral trade agreements and the free trade agreements. These two options will be examined through the bibliographic and documentary analysis, as well as the current Brazilian interest in joining the

* Recebido em 26/07/2022
Aprovado em 29/10/2022

** Advogada em Comércio Internacional no Magalhães e Dias Advocacia. Professora da FAE Centro Universitário – Programa Law Experience. Doutora em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), como período doutorado sanduíche no exterior na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan (EUA). Email: vivian.d.rocha@gmail.com

plurilateral agreements on government procurement and trade in civil aircraft, and its active participation in joint initiatives on e-commerce, investment facilitation, and domestic regulation on services, and how it has negotiated new free trade agreements through MERCOSUR, the bloc that Brazil has membership. Finally, it will be concluded that these alternatives do not imply in a crossroads situation, but in alternative paths, in parallel to multilateral negotiations, all in favor of the same objective, which is trade liberalization, and that Brazilian engagement on all fronts will boost the country as a rule maker in the governance of international trade.

Keywords: multilateral trade system; plurilateral agreements; free trade agreements; alternatives; Brazil.

1 Introdução

Inicialmente, o comércio internacional se desenvolveu dentro de um amplo arcabouço de tratados bilaterais, tais como os Tratados de Comércio e Navegação que remontam ao século XIX e início do século XX. Essa tipologia de acordos perdurou com intensidade até a primeira metade do século XX, quando, ao final da Segunda Guerra Mundial, houve esforços dos Aliados (Reino Unido, França, União Soviética e EUA) em reconstruir a economia mundial e o consenso de que isso se daria por meio de um sistema multilateral de regras e instituições que vinculassem todos os Estados e trouxessem paz e estabilidade à ordem internacional.

Em 1944, incluiu-se o acordo de Bretton Woods, com o objetivo de criar um ambiente de maior cooperação na área da economia internacional, o que seria realizado com base no estabelecimento de 3 pilares institucionais internacionais. O primeiro deles seria o Fundo Monetário Internacional (FMI), com a finalidade de manter a estabilidade das taxas de câmbio e assistir os países com problemas de balanço de pagamentos por meio do acesso a fundos especiais. O segundo seria o Banco Mundial, com a função de fornecer capitais necessários para a reconstrução dos países atingidos pela guerra. O terceiro seria a Organização Internacional do Comércio (OIC), com a função de coordenar e supervisionar a negociação de um novo regime para o comércio mundial baseado nos princípios do multilateralismo e do liberalismo. No entanto, a instauração da OIC foi frustrada e, de 1947 a 1993, o comércio internacional foi regido por

um acordo executivo provisório denominado Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Somente em 1994, esse acordo foi substituído por uma organização internacional, qual seja a Organização Mundial do Comércio (OMC), o que conferiu um reforço institucional ao sistema vigente. A OMC passou, portanto, a reger o comércio internacional, servindo como foro de negociação de regras e solução de disputas comerciais entre seus membros.

Desde então, o sistema multilateral de comércio passou por um período de otimismo. Em 2001, foi estabelecida a Rodada Doha ou Rodada do Desenvolvimento, que visa à negociação de novas regras comerciais em temas diversos, como os relacionados à agricultura — subsídios, apoio interno, redução de tarifas e crédito à exportação —, à liberalização em serviços, ao aprimoramento de regras sobre defesa comercial (medidas antidumping, medidas compensatórias e salvaguardas), dentre outros.

No entanto, a falta de consenso entre os membros da OMC tem sido a principal razão não somente para o impasse dessa Rodada — que já dura mais de 20 anos —, mas também para a negociação de regras comerciais relacionadas a temas mais contemporâneos, que se encontram fora do mandato de Doha, e para a própria sobrevivência da instituição, haja vista a recente paralisação do Órgão de Apelação fruto da oposição americana em relação à nomeação de novos membros do órgão pelos EUA¹.

Considerando esse cenário, Paulo Estivallet de Mesquita avalia que a “indefinição em relação à agenda multilateral propicia a busca de alternativas, tanto dentro como fora da própria Organização”. Nesse sentido, a primeira pergunta que se coloca é: quais seriam essas alternativas? De acordo com o autor citado, as alternativas internas seriam as negociações setoriais “plurilaterais” e as externas seriam os “acordos de livre-comércio”².

A primeira alternativa foca nos acordos plurilaterais de comércio, alguns deles criados ainda sob a égide do sistema multilateral e outros ainda em processo de ne-

¹ HILLMAN, Jennifer. *Three approaches to fixing the world trade organization's appellate body: the good, the bad and the ugly?* Institute of International Economic Law. Georgetown University Law Center. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.

² MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 98.

gociação, os quais são de adesão opcional dos membros da OMC³. Acordos plurilaterais de comércio são acordos temáticos de adesão voluntária, criados no seio do sistema multilateral do comércio, ao mesmo tempo em que também eram negociados acordos multilaterais obrigatórios a todos os membros.

A segunda alternativa é por meio de acordos de livre-comércio ou acordos preferenciais de comércio. Esses são acordos pactuados entre determinado grupo de países cuja premissa principal é estabelecer vantagens comerciais recíprocas somente entre os signatários.

Ambas as opções têm apresentado evoluções nos últimos anos. Embora ainda haja um número reduzido de acordos plurilaterais em vigor, desde 2017, há iniciativas para a discussão de novos plurilaterais. Já os acordos de livre-comércio têm se proliferado, substancialmente, nos últimos anos: de cerca de 70 em 1990 para 300 em 2010; e, até março de 2022, contabilizam 354 acordos em vigor⁴.

Historicamente, o Brasil sempre optou, primordialmente, pelas negociações multilaterais de comércio, cujos acordos serão vinculantes a todos os membros da OMC. Porém, em consonância com o movimento dos últimos anos, o país parece estar diversificando suas opções para as alternativas acima mencionadas. Desde a 11ª Conferência Ministerial da OMC, de 2017, o Brasil, à época sob o governo Temer (2017-2018), tem participado da negociação de acordos plurilaterais em facilitação de investimentos, comércio eletrônico e regulamentação doméstica em serviços e, no atual governo de Jair Messias Bolsonaro (2019-2022), aprovou mandato negociador para ingressar nos acordos plurilaterais sobre compras governamentais e comércio de aeronaves civis. Paralelamente, o Brasil tem empreendido esforços para um relançamento das negociações de acordos de

livre-comércio do Mercosul com terceiros países — especialmente com países asiáticos⁵.

Nesse contexto, o presente artigo visa explorar essas duas opções à negociação de acordos multilaterais de comércio, se atualmente estamos diante de uma “encruzilhada” em sentido figurado (ponto crítico, em que uma decisão deve ser tomada) ou se estas tratam de caminhos alternativos para se alcançar um mesmo objetivo, qual seja a liberalização comercial. Em primeiro lugar, será utilizado o método histórico, para se compreender melhor a evolução do sistema multilateral de comércio e como se dão as negociações de acordos multilaterais. Em seguida, serão apresentados os acordos plurilaterais de comércio e as atuais negociações, bem como os contornos dos acordos de livre-comércio, fazendo um recorte para os acordos negociados pelo MERCOSUL, bloco que o Brasil faz parte. Tal seção será amparada pelo método analítico-investigativo, baseado em referências bibliográficas nacionais e internacionais sobre o tema, e documentos das negociações atuais. Por fim, também discorrer-se-á sobre como tem sido o posicionamento brasileiro diante dos acordos plurilaterais e dos acordos de livre-comércio, com enfoque para um cenário futuro em que, muito provavelmente, todas essas regras internacionais coexistirão.

2 Evolução do sistema multilateral do comércio: do GATT à OMC

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e após a experiência traumática dos anos 1920 e 1930, “a visão predominante era de que o unilateralismo havia contribuído para agravar e prolongar a Grande Depressão”⁶. Na esfera monetária e financeira, houve a criação do FMI e do Banco Mundial para administrar taxas de câmbio e financiar a reconstrução, porém, na área comercial, a resposta foi o esforço para estabelecer a OIC.

Sob a égide das Nações Unidas, em fevereiro de 1946, o Conselho Econômico e Social da Organiza-

³ NAKATOMI, Michitaka. Plurilateral agreements: a viable alternative to the World Trade Organization? *ADBI Working Paper Series*, n. 439, oct. 2013. Disponível em: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/156294/adbi-wp439.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

⁴ AMARAL JÚNIOR, Alberto do; MESQUITA, Alebe Linhares. The new rules on trade and environment linkage in preferential trade agreements. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 388-411, 2017. p. 391; MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 100; WORLD TRADE ORGANIZATION. *Regional trade agreements*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm#:~:text=As%20of%201%20march%202022,goods%2C%20services%20and%20accessions%20separately. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁵ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; NEGRAO, Francisco Nicolás; TOMIMATSU, Camila Emi; MELO, Déborah de Sousa e Castro; FERRAZZO, Bruna Linhares. Novos acordos comerciais do Mercosul com países asiáticos: oportunidades e desafios aos exportadores brasileiros. *Revista de Direito do Comércio Internacional*, v. 1, p. 295-322, 2022.

⁶ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 25.

ção das Nações Unidas (ECOSOC) adotou resolução convocando os países para a “Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego”, para discutirem e elaborarem uma nova organização voltada ao comércio internacional. Em março de 1948, foi aprovada a Carta de Havana, documento constitutivo da OIC. Embora os EUA tenham tido papel seminal nas negociações, a Carta de Havana foi rejeitada pelo Congresso norte-americano e, em dezembro de 1950, o Presidente Truman anunciou que não buscava mais a aprovação do Congresso, acabando definitivamente com qualquer possibilidade de entrada em vigor da Carta de Havana e, consequentemente, da OIC⁷.

O principal argumento dos congressistas americanos era o de que a nova instituição restringiria, excessivamente, a soberania dos EUA na área do comércio internacional. Com isso, o principal instrumento de regulamentação do comércio internacional ficou sendo o GATT, um acordo executivo⁸ “provisório” negociado em 1947, entre 23 países, durante a terceira das 4 (quatro) reuniões do Comitê Preparatório da OIC, e que inspirou em larga medida o capítulo do projeto da Carta de Havana que tratava de regras comerciais, o qual, por sua vez, tinha sido fortemente influenciado pelos acordos comerciais bilaterais negociados pelos EUA após 1934. O GATT 47, como ficou conhecido, adotava, apenas, um segmento da Carta de Havana: aquele relativo às negociações de tarifas e regras sobre o comércio. Diferentemente da Carta de Havana, tal negociação não dependia da aprovação do Congresso americano, pois a autorização já havia sido dada ao Poder Executivo.

Assim, de simples acordo executivo, o GATT 47 se transformou, na prática, embora não legalmente, em um órgão internacional, com sede em Genebra, que fornecia a base institucional para diversas rodadas de negociação sobre comércio, e funcionaria como coordenador e supervisor das regras de comércio até o final da Rodada Uruguai (1986-1994), e a criação da OMC.

⁷ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 26.

⁸ De acordo com Francisco Rezek, acordo executivo é “todo tratado internacional carente da aprovação individualizada do Congresso — é uma prática convalidável, desde que, abandonada a ideia tortuosa de que o governo pode pactuar sozinho sobre assuntos de sua competência privativa, busque-se encontrar na lei fundamental sua sustentação jurídica”. REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 88.

O sistema de regras multilaterais do comércio internacional, como é conhecido hoje, foi estabelecido ao longo dos anos, por meio de 8 rodadas de negociações multilaterais no âmbito do GATT. As 6 primeiras visaram, basicamente, à diminuição dos direitos aduaneiros por meio de concessões tarifárias recíprocas. As 2 últimas rodadas também incluíram reduções tarifárias, porém, foram mais amplas, pois envolveram, com profundidade nunca vista antes, temas não tarifários. A Rodada Tóquio (1973-1979) e a Rodada Uruguai (1986-1994) introduziram novas regras ao GATT em temas como agricultura, propriedade intelectual, medidas de defesa comercial, barreiras técnicas ao comércio, medidas sanitárias e fitossanitárias, compras governamentais, serviços, medida relacionadas a investimentos, entre outras áreas que, ainda, não haviam sido reguladas até então. No entanto, um dos problemas vislumbrados era que os acordos somente valiam para as partes que os assinavam⁹, o que acabou se denominando GATT *à la carte*.

Em relação aos acordos firmados multilateralmente, esses refletiam alguns princípios básicos do comércio internacional. O primeiro deles é o Princípio da Não Discriminação, subdividido nos princípios da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional. A nação mais favorecida refere-se à situação em que, uma vez estabelecida uma nova tarifa ou benefício, estes passam a ser estendidos de forma não discriminatória, ou seja, de igual modo, a todas as partes contratantes (hoje membros) do sistema multilateral do comércio. Já o tratamento nacional garante que, uma vez dentro da fronteira de uma parte contratante, produtos importados não podem ser discriminados com relação aos produtos nacionais¹⁰.

Outro princípio basilar refere-se ao fato de que o único instrumento de proteção permitido dentro do comércio internacional é o de tarifas aduaneiras e o objetivo do sistema multilateral do comércio é torná-las cada vez mais reduzidas. A cada negociação, as partes procuram reduzir as tarifas, e deve ser abolido o uso de quotas, restrições quantitativas ou outras barreiras comerciais. Por fim, de acordo com Vera Thorstensen, outro princípio relevante do sistema multilateral do comércio

⁹ THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 30.

¹⁰ THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 33.

é o da transparência, que reforça o dever de publicidade dos países em relação à publicação de documentos, legislações nacionais adotadas e acordos comerciais negociados em âmbito regional¹¹.

Para atender interesses específicos das partes do Acordo, bem como visar ao controle do uso de instrumentos que permitissem a não aplicação das regras negociadas, definiram-se exceções aos princípios estabelecidos. Primeiramente, destacaram-se as exceções gerais do art. XX do GATT, que estipulam que nenhuma disposição no GATT deve impedir a adoção de medidas para proteger a moral pública e a saúde humana, animal ou vegetal, proteção de patentes, recursos exauríveis, dentre outros. Além das exceções gerais, existem também as salvaguardas ao balanço de pagamentos, permitindo a restrição de importações para salvar, temporariamente, sua posição financeira externa e seu balanço de pagamentos e, por fim, as uniões aduaneiras e zonas de livre comércio, oriundas de acordos de livre-comércio ou acordos preferenciais de comércio e que são legitimadas de acordo com o art. XXIV do GATT¹², desde que as regras preferenciais sejam (i) estabelecidas para parte substancial do comércio do acordo, (ii) não sejam mais restritivas que o necessário e sejam estabelecidas antes do acordo e, por fim, (iii) sejam dispostas em um prazo de tempo razoável¹³.

Para além das negociações de novas regras de comércio, o GATT, também, servia para solucionar controvérsias comerciais. Disputas eram levadas a painéis criados pelo próprio GATT, que podiam autorizar medidas de retaliação. No entanto, um de seus principais problemas era que as partes perdedoras nos painéis podiam bloquear sua adoção, pois a prática era adotar decisões por consenso¹⁴. Porém, apesar de não ter a força

de um tribunal, o GATT exercia forte pressão política para que as partes do acordo cumprissem as regras existentes.

A respeito da participação dos países nas rodadas de negociação no GATT, no momento em que tais rodadas passaram a incluir não somente tarifas, os interesses de cada parte nas negociações começaram a ser contrabalançados com os custos da abertura de suas economias. Cada Estado avaliou como alcançar o melhor acesso aos mercados estrangeiros para suas exportações e como poderia se defender contra importações consideradas desleais. No entendimento de Vera Thorstensen, os conceitos de uma negociação balanceada e da possibilidade de trocas de concessões, que envolvem custos e benefícios para cada parte, se tornaram pontos básicos de toda a negociação¹⁵.

A participação de todos os parceiros nas rodadas baseava-se na ideia de que, com as reduções tarifárias e a aplicação da cláusula da nação mais favorecida, qualquer benefício concedido a um membro deveria ser estendido a todos os outros, logo, todos os países poderiam tirar proveito da abertura comercial. Contudo, criticava-se que caso um participante não oferecesse reduções tarifárias ou consolidasse novas tarifas, ou não estendesse qualquer outro tipo de benefício aos outros países, isso faria com que acabasse se beneficiando das reduções alheias, sem incorrer nos custos de expor sua economia à concorrência internacional. Essa prática se caracterizava como dos caronas (*free riders*).

Por fim, como resultado da Rodada Uruguai (1986-1994), última Rodada do GATT 47, houve a criação da OMC, substituindo o GATT 47. O sistema multilateral do comércio passou de simples secretariado de acordo multilateral para uma organização internacional. Dentre as mudanças vislumbradas, houve um reforço das regras do GATT em relação a temas já conhecidos, como defesa comercial (antidumping, subsídios e salvaguardas), barreiras técnicas e sanitárias e fitossanitárias, e a negociação de novos acordos em áreas como comércio de bens, propriedade intelectual, serviços e solução de controvérsias. Além disso, foi negociado novo processo de solução de controvérsias, que tornou a OMC mais forte e respeitada¹⁶. Com a entrada em vigor da OMC, a

¹¹ THORSTENSEN, Vera. *O multissistema da regulação do comércio global*: proposta de novo referencial teórico e nova metodologia de análise. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6212/1/RTM_v3_n1_Multissistema.pdf. Acesso em: 09 out. 2011.

¹² Destaca-se que o art. XXIV do GATT é a regra geral dos acordos de livre-comércio, porém, a cláusula de habilitação, que fundamenta acordos do gênero entre países em desenvolvimento, e o art. V do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), que respalda acordos para a liberalização mútua em serviços, vêm complementar esse rol.

¹³ THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 34-35.

¹⁴ THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 31.

¹⁵ THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 35-36.

¹⁶ CAPUCIO, Camila. A natureza jurídica do sistema de solução

regra passou a ser a do “consenso negativo”, ou seja, todos os membros precisam ser contrários à tal norma ou decisão para que ela não entre em vigor¹⁷. Em linha com o embaixador Paulo Estivallet de Mesquita¹⁸, o sistema anterior, baseado no consenso (inclusive da parte considerada inadimplente em relação a suas obrigações), foi substituído por um mecanismo quase judicial, com dois níveis de adjudicação, com a criação do Órgão de Apelação — conhecido mais tarde como a “jóia da coroa” da Organização¹⁹.

Em consonância com esse entendimento, segundo Celso Lafer, ex-Ministro das Relações Exteriores, houve um adensamento de juridicidade, pois houve a redução de sua dimensão diplomática, caracterizada pelo controle político dos Estados no alcance de decisões (consenso positivo), e a multiplicação de normas secundárias que regem a organização e o funcionamento do sistema, como aquelas normas que atribuem poderes e competências aos painéis e ao Órgão de Apelação²⁰.

Assim, os resultados da Rodada Uruguai refletiram a participação não somente dos grandes atores internacionais, mas também dos pequenos e médios, que passaram a considerar a OMC um meio de supervisão e apoio para assegurar o seu acesso aos mercados protegidos dos países desenvolvidos, inclusive, via solução de controvérsias internacionais.

Com a criação da OMC, o termo GATT ficou restrito para designar o conjunto de regras comerciais desde 1947 e as modificações realizadas até a Rodada Uruguai. Ademais, novos pressupostos foram negociados para orientar as negociações multilaterais de comércio. Por exemplo, somente poderão ser membros da OMC membros que aceitem todos os acordos como um conjunto indissociável, de acordo com o Princípio do *Single*

Undertaking, ao contrário do GATT, em que os países podiam escolher os códigos que quisessem aderir²¹.

Porém, assim como no GATT, conforme as negociações foram se tornando mais complexas e envolvendo temas sensíveis entre os membros, as dificuldades no alcance do consenso para a negociação de novas regras, e que deverão ser incorporadas por todos os membros conforme o princípio supracitado, permanecem. Isso ocorre, especialmente, pela contraposição de grupos de interesse variados nas negociações multilaterais²².

Esses grupos podem abranger países desenvolvidos de um lado e países em desenvolvimento de outro, ou, também, grupos que agregam membros de diversos níveis de desenvolvimento ao redor de interesses comuns em determinados temas. Esse é o caso, por exemplo, de países exportadores agrícolas, que fazem parte do Grupo de Cairns, criado na Austrália, em 1986, com o intuito de propugnar sua estratégia em relação às negociações agrícolas na Rodada Uruguai, uma vez que tinham na produção e exportação de produtos agrícolas uma forte base econômica. O Grupo de Cairns foi formado tanto por países desenvolvidos quanto em desenvolvimento, tendo como principais expoentes Brasil, Argentina, Nova Zelândia, Canadá, Austrália, dentre outros de seus 13 membros à época, os quais, isoladamente, não teriam maiores condições de influir no processo e, por essa razão, buscaram juntos (e o fazem até hoje) a eliminação significativa de proteções e subsídios (à exportação e internos à produção), além do acesso a mercados protegidos por várias barreiras tarifárias e não tarifárias²³.

No entanto, mesmo que as negociações envolvam membros de diferentes níveis de desenvolvimento, isso não significa que sejam equilibradas. Ao se comparar o Acordo sobre Agricultura e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS), frutos dessa negociação, o TRIPS

de controvérsias da OMC e de suas decisões: solucionando um imbróglio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 315-340, 2017.; BREVIOLIERI, Etienne M. Bosco; PEREIRA, Luciano Meneguetti. Os vinte anos da OMC, suas conquistas e desafios: uma análise do Brasil e o sistema de soluções de controvérsias. *Revista de Direito internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 123-150, 2014.

¹⁷ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: texts, cases and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 229. Text, Cases and Materials.

¹⁸ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 87.

¹⁹ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: texts, cases and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 94. Text, Cases and Materials.

²⁰ LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

²¹ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: texts, cases and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 46.

²² THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 48.

²³ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: texts, cases and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 107; THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 68.

elevou os padrões mínimos de proteção e tornou obrigatórios para todos os membros da OMC os elementos centrais do conjunto de acordos do sistema da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Em caso de não cumprimento, um membro pode ser acionado juntamente ao órgão de solução de controvérsias e, em caso de derrota, sofrer retaliações comerciais. A agricultura, um setor do comércio de bens até então excluído do sistema, foi incorporada, mas não liberalizada. Criaram-se regras específicas, menos rigorosas do que as aplicáveis ao comércio de bens. As condições de acesso a mercados mudaram pouco nos principais mercados desenvolvidos. Sobre os subsídios domésticos, houve pouco impacto sobre as políticas das principais potências comerciais. O Acordo de Blair House preservou ampla margem de manobra para os subsídios europeus e norte-americanos, eliminando os limites por produtos²⁴.

Dessa forma, em linha com Vera Thorstensen, “o dia a dia da instituição não é ditado por uma geometria fixa de interesses negociáveis entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, ou de países exportadores e importadores de certos produtos”²⁵, mas sim geometrias variáveis de interesses comuns sobre pontos específicos da agenda.

Quando a OMC entrou em vigor, havia a consciência de que ainda faltava muito a fazer em termos de liberalização comercial multilateral. Por isso, em novembro de 2001, lançou-se uma nova Rodada de negociação multilateral, em Doha, no Qatar, com previsão de encerramento até 1º de janeiro de 2005, no mais tardar. Fixou-se o mandato de Doha, com a promessa de resultados robustos em temas como agricultura, serviços e comércio eletrônico, facilitação de comércio, dentre outros. Porém, as negociações entraram num impasse na Conferência Ministerial de Cancún em 2003.

O tema agricultura continuou a ser nevrálgico, visto que alguns países resistiram às negociações sobre a redução de subsídios domésticos ao setor agrícola. Por exemplo, os EUA intencionaram melhorar o acesso a mercados por meio de profundos cortes tarifários para todos os países, porém, deixaram claro que realizariam,

apenas, cortes modestos nos subsídios interno. A UE, embora se recusasse a aceitar cortes tarifários generalizados, exigia uma isenção adicional da redução tarifária para certos produtos, além de pressionar os EUA para que reduzissem seus subsídios agrícolas. A distinção de posições entre a UE e os EUA em agricultura demonstra que, mesmo países desenvolvidos possuem suas divergências nas negociações comerciais multilaterais, o que corrobora a dificuldade no alcance de consenso em relação ao tema²⁶.

As negociações da Rodada Doha não foram concluídas na data propugnada e, em julho de 2006, o Diretor Geral da OMC à época, Pascal Lamy, pediu a suspensão indefinida das negociações e admitiu o impasse²⁷. Contabilizou-se que a Rodada Doha já dura mais de 20 anos e, dentre uma série de fatores que contribuiu para impedir a sua conclusão, destaca-se que a falta de habilidade dos membros em conduzir barganhas com os novos atores — especialmente com os países emergentes — criou uma nova dinâmica nas negociações em termos de círculos decisórios, simetria de informações e expectativas²⁸.

Nesse contexto, o ambiente, na primeira década do século XXI, foi, *per se*, menos propício para a diplomacia multilateral do que nos anos 1990, visto que, além dos ataques terroristas aos EUA em 2001, a crise financeira de 2008 também teve impacto substancial sobre a disposição dos países em assumirem compromissos que reduziriam sua autonomia política e econômica. O impasse de 20 anos na Rodada Doha, portanto, pesa sobre a OMC, na medida em que “suscita dúvidas sobre sua capacidade de enfrentar as questões remanescentes do passado e de se adaptar aos desafios do futuro”²⁹.

²⁴ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 88-89.

²⁵ THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 48.

²⁶ NARLIKAR, Amrita; VAN HOUTEN, Pieter. Know the enemy: uncertainty and deadlock in the WTO. In: NARLIKAR, Amrita (ed.). *Deadlocks in multilateral negotiations: cases and solutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 142-163. p. 149.

²⁷ De acordo com Pascal Lamy: “There’s no beating around the bush. We’re in dire Straits”. Cf. NARLIKAR, Amrita; VAN HOUTEN, Pieter. Know the enemy: uncertainty and deadlock in the WTO. In: NARLIKAR, Amrita (ed.). *Deadlocks in multilateral negotiations: cases and solutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 142-163. p. 142.

²⁸ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: texts, cases and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 93.

²⁹ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 93.

No entanto, houve alguns avanços em meio à paralisia geral. Apresentam-se a seguir alguns avanços significativos ocorridos nas últimas Conferências Ministeriais:

Tabela 1 - Avanços Vislumbrados nas Últimas Conferências Ministeriais da OMC (2013-2022)

Ano	Conferência Ministerial	Conteúdo
2013	Conferência Ministerial de Bali (MC 9)	Foi negociado o <i>Acordo sobre Facilitação de Comércio</i> primeiro acordo de grande escala estabelecido pelos Membros da OMC desde a conclusão da Rodada Uruguai, que contém medidas para modernizar a administração aduaneira e simplificar e agilizar os procedimentos de comércio exterior, além de possibilitar a cooperação entre os Membros na prevenção e combate a delitos aduaneiros, e 4 (quatro) decisões/declarações sobre agricultura (“serviços gerais” em países em desenvolvimento, formação de estoques para programas de segurança alimentar, administração de quotas tarifárias e subsídios à exportação).
2015	Conferência Ministerial de Nairóbi (MC 10)	Alcançou-se decisão histórica de proibição de subsídios às exportações agrícolas, quase 6 (seis) décadas após a eliminação do mesmo tipo de subvenção a produtos industriais. O pacote abrangeu, também, decisões relacionadas a estoques públicos para fins de segurança alimentar; mecanismo de salvaguardas especiais para países em desenvolvimento; algodão; e temas relacionados a países de menor desenvolvimento relativo (PMDRs), como regras de origem preferenciais para PMDRs; implementação de tratamento preferencial para serviços e prestadores de serviços de PMDRs; e aumento da participação de PMDRs no comércio de serviços. No entanto, a Declaração Ministerial resultante da Conferência registrou a falta de consenso entre os Membros no tocante à Agenda de Desenvolvimento de Doha. Além disso, abriu-se a possibilidade de tratamento de novos temas não incluídos no mandato da Rodada Doha, desde que haja consenso entre os membros para tratá-los. Ademais, houve compromisso conjunto dos Membros para se avançar nas negociações sobre temas pendentes de Doha, inclusive nos três pilares de agricultura: acesso a mercados, apoio doméstico e competição nas exportações.

Ano	Conferência Ministerial	Conteúdo
2017	Ministerial de Buenos Aires (MC 11)	Houve discussões sobre novos temas, a partir do lançamento das iniciativas conjuntas plurilaterais (conhecidas como <i>“Joint Statement Initiatives/JSIs”</i>), por exemplo, na área de facilitação de investimentos ³⁰ , de comércio eletrônico e regulamentação doméstica em serviços. Essas iniciativas permanecem em andamento e já têm apresentado evoluções desde as primeiras discussões em Buenos Aires. Não houve grandes avanços nas negociações de acordos multilaterais.
2022	Ministerial de Genebra (MC 12) (postergada em decorrência da pandemia)	Houve a negociação do Acordo sobre Subsídios à Pesca. As negociações desse tratado foram lançadas em 2001, na Ministerial de Doha e, em 2017, na MC 11, os ministros decidiram um programa de trabalho para concluir as negociações com o objetivo de adotar, na próxima Conferência Ministerial, um acordo que cumprisse com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 14.6, da ONU. Em 24/11/21, o draft do Acordo sobre Subsídios à Pesca foi submetido para análise dos demais ministros; em 17/06/22, a Conferência Ministerial anunciou a adoção do Acordo. O novo tratado inclui um conjunto de regras que proíbem subsídios à pesca ilegal, não declarada e não regulamentada, à pesca de estoques de peixes “sobrepescados” (<i>overfished stocks</i>) e à pesca em alto mar fora do controle das organizações regionais de gestão da pesca ³¹ . Com relação a novos temas, algumas áreas que vêm sendo citadas são investimentos, comércio eletrônico, defesa da concorrência e pequenas e médias empresas, sendo que as JSIs permanecem em discussão. A Declaração Ministerial incluiu, também, por iniciativa brasileira, parágrafo que trata de acordos comerciais regionais. Estabeleceu-se que serão necessárias discussões sobre as implicações sistêmicas dos acordos regionais de comércio para o sistema multilateral de comércio e sua relação com as regras da OMC ³² . Houve, também, discussões acerca de poluição causada por plásticos e comércio sustentável de plásticos.

Fonte: Elaboração própria.

³⁰ BRASIL. *Negociações sobre facilitação de investimentos*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/paginas/negociacoes-de-facilitacao-de-investimentos>. Acesso em: 23 jun. 2022.

³¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Negotiations on fisheries subsidies*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/rulesneg_e/fish_e/fish_e.htm. Acesso em: 24 jun. 2022.

³² BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *12 Conferência Ministerial da OMC (MC-12)*. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/politica-externa-comercial-e-economica/organizacoes-economicas-internacionais/xii-conferencia-ministerial-da-omc-mc-12>. Acesso em: 23 jun. 2022.

Hodiernamente, as três funções da organização, quais sejam (i) resolver disputas entre seus 164 membros³³; (ii) fornecer um fórum de negociação para liberalizar o comércio em novos temas e (iii) monitorar as políticas comerciais enfrentam desafios.

Transpondo o primeiro desafio, destaca-se que o Órgão de Apelação se encontra atualmente paralisado diante do bloqueio dos EUA relativo à nomeação de novos membros, visto que é necessário, ao menos, 3 (três) juízes para que se possa decidir uma questão em nível de apelação³⁴. Isso tem obrigado alguns membros a tomarem decisões paliativas, como a UE, que propôs a adoção da arbitragem *ad hoc* para analisar novas apelações, com ex-membros do Órgão de Apelação, porém, nem todos os membros da OMC reconhecem esse sistema arbitral.

Para entender esse bloqueio, é preciso compreender a grande crítica dos EUA em relação ao Órgão de Apelação. Ela versa sobre a autorização dada a alguns juízes do Órgão de Apelação para que permaneçam em seu posto até terminarem o relatório em andamento da apelação, mesmo com o final de seus mandatos. Segundo os EUA, isso violaria as normas da OMC e autorizaria prorrogações ilegais. Outro ponto seria a falta de aderência aos prazos para análise das apelações, que têm sido prorrogados frequentemente para além do permitido de 90 dias. Por fim, os EUA também criticam o ativismo judicial do órgão de apelação, criando obrigações para além do previsto nos acordos da OMC³⁵.

Outro desafio latente é a manutenção de um fórum de negociação para aprofundar a liberalização comercial,

inclusive, em áreas mais modernas e relacionadas à economia digital. Nesse sentido, desde 2017, os membros da OMC têm empreendido esforços para a discussão de um acordo plurilateral em comércio eletrônico. Uma justificativa plausível por esse movimento plurilateral é que as regras da OMC foram desenvolvidas antes que a tecnologia mudasse radicalmente a forma de financiar, produzir, comercializar e transportar produtos e serviços no mundo³⁶. Ademais, a área digital se moderniza de forma muito veloz, ou seja, não poderia enfrentar uma negociação tão demorada quanto a do Acordo sobre Subsídios à Pesca, por exemplo, sob o risco de as discussões se tornarem anacrônicas e desatualizadas.

O terceiro desafio se refere ao monitoramento de políticas comerciais possivelmente disruptivas adotadas pelos membros e seu monitoramento. Com o aumento de subsídios industriais no cenário internacional, especialmente aqueles voltados a empresas estatais orientadas para o mercado, houve assimetrias de concorrência internacional, como os criticados subsídios voltados às empresas chinesas e russas. Segundo estudo realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), há 50 programas de subsídios proibidos na China em 5 grandes áreas: benefícios fiscais, acesso a insumos, apoio à exportação, empréstimos preferenciais e acesso direto a fundos. Países como Austrália, Canadá, EUA, Índia e UE têm um número bastante superior e crescente de medidas compensatórias aplicadas contra a China, que visam combater subsídios. Nesse sentido, o grande desafio da OMC a respeito é reforçar as medidas de transparência entre os países membros, especialmente China, para que essas medidas que supostamente possam vir a caracterizar subsídios sejam notificadas e, por consequência, fiscalizadas³⁷.

³³ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Members and observers*. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

³⁴ HILLMAN, Jennifer. *Three approaches to fixing the world trade organization's appellate body: the good, the bad and the ugly?* Institute of International Economic Law. Georgetown University Law Center. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.; BACCHUS, James. *WTO steps back from the abyss of irrelevance... but crucial issues remain unresolved. Blog CATO at Liberty*, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.cato.org/blog/wto-steps-back-abyss-irrelevance-crucial-issues-remain-unresolved>. Acesso em: 28 set. 2022.

³⁵ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; NEGRAO, Francisco Niclós; TOMIMATSU, Camila Emi; MELO, Déborah de Sousa e Castro; FERRAZZO, Bruna Linhares. *Novos acordos comerciais do Mercosul com países asiáticos: oportunidades e desafios aos exportadores brasileiros. Revista de Direito do Comércio Internacional*, v. 1, p. 295-322, 2022.

³⁶ WOLFF, Alan Wm. *WTO 2025: getting back to the negotiating table*. Working Paper. Peterson Institute for International Economics, maio 2022. Disponível em: <https://www.piie.com/sites/default/files/documents/wp22-7.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.; SCHNEIDER-PETSINGER, Marianne. *Reforming the World Trade Organization: prospects for transatlantic cooperation and the global trade system*. Research Paper. *Chatham House*, 11 sep. 2020. Disponível em: <https://www.chathamhouse.org/2020/09/reforming-world-trade-organization/05-revitalizing-wtos-negotiation-function>. Acesso em: 28 set. 2022.

³⁷ Um ponto de atenção é que o arcabouço da OMC foi escrito quando o mundo era dominado pelos EUA e pelas grandes economias europeias, e acabou superado com a emergência da China. As regras da OMC não previam uma economia gigante com forte intervenção estatal e, quanto mais espaço ganhavam os chineses, mais os EUA criticavam o fato de que ela recebia o mesmo tratamento preferencial de outros países em desenvolvimento, apesar de continuar

Considerando-se os desafios supracitados e a afirmação de Paulo Estivallet de Mesquita de que os melhores momentos da diplomacia multilateral aconteceram após grandes conflitos, ou seja, quando a memória da tragédia permite compreender melhor as vantagens da cooperação, pode ser mais difícil reformar a OMC do que criar algo novo³⁸. Assim, “advém a tentação de buscar acordos mais fáceis, entre pequenos grupos de países, do que grandes rodadas de negociação”³⁹. Diante de um quadro de crise institucional, vislumbram-se esforços em alternativas à negociação de regras multilaterais, em paralelo ao mandato da Rodada Doha e entre um número mais reduzido de países.

3 Alternativas ao sistema multilateral do comércio

Conforme explicitado, o principal motivo para a paralisação do sistema multilateral do comércio é a falta de consenso entre os membros da OMC. Além da contraposição de grupos de interesse variados nas negociações multilaterais e da dificuldade em se chegar a um consenso entre mais de 100 membros, a amplitude ou limitação do escopo dos acordos, também, são pontos cruciais nas negociações.

Em linha com o embaixador Paulo Estivallet de Mesquita, a indefinição em relação à agenda multilateral propicia a busca de alternativas, tanto dentro como fora da própria Organização. As alternativas internas são as negociações setoriais plurilaterais e as externas são os acordos de livre-comércio⁴⁰.

desrespeitando as regras do jogo. Além disso, devido à ampliação desse tipo de prática, também se suscita a necessidade de ampliação da lista de subsídios proibidos, que atualmente apenas se resumem aos que condicionados ao desempenho das exportações ou à exigência do uso de produtos nacionais em vez de produtos importados. Cf. PINTO, Ana Estela de Sousa. Entenda o que é a OMC e por que ela precisa ser reformada. *Folha de S. Paulo*, 19 jan. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/01/entenda-o-que-e-a-omc-e-por-que-ela-precisa-ser-reformada.shtml>. Acesso em: 24 jun. 2022.

³⁸ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 103.

³⁹ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 103.

⁴⁰ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 28.

3.1 A opção pelos acordos plurilaterais de comércio

Os acordos plurilaterais são acordos voluntários e que valem, apenas, para as partes que os aderem, diferentemente dos acordos multilaterais, que são obrigatórios a todos os membros da OMC e mandatários em sua integralidade também para futuros membros, em alusão ao Princípio do *Single Undertaking*⁴¹.

Inicialmente, os primeiros acordos plurilaterais foram concluídos na Rodada Tóquio (1973-1979) por meio de acordos setoriais simplificados de acompanhamento de mercado para aeronaves civis, carne bovina e produtos lácteos. Sua negociação fazia parte de um primeiro esforço significativo para o enfrentamento das barreiras não tarifárias⁴². Segundo Paulo Estivallet de Mesquita, eram chamados informalmente de “códigos” e a maioria desses códigos foram transformados em acordos multilaterais na Rodada Uruguai (a exemplo do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio – Acordo TBT, e o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e o Acordo Antidumping — esses na Rodada Tóquio e Kennedy —, que, originalmente, nasceram como acordos plurilaterais e depois foram multilateralizados)⁴³. Já no âmbito da OMC, em 1996, na Conferência Ministerial de Cingapura em dezembro de 1996, foi assinado o Acordo de Tecnologia da Informação (ITA), concluído por 29 participantes. Desde então, o número de participantes aumentou para 82, representando cerca de 97% do comércio mundial de produtos de tecnologia da informação (TI). Os participantes estão empenhados em eliminar completamente as tarifas sobre os produtos de TI abrangidos pelo Acordo. Na Conferência Ministerial de Nairóbi, em dezembro de 2015, mais de 50 membros concluíram a expansão do Acordo, que atualmente abrange mais 201 produtos avaliados em mais de US\$ 1,3 trilhão por ano. Os membros da OMC que não aderiram ao ITA incluem México, Brasil, Tunísia, África do Sul, Argentina e Chile⁴⁴.

⁴¹ THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 275.

⁴² MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 40.

⁴³ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 43 e p. 51.

⁴⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Plurilaterals: of minority interest. Understanding the WTO: the agreements*. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm10_e.htm. Acesso em: 29 set. 2022.; WORLD TRADE OR-

Os arranjos plurilaterais sobre carne bovina e produtos lácteos, também criados, foram encerrados e apenas os acordos sobre compras governamentais e sobre a compra de aeronaves civis foram mantidos, por esse motivo, o presente artigo se aterá aos acordos plurilaterais em vigor e às novas iniciativas que o Brasil pretende aderir⁴⁵.

3.1.1 Acordo sobre Compras Governamentais

O Acordo Plurilateral sobre Compras Governamentais foi criado como código na Rodada Tóquio por um grupo de 12 países (incluindo os então 9 membros das Comunidades Europeias). De início, a própria participação limitada na negociação desse acordo ensejou à renegociação do código durante a Rodada Uruguai, transformando-o em acordo plurilateral⁴⁶. O Acordo conta atualmente com 48 membros, incluídos os 27 integrantes da UE. Há 35 membros/observadores da OMC e 4 organizações internacionais que participam do Comitê de Compras Governamentais como observadores e 11 desses membros com status de observadores estão em processo de adesão ao Acordo⁴⁷.

Por considerações de eficiência ou para a obtenção de financiamento, muitos países costumam abrir, mesmo na ausência de obrigações nesse sentido, os seus mercados para fornecedores estrangeiros. No entanto, a relevância do poder de compra do Estado como instrumento de política industrial tem levado a grande maioria dos países em desenvolvimento a buscar preservar essa possibilidade e, conseqüentemente, a resistir à negociação de obrigações de acesso a mercados nessa área⁴⁸.

No entanto, o Acordo é flexível e não se aplica a todas as compras governamentais dos signatários. Cada participante lista as entidades centrais, subnacionais ou outras (como autarquias e empresas estatais) cobertas. Aplicam-se igualmente limiares de valores para as aquisições. Por exemplo, os EUA ressaltaram que o acordo se aplica às compras de 37 estados. Além disso, aplicam-se, também, limiares de valores para as aquisições, que de maneira geral representam 130 mil DES (direitos especiais de saque) para bens e 5 milhões de DES para serviços de construção⁴⁹. Ademais, o Acordo “também promove a convergência internacional em sistemas de compras e, por resultar em padrões de transparência e procedimentos, é visto como uma forma de melhorar a credibilidade nos processos de compras governamentais”⁵⁰.

Destaca-se que, na Declaração que lançou a Rodada Doha, estava previsto o lançamento de negociações sobre os chamados “temas de Cingapura” (lançados na Reunião Ministerial de Cingapura, em 1996), e um deles era transparência em compras governamentais. Porém, o tema não progrediu. De modo geral, o Acordo sobre Compras Governamentais permanece como um acordo entre países desenvolvidos, porém, a ampliação do número de signatários do Acordo é uma das prioridades dos países desenvolvidos, visando à dissuasão de barreiras ou proibições e o acesso de suas empresas nacionais às compras públicas (ou licitações públicas) de uma gama cada vez mais extensa de países nos mais diversos setores⁵¹.

No Brasil, a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/1993) permite a participação de empresas estrangeiras em licitações, ressalta o respeito ao Princípio da Isonomia no tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras, porém, não dispunha sobre licitações internacionais propriamente ditas. A nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021) prevê e conceitua a modalidade de lici-

GANIZATION. *The WTO's Information Technology Agreement (ITA)*. Disponível em: https://www.wto.org/french/news_f/brief_ita_f.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

⁴⁵ NAKATOMI, Michitaka. Plurilateral agreements: a viable alternative to the World Trade Organization? *ADB Working Paper Series*, n. 439, oct. 2013. Disponível em: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/156294/adb-wp439.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

⁴⁶ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 63.

⁴⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Government Procurement Parties: observers and accessions*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁴⁸ BERTELSMANN-SCOTT, Talitha *et al.* The impact of plurilateral trade agreements on developing countries: to participate or not to participate? *South African Journal of International Affairs*, n. 25, v. 2, p. 177-198, 2018. Disponível em: https://journals.scholarsportal.info/details/10220461/v25i0002/177_tiotpatpontp.xml. Acesso

em: 29 set. 2022.

⁴⁹ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 63.

⁵⁰ ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. *TD 2450: uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2450.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁵¹ Inclusive, segundo Estivallet de Mesquita, acredita-se que o ingresso da China – que iniciou negociações em 14 de janeiro de 2008 – aumentaria significativamente a relevância do Acordo. Cf. MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 64.

tações internacionais. O inciso XXXV do art. 6º do projeto de lei define licitação internacional como aquela processada em território nacional, em que é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro⁵².

De acordo com Rafael Wallbach Schwind, empresas estrangeiras poderão participar também de licitações nacionais, visto que “a regra apenas estabelece que, nas licitações internacionais, a participação de estrangeiros será necessariamente admitida, mas não restringe a participação de estrangeiros às licitações internacionais”⁵³. Ademais, segundo o §6º do art. 52, observados os termos da lei, o edital não poderá prever condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro⁵⁴.

Em linha com as mudanças propugnadas pelo nova Lei de Licitações em direção à abertura do Brasil às licitações internacionais, em 2017, o Brasil se tornou observador do Acordo sobre Compras Governamentais e, em 18 de maio de 2020, o país formalizou seu pedido de adesão ao Acordo. Em 21/08/20, a Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) lançou consulta pública, por meio da Circular SECEX n.º 55/2020, sobre a adesão do Brasil ao Acordo, de modo a colher contribuições da sociedade civil.

Segundo Ignácio Araújo Júnior, “será custoso realizar as mudanças e a manutenção de sistemas de informação para garantir a transparência que o GPA propicia nos processos de compras públicas”⁵⁵. Outros custos

serão gerados pelas mudanças nas leis de licitações, treinamento de pessoal e adaptação do sistema eletrônico de compras públicas. Ademais, o “quão elevados serão esses custos depende das diferenças entre a legislação nacional vigente para compras públicas e o marco normativo do GPA”⁵⁶, o que somente poderá ser mensurado com a entrada da nova legislação.

3.1.2 Acordo sobre Comércio de Aeronaves Civis

O acordo sobre Comércio de Aeronaves Civis foi negociado na Rodada de Tóquio em 1979 e entrou em vigor em 1980. Seu objetivo é a obtenção de liberdade para o comércio mundial de aeronaves, motores, suas partes e componentes, a outras partes, componentes e subconjuntos de uma aeronave civil; e aos simuladores de voo, suas partes e componentes. O acordo, disposto no Anexo 4A do Acordo de Marraquexe, estabelece a eliminação de direitos aduaneiros, outros direitos ou taxas equivalentes, também a máxima redução possível de restrições comerciais e de outros efeitos distorcivos ao comércio e regras para a compra de aeronaves por parte dos governos, além de regular subsídios financeiros para o setor.

Cada signatário do Acordo deve adequar suas leis aos compromissos assumidos. Entre outras disposições, os países-membros se comprometem a não influir nas decisões de suas empresas aéreas para a aquisição de aeronaves de determinado fabricante. Essas compras deverão ser baseadas nas condições de entrega do produto, sua qualidade e preço. Outro compromisso é o requisito ou encorajamento (direto ou indireto) de governos regionais, locais e autoridades não governamentais para que não ajam em desacordo com o Anexo 4A⁵⁷.

Vale recordar que o setor de aeronaves civis é muito caro ao Brasil, pois o país “consolidou-se como um dos

⁵² BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 4253, de 2020*. Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado n.ºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&tts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁵³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Participação de empresas estrangeiras no projeto da nova Lei de Licitações. *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 05 maio 2022. Disponível em: <https://www.novalelicitacao.com.br/2020/02/27/participacao-de-empresas-estrangeiras-no-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁵⁴ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 4253, de 2020*. Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado n.ºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&tts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁵⁵ ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. *TD 2450: uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2450.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁵⁶ ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. *TD 2450: uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2450.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁵⁷ GOMES, Sérgio Bittencourt Varella; BARCELLOS, João Alfredo; TUCCI, Nelson. A disputa comercial no setor aeronáutico: EUA/Boeing versus UE/Airbus na organização mundial do comércio. *BNDES Set.*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 49, p. 29-79, 2019. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/17002/3/PRArt_Disputa%20comercial%20no%20setor%20aeron%20a1utico_compl_BD.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.

grandes protagonistas no comércio internacional de aeronaves civis, a partir da atuação da Embraer e de seus fornecedores altamente especializados”⁵⁸.

De acordo com Greg Shaffer, Michelle Ratton Sanchez Badin e Bárbara Rosemberg, o Brasil criou a Embraer como empresa estatal em 1969 com a intenção de tornar-se o fornecedor doméstico da Força Aérea Brasileira durante o regime militar do Brasil. O governo privatizou a Embraer em dezembro de 1994 como parte da política de liberalização da economia brasileira após a redemocratização do país. Nessa esteira a Embraer tornou-se uma das duas maiores vendedoras de pequenos aviões a jato de médio porte. O sucesso econômico da Embraer fez com que o Brasil pudesse concorrer nos mercados internacionais de alta tecnologia em setor de alto valor agregado — nesse caso, aviões a jato para uso comercial, corporativo e militar. O sucesso da Embraer exemplifica, nas palavras de Roberto Mangabeira Unger, uma situação na qual um país relativamente mais atrasado pode entrar em setores de negócios em que um país relativamente mais avançado se especializa⁵⁹.

Ademais, o país foi atuante no tema no próprio órgão de solução de controvérsias da OMC, figurando tanto como reclamante como reclamado. Por exemplo, o Brasil foi reclamante no caso DS 70, em que o Governo canadense forneceu subsídios à produção de aeronaves civis da Bombardier cuja prática foi considerada desleal pela OMC e no caso DS 222, em que o Governo canadense concedeu créditos à exportação e garantias de empréstimos para aeronaves regionais à fabricante nacional Bombardier. Em ambos houve ganho de causa ao Brasil. O Brasil foi reclamado no caso DS 46, em que o Canadá alegou que o país concedia subsídios à construção de aeronaves, pela Embraer, por intermédio do Programa de Apoio às Exportações (PROEX), em violação aos Acordos da OMC, inclusive o Acordo sobre Comércio de Aeronaves Civis. Nessa questão, o Canadá venceu a demanda, tanto em nível de painel quanto no

⁵⁸ SERRADOR NETO, José. A OMC e o novo acordo de créditos às exportações da OCDE: as negociações no setor aeronáutico. *Pontes Entre o Comércio e o Desenvolvimento Sustentável*, v. 3, n. 6, p. 7-8, 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/pontes/issue/view/4277/2274>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁵⁹ SHAFFER, Gregory; SANCHEZ, Michelle Ratton; ROSENBERG, Bárbara. The trials of winning at the WTO: what lies behind Brazil's success. *Cornell International Law Journal*, v. 41, n. 5, p. 383-501, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/bitstream/handle/10438/25236/2-s2.0-57149117877.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 out. 2022.

Órgão de Apelação, porém, no último painel de revisão, houve ganho de causa para o Brasil⁶⁰.

Nesse sentido, há algum tempo, “o Brasil vem discutindo a oportunidade de entrar em tal acordo, uma vez que decisões relevantes ao setor vêm sendo discutidas nesse foro”⁶¹. O Brasil é um dos poucos grandes fabricantes mundiais da aviação civil que ainda não tinha aderido ao acordo. Em junho de 2022, o Brasil apresentou pedido de adesão ao Acordo sobre Comércio de Aeronaves Civis, na ocasião da 12.ª Conferência Ministerial da OMC, em Genebra. Segundo o Secretário de Comércio Exterior brasileiro, Lucas Ferraz, o acordo “vai abrir mercados para o Brasil e criar condições para que o setor privado do país participe no setor aéreo internacional”⁶².

3.1.3 Negociações sobre Facilitação de Investimentos

Em 2017, na 11ª Conferência Ministerial da OMC, 71 membros assinaram a Declaração Ministerial Conjunta de Facilitação de Investimentos para Desenvolvimento, reconhecendo a importância do tema e solicitando o início de discussões estruturadas na OMC sobre o tema. De acordo com o documento, os membros signatários se comprometem a identificar e desenvolver elementos para facilitar os investimentos estrangeiros diretos melhorando a transparência e a previsibilidade das medidas de investimento; racionalizar e agilizar os procedimentos e requisitos administrativos; e aprimorar a cooperação internacional, o compartilhamento de informações, o intercâmbio de melhores práticas e as relações com as partes interessadas, incluindo no que tange à prevenção de disputas⁶³.

⁶⁰ LORENTZ, Adriane. Controvérsias entre o Brasil e o Canadá sob os auspícios da OMC. *Revista Brasileira de Estudos Canadenses*, v. 3, n. 1, p. 58-78, 2003.

⁶¹ THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MUELLER, Carolina. Perfil da política e instrumentos de comércio internacional dos BICS: China, Índia e Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL ABRI, 3., 2011, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: ABRI, 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/pdf/enabri/n3v3/a53.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁶² BRASIL pede à OMC para entrar no acordo comercial sobre aeronaves civis. *Dinheiro Vivo*, 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.dinheirovivo.pt/economia/internacional/americas/brasil-pede-a-omc-para-entrar-no-acordo-comercial-sobre-aeronaves-civis-14940876.html>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁶³ HOEKMAN, Bernard; SABEL, Charles. Plurilateral cooperation as an alternative to trade agreements: innovating one domain at a time. *Global Policy*, v. 12, suppl. 3, p. 50, 2021. Disponível em: <http://www.globo.com>

Em fevereiro de 2018, o Brasil elaborou uma detalhada proposta de Facilitação, inspirada em seu modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs)⁶⁴, e a apresentou na OMC no âmbito de Discussões Estruturadas.

Em 2020, as Discussões Estruturadas sobre Facilitação de Investimentos evoluíram para o formato de negociações textuais, com o objetivo de se alcançar um futuro acordo plurilateral. Nesse contexto, o Brasil lidera, em grande medida, o debate técnico na OMC⁶⁵.

3.1.4 Negociações sobre Comércio Eletrônico

Os primeiros esforços para criar regras multilaterais sobre comércio eletrônico no âmbito da OMC remontam à Declaração sobre o Comércio Eletrônico Global, adotada em 1998, na 2ª Conferência Ministerial da OMC, em Genebra. A partir de então, foi instaurado programa de trabalho sobre o tema (*WTO Work Programme on Electronic Commerce*), cujos resultados mais relevantes foram a definição do termo comércio eletrônico, que pode ser entendido como “a produção, distribuição, marketing, venda ou entrega de bens ou serviços por meio eletrônico, e o estabelecimento da moratória de não imposição de direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas”⁶⁶.

Em 2017, na 11ª Conferência Ministerial da OMC, 70 membros da OMC adotaram a Declaração Ministerial Conjunta de Comércio Eletrônico com o intuito de iniciar trabalhos visando a futuras negociações sobre os aspectos comerciais da economia digital. Em janeiro de 2019, foi publicado o *Joint Statement on Electronic Commerce*, em que um grupo de países confirmou a intenção de iniciar negociações na OMC sobre os aspectos comer-

ciais de comércio eletrônico⁶⁷. As negociações tiveram início em maio de 2019, tratando de diversos temas relacionados ao comércio eletrônico, como facilitação do comércio digital, fluxo de dados, proteção do consumidor e acesso a mercado⁶⁸.

O Brasil figura como um dos países proponentes da iniciativa e tem coordenado as discussões sobre facilitação do comércio digital, em particular, em relação aos temas como *paperless trading*, procedimentos aduaneiros, intercâmbio de dados entre portais únicos e serviços logísticos. Ademais, o país também tem participado nas discussões sobre acesso à internet, certificação digital e proteção de dados pessoais⁶⁹. Em julho de 2019, o Brasil apresentou comunicado propondo texto base sobre questões discutidas no grupo conjunto, como definições, princípios, contratos eletrônicos, dentre outras⁷⁰.

3.1.5 Negociações sobre Regulamentação Doméstica em Serviços

De acordo com o art. VI.4 do GATS, os Membros da OMC devem desenvolver as disciplinas necessárias para garantir que medidas relacionadas a requisitos e procedimentos de qualificação, normas técnicas e requisitos e procedimentos de licenciamento não sejam barreiras desnecessárias ao comércio de serviços.

Nesse contexto, as discussões multilaterais sobre o tema surgiram no âmbito do Grupo de Trabalho sobre Regulamentação Doméstica da OMC. Em 2017, na 11ª Conferência Ministerial da OMC, um grupo de países expressou o objetivo de avançar nessas negociações, por meio da Declaração Ministerial Conjunta sobre Regulamentação Doméstica de Serviços. Em seguida,

ps://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1758-5899.12923. Acesso em: 28 set. 2022.; WORLD TRADE ORGANIZATION. *Joint ministerial statement on investment facilitation for development*. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=240870,240871,240899,240900,240833,240841,240845,240847,240848,240853&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 25 jul. 2022.

⁶⁴ Para maiores informações sobre os ACFIs, ver: GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior*. São Paulo: Lex, 2017.

⁶⁵ BRASIL. *Acordos plurilaterais e joint statement initiatives*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/omc>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁶⁶ BRASIL. *Acordos plurilaterais e joint statement initiatives*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/omc>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁶⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Joint statement on electronic commerce communication from Brazil*. 09 jul. 2019. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/255478/q/INF/ECOM/27R1.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁶⁸ BRASIL. *Acordos plurilaterais e joint statement initiatives*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/omc>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁶⁹ BRASIL. *Acordos plurilaterais e joint statement initiatives*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/omc>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁷⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Joint statement on electronic commerce communication from Brazil*. 09 jul. 2019. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/255478/q/INF/ECOM/27R1.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.

criou-se uma frente plurilateral de negociação, que tem progredido.

O objetivo das discussões em Regulamentação Doméstica em Serviços é desenvolver um “*Reference Paper*”, com obrigações relativas a prazos; solicitações eletrônicas; aceitação de cópias; taxas; independência das autoridades competentes; publicação; oportunidade para comentar antes da entrada em vigor de normas; e medidas objetivas, transparentes e imparciais, além de prazos de transição, assistência técnica e “*capacity building*” para Países em Desenvolvimento e de Menor Desenvolvimento Relativo (PMDRs)⁷¹.

Desse modo, a falta de consenso nas negociações multilaterais, fator de paralisia na OMC⁷², influencia, sem dúvidas, para a negociação de acordos plurilaterais, a qual tem sido vista como relevante, especialmente em novas áreas que não podem ser negociadas na Rodada Doha por não fazerem parte de seu mandato. Assim, os acordos plurilaterais e iniciativas conjuntas para acordos em novas áreas oferecem a possibilidade de atualização do arcabouço normativo da OMC. Em linha com Gabrielle Marceau, os acordos plurilaterais, mesmo que não sejam vinculantes a todos os membros da OMC, não representam retrocesso no âmbito do sistema multilateral do comércio, pois esses conseguiram avançar nas negociações comerciais que estavam paralisadas, inclusive em novos setores, e seu sucesso encorajou mais membros da OMC a se juntarem a eles⁷³.

Imperioso destacar que, se com o multilateralismo a ideia é a de que todos os países devem se comprometer com a liberalização para tirar proveito da abertura comercial e que a concessão de vantagens apenas entre alguns países contrariava esse pressuposto, a principal vantagem dos acordos de adesão opcional é que somente tirará vantagem da liberalização em determinado tema aqueles realmente interessados e dispostos em se engajar na liberalização de tais áreas, juntamente a seus ônus e bônus.

⁷¹ BRASIL. *Acordos plurilaterais e joint statement initiatives*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/omc>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁷² MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 99.

⁷³ MARCEAU, Gabrielle. Never waste a good crisis: the end of the WTO dream, or the beginning of something greater? *International Organizations Law Review*, n. 17, p. 345-349, 2020. Disponível em: <https://brill.com/view/journals/iolr/17/2/iolr.17.issue-2.xml?language=en>. Acesso em: 30 set. 2022.

Nesse caso, não há um cruzamento de caminhos, visto que o sistema multilateral do comércio já previa a possibilidade dos acordos plurilaterais desde o GATT 47 paralelamente aos acordos multilaterais e, inclusive, já existem acordos dessa espécie em vigor. Além disso, os plurilaterais recentemente em negociação iniciaram suas discussões já neste formato — pela própria condição de esses temas estarem fora de Doha, não se aventou que fossem negociados primeiro pela via multilateral e depois se optou por mudar para a via plurilateral — ou seja, são caminhos alternativos internos e que andam em paralelo às negociações multilaterais.

3.2 Acordos de livre-comércio

Outra alternativa às negociações de acordos multilaterais de comércio seria externa, baseada na proliferação de acordos de livre-comércio. Nesse aspecto, o sistema multilateral de comércio conviveu, desde o início, com acordos regionais e ambos os sistemas foram sendo criados paralelamente⁷⁴. Os acordos de livre-comércio ou “de integração econômica” são acordos entre dois ou mais Estados que visam à integração política e econômica de suas economias nacionais, sobretudo, por meio do acesso aos mercados dos signatários. Para o alcance desses objetivos, um grupo de Estados criam direitos, deveres e benefícios recíprocos, tais como a redução de barreiras alfandegárias e das tarifas aduaneiras entre si, bem como regras para facilitar o comércio entre os parceiros e assim maximizá-lo.

Os acordos de livre-comércio são legitimados pelo art. XXIV do GATT, que estabeleceu as regras para a formação de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio (ZLC) como exceções à cláusula da nação mais favorecida, ou seja, de não discriminação entre as nações, desde que as regras preferenciais sejam estabelecidas para parte substancial do comércio do acordo, as regras não sejam mais restritivas que o necessário, sejam estabelecidas antes do acordo e, por fim, que sejam dispostas em um prazo de tempo razoável. Também estão fundamentados na cláusula de habilitação, criada à época do GATT 47, que permite como exceção da cláusula da nação mais favorecida a criação de acordos regionais de concessões recíprocas entre países em desenvolvimento, em prol do tratamento especial e diferenciado a

⁷⁴ MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 102.

esses países, e do art. V do GATS quando o acordo possuir disposições envolvendo a liberalização em serviços.

A regra básica é que todo membro da OMC deve notificar a formação do acordo de livre-comércio ao Comitê de Acordos Regionais de Comércio, em prol da transparência. O Comitê examinará se o acordo é compatível com as regras da OMC, fazendo recomendações para ajustes se necessário.

De forma geral, há diferentes tipos de acordo de livre-comércio, os quais representam os níveis de integração econômica e política desejados. Na “ZLC”, as barreiras tarifárias e não tarifárias entre as partes do acordo são desmanteladas, mas cada parte continua mantendo sua própria política de comércio exterior, incluindo sua lista tarifária contra terceiros países, e suas regulamentações sobre todos os outros instrumentos de comércio exterior. Um exemplo dessa modalidade de integração regional é o atual Acordo EUA-México-Canadá (antigo Acordo de Livre Comércio da América do Norte – NAFTA), que estabelece regras para liberalização comercial entre os membros, porém, cada membro permanece com sua soberania para a negociação de acordos com terceiros países.

Na “união aduaneira”, as barreiras tarifárias e não tarifárias entre as partes também são desmanteladas, porém, uma Tarifa Externa Comum (TEC) é implantada com relação a países terceiros, o que obriga as partes a adotarem uma política de comércio externo coordenada, inclusive com a harmonização das regras e instrumentos de comércio. Esse é o caso, por exemplo, do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), que estabeleceu regras para liberalização comercial entre os membros, dentre elas, de que a negociação de acordos comerciais com outros países somente poderia ser realizada em bloco.

Já no “mercado comum”, há um nível de integração mais profundo, em que a cooperação extrapola o simples comércio, ao ser instaurada uma política comum que abrange, também, a livre circulação de serviços, capitais e pessoas. A União Europeia passou por esse estágio ao longo de sua construção. Embora se denomine mercado comum, o MERCOSUL possui grau de integração mais limitado. Primeiramente, pois ainda se encontra no estágio de união aduaneira, isto é, apesar de possuir uma política comercial conjunta entre as partes, possui uma TEC e a negociação de acordos com terceiros países deve ser realizada em bloco. Ademais,

o MERCOSUL tampouco se comporta como união aduaneira plena, sendo denominado como união aduaneira imperfeita, pois, com o intuito de proteger certos setores, possui perfurações ou exceções à TEC, variadas de acordo com o nível de desenvolvimento do país. Além disso, possui cotas setoriais para açúcar e automóveis e 50% das normas aprovadas pelo Mercosul, ainda, não estão em vigor em todas partes. Ainda, tampouco satisfaz a livre circulação de serviços, capitais e pessoas.

Por fim, o último estágio da integração econômica é o da “união monetária”, em que, além de todas as medidas anteriores de integração, também é criada uma moeda comum entre todos os países do bloco, harmonizando-se a própria política monetária dos países. A União Europeia envidou esforços para progredir para esse estágio de integração em 1992, com o Tratado de Maastricht, que estabeleceu a criação de uma união monetária e a adoção de uma moeda única europeia, o euro, a qual foi adotada em 2002.

Acordos de livre-comércio, portanto, são instrumentos que criam direitos e obrigações recíprocos e que permitem aos envolvidos negociar compromissos que, muitas vezes, vão além do que era possível multilateralmente. Nessa esteira, em 2009, os teóricos Horn, Mavroidis e Sapir⁷⁵ voltaram-se ao estudo do conteúdo dos acordos de livre-comércio de EUA e UE, e identificaram algumas peculiaridades em sua anatomia. Observou-se que esses dois atores, em relação ao desenvolvimento de regras: (i) replicaram as regras multilaterais de comércio (dispositivos OMC intra); (ii) aprofundaram regras multilaterais de comércio já existentes (dispositivos OMC plus) e (iii) criaram novas regras de comércio em temas ainda não regulados multilateralmente (dispositivos OMC extra). As duas últimas categorias têm sido desenvolvidas diante da paralização de novos acordos multilaterais de comércio e da necessidade de regulamentação de novos temas e de superação de barreiras comerciais existentes. Diante da expansão dos acordos firmados pelos EUA e, principalmente pela UE, os autores entendem que esses atores têm utilizado seus acordos de livre-comércio para disseminarem suas próprias abordagens de regulação.

⁷⁵ HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C.; SAPIR, Andre. *Beyond the WTO? an anatomy of EU and US preferential trade agreements*. 20 apr. 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1411066>. Acesso em: 24 jul. 2022.

Nesse sentido, acordos de livre-comércio de novíssima geração, como o Acordo da Parceria Transpácífica, pactuado entre países banhados pelo oceano Pacífico, podem reunir essas 3 classificações de regras (a depender da matéria). Por exemplo, replica regras sobre barreiras técnicas e medidas sanitárias e fitossanitárias à luz dos acordos da OMC (OMC intra), aprofunda regras de propriedade intelectual e serviços (OMC plus), e disciplina temas para os quais ainda não existem acordos multilaterais (investimentos e concorrência).

Dessa forma, os acordos regionais já se consolidaram no quadro político-regulatório do comércio internacional e, atualmente, convivem com o regime multilateral, o que deve ser trabalhado, principalmente, de modo a reduzir os custos de sobreposição dessas regras. Tampouco há uma encruzilhada, uma vez que para esses acordos, as partes utilizam como base regras e princípios oriundos da regulação multilateral já existente e prosseguem com a negociação de acordos de livre-comércio sem abandonar as negociações multilaterais e, até mesmo as plurilaterais, em curso na OMC. Ou seja, trata-se de mais um caminho alternativo paralelo a ser seguido.

4 O Mercosul e os acordos de livre-comércio

O marco normativo de criação do Mercosul é o Tratado de Assunção, de 1991, o qual dá continuidade às aproximações políticas de Argentina e Brasil, que remontam à década de 1980, acrescentando, no processo de integração, os demais países do cone sul, quais sejam Paraguai e Uruguai (e atualmente a Venezuela, que fora suspensa do bloco). Seu objetivo principal é aprofundar a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, com clara inspiração do modelo europeu.

De forma gradual, o bloco foi aprofundando sua institucionalização. Em 1994, com o Protocolo de Ouro Preto, estabeleceu sua estrutura institucional com os órgãos que, atualmente, o compõem e conferiu-se personalidade jurídica internacional ao bloco. A partir de então, tornou-se sujeito de Direito Internacional, dotado de direitos e responsável por obrigações, podendo negociar internacionalmente acordos com terceiros países.

A respeito das negociações internacionais, o MERCOSUL possui poucos acordos de comércio assinados

— apenas com Egito, Israel, União Aduaneira da África Austral (SACU), Palestina e Índia — e seu caráter é limitado majoritariamente a reduções tarifárias. No entanto, nos últimos anos, os membros do MERCOSUL têm empreendido esforços para a modernização do bloco e para a negociação de novos acordos de livre comércio com terceiros países.

Há 5 novos acordos de livre-comércio com negociações em curso pelo MERCOSUL (ou com mandato negociador aprovado) (com Canadá, Coreia do Sul, Líbano, Indonésia e Vietnã) e 3 acordos cujas negociações foram finalizadas, o Acordo de Associação MERCOSUL-UE, Acordo de Livre-Comércio MERCOSUL-EFTA e, recentemente, em julho de 2022, o Acordo de Livre-comércio MERCOSUL-Singapura. Destes, salienta-se que 4 são com países asiáticos — Coreia do Sul, Indonésia, Singapura e Vietnã.

Os Acordos do MERCOSUL com UE, EFTA e Singapura passam, no momento, por processo de internalização, que depende da aprovação do Congresso Nacional, que, ao fim da análise pelas duas casas, publicará Decreto-legislativo, encaminhando ao Presidente da República, que, por fim, ratificará os acordos por meio de Decreto Presidencial. Ademais, é necessária, também, a ratificação interna pelas outras partes dos acordos, para que entrem em vigor.

Um ponto em comum entre todos esses acordos negociados e em negociação é que não se restringem à redução tarifária, mas incluem, também, a elaboração de um quadro regulatório complexo, com regras sobre diversos temas relacionados ao comércio internacional. Essas regras podem ter efeitos semelhantes ou maiores que a redução das tarifas, foco inicial das negociações de livre-comércio, e podem avançar em termos normativos, o que já foi negociado multilateralmente nos acordos da OMC.

Em relação às negociações em curso, as negociações com Canadá foram anunciadas em março de 2018, no Paraguai, e o Brasil ficou encarregado de conduzir as negociações no MERCOSUL. Desde então, realizaram-se 7 rodadas negociadoras. Conforme divulgado pelo governo brasileiro, as partes já trocaram ofertas de bens, serviços e investimentos, bem como de compras governamentais. Realizaram-se 2 consultas públicas para avaliar o posicionamento do setor privado em relação a um acordo de livre comércio com o Canadá. A primeira consulta foi lançada em setembro de 2012, pela Circular

SECEX n.º 45, de 25 de setembro de 2012, e obteve 32 participações. A segunda consulta pública, realizada em agosto de 2015, por meio da Circular SECEX n.º 48, de 6 de agosto de 2015, teve um caráter mais abrangente, e avaliou o interesse do setor privado em novos acordos comerciais com EFTA, Canadá, Líbano e Tunísia, obtendo 33 manifestações. Em 2018, 31 entidades e associações do setor privado brasileiro atualizaram seu posicionamento em relação ao acordo com o Canadá⁷⁶.

Iniciaram-se as negociações com Líbano em maio de 2015, em Beirute, onde as partes reafirmaram o interesse em celebrar um acordo com ampla cobertura de produtos. Realizou-se a primeira rodada negociadora em outubro de 2019, e prosseguiram em dezembro de 2020 por meio de videoconferência, para discutir aspectos normativos e de acesso ao mercado de bens, além de definir os próximos passos da negociação. Até o momento, o Líbano trata-se do único país africano com o qual o MERCOSUL empreende negociações do gênero⁷⁷.

Cumpram-se também a negociação de acordos de livre-comércio do MERCOSUL com países asiáticos. De início, assevera-se que a escolha de negociar acordos comerciais com a Ásia parece natural, sobretudo diante dessa região ser o novo centro gravitacional do comércio global, do aumento da demanda dos países asiáticos por bens agrícolas originários do MERCOSUL e pelo bloco possuir uma ampla gama de consumidores para os produtos asiáticos. Além disso, o fato de países asiáticos terem firmado diversos acordos comerciais nos últimos anos também é visto como facilitador do processo⁷⁸.

Até o momento, dentre as negociações dos Acordos com Coreia do Sul, Indonésia e Vietnã, a negociação com a Coreia do Sul é a mais avançada, mesmo porque é o mais antigo dos três, tendo iniciado em 2018. Já as negociações com Indonésia e Vietnã são mais recentes

e ainda não se iniciaram, visto que os mandatos negociadores foram aprovados em 2021, tendo ambos os acordos passados por consultas públicas lançadas pela SECEX no mesmo ano. No entanto, esses acordos são de grande relevância para os setores privados do bloco, visto que, ao longo dos últimos anos, foram identificados alguns entraves no acesso ao mercado asiático.

Por exemplo, em relação à Coreia do Sul, vislumbram-se dificuldades a respeito da exportação de carne suína e bovina, como a falta de reconhecimento dos dispositivos sobre regionalização da Coreia, o que levou a questionamentos sobre os critérios utilizados para sua avaliação de risco e para estabelecer o nível apropriado de proteção perante o Comitê de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da OMC. Embora o setor agroexportador seja favorável ao acordo, o setor industrial é crítico ao acordo, alegando que este não prevê a exclusão de um número mais amplo de produtos, chegando a quase 20% das linhas tarifárias, períodos de carência, margens de preferência para produtos industriais e salvaguardas específicas para o setor industrial. Aduzem, também, que há falta de transparência sobre as concessões feitas pelos governos do MERCOSUL e que as práticas desleais de comércio praticadas pela Coreia do Sul devem ser levadas em consideração⁷⁹.

Em relação ao Vietnã, em 2019, a título exemplificativo, este passou a exigir que as importações de couro fossem acompanhadas de Certificado Sanitário Internacional (CSI) com requisitos sanitários específicos e que os produtos fossem submetidos à quarentena ao chegar no país, sem que houvesse justificativa sanitária para a medida, o que chamou a atenção do setor privado. A Indonésia possui histórico conhecido de medidas gerais restritivas às importações agrícolas, como é o caso das barreiras impostas aos frangos brasileiros, ocorridas desde 2009, transpostas por meio de exigências sanitárias e procedimentos administrativos que impediam a obtenção de licenças de importação. A restrição foi tamanha que culminou em uma disputa na OMC, encerrada em 2020, em que o Brasil figurou como vencedor⁸⁰.

⁷⁶ BRASIL. *Mercosul-Canadá*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/mercosul-canada>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁷⁷ BRASIL. *Mercosul-Líbano*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/mercosul-libano>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁷⁸ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; NEGRAO, Francisco Nicolás; TOMIMATSU, Camila Emi; MELO, Déborah de Sousa e Castro; FERRAZZO, Bruna Linhares. Novos acordos comerciais do Mercosul com países asiáticos: oportunidades e desafios aos exportadores brasileiros. *Revista de Direito do Comércio Internacional*, v. 1, p. 295-322, 2022. p. 297.

⁷⁹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA; UNIÓN INDUSTRIAL ARGENTINA. *Mercosul-Coreia del Sur*: negociación de un acuerdo de libre comercio declaración conjunta. 23 abr. 2020. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/portaldaindustria/noticias/media/filer_public/3b/bb/3bbbc8ec-fe3f-4cfe-bd83-512d030016d0/declaracion_conjunta_mercosul-corea-ua-cni.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁸⁰ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; NEGRAO, Francisco Nicolás; TOMIMATSU, Camila Emi; MELO, Déborah de Sousa e Castro;

Dessa forma, a opção do MERCOSUL por negociações de acordos de livre-comércio tem progredido, especialmente nos últimos anos, o que projeta uma perspectiva otimista por essa via alternativa à negociação de acordos multilaterais de comércio. Porém, é importante ressaltar que essas negociações são bastante morosas e perpassam por diversas rodadas negociadoras. Sua complexidade é variável conforme o parceiro em jogo, visto que cada ator possui sensibilidades específicas do ponto de vista político e econômico interno e externo, o que faz com que a finalização exata das negociações seja incerta. Apesar disso, objetivamente, é muito mais fácil promover negociações com um número menor de países comparado ao sistema multilateral de comércio, que possui mais de 100 membros. Os interesses conflitantes são menores e o pragmatismo de ambas as partes pode ser maior em prol de um acesso mais célere aos mercados um do outro. Ademais, os atores envolvidos podem optar por incluir menos elementos ao acordo, pois isso o tornará mais factível em seu cumprimento — o que é estrategicamente preferível a um acordo que pode ser facilmente violado.⁸¹

Um número menor de atores envolvidos também pode abranger distribuições de poder menos assimétricas, ao contrário da negociação de acordos no plano multilateral, em que há questões em que somente alguns Estados conduzem de forma efetiva a questão, seja em razão de seu poder político, seja por seu peso econômico.⁸² Ainda, segundo Oye, o aumento na quantidade de atores envolvidos em uma negociação pode comprometer o reconhecimento e a troca de informação sobre o comportamento dos próprios Estados, deixando menos evidente a reciprocidade entre as partes⁸³, o que, nos acordos de livre-comércio pode ser mitigado.

FERRAZZO, Bruna Linhares. Novos acordos comerciais do Mercosul com países asiáticos: oportunidades e desafios aos exportadores brasileiros. *Revista de Direito do Comércio Internacional*, v. 1, p. 295-322, 2022. p. 303.

⁸¹ GUZMAN, Andrew T. The design of international agreements. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 4, p. 579-612, 2005.

⁸² CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA; UNIÓN INDUSTRIAL ARGENTINA. *Mercosul-Coreia del Sur: negociación de un acuerdo de libre comercio declaración conjunta*. 23 abr. 2020. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/portaldaindustria/noticias/media/filer_public/3b/bb/3bbbc8ec-fe3f-4cfe-bd83-512d030016d0/declaracion_conjunta_mercosur-corea-ua-cni.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁸³ OYE, Kenneth A. Explaining cooperation under anarchy: hypotheses and strategies. In: OYE, Kenneth A. (org.). *Cooperation under anarchy*. Princeton: Princeton University Press, 1986. p. 1-24. p. 19.

5 O Brasil e as alternativas às negociações multilaterais de comércio

No cenário contemporâneo, presencia-se uma guinada do Brasil em prol da adesão às alternativas às negociações multilaterais de comércio, contudo, sem abandoná-las. Se no passado, autores como Accioly, Nascimento e Silva e Casella⁸⁴ e Bruno Simma⁸⁵ afirmaram que a tendência evolutiva do Direito e das Relações Internacionais estava na passagem do bilateralismo pontual para o multilateralismo institucional, pautado pela persecução dos interesses da comunidade, tem-se que esse caminho se trata, apenas, de uma parte de um vasto universo, que, no âmbito do comércio internacional, atualmente se fragmenta também em acordos plurilaterais — ainda sob a égide do sistema multilateral — e de livre-comércio, grandes em número, mas entre um número restrito de atores.

Do ponto de vista do Brasil, aderir aos acordos plurilaterais em vigor e participar da negociação dos demais que estão sendo discutidos traz 3 vantagens principais. A primeira, de o Brasil poder realizar licitações internacionais e que haja maior competitividade entre empresas nacionais e estrangeiras nos certames, o que pode resultar na melhora da qualidade de bens e serviços fornecidos. A segunda é a de que o Brasil era o único grande produtor de aeronaves civis ainda de fora do Acordo sobre o Comércio de Aeronaves Civis, o que despertava incômodo do setor domesticamente. Com essa adesão, poderá integrar-se de forma mais célere nas cadeias globais de valor deste setor, diminuindo os custos de produção. A terceira é que, com o engajamento do Brasil nas iniciativas de iniciativas conjuntas de facilitação de investimentos, comércio eletrônico e regulamentação doméstica em serviços, o país passa a atuar como *rule-maker* na negociação das regras internacionais, aproveitando o “*timing*” das negociações, e não como um mero *rule-taker*, aceitando regras negociadas *a posteriori* por outros países.

A negociação de acordos de livre-comércio pelo MERCOSUL, bloco do qual o Brasil faz parte, está ali-

⁸⁴ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 411.

⁸⁵ SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 250, 1994.

nhada diretamente com a estratégia do governo brasileiro de aprofundamento da liberalização comercial, bem como de estreitar relações econômicas com a Ásia. O interesse do setor privado brasileiro é de que os acordos de livre-comércio aumentem as suas exportações, maximizando a exportação de produtos já comercializados e passando a exportar produtos que ainda não são, para que seus produtos acessem esses mercados consumidores potenciais. O trabalho, nesse caso, seria individual com cada parceiro, o que tem sido tratado como prioridade para o governo brasileiro. Sua atenção é tamanha que, para as negociações comerciais do MERCOSUL com os 4 (quatro) países asiáticos citados, a SECEX realizou estudos de impacto específicos em relação a cada parceiro, bem como consultas públicas. Identificaram-se os ganhos práticos desses acordos e as principais dificuldades administrativas, regulatórias e tarifárias enfrentadas no acesso a esses mercados, para subsidiar o posicionamento brasileiro durante as negociações.

No entanto, em relação aos acordos de livre-comércio, esse apoio não é homogêneo por todos os setores e em todos os acordos. Por exemplo, no Acordo de Livre-Comércio MERCOSUL-Coreia do Sul, enquanto o setor agroexportador é favorável, o setor industrial é resistente à forma com que o acordo vem sendo negociado.

De qualquer forma, se, com a adesão às negociações das iniciativas conjuntas para novos acordos plurilaterais, o Brasil está agindo como *rule maker*, o mesmo acontece com os acordos de livre-comércio negociados pelo MERCOSUL. Isso se traduz em uma vantagem para o governo brasileiro, que terá a oportunidade de aprofundar e participar da criação de novas regras em temas de seu interesse, as quais, ainda, estão longe de serem um concerto político no sistema multilateral de comércio, como em economia digital, comércio e meio ambiente.

Ademais, de maneira geral, os acordos regionais de comércio podem ser um complemento externo ao sistema multilateral do comércio, que, com o encerramento de Doha, já poderá ter molduras jurídicas prontas em matérias *OMC extra* para se inspirar. Nesse diapasão, em linha com o propugnado por Horn, Mavroidis e Sapir, países podem ampliar acordos de livre-comércio também visando à expansão de suas próprias regras e, o Brasil, fazendo isso por meio do MERCOSUL, pode se tornar peça-chave na governança do comércio inter-

nacional. Tem-se, portanto, um cenário em que o Brasil pode e deve aderir, simultaneamente, às duas alternativas viáveis à negociação de acordos multilaterais de comércio, uma vez que se beneficiaria de ambos os caminhos, sem prejuízos. Isso faria, inclusive, que elevasse sua governança no comércio internacional, uma vez que sua participação se tornaria ainda mais presente.

6 Considerações finais

Desse modo, conclui-se que os acordos plurilaterais de comércio e os acordos de livre-comércio não cruzam o caminho reservado às negociações multilaterais de comércio, mas sim se tratam de caminhos alternativos paralelos, que levam a um mesmo objetivo, qual seja a liberalização comercial. Seu caráter alternativo advém do fato de que muitos dos temas discutidos nesses instrumentos não podem ser negociados multilateralmente devido ao mandato de Doha ainda não ter sido finalizado. Como própria estratégia de sobrevivência interna, tanto a OMC quanto os seus membros decidiram, em 2017, focar na negociação de novos temas de forma plurilateral. Acordos mais restritos e de adesão optativa parecem acompanhar uma toada mais pragmática e com membros que estão, sobretudo, dispostos a liberalizar determinado tema.

Em linha com a decisão consciente de um Estado em adotar uma via alternativa à negociação multilateral, também estão os acordos de livre-comércio (opção externa à OMC). Somando mais de 300 acordos do gênero, trata-se de instrumentos que replicam um núcleo duro de princípios e regras derivados dos acordos multilaterais, mas em que, hodiernamente, apresentam regras mais aprofundadas e disciplinam temas ainda não explorados pela OMC em um acordo multilateral.

Após a análise de cada uma dessas vias, uma das principais conclusões possíveis é a de que, mesmo que esses caminhos estejam evoluindo paralelamente, nenhum membro da OMC suscitou abandonar as negociações multilaterais de comércio ou a própria OMC. Isso quer dizer que, apesar de suas imperfeições e lacunas e da necessidade de reforma do que já existe, a OMC, ainda, tem seu peso. O grau de comprometimento dos membros com a OMC é elevado, apesar de as negociações multilaterais avançarem lentamente.

Para a realidade do século XXI, a grande questão que se coloca não é qual o método de negociação de acordos de comércio — multilateral, plurilateral ou regional — é o mais eficiente, mas sim qual é a estratégia que trará maiores ganhos em longo prazo ao membro.

Envidar esforços em uma única opção não parece mais factível em um mundo que se altera numa velocidade tão rápida. Assim, mesmo com alguns anos de atraso em comparação com o resto do mundo, tanto o MERCOSUL quanto o Brasil já compreenderam que uma estratégia possível é diversificação das frentes de negociação. Além de trazer um frescor derivado dos novos temas, a adesão desses dois atores aos arranjos desses acordos desde a sua concepção — para os plurilaterais ainda em discussão —, e com um número restrito de membros, traz a possibilidade de maior visibilidade para os membros mais engajados e participação ativa na confecção das regras internacionais que regerão a ordem econômica internacional nos próximos anos.

Logo, diante da crise de liderança dos membros desenvolvidos tradicionais, como EUA, UE e Japão, especialmente em razão da proeminência chinesa, é preciso estar atento, aproveitar as oportunidades e participar do “fazer” das regras, para que não se incorra em uma aceitação semelhante a um contrato de adesão.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; MESQUITA, Alebe Linhares. The new rules on trade and environment linkage in preferential trade agreements. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 388-411, 2017.

ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. *TD 2450: uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2450.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

BACCHUS, James. WTO steps back from the abyss of irrelevance... but crucial issues remain unresolved. *Blog CATO at Liberty*, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.cato.org/blog/wto-steps-back-abyss-irrelevance->

[crucial-issues-remain-unresolved](https://www.cato.org/blog/wto-steps-back-abyss-irrelevance-). Acesso em: 28 set. 2022.

BERTELSMANN-SCOTT, Talitha *et al.* The impact of plurilateral trade agreements on developing countries: to participate or not to participate? *South African Journal of International Affairs*, n. 25, v. 2, p. 177-198, 2018. Disponível em: https://journals.scholarsportal.info/details/10220461/v25i0002/177_tioptatpontp.xml. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL pede à OMC para entrar no acordo comercial sobre aeronaves civis. *Dinheiro Vivo*, 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.dinheirovivo.pt/economia/internacional/americas/brasil-pede-a-omc-para-entrar-no-acordo-comercial-sobre-aeronaves-civis-14940876.html>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. *Acordos plurilaterais e joint statement initiatives*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/omc>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. *Mercosul-Canadá*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/mercosul-canada>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. *Mercosul-Líbano*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/mercosul-libano>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *12 Conferência Ministerial da OMC (MC-12)*. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/politica-externa-comercial-e-economica/organizacoes-economicas-internacionais/xii-conferencia-ministerial-da-omc-mc-12>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. *Negociações sobre facilitação de investimentos*. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/paginas/negociacoes-de-facilitacao-de-investimentos>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4253, de 2020*. Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BREVIOLIERI, Etienne M. Bosco; PEREIRA, Luciano Meneguetti. Os vinte anos da OMC, suas conquistas e desafios: uma análise do Brasil e o sistema de soluções de controvérsias. *Revista de Direito internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 123-150, 2014.

- CAPUCIO, Camila. A natureza jurídica do sistema de solução de controvérsias da OMC e de suas decisões: solucionando um imbróglio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 315-340, 2017.
- CONDEFERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *China*: subsídios chineses identificados em investigações sobre medidas compensatórias no mundo. Brasília: CNI, 2020.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA; UNIÓN INDUSTRIAL ARGENTINA. *Mercosul-Coreia del Sur*: negociación de um acuerdo de libre comércio declaración conjunta. 23 abr. 2020. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/portaldaindustria/noticias/media/filer_public/3b/bb/3bbbc8ec-fe3f-4cfe-bd83-512d030016d0/declaracion_conjunta_mercosur-corea-uia-cni.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.
- GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; NEGRAO, Francisco Niclós; TOMIMATSU, Camila Emi; MELO, Déborah de Sousa e Castro; FERRAZZO, Bruna Linhares. Novos acordos comerciais do Mercosul com países asiáticos: oportunidades e desafios aos exportadores brasileiros. *Revista de Direito do Comércio Internacional*, v. 1, p. 295-322, 2022.
- GOMES, Sérgio Bittencourt Varella; BARCELLOS, João Alfredo; TUCCI, Nelson. A disputa comercial no setor aeronáutico: EUA/Boeing versus UE/Airbus na organização mundial do comércio. *BNDES Set.*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 49, p. 29-79, 2019. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/17002/3/PRArt_Disputa%20comercial%20no%20setor%20aeron%3%a1utico_compl_BD.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.
- GUZMAN, Andrew T. The design of international agreements. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 4, p. 579-612, 2005.
- HILLMAN, Jennifer. *Three approaches to fixing the world trade organization's appellate body: the good, the bad and the ugly?* Institute of International Economic Law. Georgetown University Law Center. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.
- HOEKMAN, Bernard; SABEL, Charles. Plurilateral cooperation as an alternative to trade agreements: innovating one domain at a time. *Global Policy*, v. 12, suppl. 3, p. 50, 2021. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1758-5899.12923>. Acesso em: 28 set. 2022.
- HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C.; SAPIR, Andre. *Beyond the WTO? an anatomy of EU and US preferential trade agreements*. 20 apr. 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1411066>. Acesso em: 24 jul. 2022.
- LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LORENTZ, Adriane. Controvérsias entre o Brasil e o Canadá sob os auspícios da OMC. *Revista Brasileira de Estudos Canadenses*, v. 3, n. 1, p. 58-78, 2003.
- MARCEAU, Gabrielle. Never waste a good crisis: the end of the WTO dream, or the beginning of something greater? *International Organizations Law Review*, n. 17, p. 345-349, 2020. Disponível em: <https://brill.com/view/journals/iolr/17/2/iolr.17.issue-2.xml?language=en>. Acesso em: 30 set. 2022.
- MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013.
- NAKATOMI, Michitaka. Plurilateral agreements: a viable alternative to the World Trade Organization? *ADB Working Paper Series*, n. 439, out. 2013. Disponível em: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/156294/adbi-wp439.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.
- NARLIKAR, Amrita; VAN HOUTEN, Pieter. Know the enemy: uncertainty and deadlock in the WTO. In: NARLIKAR, Amrita (ed.). *Deadlocks in multilateral negotiations: cases and solutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 142-163.
- OYE, Kenneth A. Explaining cooperation under anarchy: hypotheses and strategies. In: OYE, Kenneth A. (org.). *Cooperation under anarchy*. Princeton: Princeton University Press, 1986. p. 1-24.
- PINTO, Ana Estela de Sousa. Entenda o que é a OMC e por que ela precisa ser reformada. *Folha de S. Paulo*, 19 jan. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/01/entenda-o-que-e-a-omc-e-por-que-ela-precisa-ser-reformada.shtml>. Acesso em: 24 jun. 2022.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

- SCHNEIDER-PETSINGER, Marianne. Reforming the World Trade Organization: prospects for transatlantic cooperation and the global trade system. Research Paper. *Chatham House*, 11 sep. 2020. Disponível em: <https://www.chathamhouse.org/2020/09/reforming-world-trade-organization/05-revitalizing-wtos-negotiation-function>. Acesso em: 28 set. 2022.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. Participação de empresas estrangeiras no projeto da nova Lei de Licitações. *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 05 maio 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/02/27/participacao-de-empresas-estrangeiras-no-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 28 jun. 2022.
- SERRADOR NETO, José. A OMC e o novo acordo de créditos às exportações da OCDE: as negociações no setor aeronáutico. *Pontes Entre o Comércio e o Desenvolvimento Sustentável*, v. 3, n. 6, p. 7-8, 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/pontes/issue/view/4277/2274>. Acesso em: 24 jul. 2022.
- SHAFFER, Gregory; SANCHEZ, Michelle Ratton; ROSENBERG, Bárbara. The trials of winning at the WTO: what lies behind Brazil's success. *Cornell International Law Journal*, v. 41, n. 5, p. 383-501, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/bitstream/handle/10438/25236/2-s2.0-57149117877.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 out. 2022.
- SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 250, 1994.
- THORSTENSEN, Vera. *O multissistema da regulação do comércio global*: proposta de novo referencial teórico e nova metodologia de análise. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6212/1/RTM_v3_n1_Multissistema.pdf. Acesso em: 09 out. 2011.
- THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MUELLER, Carolina. Perfil da política e instrumentos de comércio internacional dos BICS: China, Índia e Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL ABRI, 3., 2011, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: ABRI, 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/pdf/enabri/n3v3/a53.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2022.
- VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: texts, cases and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- WOLFF, Alan Wm. *WTO 2025: getting back to the negotiating table*. Working Paper. Peterson Institute for International Economics, maio 2022. Disponível em: <https://www.piie.com/sites/default/files/documents/wp22-7.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Joint ministerial statement on investment facilitation for development*. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=240870,240871,240899,240900,240833,240841,240845,240847,240848,240853&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 25 jul. 2022.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Joint statement on electronic commerce communication from Brazil*. 09 jul. 2019. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDdocuments/255478/q/INF/ECOM/27R1.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Joint statement on electronic commerce*. 25 jan. 2019. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/1056.pdf&Open=True>. Acesso em: 24 jul. 2022.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Members and observers*. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Plastics pollution dialogue advances discussions: eyeing MC12 outcome*. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/ega_21jun21_e.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Plurilaterals: of minority interest. Understanding the WTO: the agreements*. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm10_e.htm. Acesso em: 29 set. 2022.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Regional trade agreements*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm#:~:text=As%20of%201%20march%202022,goods%2C%20servi

ces%20and%20accessions%20separately. Acesso em: 24 jul. 2022.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO's Information Technology Agreement (ITA)*. Disponível em: https://www.wto.org/french/news_f/brief_ita_f.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Direito internacional humanitário
e as armas autônomas letais**

**International humanitarian
law and the lethal autonomous
weapons**

Rafael Gonçalves Mota

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Direito internacional humanitário e as armas autônomas letais*

International humanitarian law and the lethal autonomous weapons

Rafael Gonçalves Mota**

Resumo

O emprego da tecnologia no conflito militar é uma constante história humana. Com o aperfeiçoamento da cibernética e da inteligência artificial, elas foram incorporadas ao cenário bélico. O objetivo deste artigo é analisar a responsabilidade jurídica do comandante militar, em relação ao Direito Internacional Humanitário, ao decidir pelo uso de sistemas de armas autônomas letais, ou seja, aqueles dotados de inteligência artificial, em que o humano está fora do circuito de controle. O método empregado foi da revisão bibliográfica, especialmente analisando o estado da arte da produção técnica-acadêmica sobre o tema, não apenas considerando produção acadêmica nacional, mas sobretudo a internacional, analisou-se o atual estágio de desenvolvimento das armas autônomas, investigando a relação homem-máquina no contexto militar. O objetivo principal é aferir como o comandante militar pode ser responsabilizado ao tomar a decisão operacional de utilizar tais equipamentos bélicos. Conclui-se que o uso de armas autônomas, ainda, é matéria em aperfeiçoamento na dimensão tecnológica, militar e jurídica, havendo ausência de regulamentação internacional sobre o emprego dessas armas. Há propostas de proibição total ou sua limitação de uso. O Direito Internacional Humanitário, com base em instrumentos já existentes atualmente, ainda é capaz de dar resposta efetiva para a responsabilização do comandante militar que ordenou a utilização desses sistemas bélicos que tenham produzido danos efetivos, sendo responsabilizado por dolo eventual já que assumiu o risco de produzir tais resultados ao determinar o emprego de tais sistemas de armas.

Palavras-chave: armas autônomas letais; inteligência artificial; direito internacional humanitário; responsabilidade do comandante military; robôs assassinos.

* Recebido em 01/08/2022
Aprovado em 14/11/2022

** Pós Doutor em Ciências Militares pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME) (2021); Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2018), possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2000) e Especialização em Direito Processual Penal (2001) pela mesma instituição. É mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2010). Professor Auxiliar da Universidade de Fortaleza (Unifor - Fortaleza, Ceará) e Professor Adjunto na Faculdade Ari de Sá
Email: rafaelmota@yahoo.com.br

Abstract

The use of technology in military conflict is a constant in human history. With the progressive advancement of cybernetics and artificial intelligence, they were incorporated into the military scenario. The objective of this article is to analyze the legal responsibility of the military commander, within the scope of International Humanitarian Law, when deciding on the use of autonomous weapons systems, that is, those endowed with artificial intelli-

gence where humans are outside of the control circuit. The method used was the literary review. Based on an analysis of national and, above all, international academic production, the current stage of development of autonomous weapons was analyzed, investigating the human-machine relationship in a military context. It is concluded that the use of autonomous weapons is still a matter in need of improvement in the technological, military, and legal scopes, as there exists a vacuum in the international regulation on the use of these weapons, with proposals for total prohibition or limitation of use. International humanitarian law, through instruments that are in place today, is still capable of enacting an effective response to enforce the accountability of a military commander who ordered the use of military systems that produced effective damages, being held liable for contingent intent (*dolus eventualis*) as they assumed the risk of producing such results when determining the employment of such weapons.

Keywords: lethal autonomous weapons; artificial intelligence; international humanitarian law; responsibility of the military commander; killer robots.

1 Introdução

O presente trabalho, fruto de pesquisa realizada durante estágio pós-doutoral em ciências militares na Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, tem como objetivo analisar as consequências jurídicas para os comandantes militares que ordenam o uso de armas autônomas letais (*lethal autonomous weapons – LAWs*) segundo o regramento do Direito Internacional Humanitário (DIH).

Por meio de um estudo multidisciplinar, considerando-se conceitos das ciências jurídicas e militares, busca-se responder ao seguinte questionamento: é possível, segundo as regras do DIH, impor responsabilidade ao comandante militar que decide empregar meios bélicos dotados que inteligência artificial que possam, de forma autônoma e desprovida de controle humano, entrar em combate, tomar suas decisões e decidir quando atuará?

Pela estrutura normativa clássica no direito, especialmente no Ocidente, a imposição de responsabilidade jurídica aos agentes como consequência de seus atos, sobretudo no âmbito penal, passa pela percepção subjetiva das pessoas em relação às suas condutas, conside-

rando os potenciais efeitos de seus atos e, sobretudo, o grau de previsibilidade com o qual podem imaginar os danos resultantes de suas condutas.¹

Essa mesma dinâmica é encontrada no Direito Internacional Humanitário, responsável por balizar a imposição de responsabilidade aos agentes, que, em situações de guerra, realizem condutas que causem danos às pessoas envolvidas ou não no conflito, ou mesmo extrapolem a prática de ações militares. Tal estrutura normativa internacional está ancorada em diversos princípios, dentre eles o da distinção (Protocolo adicional I às Convenções de Genebra, art. 48), da proporcionalidade (Protocolo adicional I às Convenções de Genebra, art. 51), o da limitação do sofrimento desnecessário (Protocolo adicional I às Convenções de Genebra, art. 35, I), dentre outros.²

A imposição de responsabilidade jurídica aos agentes por atos cometidos durante a guerra é subjetiva, sendo derivada de suas condutas diretas e da respectiva carga volitiva ao realizar a ação ou omissão que, por meio do respectivo nexos causal, produziu um resultado danoso. Com o desenvolvimento da tecnologia bélica, surgem novas armas e equipamentos que, dotados de Inteligência Artificial (IA), ganham autonomia para tomar decisões e agir de forma direta em situações reais de combate, tornando mais complexa a imposição de sanções no âmbito do DIH.³

Com isso, as *LAWs* terão a capacidade de se engajarem na luta, sem qualquer controle remoto e sem responder a ordens humanas diretas, agindo de forma autônoma. Diante disso, necessária a redefinição dos limites e regras de imposição de responsabilidade jurídica, especialmente no DIH, para aqueles que decidiram pelo uso de tais armas, que, com capacidades próprias de “pensamento”, agirão autonomamente.⁴

¹ ÁVILA, Rafael; RANGEL, Leandro de Alencar. *A guerra e o direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

² ÁVILA, Rafael; RANGEL, Leandro de Alencar. *A guerra e o direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

³ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018.

⁴ Sobre o tema, ver: SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009. DEL MONTE, Louis A. *Genius weapons: artificial intelligence, autonomous weaponry and the future of warfare*. New York: Prometheus Books, 2018. RUSSEL, Stuart. *Inteligência artificial a nosso favor: como manter o controle sobre a tecnologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

Atualmente, há uma lacuna normativo sobre o emprego de tais armas, o que impõe ao direito um esforço para determinar se é possível responsabilizar, e em que grau, os militares que decidam pelo uso de *LAWs* e que possam produzir danos ou prejuízos àqueles envolvidos ou não no conflito. A discussão internacional sobre o tema passa não apenas pela aferição de responsabilidade, mas por uma questão ontologicamente anterior, saber se tais sistemas bélicos devem ser tolerados ou permitidos, e como os regulamentar.⁵

O trabalho está estruturado em três seções, sendo tratado inicialmente o instituto da inteligência artificial e a sua utilização no cenário militar, com foco específico no objeto central do artigo, qual seja, as armas autônomas letais. Posteriormente, será analisada a estrutura geral do DIH, avaliando como foi edificado e, ao final, o escopo central do trabalho: a responsabilização jurídica dos comandantes que decidam pelo emprego em combate de *LAWs*.

Na seção final, serão tratadas as discussões atuais sobre o tema, desde propostas pela completa proibição do uso de armas autônomas,⁶ como sugestões alternativas da edificação de tratados internacionais que limitem e regulamentem o desenvolvimento de tais sistemas bélicos⁷ para, ao final, e de acordo com a atual normatização do DIH, concluir pela possibilidade concreta de imposição de responsabilidade do comandante que decidiu pelo emprego de tais armas.⁸

⁵ LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021. RUSSEL, Stuart. *Inteligência artificial a nosso favor: como manter o controle sobre a tecnologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

⁶ LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021. RUSSEL, Stuart. *Inteligência artificial a nosso favor: como manter o controle sobre a tecnologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

⁷ LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021. SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018.

⁸ VÄLJATAGA, Ann; LIIVOJA, Rain. Cyber autonomy and international law: an introduction. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 1-11. JAIN, Abhimanyu George. Autonomous cyber capabilities and individual criminal responsibility for war crimes. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 291-320.

2 A Inteligência Artificial e seu emprego militar: armas autônomas e o futuro da guerra

Em meados do século passado, se inicia o desenvolvimento de o que, atualmente, é definido como Inteligência Artificial (IA), ou seja, sistemas informáticos que possuem capacidade autônoma de reprogramar sua atuação, em um processo similar ao aprendizado humano, produzindo máquinas controladas por sistemas informáticos aptas a assimilar novas práticas, sem que haja uma programação prévia, tornando-se mais eficientes e precisas. Como define Amy Webb, “a inteligência artificial é um sistema que toma decisões autônomas.”⁹

Como destaca Peter Margulies, tal tecnologia é disruptiva, pois seu funcionamento inicial é conhecido, mas nem sempre é possível ter o conhecimento total de como as máquinas dotadas de IA agirão quando passem a funcionar de forma efetiva. Atualmente, tais sistemas já possuem impactos concretos na vida cotidiana em diversos ambientes, desde o atendimento de telemarketing, passando por sistemas bancários e comerciais, chegando ao emprego militar.¹⁰

Ainda na década de 1920, o pensamento sobre um robô foi idealizado em uma peça teatral de Karel Capek, tendo este imaginado os *rossum's universal robots*, ou seja, estruturas físicas que atuariam como simulacros humanos.¹¹ No início da década de 1950, a obra ficcional de Isaac Asimov imaginou um mundo em que robôs possuiriam capacidade concreta de estruturar pensamentos próprios, definindo algumas “leis” para balizar a relação entre humanos e máquinas.¹²

Para Isaac Asimov, as máquinas deveriam ser programadas de forma a jamais ferirem alguém, devendo, sempre, existir uma subordinação aos comandos humanos. Com isso, o robô agiria de forma a preservar

⁹ WEBB, Amy. *Os nove titãs da IA: como as gigantes da tecnologia e suas máquinas pensantes podem subverter a humanidade*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020. p. 13.

¹⁰ MARGULIES, Peter. A moment in time: autonomous cyber capabilities, proportionality, and precautions. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 152-180. p. 158.

¹¹ KANAAN, Michael. *T-Minus AI: humanity's countdown to artificial intelligence and the new pursuit of global power*. Dallas: Ben-Bella Books, 2020. p. 146-148.

¹² WEBB, Amy. *Os nove titãs da IA: como as gigantes da tecnologia e suas máquinas pensantes podem subverter a humanidade*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020. p. 26.

a si e aos humanos, porém, no caso de escolha, a vida humana deve prevalecer.¹³ Importante lembrar que tais “leis” foram imaginadas em um contexto de ficção, não servindo de fundamento acadêmico, porém, como será visto mais à frente no trabalho, vão na mesma direção de alguns projetos de regulamentação atualmente discutidos no direito internacional.¹⁴

Vê-se com isso que uma perspectiva ficcional e real sempre coexistiram quando o tema é robótica e IA. Passando da ficção à ciência, em 1936, em artigo intitulado “*On Computable Numbers*”, Alan Turing definiu os elementos essenciais de um computador, tendo construído a ideia de que este seria uma “máquina inteligente” e, para mensurar o grau de inteligência, imaginou o que passa a ser conhecido como “Teste de Turing”. Este é realizado com três participantes que interagem, sendo dois humanos e um computador. Caso o humano, ao fazer questionamentos, não consiga perceber se está dialogando com outro humano ou com a máquina, esta será considerada inteligente.¹⁵ Não à toa Turing é chamado de o “pai da IA”.¹⁶

Por algum tempo, o processo de desenvolvimento da IA foi dificultado por restrições e limites técnicos, especialmente de *hardware* e acesso a dados. Isso explica, parcialmente, a grande fase de estagnação que o desenvolvimento da inteligência artificial apresentou por um tempo, especialmente a partir da década de 1970, em relação ao que é definido como “inverno da IA”.¹⁷

Assim, mesmo não sendo um fenômeno novo, o tema ganhou novo significado a partir do momento em que houve um impulso significativo do desenvolvimento de IA, sobretudo do começo do atual século, já que o uso da *internet* ganhou um incremento imenso com a progressiva virtualização das relações sociais, operações bancárias e comerciais, bem como condutas em geral.¹⁸ Como lembra Amy Webb a partir da década de 1980,

“a indústria da IA cresceu exponencialmente de alguns milhões de dólares para bilhões”.¹⁹

Para Kai-Fu Lee, o impulso da IA, gerado nas últimas décadas, foi propiciado pela reunião de alguns elementos essenciais. Estes seriam formados por um tripé fundamental: acesso à big data, significativo poder computacional e o trabalho de engenheiros e cientistas de computação, especializados em algoritmos de IA.²⁰

Corroborando a ideia, Tom Taulli reforça que a nova onda de IA é gerada pela combinação de um “crescimento explosivo de *datasets* (conjuntos de dados)”, uma maior infraestrutura de transmissão de dados com o surgimento de grandes atores privados como o Google, por exemplo, aliado à tecnologia de chips conhecida como “*GPUs – graphics processing units*” (unidades de processamento gráfico).²¹

Os sistemas dotados com IA podem funcionar de distintas formas, possuindo graus diferenciados de interação homem-máquina. Segundo Louis A. Del Monte, basicamente é possível visualizar três níveis de interação homem-máquina, sendo considerado no presente trabalho tal classificação, com especial ênfase para o modelo de plena autonomia da máquina, sobretudo no âmbito militar.²²

Paul Scharre visualiza os mesmos modelos, explicando que o primeiro circuito é o da operação semiautônoma (*semiautonomous operation*), caracterizado pela participação direta do homem no sistema, modelo conhecido como *human in the loop*. Nesse sentido, os sistemas possuem a capacidade analítica complexa, porém não realizam atos, não tomam decisões e não atuam de forma autônoma. Assim, os sistemas informáticos entregam ao seu operador informações e diagnósticos para que este as analise e tome as decisões necessárias.²³

O modelo seguinte, igualmente na visão de Paul Scharre, se caracteriza por maior grau de autonomia dos

¹³ ASIMOV, Isaac. *Eu, robô*. 13. ed. São Paulo: Aleph, 2014. p. 29-65.

¹⁴ LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021. p. 311.

¹⁵ RUSSEL, Stuart. *Inteligência artificial a nosso favor: como manter o controle sobre a tecnologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. p. 47.

¹⁶ RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 4-5.

¹⁷ DEL MONTE, Louis A. *Genius weapons: artificial intelligence, autonomous weaponry and the future of warfare*. New York: Prometheus Books, 2018. p. 27-28.

¹⁸ LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017. p. 116.

¹⁹ WEBB, Amy. *Os nove titãs da IA: como as gigantes da tecnologia e suas máquinas pensantes podem subverter a humanidade*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020. p. 39.

²⁰ LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 23.

²¹ TAULLI, Tom. *Introdução à inteligência artificial: uma abordagem não técnica*. São Paulo: Novaste Editora, 2020. p. 34.

²² DEL MONTE, Louis A. *Genius weapons: artificial intelligence, autonomous weaponry and the future of warfare*. New York: Prometheus Books, 2018. p. 70-71.

²³ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 29.

sistemas, agindo o homem como supervisor direto do sistema, admitindo-se que a máquina realize atos concretos. É caracterizado pela estrutura do *supervised autonomous operation*, no qual o agente controlador interage com a máquina, supervisionando seu funcionamento, agindo, apenas, no caso de excessos ou mau funcionamento dela. Tem-se, nesse sentido, a estrutura definida como *human on the loop*.²⁴

O mais sofisticado dos modelos de circuito homem-máquina imaginado por Paul Scharre é o da autonomia plena das máquinas e equipamentos dotados de IA, o chamado *fully autonomous operation*. Ele se caracteriza pelo operador estar fora do sistema, agindo na lógica do *human out the loop*, permitindo que o sistema não apenas reúna informações, processe os dados e tome decisões, agindo de forma plenamente autônoma. Nesse sentido, a máquina terá autonomia para realizar o diagnóstico da citação, avaliando os cenários possíveis, determinando a melhor saída técnica e agindo sem qualquer autorização humana.²⁵ Esse é o objeto central de estudo no presente trabalho.

Como afirma Robert H. Latiff, “cada era da guerra e das armas é acompanhada por suas próprias questões éticas”,²⁶ ou seja, o uso de meios cibernéticos e de IA na guerra é disruptivo em vários aspectos, especialmente por não ser fácil determinar, claramente, a separação entre a dimensão pública e privada, estatal e não estatal, individual e coletiva.²⁷

Da mesma forma que a guerra do futuro será decisivamente tecnológica, o uso de armas robóticas, baseadas em IA, será não apenas comum, mas muitas vezes a regra.²⁸ Dessa forma, é necessário que sejam determinados os limites de utilização de tais equipamentos, quer no plano político-militar, quer no jurídico, indicando as eventuais responsabilidades de líderes políticos e comandantes militares que optarem por utilizar *LAWs*.

Exemplos do interesse militar pela IA é o chamado “Projeto Maven” do Departamento de Defesa Norte-Americano (DoD), que pretendia criar um sistema de IA que auxilie a detecção de veículos e armas em movimento, atualmente desenvolvido em parceria com o Google.²⁹ Tal projeto, posteriormente, foi descontinuado por causa da recusa de funcionários do Google de nele seguir trabalhando.³⁰ Há, também, o “Projeto Rice”, igualmente desenvolvido pelo DoD, com parceria técnica da Microsoft.³¹

Não apenas a reunião de melhores condições técnicas e uma maior utilidade militar podem ser vistas como responsáveis pelo aumento da pesquisa científica para o emprego bélico da tecnologia, mas um crescente interesse político explica o incremento no uso da IA no contexto militar. Com isso, a utilização crescente de sistemas de armas dotados de IA, com significativa tecnologia embarcada, faculta aos planejadores militares e às autoridades políticas decidirem pelo ingresso em conflitos ou a adoção de solução coercitiva bélica com maior facilidade pois, apesar de muitas vezes isso representar um maior investimento financeiro, provocará menos perdas de vidas humanas.³²

Outro estímulo ao desenvolvimento de sistemas bélicos, igualmente recordado por Max Tegmark, é ser atraente “tirar todos os humanos do circuito para ganhar velocidade: em combate entre um drone totalmente autônomo que pode responder instantaneamente e um que reage mais devagar porque é controlado remotamente por um humano”. O primeiro reagirá mais rapidamente e subjugar o inimigo com maior eficiência.³³ Essa maior rapidez de resposta é igualmente lembrada também por Ann Väljataga e Rain Liivoja como um elemento de grande motivação ao uso de tais máquinas no contexto militar.³⁴

²⁴ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 29.

²⁵ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 30.

²⁶ LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017. p. 88.

²⁷ CARLIN, John; GRAFF, Garrett M. *Dawn of the code war: American's Battle Against Russia, China and the rising global cyber threat*. New York: PublicAffairs, 2018. p. 58-62.

²⁸ WEBB, Amy. *Os nove titãs da IA: como as gigantes da tecnologia e suas máquinas pensantes podem subverter a humanidade*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020. p. 80.

²⁹ SANGER, David E. *The perfect weapon: war, sabotage and fear in the cyber age*. New York: Broadway Books, 2019. p. 266.

³⁰ WEBB, Amy. *Os nove titãs da IA: como as gigantes da tecnologia e suas máquinas pensantes podem subverter a humanidade*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020.

³¹ CLARKE, Richard A.; KNAKE, Robert K. *The fifth domain: defending our country, our companies, and ourselves in the age of cyber threats*. New York: Penguin Books, 2019. p. 81.

³² TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. São Paulo: Benoir, 2020. p. 122.

³³ TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. São Paulo: Benoir, 2020. p. 123.

³⁴ VÄLJATAGA, Ann; LIIVOJA, Rain. *Cyber autonomy and international law: an introduction*. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn:

Segundo P. W. Singer, também justifica o uso de tais sistemas inteligentes, do ponto de vista político, que as ações realizadas durante as guerras são emocionais, motivadas por sentimentos como ódio ou paixão. Com o uso de máquinas, serão desprovidas de tais características, não havendo esse risco e, conseqüentemente, menos ações ilícitas ou abusivas seriam realizadas.³⁵

Como considera Max Tegmark, tal tendência é concreta e aponta uma direção para onde os conflitos militares devem evoluir, sobretudo considerando a possibilidade de provocarem menos baixas humanas e, portanto, menor rejeição das sociedades envolvidas e maior tolerância à participação dos respectivos estados em ações militares internas e externas, isoladamente ou de forma multilateral.³⁶

Stuart Russell e Peter Norvig advertem, no entanto, que tais motivações políticas devem ser contrapostas com outros argumentos, igualmente relevantes, já que o uso de tais sistemas apresenta um risco grande, pois funcionaria como uma “armadura”, protegendo o soldado de riscos desnecessários ou excessivos. Essa sensação adicional de segurança pode levar a um problema, já que “à medida que a decisão humana é retirada do circuito de disparo, os robôs podem acabar tomando decisões que levam à matança de civis inocentes”. Além disso, em um futuro próximo, com a tecnologia bélica se desenvolvendo, isso “pode dar um excesso de confiança à nação, fazendo-a entrar em guerra de forma mais imprudente do que o necessário.”³⁷

Superada a análise das motivações políticas de desenvolvimento e uso de tais sistemas, oportuno fazer uma distinção de natureza mais técnica entre equipamentos automatizados e autônomos. Como leciona Kai-Fu Lee, os primeiros “podem repetir uma ação, mas não podem tomar decisões ou improvisar de acordo com a mudança das condições”; já que não possui nenhuma consciente situacional, devendo ser obrigatoriamente controladas por um humano ou funcionar em uma trilha pré-estabelecida.³⁸

NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 1-11. p. 4.

³⁵ SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009. p. 393.

³⁶ TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. São Paulo: Benoit, 2020. p. 122.

³⁷ RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 902.

³⁸ LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 157.

Na mesma direção, Tim McFarland destaca a definição de autonomia indicada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, afirmando que “autonomia é uma capacidade (ou um conjunto de capacidades) que permite uma ação particular de um sistema seja automática ou, dentro dos limites programados, ou seja, é autogovernada.” Assim, ser autônomo significa ter poder de se autocontrolar ou governar, sem atuação externa, diferentemente dos mecanismos automáticos que seguem com um controle exterior.³⁹

Ainda tratando dessa distinção, segundo Paul Scharre, as automáticas são as mais simples, não exibindo muita complexidade no caminho da tomada de decisão, apenas repetem um ciclo pré-estabelecido. Por sua vez, “os sistemas automatizados são mais complexos e podem considerar uma variedade de entradas e pesar várias variáveis antes de tomar uma ação.”⁴⁰

Tal distinção é de fundamental importância no presente estudo, notadamente ao se considerar a história militar. Não faltam exemplares de equipamentos tidos ou considerados como automatizados, sendo uma das referências históricas mais importantes a invenção da metralhadora ou as minas antipessoal e anticarro. Tais instrumentos, no entanto, exigiam a participação humana, quer controlando-os, quer acionando-os.

Conforme Paul Scharre, a motivação fundamental do inventor da metralhadora, Richard Gatling, não era tornar mais fácil e intensivo o processo de morte em si, causado pela arma, mas “salvar vidas pois reduziria o número de soldados necessários no campo de batalha”.⁴¹ Interessante perceber que a mesma motivação é encontrada atualmente para justificar o desenvolvimento de armas autônomas dotadas de inteligência artificial.

Na maioria dos exemplos atuais de armas dotadas de IA, há o humano no *loop*, ou seja, sempre possuem um controlador no circuito não apenas verificando sua atuação, mas autorizando suas ações operacionais, bem como a entrada em situação de engajamento real. Um exemplo desses equipamentos é o sistema anti-aéreo naval *Phalanx*, que equipa navios da Marinha dos Es-

³⁹ MCFARLAND, Tim. The concept of autonomy. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 12-35. p. 31-32.

⁴⁰ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 30-31.

⁴¹ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 40.

tados Unidos, especialmente os cruzadores da classe *Aegis*, que “detecta, rastreia e ataca, automaticamente, ameaças”.⁴²

Tal arma depende, ainda, da participação humana em seu circuito, já tendo sido protagonista de um dos equívocos militares da história recente, quando confundiu um avião comercial da Iran Air com um avião caça F14, abatendo-o e levando à morte dos as 290 pessoas a bordo. Nesse caso, a arma autônoma detectou a ameaça e o agente humano relacionado no respectivo circuito de controle autorizou seu uso levando à tragédia.⁴³ Como lembra Guy Perelmuter, alguns drones armados, dotados de softwares de reconhecimento facial, também já representam exemplos operacionais de tais equipamentos,⁴⁴ bem como alguns softwares com IA utilizados em defesa cibernética.⁴⁵

Atualmente, é complexo definir o real estado da arte das armas autônomas já que a maioria das pesquisas são realizadas em condição de máximo sigilo. Diante disso, chama a atenção pela publicidade divulgação feita em 2021, na página oficial das Forças Armadas Russas na rede social *Instagram* mostrando fotos e informações sobre seus mais recentes lançamentos de armas autônomas letais russas. Tal mostra explícita de capacidade militar é em parte explicada pela doutrina militar russa chamada “Doutrina Gerasimov”, que tem no elemento informacional um de seus pilares,⁴⁶ existindo relatos do emprego de tais sistemas quando da realização das operações russas na Síria.⁴⁷ A utilização de IA constitui parte expressa da estratégia militar russa, sendo o fato

reconhecido expressamente pelo Presidente Vladimir Putin,⁴⁸ confirmado por Christian Brose.⁴⁹

Para Paul Scharre, o melhor exemplo contemporâneo de armas autônomas operacionais são as chamadas *loitering munition* (numa tradução livre: munição vagante), também conhecidas como “drones suicidas”, programadas para voarem à procura de alvos e, aos localizar, decidir se, de fato, representam alvos com valor estratégico, operacional ou tático, engajá-los de forma imediata. A ideia não é nova, sendo já utilizada de forma inicial e rudimentar, no sistema de armas estadunidense *HARM*, porém os sistemas israelenses *Harpy Drone* e *Harop Drone* os levaram a um patamar de autonomia jamais visto anteriormente.⁵⁰

Já em condições operacionais plenas, comercializada para algumas forças militares no mundo, são capazes de, depois de lançados, voarem por, aproximadamente, duas horas e meia, interagindo com o ambiente operacional, rastreando possíveis ameaças e decidindo, de forma autônoma, se deve agir e quando, não havendo humano no circuito que deva ser previamente ser consultado.⁵¹

Saber se tais armas podem ou não contrariar as regras do DIH, especialmente considerando os princípios básicos que regem os conflitos de acordo com normas e tratados internacionais, representa um desafio. Sendo instrumentos bélicos novos, ainda em desenvolvimento e ainda parcialmente inéditos, é complexo saber se o seu emprego fere as normas do direito da guerra, ou mesmo se será possível impor responsabilização jurídica aos militares que optarem pelo emprego concreto de tais armas já que estas possuem um elemento incomum: a decisão de, efetivamente, entrar em ação, engajando o alvo inimigo, é da máquina e não do homem.⁵²

⁴² SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009. p. 124.

⁴³ TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. São Paulo: Benvor, 2020. p. 122.

⁴⁴ PERELMUTER, Guy. *Futuro presente*. Jaguaré: Companhia Editora Nacional, 2019. p. 188.

⁴⁵ TAMMET, Tanel. Autonomous cyber defense capabilities. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 36-50. p. 42.

⁴⁶ GREENBERG, Andy. *Sandworm: a new era of cyberwar and the hunt for the Kremlin's most dangerous hackers*. New York: Anchor Books, 2019. p. 239-240.

⁴⁷ KANAAN, Michael. *T-Minus AI: humanity's countdown to artificial intelligence and the new pursuit of global power*. Dallas: BenBella Books, 2020. p. 199-200.

⁴⁸ CLARKE, Richard A.; KNAKE, Robert K. *The fifth domain: defending our country, our companies, and ourselves in the age of cyber threats*. New York: Penguin Books, 2019. p. 241.

⁴⁹ BROSE, Christian. *The Kill Chain: defending America in the future of high-tech warfare*. New York: Hachette Books, 2020. p. 87.

⁵⁰ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 46-47.

⁵¹ DEL MONTE, Louis A. *Genius weapons: artificial intelligence, autonomous weaponry and the future of warfare*. New York: Prometheus Books, 2018. p. 173.

⁵² LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017. p. 99-100.

3 O Direito Internacional Humanitário: princípios e fundamentos

Com recorda Raymond Aron, por séculos, a guerra foi tida como um ambiente estruturado à margem do direito, espaço em que não somente não houve a aplicação de normas previamente concebidas, como também em que se considerou o fato de os atores envolvidos terem optado pela mais drástica das soluções, a bélica, em oposição a canais diplomáticos e às instâncias judiciais.⁵³

Na visão de Carl von Clausewitz, a guerra entre estados seria uma materialização em escala maior do conflito inato e natural existente entre os homens, ou seja, um duelo em outras proporções.⁵⁴ Na mesma senda, conforme Alberico Gentili, no século XVI, “a guerra se origina da necessidade, da impossibilidade de compor judicialmente os dissídios entre os potentados e os povos livres, salvo que os dissidentes não o queiram, não tendo eles juiz e superior.”⁵⁵

Como lecionam Rafael Ávila e Leandro de Alencar Rangel, no direito romano, a possibilidade de ir à guerra era marcada por elementos formais, dentre eles a expressa e prévia notificação do inimigo, avisando-lhe que havia uma reivindicação concreta contra ele apresentada. Para os romanos, a ausência de comunicação entre os contendores tornava o conflito indigno e injusto.⁵⁶

A partir da Idade Média, diversos pensadores, como Francisco da Vitória e Santo Tomás de Aquino, buscaram imaginar uma estrutura mais objetiva que regulamentasse o direito da guerra, afastando conceitos anteriores de que o fundamento para a guerra era lastreado em raciocínio estritamente moral ou religioso, e passando a imaginar fundamentos normativos que indicassem quando e em que condições a guerra seria considerada justa.⁵⁷ Tratando do tema, Robert H. Latiff recorda que foram pensados dois conceitos fundamentais para definir as relações do direito com a guerra: o *jus in bello*

(direito da guerra) e *jus ad bello* (direito à guerra).⁵⁸ Este compreendido pela ideia de que “qualquer guerra iniciada pelo soberano pelo bem do Estado era justificável.”

Como afirma P. W. Singer, matar é o principal objetivo da guerra, porém isso não quer dizer que não há leis a serem aplicadas nos conflitos militares.⁵⁹ Tal ideia não é atual. Ainda no século XV, Francisco da Vitória já imaginava um conjunto de elementos que justificariam e autorizariam a guerra, bem como desenhariam os limites justos e adequados dos conflitos.⁶⁰

Santo Tomás de Aquino, buscando desenhar um arcabouço para definir as situações que permitiriam a deflagração de um conflito e a sua legitimação política e jurídica, define elementos essenciais a serem observados, tais como: a guerra deveria ser liderada pelo príncipe, não se admitindo conflitos particulares, bem como a causa que a motivava deveria ser justa, assim como os combatentes deveriam possuir correção em suas ações.⁶¹

Um das grandes mudanças observadas nos fundamentos jurídicos sobre a guerra edificada a partir desse período histórico é a consolidação do pensamento de que o estado soberano deveria ser considerado o ator fundamental dos conflitos militares. Tal ideia é posteriormente confirmada e consolidada no contexto da chamada Paz de Westfália em 1648.⁶²

Destaca-se que Hugo Grotius aprofunda os estudos sobre direito e guerra, criando as bases do futuro Direito Internacional, reforçando, de forma clara, a importância da soberania nacional. Para ele não haveria uma verdadeira sociedade internacional sem uma igualdade entre os estados nacionais.⁶³ Tal pensamento seria corroborado com os posteriores acordos westfalianos, sendo uma reação às guerras santas europeias.⁶⁴

⁵³ ARON, Raymond. *Paz e guerra: entre as nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 411-412.

⁵⁴ CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 7.

⁵⁵ GENTILI, Alberico. *O direito da guerra*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. p. 65.

⁵⁶ ÁVILA, Rafael; RANGEL, Leandro de Alencar. *A guerra e o direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 111.

⁵⁷ ÁVILA, Rafael; RANGEL, Leandro de Alencar. *A guerra e o direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 115.

⁵⁸ LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017. p. 97.

⁵⁹ SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009. p. 382.

⁶⁰ ÁVILA, Rafael; RANGEL, Leandro de Alencar. *A guerra e o direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 115.

⁶¹ ÁVILA, Rafael; RANGEL, Leandro de Alencar. *A guerra e o direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 112.

⁶² KISSINGER, Henry. *A ordem mundial: reflexões sobre o caráter das nações e o curso da história*. Alfragide: Dom Quixote, 2014. p. 40.

⁶³ GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 72.

⁶⁴ BELLAMY, Alex J. *Guerras justas: de Cicerón a Iraq*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 120.

Apesar de o fenômeno bélico perpassar todo o período da história conhecida, como já dito, havendo um esforço teórico intenso há tempos para regulamentá-la, do século XIX em diante, e sobretudo no século XX, os conflitos militares ganharam um impulso e uma intensidade nunca vistos. Marcado por cicatrizes não apenas físicas, mas morais e éticas de duas guerras mundiais, o século passado representa um ponto de inflexão importante em relação ao tratamento dos conflitos pelo direito.⁶⁵

Não por acaso, o desenvolvimento das bases do DIH ganhou impulso depois da Segunda Guerra Mundial e sobretudo depois da criação da Organização das Nações Unidas. Esta, na condição de organismo multilateral, conseguiu superar, parcialmente, uma das fragilidades mais essenciais que o direito internacional público apresentava na regulamentação e punição de atos ilícitos ocorridos em conflitos militares: a ausência de força coercitiva efetiva.⁶⁶

Aqui, oportuno traçar uma breve análise da força coercitiva interna e externa dos estados nacionais. Como ensina Juliana Neuenschwander Magalhães, internamente, como decorrência da sua respectiva soberania estatal, os países possuem jurisdição, bem como a capacidade de construir seus ordenamentos jurídicos e os impor à sua população. Com isso, de forma simples, repita-se, um estado nacional por ser dotado de soberania é capaz de definir suas leis e impor o seu cumprimento, sendo capaz de julgar eventuais ofensas a estas e impor as sanções relativas.⁶⁷

Já no plano internacional, caracterizado por estados nacionais soberanos e independentes que se correspondem e se equivalem, não é possível a nenhum deles, isoladamente, impor, coercitivamente, sua vontade legal ou judicial, a não ser pelo caminho da imposição militar. Diante disso, ganha especial importância a formação de organismos multilaterais que, a partir do reconhecimento coletivo dos países que a eles aderem por tratados internacionais, possuem a legitimidade para imposição de sanções e punições de variadas matizes

como econômicas ou criminais, a países ou indivíduos que contrariam as normas postas multilateralmente.⁶⁸

É nesse contexto que a criação de organismos multinacionais como a Organização das Nações Unidas (superando a má sucedida experiência da Liga das Nações) e a Organização dos Estados Americanos, dentre outras, viabilizou não apenas a edificação de um conjunto de normas internacionais que tipificam condutas tidas como ilícitas, aplicáveis à guerra, mas igualmente a criação de cortes internacionais com jurisdição planetária e com capacidade efetiva de acusar, processar e punir infratores transnacionais que cometam crimes de guerra.

Conforme Alejandro Aponte Cardona, o DIH, ao tratar da guerra, não quer “professá-la ou autorizá-la” mas apenas “constatar uma realidade de caráter empírico” para ter condições de “estabelecer pautas e regras mínimas de respeito aos direitos humanos”.⁶⁹ Tal lógica, é importante ressaltar, foi estruturada pensando-se nas condutas realizadas por seres humanos, que, voluntariamente e deliberada, as realizam e são conhecedores de seus potenciais consequências, dentro de um modelo que Robert H. Latiff define de “soldado contra soldado”.⁷⁰

Os pilares fundamentais do DIH estão ancorados em um conjunto de princípios, como o da distinção (ou da discriminação), o da proporcionalidade e o de evitar sofrimentos desnecessários, todos influenciados pelo Princípio da Humanidade. Todos esses organizados imaginando condutas militares realizadas por agentes humanos, ou seja, o comportamento humano é o ponto de partida para estruturar a normatização pensado para a guerra.⁷¹

O Princípio da Distinção sinaliza, como afirma Robert H. Latiff, que “civis e outros não-combatentes não devem ser alvos de nenhuma circunstância.”⁷² Com isso deve haver uma clara diferenciação entre alvos civis e militares. Assim, as condutas na guerra devem ter como

⁶⁸ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Formação do conceito de soberania*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁹ CARDONA, Alejandro Aponte. *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexion critica sobre el eficientismo penal de enemigo*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 58.

⁷⁰ LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017. p. 109.

⁷¹ BELLAMY, Alex J. *Guerras justas: de Cicerón a Iraq*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 277.

⁷² LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017. p. 98.

⁶⁵ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 251.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 32.

⁶⁷ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Formação do conceito de soberania*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 166-167.

foco, apenas, alvos com valor militar, em suas diferentes dimensões (estratégicas, operacionais e táticas), não sendo tolerada qualquer ação que venha a atingir civis.

Por sua vez, o Princípio da Proporcionalidade indica que, mesmo mirando alvos militares e que possuam relevância tática ou estratégica, eles devem ser atingidos de forma proporcional, apenas na medida capaz de fazer alcançar os objetivos políticos ou bélicos traçados, evitando-se ações que, mesmo direcionadas a campanha militar em si, não excedam ou extrapolem o necessário para a obtenção da vitória na campanha.⁷³

Outro princípio prevê a ideia de que deve ser evitado sofrimento desnecessário. Tal enunciado não ignora que o conflito militar, por definição, produz danos, sofrimentos, lesões e morte, porém devem ser impostos sem gerar um sofrimento excessivo ou mesmo desnecessário ou indevido. Como exemplo, o tratado internacional que proíbe o uso de armas que produzam fragmentos não detectáveis por raio x,⁷⁴ ou ainda o que prevê a desmilitarização do espaço sideral.⁷⁵

Todos esses princípios assentam-se no Princípio da Humanidade, que sinaliza que a proteção dada pelo DIH deve ser universal e proteger todas as pessoas, especialmente em situações de combate. Paulo Eduardo de Mello Perezino destaca que “esse caráter coletivo da responsabilidade é que confere ao DIH a legitimidade de estabelecer a relação intrínseca entre a necessidade militar e o direito humanitário dos conflitos armados.”⁷⁶

O sistema jurídico internacional aplicável às questões militares é complexo, composto de diversas normas produzidas em diferentes momentos históricos. Dentre elas a Convenção de Genebra (1864), Convenção de São Petersburgo (1868), Convenções de Haia (1889 e 1907) e a Carta da ONU (1945).⁷⁷ Tais documentos pos-

suem pontos importantes, como o fato de serem tratados internacionais firmados pela maior parte de países, porém algumas fragilidades, sendo a mais relevante a já falada ausência de força coercitiva do direito internacional público, sempre dependendo de ações multilaterais e ajustadas entre diversos atores.

4 A responsabilidade do comandante militar que ordena o emprego de sistemas e armas autônomas dotadas de inteligência artificial

Como parte do natural processo de sinergia entre desenvolvimento tecnológico e conflitos armados, as pesquisas sobre a aplicação militar da inteligência artificial passaram a ser uma prioridade contemporânea e, como já visto, recebendo atenção não apenas de potências militares já estabelecidas, mas igualmente por países com menor capacidade de investimento que visam, com isso, diminuir a lacuna existente entre eles e seus potenciais oponentes. Como afirma P.W. Singer, tal fato, no entanto, gera um descompasso já que as novas tecnologias caminham mais rápido que as leis da guerra.⁷⁸

Nas palavras de Robert H. Latiff, tratando dos conflitos a serem desenvolvidos no futuro, afirma que “caracterizadas como serão pela incerteza e ambiguidade, por tecnologias que podem ser indiscriminadas e imprevisíveis, e que são travadas cada vez mais entre a população, farão com que essas regras de conduta ainda sejam mais importantes”.⁷⁹ Assim, o aperfeiçoamento de tais normas é fundamental para a regulação das guerras a serem desenvolvidas.

Como já mencionado, nos dois primeiros modelos de interação homem-máquina, o homem tem participação direta já que determina a conduta a ser realizada pelo equipamento ou supervisiona seu funcionamento e suas ações. É possível concluir que, nesses modelos, a imposição de responsabilidade jurídica do comandante que determina o uso de uma *LAWs*, considerando as regras do DIH, não apresentaria dificuldade já que a participação humana é concreta, permitindo a respon-

⁷³ BELLAMY, Alex J. *Guerras justas: de Cicerón a Iraq*. Buenos Aires: Fundo de Cultura Económica, 2009. p. 278.

⁷⁴ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 252.

⁷⁵ TYSON, Neil de Grasse; LANG, Avis. *Accessory to war: the unspoken alliance between astrophysics and the military*. New York: W.W. Norton & Company, 2019. p. 295.

⁷⁶ PEREZINO, Paulo Eduardo de Mello. *Direito internacional humanitário e conflitos armados no contexto de ascensão das armas autônomas letais (laws)*. 2019. Monografia (Curso de Política e Estratégia Marítimas) – Escola de Guerra Naval, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/egn/sites/www.marinha.mil.br/egn/files/CPEM050%20PEREZINO-MonografiaCPEM.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2021. p. 37.

⁷⁷ BELLAMY, Alex J. *Guerras justas: de Cicerón a Iraq*. Buenos Aires: Fundo de Cultura Económica, 2009. p. 34-159.

⁷⁸ SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009. p. 387.

⁷⁹ LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017. p. 99.

sabilização daquele que ordenou que arma agisse ou mesmo não impediu que ele prosseguisse na ação ilícita.

O foco do presente trabalho, no entanto, está no terceiro modelo, ou seja, aquele em que a arma funciona de forma completamente autônoma. Nesse sentido, a complexidade se instaura, pois o sistema de armas age com autonomia plena, decidindo quando, como e em que direção atuará, sem qualquer participação humana. A deliberação do militar foi prévia, decidindo sobre o uso do equipamento e, daí em diante, a máquina age de forma autônoma. Cria-se um desafio para a determinação da responsabilidade jurídica pelo grau inédito de liberdade de ação que as máquinas passam a ter, sendo essa a pergunta a ser respondida pela presente pesquisa.

A questão é complexa e, como lembra Grégoire Chamayou, citando o que define como “defensores da roboética letal”, que, ao tratarem das questões tecnológicas que envolvem IA, afirmam que

pouco importa que sejam máquinas que decidem matar seres humanos. Desde que os matem humanamente, isto é, de acordo com os princípios do direito internacional humanitário que rege o uso da força armada, não há nenhum problema.⁸⁰

Importante destacar há entendimentos que defendem a ideia de que o uso de armas automáticas deveria ser limitado, ou mesmo proibido, por tratados ou convenções internacionais, tal qual o tratamento atualmente conferido às minas terrestres⁸¹ ou mesmo às armas nucleares.⁸² Atualmente, não há normas que regulamentam o uso de tais equipamentos; a questão é saber se tais normas permitirão ou não que robôs usem armas.⁸³

Nesse sentido, P. W. Singer afirma que a posição defendida pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) é o do banimento de tais sistemas bélicos. O autor reconhece o direito dos estados nacionais de escolherem as armas que utilizarão, porém destaca que tal faculdade é limitada já que devem ser respeitados limites, como a diferenciação entre os alvos civis e militares, a vedação ao uso de armas que causem sofrimento des-

necessário ou as que sejam consideradas indevidas pela comunidade internacional.

Alguns pesquisadores de IA e empreendedores na área são cautelosos sobre o emprego militar que tais equipamentos podem apresentar. Max Tegmark lembra que, em julho de 2015, publicou carta aberta em conjunto com Stuart Russel alertando dos riscos inerentes e graves de uso de tais armas.⁸⁴ Na mesma direção, mais de 2.400 profissionais da área chegaram a assinar um manifesto internacional pelo banimento dos chamados “robôs assassinos”, indo na mesma direção já apontada pelo CICV.⁸⁵

Como atesta Amy Webb, tal postura já está sendo adotada por alguns atores importantes, como o Google, que prevê, em seus princípios para o desenvolvimento da IA, o não desenvolvimento de equipamentos capazes de ferir pessoas, ou seja, “não criará uma IA que viole os princípios amplamente aceitos de direito internacional.”⁸⁶

Vê-se com isso que a questão moral, ética e jurídica representa uma discussão fundamental para que se possa delimitar o alcance do uso de tais armas, especialmente considerando a ação autônoma dessas, como lembra Lawrence Freedman. Para o autor, ordenar ações militares realizadas exclusivamente por máquinas pode ser preocupante por, naturalmente, evitar grandes dilemas éticos já que os eventuais erros não seriam humanos.⁸⁷ Convém ressaltar que a possibilidade do equívoco não seria privilégio das máquinas pois o homem igualmente corre o risco.⁸⁸

Na mesma direção sinaliza P.W. Singer que, ao comentar a posição oficial da *Human Rights Watch*, considera que não é possível simplesmente fazer um *download* das leis internacionais em um computador e esperar que ele aja tal qual ordenam tais normas. Assim, há a necessidade da presença de um humano no sistema para que possa ser responsabilizado,⁸⁹ sendo a ideia de punir um

⁸⁰ CHAMAYOU, Grégoire. *Teoria do drone*. São Paulo: Cosac & Naify, 2015. p. 231.

⁸¹ TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. São Paulo: Benoir, 2020. p. 127.

⁸² BROSE, Christian. *The Kill Chain: defending America in the future of high-tech warfare*. New York: Hachette Books, 2020. p. 138.

⁸³ SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009. p. 409.

⁸⁴ TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. São Paulo: Benoir, 2020. p. 125.

⁸⁵ TAULLI, Tom. *Introdução à inteligência artificial: uma abordagem não técnica*. São Paulo: Novaste Editora, 2020. p. 213.

⁸⁶ WEBB, Amy. *Os nove titãs da IA: como as gigantes da tecnologia e suas máquinas pensantes podem subverter a humanidade*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020. p. 103.

⁸⁷ FREEDMAN, Lawrence. *The future of war*. New York: PublicAffairs, 2019. p. 242.

⁸⁸ RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 903.

⁸⁹ SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict*

robô inócua na visão de Robert H. Latiff.⁹⁰ No mesmo sentido Brad Smith e Carol Ann Browne.⁹¹

P. W. Singer igualmente destaca a existência desse limbo legal, ou seja, como não há uma vedação normativa internacional, os estados são livres para desenvolverem e utilizarem tais armas.⁹² Complementando a ideia, Ashley Deeks destaca que a ausência de previsão normativa expressa compromete a definição dos espectros de responsabilidade dos agentes que optam por usar tais armas.⁹³

Como indica Louis A. Del Monte, o uso de armas plenamente autônomas pode levar a um hiato de responsabilidade legal pelas mortes, danos e efeitos causados pelas suas ações, sendo imperioso definir o alcance das leis internacionais de DIH.⁹⁴ Sobre isso, o autor desenvolve ideia interessante, que pode sinalizar uma das alternativas no trato das armas. Para ele, da mesma forma que os soldados são instruídos sobre normas legais aplicáveis à guerra, as armas que operam com base em IA e atuam de forma autônoma devem ser programadas de forma a estarem a limitar e ajustar suas condutas com base diretrizes da DIH.⁹⁵ Tal ideia se assemelha às leis propostas por Isaac Asimov, que, como já dito, mesmo sendo uma obra ficcional, sinalizou caminhos possíveis para a regulamentação do tema.

Ao pensar o tema, Lee Kai-Fu e Chen Qiufan apresentam três caminhos sobre o uso de armas autônomas e as eventuais responsabilidades que advêm de seu uso. O primeiro, seguindo a trilha já apresentada pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, seria o da proibição completa do desenvolvimento e emprego de tais equipamentos, caminho complexo ao se considerarem

os interesses políticos, militares e econômicos sobre o tema.⁹⁶ Esse mesmo pensamento é apresentado por Eric Talbot Jensen⁹⁷ como uma das sugestões possíveis por Paul Scharre.⁹⁸

Os autores lembram que, mesmo sendo complexo imaginar a vedação integral do uso, tal direção não seria inédita, já sido utilizada em exemplos anteriores quando o desenvolvimento de armas foi vedado por tratados internacionais como os que proíbem armas químicas e biológicas, ou mesmo aquelas que utilizam raios lasers com poder cegante contra humanos.⁹⁹ Na mesma direção, o pensamento de Brian M. Mazanec, que sugere o uso de referenciais anteriores de restrição de armas como marco regulatório para restringir as tecnologias cibernéticas e de IA.¹⁰⁰

Ainda sobre a possibilidade de construção de um consenso internacional, Max Tegmark pondera que alguns países que apresentam uma superioridade militar em áreas convencionais podem optar por um tratado de banimento de *LAWs*, alegando que “aqueles que mais podem ganhar com uma corrida armamentista não são superpotências, mas pequenos estados desonestos e atos não estatais”.¹⁰¹

Em dezembro de 2021, realizou-se, em Genebra, uma conferência dos países signatários da Convenção das Nações Unidas sobre Certas Armas Convencionais (CCAC) para discutir o uso das armas autônomas letais. Tal evento não produziu nenhum resultado concreto, havendo a declaração expressa da maioria dos 125 países signatários do CCAC no sentido de proibir o uso de tais equipamentos, porém houve oposição expressa de Estados Unidos e Rússia.¹⁰²

in the 21st century. New York: Penguin Books, 2009. p. 389.

⁹⁰ LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017. p. 111.

⁹¹ SMITH, Brad; BROWNE, Carol Ann. *Armas e ferramentas: o futuro e o perigo da era digital*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020. p. 203-206.

⁹² SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009. p. 387.

⁹³ DEEKS, Ashley. Will cyber autonomy undercut democratic accountability? *In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 67-105.

⁹⁴ DEL MONTE, Louis A. *Genius weapons: artificial intelligence, autonomous weaponry and the future of warfare*. New York: Prometheus Books, 2018. p. 159-160.

⁹⁵ DEL MONTE, Louis A. *Genius weapons: artificial intelligence, autonomous weaponry and the future of warfare*. New York: Prometheus Books, 2018. p. 175.

⁹⁶ LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021. p. 311.

⁹⁷ JENSEN, Eric Talbot. Autonomy and precautions in the law of armed conflict. *In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 181-205. p. 184.

⁹⁸ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 353.

⁹⁹ LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021. p. 311.

¹⁰⁰ MAZANEC, Brian M. *The evolution of cyber war: international norms for emerging-technology weapons*. Nebraska: Potomac Books, 2015. p. 161.

¹⁰¹ TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. São Paulo: Benoit, 2020. p. 127.

¹⁰² SATARIANO, Adam; CUMMING-BRUCE, Nick; GLADSTONE, Rick. Impulso para limitar uso de robôs assassinos cresce, mas EUA e Rússia resistem. *Folha de São Paulo*, 21 dez. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/12/>

Havendo uma eventual proibição internacional, fruto de acordo global por número significativo de estados nacionais, o mero uso de tais sistema de armas autônomos em combate representaria em si crime de guerra, podendo ser enquadrado no DIH como conduta ilícita. Nesse caso, seria irrelevante avaliar em qual dos estágios de interação homem-máquina a arma estaria categorizada, bastando seu emprego para caracterizar o ilícito.

A segunda alternativa imaginada por Kai-Fu Lee e Chen Qiufan para balizar a responsabilização de atores humanos, no emprego militar de armas autônomas letais, seria a imposição da obrigação internacional de que o seu uso sempre seria realizado com a participação direta de um agente humano, condicionando as “decisões letais” à prévia autorização humana. Assim, as armas agiriam com autonomia até localizar seus alvos, sendo o ataque condicionado ao comando expresso de um operador externo passível de responsabilização.¹⁰³ Tal proposta vai ao encontro do imaginado há décadas por Isaac Asimov ao imaginar suas “leis”, em que o robô estaria sempre subordinado aos interesses humanos.

Na direção pensam Brad Smith e Carol Ann Browne, afirmando que “a tomada de decisões a respeito da guerra e da paz precisa estar restrita aos seres humanos”.¹⁰⁴ Faz coro com tal pensamento Paul Singer, que apresenta outra forma de limitação do uso de armas autônomas letais, apresentando a ideia de, provavelmente, terem seu uso restrito às zonas de conflito militar, devendo o seu emprego fora dessas regiões ser previsto como ilegal em normas internacionais.¹⁰⁵

Esse caminho é reforçado pela ideia exposta do P. W. Singer de que “as pessoas sempre querem um humano no circuito”. Assim, somente seriam permitidos *LAWs* que possuíssem um homem no circuito, quer controlando-o, quer determinando de forma expressa o que ele deve fazer. Dessa forma, a questão da responsabilização restaria facilitada já que a esse controlador seriam impu-

tadas as condutas ilícitas.¹⁰⁶ Tal possibilidade é também aventada por Paul Scharre.¹⁰⁷

A outra solução proposta por Kai-Fu Lee e Chen Qiufan seria a da regulamentação do uso de tais sistemas. Para os autores, esse caminho seria difícil considerando os diferentes graus de desenvolvimento apresentado pelos países na pesquisa e uso de tais sistemas bélicos, bem como os distintos objetivos e interesses políticos. Sugere, por fim, que deve ser convencionado que, mesmo sem qualquer decisão operacional humana, nos casos em que a máquina decida só, os que ordenaram seu emprego serão objetivamente responsabilizados.¹⁰⁸

Por fim, ainda, Kai-Fu Lee e Chen Qiufan propõem que o uso de tais máquinas seja feito, apenas, para causar danos em não humanos. Com isso, imaginam os autores que, sendo a pesquisa dirigida para esse fim por normas internacionais gestadas hoje, no futuro (para eles 2041), num conflito que envolva máquinas, estas não seriam capazes de causar danos ou mortes aos humanos, que poderiam utilizar marcadores laser para inabilitar o uso militar das armas autônomas contra si.¹⁰⁹ Paul Scharre complementa tal ideia sugerindo o banimento de armas autônomas antipessoal.¹¹⁰

A dificuldade da construção de uma regulamentação adviria da necessidade de construção de um consenso mínimo entre os estados que poderia ser obstaculizado pela tendência natural de países que obtêm mais rapidamente o domínio de novas tecnologias de “chutar a escada” para impedir que outros, igualmente, alcancem tal grau de aperfeiçoamento técnico, como lembra Ha-Joon Chang.¹¹¹ Robert H. Latiff é crítico dessa postura, afirmando não ser ético um país impor a outros vedação do acesso às armas que possui.¹¹²

impulso-para-limitar-uso-de-robos-assassinios-cresce-mas-eua-e-russia-resistem.shtml. Acesso em: 21 dez. 2021.

¹⁰³ LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021. p. 311.

¹⁰⁴ SMITH, Brad; BROWNE, Carol Ann. *Armas e ferramentas: o futuro e o perigo da era digital*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020. p. 203.

¹⁰⁵ SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009. p. 144.

¹⁰⁶ SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009. p. 123.

¹⁰⁷ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 358.

¹⁰⁸ LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021. p. 312.

¹⁰⁹ LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021. p. 313.

¹¹⁰ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 356.

¹¹¹ CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora Unesp, 2004. p. 16.

¹¹² LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017. p. 106.

Outro argumento que confirma que uma colaboração multilateral sobre o tema é difícil é apresentado por Nick Bostrom. Para o autor, muitos países evitarão qualquer tipo de acordo, seja em que direção for, por nutrir uma desconfiança de natureza geopolítica com outros, evitando a negociação e colaboração sobre o tema,¹¹³ sendo tal aspecto complementado pelo pensamento de Christian Brose de que as regras sobre o desenvolvimento de armas inteligentes tendem a ser formuladas por seus desenvolvedores.¹¹⁴

Enquanto tais regulamentações não existem, se é que um dia de fato irão ser implementadas, não há outro caminho a não ser aplicar as normas já existentes no DIH para responsabilizar o agente que ordenou o uso de tais sistemas bélicos autônomos, especialmente porque “há poucas dúvidas de que o direito internacional é relevante e aplicável ao uso de capacidades cibernéticas autônomas”,¹¹⁵ sobretudo porque “os sistemas autônomos não são atores independentes no sistema jurídico. Em vez disso, as capacidades autônomas são programadas por humanos e, mais importante, são os humanos que decidir usá-las”.¹¹⁶

Nesse sentido, Ann Väljataga e Rain Liivoja¹¹⁷ afirmam que “o estado mental de operadores, no que diz respeito aos danos causados por sistemas autônomos, é o da negligência, da imprudência ou do *dolus eventualis*”. Na mesma direção, Abhimanyu George Jain afirma que

é o soldado que deve ter a certeza necessária para utilizar as armas autônomas letais ou, pelo menos, não ter motivos para desconfiar de seu emprego, ou seja, é ele que age de forma negligente ou imprudente ou com *dolus eventualis*.¹¹⁸

No momento em que o comandante militar, de forma livre e de acordo com seus objetivos estratégicos, operacionais ou táticos, toma a decisão de empregar tais sistemas de armas, sabendo que estes terão a autonomia para decidir em combate e se engajar no conflito sem prévia autorização humana, assume o risco pelos danos e resultados produzidos pelas máquinas, devendo ser responsabilizado segundo o previsto no DIH. Como afirma Ann Väljataga e Rain Liivoja, “a decisão de usar um específico equipamento autônomo, em circunstâncias específicas é um julgamento atribuível a um ator humano”.¹¹⁹

O fato de possuir previsibilidade, mesmo que potencial, que tais equipamentos podem produzir resultados graves e danosos contra combatentes e não combatentes, excedendo o previamente definido com objetivo político-militar, faz com que o comandante militar deva receber a responsabilidade segundo as regras do DIH.¹²⁰ Sobre isso Russel Buchan e Nicholas Tsagourias afirmam que os comandantes podem ser responsabilizados quando determinam o uso de armas autônomas letais já que agem de forma intencional e “controlam a vontade de uma pessoa que vai cometer um crime de guerra usando um *LAW3*”.¹²¹

Mesma conclusão é encontrada por Dustin A. Lewis que, inclusive, afirma que “o emprego de sistemas com capacidades cibernéticas autônomas pode dar origem à responsabilidade criminal individual de acordo com o direito internacional, ou seja, cumulada ou separada com a responsabilidade de um Estado ou Organismo Internacional”.¹²² Nesse sentido, na visão do autor, a eventual responsabilização do estado nacional que fez

¹¹³ BOSTROM, Nick. *Superinteligência: caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo*. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2018. p. 166.

¹¹⁴ BROSE, Christian. *The Kill Chain: defending America in the future of high-tech warfare*. New York: Hachette Books, 2020. p. 137.

¹¹⁵ VÄLJATAGA, Ann; LIIVOJA, Rain. Cyber autonomy and international law: an introduction. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 1-11. p. 6.

¹¹⁶ SCHMITT, Michael N. Autonomous cyber capabilities and the international law of sovereignty and intervention. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 126-151. p. 138.

¹¹⁷ VÄLJATAGA, Ann; LIIVOJA, Rain. Cyber autonomy and international law: an introduction. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 1-11. p. 9-10.

¹¹⁸ JAIN, Abhimanyu George. Autonomous cyber capabilities and individual criminal responsibility for war crimes. In: LIIVOJA, Rain;

VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 291-320. p. 300.

¹¹⁹ VÄLJATAGA, Ann; LIIVOJA, Rain. Cyber autonomy and international law: an introduction. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 1-11. p. 5.

¹²⁰ LEWIS, Dustin A. Preconditions for applying international law to autonomous cyber capabilities. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 106-126. p. 112.

¹²¹ BUCHAN, Russel; TSAGOURIAS, Nicholas. Autonomous cyber weapons and command responsibility. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 321-347. p. 323-324.

¹²² LEWIS, Dustin A. Preconditions for applying international law to autonomous cyber capabilities. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 106-126. p. 109-110.

uso do equipamento não impede a imposição de sanção ao militar que tomou a decisão concreta que o empregar.

Tal solução já é prevista no chamado “Manual de Tallin da OTAN”, em sua regra 24, que indica que “comandante e outros superiores são criminalmente responsáveis por ordenar operações cibernéticas que constituam crimes de guerra”.¹²³ Corroborando tal pensamento, Paul Scharre assevera que “princípios do DIH, como distinção e proporcionalidade, se aplicam aos efeitos no campo de batalha, não ao processo de tomada de decisão”. Assim, mesmo que o evento seja causado pela máquina em si, os resultados devem ser considerados e não a decisão específica de agir.¹²⁴

Reforçando o argumento, Paul Scharre afirma que “as leis da guerra tratam diretamente das pessoas: máquinas não são combatentes. Pessoas lutam em guerras, não robôs”, logo a responsabilização deve sempre ser imputada ao humano responsável pela máquina, mesmo que a conduta tenha sido realizada por esta, e arremata: “isso significa que qualquer pessoa que usar uma arma autônoma tem a responsabilidade de garantir que o ataque seja legal.”¹²⁵

Como afirma Tim McFarland, considerando as estruturas normativas do DIH, bem como dos direitos internos, é possível concluir que aquele que se utilizando de sua prerrogativa militar de comando autoriza e permite que as armas dotadas de IA, mesmo aquelas que agem de forma completamente autônoma e sem prévia permissão humana, podem ser responsabilizados por eventuais atos excessivos ou danosos realizados pelas máquinas com base do fundamento do dolo eventual, afinal o desenvolvimento do *LAWs*, bem como a decisão de emprego foi essencialmente humana, autorizando a responsabilização deste.¹²⁶

5 Considerações finais

O século XX começa com, apenas, dois domínios operacionais da guerra: o terrestre e o naval. A invenção do avião produziu o terceiro: a guerra aérea. Após a metade do século, com o avanço da exploração espacial, a guerra passa a utilizar satélites e outros meios no espaço sideral. Por fim, nas últimas décadas, um novo domínio surge: o cibernético. Tal evolução demonstra o impacto que os avanços científicos apresentam no contexto militar e uma nova revolução chega ao cenário bélico: as armas autônomas letais (*LAWs*). Esses equipamentos são capazes de atuar nos campos de batalha futuros de forma independente, sem qualquer necessidade de comando humano direto.

Essa inovação é disruptiva quando se pensa na forma de agir que marcou os conflitos atuais e, especialmente, ao se imaginar a estrutura de responsabilização jurídica, contemporaneamente desenhada para alcançar os militares que realizam atos considerados criminosos pelo DIH. A grande diferença está no fato de que os atos realizados pelas *LAWs* já não mais serão consequência direta de decisões humanas, mas sim de condutas realizadas pelos equipamentos autônomos em si, ou seja, pelo robô.

A tomada de decisão realizada pela máquina, ainda, não é disciplinada pelo sistema normativo clássico, aquele previsto nas estruturas jurídicas ocidentais e replicado nos modelos multinacionais, em que a responsabilização é ancorada na expressa vontade humana de agir, tendo o elemento volitivo da conduta como determinante para a imposição de sanção. Diante disso, é necessário pensar em como será possível responsabilizar o agente militar por ações realizadas por armas autônomas letais.

Convém lembrar que há forte discussão sobre a construção de um consenso internacional na direção do completo banimento de tais sistemas bélicos, por meio de tratados internacionais, a exemplo do já ocorrido com armas químicas, biológicas e de outras matizes. Outra possibilidade em análise, no panorama internacional, é a regulamentação do desenvolvimento e emprego de *LAWs*. Por tal sugestão, seriam impostas limitações que fariam com que tais equipamentos não pudessem agir sem que houvesse um agente humano no circuito de controle ou que somente fosse capaz de produzir danos a estruturas físicas ou armas, jamais ao homem.

¹²³ ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DO ATLÂNTICO NORTE. *Tallinn manual on the international law applicable to cyber warfare*. Cambridge: Cambridge University, 2013. p. 91-92.

¹²⁴ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 252.

¹²⁵ SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018. p. 269.

¹²⁶ MCFARLAND, Tim. The concept of autonomy. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 12-35. p. 20.

A ausência de uma regulamentação específica sobre o emprego de armas autônomas gera uma lacuna normativa, e poderia representar uma permissão quase que ilimitada para que esses sistemas “inteligentes” possam ser utilizados de forma irrestrita e, por consequência, isentando completamente aqueles que decidiram pelo uso de tais equipamentos por eventuais danos, mortes ou excessos produzidos pelas máquinas.

Pela gravidade do tema, e enquanto o limbo sobre o tema não é preenchido, é necessário utilizar os instrumentos atuais do DIH. Estes são capazes de permitir a responsabilização do comandante militar que tomou a decisão de empregar militarmente os *LAWs*, atribuindo a ele a responsabilidade pelos atos realizados pelas máquinas por meio da aplicação do dolo eventual, já que possuía ciência de que tais equipamentos, ao agir de forma autônoma, são capazes de produzir danos patrimoniais, lesões e mortes. Logo, ao determinar ou permitir o emprego de tais armas, assumiu o risco de produzir tais efeitos ao empregar tais armas autônomas.

A necessidade de uma definição para tal problema é urgente, pois tais armas já podem ser vistas em estado avançado de desenvolvimento, inclusive com emprego operacional efetivo. Concluindo, o tema deve ser enfrentado em duas frentes, uma ampla discussão internacional sobre a regulamentação, e até mesmo a proibição do uso de *LAWs*. A outra é marcada pela utilização das atuais normas do DIH para responsabilizar o comandante militar que tomou a decisão operacional de utilizar as armas autônomas que produziram danos e prejuízos.

Referências

- ARON, Raymond. *Paz e guerra: entre as nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- ASIMOV, Isaac. *Eu, rôbo*. 13. ed. São Paulo: Aleph, 2014.
- ÁVILA, Rafael; RANGEL, Leandro de Alencar. *A guerra e o direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BELLAMY, Alex J. *Guerras justas: de Cicerón a Iraq*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- BOSTROM, Nick. *Superinteligência: caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo*. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2018.
- BROSE, Christian. *The Kill Chain: defending America in the future of high-tech warfare*. New York: Hachette Books, 2020.
- BUCHAN, Russel; TSAGOURIAS, Nicholas. Autonomous cyber weapons and command responsibility. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 321-347.
- CARDONA, Alejandro Aponte. *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexion critica sobre el eficientismo penal de enemigo*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- CARLIN, John; GRAFF, Garrett M. *Dawn of the code war: American's Battle Against Russia, China and the rising global cyber threat*. New York: PublicAffairs, 2018.
- CHAMAYOU, Grégoire. *Teoria do drone*. São Paulo: Cosac & Naify, 2015.
- CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora Unesp, 2004.
- CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- CLARKE, Richard A.; KNAKE, Robert K. *The fifth domain: defending our country, our companies, and ourselves in the age of cyber threats*. New York: Penguin Books, 2019.
- DEEKS, Ashley. Will cyber autonomy undercut democratic accountability? In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 67-105.
- DEL MONTE, Louis A. *Genius weapons: artificial intelligence, autonomous weaponry and the future of warfare*. New York: Prometheus Books, 2018.
- FERREIRA, Luciano Vaz. *Direito internacional da guerra*. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.
- FREEDMAN, Lawrence. *The future of war*. New York: PublicAffairs, 2019.
- GENTILI, Alberico. *O direito da guerra*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

- GREENBERG, Andy. *Sandworm: a new era of cyberwar and the hunt for the Kremlin's most dangerous hackers*. New York: Anchor Books, 2019.
- GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Unijuí, 2005.
- JAIN, Abhimanyu George. Autonomous cyber capabilities and individual criminal responsibility for war crimes. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 291-320.
- JENSEN, Eric Talbot. Autonomy and precautions in the law of armed conflict. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 181-205.
- KANAAN, Michael. *T-Minus AI: humanity-s countdown to artificial intelligence and the new pursuit of global power*. Dallas: BenBella Books, 2020.
- KISSINGER, Henry. *A ordem mundial: reflexões sobre o caráter das nações e o curso da história*. Alfragide: Dom Quixote, 2014.
- LATIFF, Robert H. *Future war: preparing for the new global battlefield*. New York: Vintage Books: 2017.
- LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.
- LEE, Kai-Fu; QIUFAN, Chen. *AI 2041: ten visions for our future*. New York: Currency, 2021.
- LEWIS, Dustin A. Preconditions for applying international law to autonomous cyber capabilities. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 106-126.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Formação do conceito de soberania*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARGULIES, Peter. A moment in time: autonomous cyber capabilities, proportionality, and precautions. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 152-180.
- MAZANEC, Brian M. *The evolution of cyber war: international norms for emerging-technology weapons*. Nebraska: Potomac Books, 2015.
- MCFARLAND, Tim. The concept of autonomy. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 12-35.
- ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DO ATLÂNTICO NORTE. *Tallinn manual on the international law applicable to cyber warfare*. Cambridge: Cambridge University, 2013.
- PERELMUTER, Guy. *Futuro presente*. Jaguaré: Companhia Editora Nacional, 2019.
- PEREZINO, Paulo Eduardo de Mello. *Direito internacional humanitário e conflitos armados no contexto de ascensão das armas autônomas letais (laws)*. 2019. Monografia (Curso de Política e Estratégia Marítimas) – Escola de Guerra Naval, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/egn/sites/www.marinha.mil.br/egn/files/CPem050%20PEREZINO-MonografiaCPem.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2021.
- RUSSEL, Stuart. *Inteligência artificial a nosso favor: como manter o controle sobre a tecnologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.
- RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- SANGER, David E. *The perfect weapon: war, sabotage and fear in the cyber age*. New York: Broadway Books, 2019.
- SATARIANO, Adam; CUMMING-BRUCE, Nick; GLADSTONE, Rick. Impulso para limitar uso de robôs assassinos cresce, mas EUA e Rússia resistem. *Folha de São Paulo*, 21 dez. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/12/impulso-para-limitar-uso-de-robos-assassinos-cresce-mas-eua-e-russia-resistem.shtml>. Acesso em: 21 dez. 2021.
- SCHARRE, Paul. *Army of none: autonomous weapons and the future of war*. New York: W.W. Norton & Company, 2018.
- SCHMITT, Michael N. Autonomous cyber capabilities and the international law of sovereignty and intervention. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 126-151.
- SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. New York: Penguin Books, 2009.

SMITH, Brad; BROWNE, Carol Ann. *Armas e ferramentas: o futuro e o perigo da era digital*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020.

TAMMET, Tanel. Autonomous cyber defense capabilities. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 36-50.

TAULLI, Tom. *Introdução à inteligência artificial: uma abordagem não técnica*. São Paulo: Novaste Editora, 2020.

TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. São Paulo: Benoir, 2020.

TYSON, Neil de Grasse; LANG, Avis. *Accessory to war: the unspoken alliance between astrophysics and the military*. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

VÄLJATAGA, Ann; LIIVOJA, Rain. Cyber autonomy and international law: an introduction. In: LIIVOJA, Rain; VÄLJATAGA, Ann. *Autonomous cyber capabilities under international law*. Tallinn: NATO CCDCOE Publications, 2021. p. 1-11.

WEBB, Amy. *Os nove titãs da IA: como as gigantes da tecnologia e suas máquinas pensantes podem subverter a humanidade*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2020.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Acompanhamento nacional do cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: um olhar para as experiências estrangeiras

National supervision of compliance with judgments handed down by the inter-american Court of Human Rights: a glance at foreign experiences

Maria Valentina de Moraes

Mônia Clarissa Hennig Leal

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Acompanhamento nacional do cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: um olhar para as experiências estrangeiras*

National supervision of compliance with judgments handed down by the inter-american Court of Human Rights: a glance at foreign experiences

Maria Valentina de Moraes**

Mônia Clarissa Hennig Leal**

* Recebido em 12/09/2022
Aprovado em 10/11/2022

** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas (2019-2022). Bolsista PROSUC/CAPEs. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPEs e bolsa CAPEs no Processo n.º. 88887.156773/2017-00, Edital PGCi n.º 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr.ª Mônia Clarissa Hennig Leal. Pesquisadora e coordenadora da Linha “A transformação do papel decisório dos sistemas regionais de proteção: procedimentos, fundamentos e reparações nas sentenças” do Projeto Integrador vinculado ao Direito Internacional sem Fronteiras. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. E-mail: .Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>. Professora do Centro de Ensino Integrado Santa Cruz – CEISC.
Email: mariavalentina.23@hotmail.com

*** Com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.
Email: moniah@unisc.br

Resumo

O cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é tema relevante para efetividade do Sistema Interamericano, especialmente no cenário brasileiro, considerando os índices elevados de (in)execução das decisões e as complexidades das medidas determinadas. Considerando-se a realização de uma análise dos fluxos (in)existentes no Brasil para acompanhamento do cumprimento das sentenças proferidas pela Corte IDH, questiona-se: como ocorrem os fluxos de cumprimento de sentenças em países que adotam instrumentos de acompanhamento interno das decisões interamericanas? Utilizando-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica, objetiva-se compreender, com base na análise das experiências do Peru, México, Colômbia e Costa Rica, quais os fluxos por eles adotados e como eles podem contribuir para a instrumentalização de melhores níveis de cumprimento no Brasil. Assim, analisam-se as normas existentes em cada um dos países referidos, a fim de se compreender quais normativas apresentam elementos definidores de um acompanhamento nacional das execuções das sentenças. A partir disso, é possível afirmar que os países possuem diferentes caminhos para a realização do acompanhamento das sentenças interamericanas, apresentando-se o México com um modelo mais completo, o que reflete os excelentes índices de execução das medidas determinadas.

Palavras-Chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; execução de sentenças; experiências estrangeiras; supervisão de cumprimento de sentenças.

Abstract

The attendance of the sentences uttered by the Inter-American Court of Human Rights (IDH) has been present in the debates involving the Inter-American System and the protection of human rights, especially in Brazil,

considering the high levels of (in)execution of the decisions and their complexities because of the alterations in public policies, articulation among Powers, adoption of different measures and search for not repeating the facts. Adopting as a reference the execution of an analysis of the (in)existent flows in Brazil for the monitoring of the attendance of the sentences uttered by the IDH, it is asked: how do the flows on the attendance of the sentences occur in countries that adopt instruments of internal monitoring of the inter-American decisions? Using the deductive approach method, the analytical procedure method, and the biographic research technique, it is aimed at understanding, from the analysis of the experiences in Peru, Mexico, Colombia, and Costa Rica, which are the flows that were adopted by them and how they can contribute to the instrumentalization of better levels of attendance in Brazil. In this way, the existing rules in each of the referred countries are analyzed, in order to understand which rules present elements that define the national monitoring of the attendance of the sentences. From that, it is possible to state that the countries present different ways to monitor inter-American sentences, with Mexico presenting the most complete model, which reflects the significant levels of execution of the determined measures.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; execution of the judgments; foreign experiences; supervision of compliance with judgments

1 Introdução

A execução das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é um tema que merece atenção. Os índices de cumprimento das sentenças interamericanas refletem um cumprimento total de menos de 20% das decisões — em que pese a necessidade de se considerar a natureza complexa e que se prolonga no tempo das medidas determinadas e voltar o olhar para as reparações em processo de execução — revelando as dificuldades de internalização do cumprimento das reparações determinadas.

A Supervisão de Cumprimento adotada pela Corte Interamericana, frente às diferentes legislações internas e particularidades de cada país, não se mostra suficiente para dar conta da complexidade que envolve o tema

da execução das sentenças da Corte IDH em cada país que reconhece sua jurisdição. Por tal razão, alguns países como Colômbia, México e Peru adotaram fluxos nacionais para o acompanhamento dos cumprimentos das sentenças.

Frente a inexistências de um fluxo claro e de legislação suficiente no Brasil para o acompanhamento nacional da execução das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, partindo-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento analítico, com a técnica de pesquisa bibliográfica, questiona-se: como ocorrem os fluxos de cumprimento de sentenças em países que adotam um acompanhamento interno das decisões interamericanas?

Assim, objetiva-se compreender, com base na análise das experiências do Peru, do México, da Colômbia e da Costa Rica — com suas particularidades —, quais os fluxos para cumprimento das sentenças adotados nos países e como eles contribuem para a instrumentalização dessa execução, abrindo caminho para semelhante desenho também no Brasil. Assim, analisam-se as normas existentes em cada um dos países referidos, a fim de se compreenderem quais as normativas apresentam elementos definidores de um acompanhamento nacional das execuções das sentenças proferidas pela Corte de San José.

2 Algumas experiências estrangeiras já existentes em matéria de acompanhamento das decisões internacionais e interamericanas

Sabe-se que os países da América Latina possuem diferentes realidades culturais, sociais e econômicas, estruturas institucionais distintas e legislações próprias, possuindo a maioria deles em comum o reconhecimento da jurisdição da Corte de San José. Assim, sem a finalidade de adentrar nas particularidades de cada um dos Estados e sua relação com o SIPDH, cabe analisar instrumentos já existentes em matéria de execução de sentenças existentes nesses países, como forma de visualizar resultados, eventuais erros e acertos nos procedimentos adotados.

Destaca-se, desde já, que as análises serão restritas às iniciativas de natureza legislativa já existentes e que não comportam elementos internos que compõem o jogo político institucional e eventuais relações de poder incidentes sobre a articulação de tais países com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Como destacam Vasconcelos e Dutra, em muitos contextos o elemento político reveste-se de contornos discursivos, como em relação à efetividade dos direitos humanos que “encontra nas dificuldades de coerção do sistema internacional obstáculo que exige adesão dos sujeitos de direito internacional para seu aperfeiçoamento”¹.

Embora a falta de coerção do sistema relacione-se com características do próprio direito internacional, marcado por sua horizontalidade, voluntariedade, descentralização e ausência de uma autoridade responsável pelo cumprimento das normas, o cumprimento das normas internacionais não deixa de representar uma obrigação aos Estados, implicando, apenas, que se considere que essas obrigações derivam, também, de outros elementos que trazem essa imposição internamente, como garantia de um Estado de Direito².

A partir do reconhecimento de que a presente análise se assenta no espaço positivado em relação aos instrumentos referidos, analisam-se, assim, as experiências de México, Peru, Colômbia e a particular situação da Costa Rica no processo de execução interna das sentenças condenatórias interamericanas, em virtude de estas se apresentarem como as experiências mais completas em termos de acompanhamento, em nível interno, da execução das sentenças interamericanas. Destaca-se, nesse sentido, que as normas constitucionais ou mesmo infraconstitucionais que asseguram a prevalência de tratados de direitos humanos ou de decisões internacionais, presentes em Constituições de países como

Equador³, Argentina⁴, Nicarágua⁵, Guatemala⁶, Venezuela⁷ e República Dominicana⁸ não serão consideradas enquanto experiências comparadas para a execução de sentenças, por não conterem mecanismos específicos para tal finalidade⁹.

A situação da Costa Rica, com expressivos índices de cumprimento das decisões, possui características especiais, considerando que a Corte Interamericana está sediada no país e que há um compromisso com a exe-

³ Artigo 17 da Constituição do Equador. KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO, L. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais*. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 15-104.

⁴ Artigo 75, numeral 22 da Carta Fundamental de 1994. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. In: MARDONES, Hugo Ignacio Llanos; ALBÓNICO, Eduardo Picand. *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*. Santiago, Abeledo Perrot, 2012. p. 265-304.

⁵ Artigo 46 da Constituição Federal. KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO, L. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais*. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 15-104.

⁶ No artigo 46 da Constituição da Guatemala de 1985. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. In: MARDONES, Hugo Ignacio Llanos; ALBÓNICO, Eduardo Picand. *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*. Santiago, Abeledo Perrot, 2012. p. 265-304; BREWER-CARÍAS, Allan R. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

⁷ Artigos 19 e 23 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela. KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO, L. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais*. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 15-104.

⁸ No artigo 74 de sua Constituição. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El juez estatal en la era del constitucionalismo de los derechos. In: LEAL, M. C. H.; ALVES, F. D. (org). *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba: Prismas, 2017.

⁹ Sobre experiências, especialmente europeias, e mecanismos de articulação entre os espaços nacional e internacional no tocante aos instrumentos internacionais, ver GUIMARÃES, Diego Fernandes. A interação entre os espaços constitucionais nacionais e seus impactos no sistema de fontes de direito: as lições da proteção cooperativa de direitos humanos e o caso da integração europeia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 172-191, 2021.

¹ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; DUTRA, Deo Campos. Direito Comparado e Política: Reflexões Necessárias. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 41-54, 2020. p. 44. De forma crítica, destacam os autores, ainda, que “os limites fáticos impostos pela política ao direito ultrapassam a análise da institucionalidade do ambiente global atual, mas possuem nela contexto importante”.

² CALIXTO, Angela Jank. Rule of law in the international arena: the importance of practices of legality. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 111-130, 2021.

cução das decisões interamericanas. O acordo firmado para a instalação da Corte IDH no estado costarricense prevê prerrogativas, imunidades e privilégios aos juizes, pessoas que vão à Corte e funcionários, bem como um aporte de recursos para sua manutenção¹⁰. Interessa, especificamente, uma disposição isolada acerca da força interna das sentenças interamericanas.

Dispõe o capítulo 10 do acordo firmado em julho de 1978, por meio de Resolução da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos acerca da eficácia das resoluções da Corte de San José, e, consequentemente, do seu presidente, que “una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la república, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”¹¹. A indicação única sobre as sentenças dadas pelo órgão indica a vontade política de cumprimento, facilitando a internalização das condenações interamericanas no país, que, conforme já referido, segue com índices exemplares de cumprimento das decisões. Pelas características particulares da relação entre Corte IDH e Costa Rica, a experiência é apenas indicada a título contributivo, não sendo analisada para fins da presente proposta de instrumentalização do Brasil nessa seara.

3 Os fluxos internos de acompanhamento mexicanos: um caso de sucesso?

Inicia-se, no que toca às experiências com mecanismos de execução internos de sentenças interamericanas, portanto, com o México, país que possui 10 condenações — a maioria delas de natureza complexa, estando apenas as condenações mais recentes totalmente pendentes de cumprimento. Como destaca Montoya Zamora¹², “en el sistema jurídico mexicano el cumpli-

miento de las sentencias es de tal importancia, que se han generado criterios sobre la definición y alcance del *derecho fundamental de ejecución de sentencias*”, previsto no artigo 17 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos¹³.

Mais do que isso, desde que o país se tornou signatário da CADH e, posteriormente, aceitou a competência da Corte IDH, diferentes foram as ações para que os direitos humanos compusessem a agenda pública mexicana, com foco na atuação de diferentes entes públicos¹⁴. O surgimento das discussões sobre a implementação de sentenças interamericanas ocorreu no ano de 2003, quando o Governo Federal estabeleceu a Comissão de Política Governamental em Matéria de Direitos Humanos, visando à coordenação de ações de diferentes entidades da administração pública federal integradas e ao fortalecimento de direitos humanos no país¹⁵.

Maiores avanços ocorreram, todavia, com a reforma constitucional mexicana¹⁶ — iniciada em 23 de abril de 2009 na Câmara de Deputados e publicada no Diário Oficial em 10 de junho de 2011 — que cerca, também, as primeiras condenações mexicanas, e, por meio de tal reforma, se modificaram os padrões de compreensão da interpretação e mesmo a dogmática das normas de direitos, sobretudo, destes em relação à ordem internacional¹⁷.

v. 12, n. 3, p. 452-483, 2019. p. 455, grifado no original.

¹³ Dispõe o artigo que “[...] Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones [...]”. MÉXICO. Constituição (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Querétano: Assembleia Constituinte, 1917.

¹⁴ HERNÁNDEZ ÁVILA, Emmer Antonio. Poder Legislativo y cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a propósito de México. *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, v. 10, n. 20, p. 92-112, 2021.

¹⁵ KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO, L. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais*. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 15-104.

¹⁶ Herrera García destaca, ainda, a constante de reformas constitucionais que vive o México, já somando o país mais de 700 reformas ao longo de 100 anos, configurando-se a Constituição Mexicana como “una suma de porciones jurídicas que se van superponiendo a lo largo de distintos momentos históricos y políticos”. HERRERA GARCÍA, Alfonso. A diez años de la reforma mexicana sobre derechos humanos: una propuesta de cuatro fases jurisprudenciales. In: BAZÁN, V.; FUCHS, M. C. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales: Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 185-204. p. 188.

¹⁷ HERRERA GARCÍA, Alfonso. A diez años de la reforma mexi-

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenio de sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte interamericana de Derechos Humanos*. San José, 1 jul. 1978. Disponível em: <https://corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf>.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenio de sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte interamericana de Derechos Humanos*. San José, 1 jul. 1978. Disponível em: <https://corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf>.

¹² MONTTOYA ZAMORA, Raul Montoya. Reflexiones sobre el cumplimiento y ejecución de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTIDH). *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro,

E, em relação a esse cenário, ainda que sem uma experiência em temas submetidos à apreciação da Corte IDH — uma vez que o México possui a maioria de suas condenações envolvendo questões de gênero ou relacionadas com contextos militares — diferentes foram as organizações internas para efetivação das reparações determinadas em âmbito interamericano, como a publicação da Ley General de Víctimas, no ano de 2013¹⁸. E a criação da Lei se deu em um período de intensas modificações da postura nacional em relação às sentenças internacionais.

Após um período de maior receptividade dos casos e busca pela ampliação do alcance das normativas internacionais, ingressou o México, no entanto, em um período de regressões, com a definição de um sistema de recepção de sentenças pautado em dois níveis de análise: um em que se reconhece que, de fato, os não cumprimentos devem ser avaliados pela Corte Interamericana; e outro em que cabe analisar, internamente, quais obrigações devem ser cumpridas pelo Poder Judiciário, tomando como base os “débitos” estatais que se extraem das sentenças, e se há uma correspondência entre os direitos considerados violados pela Corte IDH e aqueles que reconhece a Constituição Mexicana¹⁹. Ou seja, os cumprimentos das reparações determinadas ficam condicionados à existência de obrigações similares a nível nacional.

cana sobre derechos humanos: una propuesta de cuatro fases jurisprudenciales. In: BAZÁN, V.; FUCHS, M. C. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales: Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 185-204.

¹⁸ HERNÁNDEZ ÁVILA, Emmer Antonio. Poder Legislativo y cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a propósito de México. *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, v. 10, n. 20, p. 92-112, 2021. A existência de temas recorrentes nas condenações mexicanas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e, logo, o limitado alcance de medidas de não repetição em áreas diferentes é reforçado também na Ley General de Víctimas que, em seu capítulo V, traz um rol de medidas de não repetição, as quais evidenciam a relação direta com os casos julgados pela Corte IDH. Como, por exemplo, a exclusão de forças de segurança da participação no governo, capacitação em direitos humanos para funcionários encarregados do cumprimento de leis, de forças armadas e de segurança — ponto que, embora importante dentro da lei, limita a execução de reparações de não repetição mais específicas que possam eventualmente decorrer de futuras condenações ao trazer um rol objetivo e específico destas.

¹⁹ HERRERA GARCÍA, Alfonso. A diez años de la reforma mexicana sobre derechos humanos: una propuesta de cuatro fases jurisprudenciales. In: BAZÁN, V.; FUCHS, M. C. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales: Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 185-204.

Destaca-se, também, o papel que a Suprema Corte mexicana desenvolve em relação à introjeção de padrões interamericanos no ordenamento nacional, embora com modificações de posicionamento que acompanham as diferentes fases vividas no país, conforme já destacado. Como indica Herrera García²⁰, a intervenção do órgão judicial tem sido protagonista tanto a respeito da inserção de padrões interamericanos no ordenamento quanto da realização do acompanhamento da execução da sentença interamericana no Caso Radilla, com base em uma interpretação de diferentes leis nacionais que lhe atribuiria tal competência, ditando novos padrões de execução das decisões.

Em que pesem as dificuldades operacionais existentes, que evidenciam tensões políticas institucionais no país²¹, mostra-se importante destacar pontos de avanço nos sistemas de cumprimento nacional, a partir do que traz a Ley General de Víctimas e, mais recentemente, o Sistema de Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (SERIDH), instituído no Estado mexicano²². A lei, apesar de seu amplo alcance, uma vez que busca tratar da proteção de vítimas em sentido amplo, refere-se, direta e indiretamente, às sentenças interamericanas.

Ao dispor sobre a criação de uma Comissão Executiva de Atención às vítimas e sua competência — definida em relação a todos os entes e agentes vinculados à lei, como se discutirá — a lei se refere, especificamente, à função de:

XXIX. Coordinar e implementar el cumplimiento de las sentencias internacionales en materia de derechos humanos, dictadas en contra del Estado

²⁰ HERRERA GARCÍA, Alfonso. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Supremo Corte en la Búsqueda de su cumplimiento. In: BAZÁN, V. FUCH, M. C.; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2020. p. 201-222.

²¹ Nesse sentido, ver HERRERA GARCÍA, Alfonso. A diez años de la reforma mexicana sobre derechos humanos: una propuesta de cuatro fases jurisprudenciales. In: BAZÁN, V.; FUCHS, M. C. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales: Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 185-204.

²² Importante referir que, no que toca ao procedimento de pagamento de indenizações — que por não possuírem caráter estruturante não são objeto de análise nesta pesquisa —, em nível nacional e envolvendo aquelas decorrentes de sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o México possui a Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE_200521.pdf).

Mexicano de conformidad con el contenido de las mismas y en estrecha coordinación, consulta y colaboración con las víctimas y sus representantes²³.

Ao determinar um Sistema Nacional de Atenção às Vítimas, a referida lei define competências específicas para cada agente envolvido, destacando, já no início, que ela vincula os três âmbitos de governo, no âmbito federativo, e os três poderes constitucionais, apresentando um rol taxativo dos agentes e representantes que integram referido sistema de proteção. Visando à reparação integral dos danos sofridos pelas vítimas, a Lei prevê “medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”²⁴.

Em mais de um ponto, a normativa indica a noção de diálogo institucional e de coordenação, como ao referir a coordenação entre diferentes níveis e poderes para a execução da lei, bem como ao reconhecer como um direito a vítima integrar espaços de diálogo institucional, além da participação da formulação, implementação e seguimento de políticas públicas. Vai além, ainda, ao indicar a garantia de espaços de participação civil e de organizações não governamentais; e ao definir a constituição do Sistema Nacional de Atenção às Vítimas por instituições e entidades públicas federais, locais e municipais, com competências complementares. Mais do que isso, traz um capítulo específico (Capítulo II, Título Sétimo) destinado à “Coordenação Interinstitucional”, a qual fica a cargo do Governo Federal e trata de:

I. Instrumentar las medidas necesarias para prevenir violaciones de los derechos humanos de las víctimas; II. Diseñar la política integral con un enfoque transversal de género para promover la cultura de respeto a los derechos humanos de las víctimas; **III. Elaborar el Programa en coordinación con las demás autoridades integrantes del Sistema;** **IV. Coordinar y dar seguimiento a las acciones de los tres órdenes de gobierno en materia de reparación integral, no repetición, ayuda y asistencia de las víctimas;** V. Coordinar y dar seguimiento a los trabajos de promoción y defensa de los derechos humanos de las víctimas, que lleven a cabo las dependencias y entidades de la Administración

Pública Federal; VI. Establecer, utilizar, supervisar y mantener todos los instrumentos y acciones encaminados al mejoramiento del Sistema y del Programa; VII. Ejecutar y dar seguimiento a las acciones del Programa, con la finalidad de evaluar su eficacia y rediseñar las acciones y medidas que así lo requieran; VIII. Vigilar y promover directrices para que los medios de comunicación fortalezcan la dignidad y el respeto hacia las víctimas; IX. Sancionar conforme a la ley a los medios de comunicación que no cumplan con lo estipulado en la fracción anterior; X. Realizar un diagnóstico nacional y otros estudios complementarios de manera periódica sobre las víctimas en todos los ámbitos, que proporcione información objetiva para la elaboración de políticas gubernamentales en materia de prevención, atención, ayuda y protección de las víctimas; XI. Difundir a través de diversos medios, los resultados del Sistema y del Programa a los que se refiere esta Ley; XII. Celebrar convenios de cooperación, coordinación y concertación en la materia, y XIII. Las demás previstas para el cumplimiento de la presente Ley.²⁵

A promulgação da lei traz, inegavelmente, avanços na proteção das vítimas de violações de direitos humanos e na estruturação de organismos que atuem, de forma coordenada e dialógica, para a execução de reparações de naturezas diversas, dentre elas as de não repetição. Como destaca Hernández Ávila²⁶, as disposições nela presentes geram “un esquema normativo e institucional complejo en el que se integra las acciones correspondientes al cumplimiento de obligaciones de fuente internacional en materia de derechos humanos”. Contudo, não há como extrair a criação de um sistema de seguimento de execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no México a partir de dita lei.

Para além da Ley General de Víctimas, que avança em pontos importantes, o México, a partir do ano de 2020, implementou o Sistema para el Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en Materia de Derechos Humanos (SERIDH), que tem como aliados a Secretaria de Relaciones Exteriores do México, a ONU México, o PENUD México e a Agenda 2030 México, sendo

una plataforma de la Secretaría de Relaciones Exteriores, coordinada por la Dirección General de

²³ MÉXICO. Ley General de Víctimas, de 9 de janeiro de 2013. *Diario Oficial de la Federación*. Ciudad de México. Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>. Acesso em: fev. 2022. p. 33.

²⁴ MÉXICO. Ley General de Víctimas, de 9 de janeiro de 2013. *Diario Oficial de la Federación*. Ciudad de México. Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>. Acesso em: fev. 2022. p. 1.

²⁵ MÉXICO. Ley General de Víctimas, de 9 de janeiro de 2013. *Diario Oficial de la Federación*. Ciudad de México. Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>. Acesso em: fev. 2022. p. 44, grifo nosso.

²⁶ HERNÁNDEZ ÁVILA, Emmer Antonio. Poder Legislativo y cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a propósito de México. *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, v. 10, n. 20, p. 92-112, 2021. p. 99.

Derechos Humanos y Democracia, que sistematiza las recomendaciones internacionales que han sido formuladas al Estado mexicano -de 1994 a la fecha- por parte de órganos de tratados, mecanismos y procedimientos especiales en la materia. Asimismo, incorpora las acciones reportadas por distintas autoridades para su atención, vinculando tanto las recomendaciones como sus acciones de atención con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030. De esta manera, se da cuenta del estado de cumplimiento de los compromisos internacionales de México en materia de derechos humanos²⁷.

Embora o sistema não permita a visualização de como o fluxo das reparações acontece, é desenhada uma metodologia específica²⁸ que permite a compreensão da tramitação que cada reparação envolve, conforme a Figura 1.

Figura 1



Fonte: México, Metodología para sistematización de recomendaciones internacionales en materia de derechos humanos y las acciones para su atención.

Ademais, é extremamente objetivo e claro em relação às medidas determinadas, aos órgãos e poderes responsáveis, aos temas e aos direitos humanos que decorrem de cada reparação. O SERIDH não é, todavia, voltado, apenas, para determinações interamericanas, possuindo informações sobre 33 entidades emissoras da recomendação²⁹, dentre elas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o comitê dos Direitos das Crianças, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as relatorias especiais das Nações Unidas e grupos de trabalhos específicos.

O Sistema conta, ainda, com a organização dos dados referentes a cada recomendação: identificação; ano; recomendação; entidade emissora; poder de governo responsável; autoridade específica; ação solicitada³⁰; pessoas/grupos específicos envolvidos; nível de governo (federal, estadual ou municipal); temas; direitos humanos envolvidos; os ODS que se relacionam com a medida; e nome oficial do relatório/caso. Permite, inclusive, a busca por entidades que proferiram a decisão

²⁷ MÉXICO. Secretaría de Relaciones Exteriores. *Sistema de Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (SERIDH)*. Disponível em: <https://seridh.sre.gob.mx/publico>. Acesso em: 12 abr. 2022.

²⁸ A sistematização das informações se deu a partir das seguintes perguntas de investigação sobre as recomendações internacionais: “¿Cuántas recomendaciones ha recibido México? ¿Cuáles han sido los años en los que se han recibido mayor cantidad de recomendaciones? ¿Cuántas recomendaciones hay por Entidad Emisora? ¿Cuáles son los temas más repetidos en las recomendaciones? ¿Cuáles son los subtemas más repetidos en las recomendaciones? ¿Cuáles son los derechos humanos aludidos en las recomendaciones? ¿Cuáles son los grupos específicos señalados en las recomendaciones? ¿Cuántas recomendaciones están encaminadas a atender los Objetivos de Desarrollo Sostenible?”; E sobre as ações de atenção e seguimento: “¿Cuáles son las acciones solicitadas en las recomendaciones? ¿Cuáles son las acciones de atención y seguimiento reportadas por las autoridades encargadas? ¿Cuántas acciones ha reportado México para atender y dar seguimiento a las recomendaciones? ¿Cuáles son las categorías de clasificación de estas acciones? ¿Cuántas acciones por categoría de clasificación ha reportado México para atender y dar seguimiento a las recomendaciones? ¿Qué tanto contribuyen estas acciones a atender y dar seguimiento a las recomendaciones? ¿Cuántas son las acciones de atención y seguimiento a las recomendaciones que contribuyen a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible? ¿Cuáles son las acciones de atención y seguimiento a las recomendaciones que contribuyen a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible?” MÉXICO. Secretaría de Relaciones Exteriores. *Sistema de Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (SERIDH)*. Disponível em: <https://seridh.sre.gob.mx/publico>. Acesso em: 12 abr. 2022. p. 11.

²⁹ A lista completa, bem como o acesso à busca avançada das recomendações por entidade emissora podem ser acessados no site do SERIDH: <https://seridh.sre.gob.mx/publico>.

³⁰ A gama de ações que a o SERIDH indica na metodologia chama a atenção por sua diversidade e por contemplar diferentes tipos de recomendações. São elas: 1. Ações Afirmativas; 2. Ações em conjunto com a sociedade civil; 3. Ações em política exterior; 4. Ações judiciais; 5. Ações legislativas; 6. Difusão de recomendações internacionais; 7. Educação, capacitação y/o sensibilização em direitos humanos; 8. Fortalecimento institucional; 9. Indicadores; 10. Investigações de delitos; 11. Lineamentos; 12. Mecanismos; 13. Medidas Administrativas; 14. Medidas de reparação integral a vítimas; 15. Ações de política e governo; 16. Programas; 17. Protocolos; 18. Projetos; 19. Recursos humanos ou técnicos; 20. Recursos orçamentários; 21. Registros de Informação; 22. Sanção de delitos; e 23. Transparência e prestação de contas. MÉXICO. Secretaría de Relaciones Exteriores. *Sistema de Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (SERIDH)*. Disponível em: <https://seridh.sre.gob.mx/publico>. Acesso em: 12 abr. 2022.

de forma específica, emitindo informações sobre todas as recomendações do órgão e os dados acima indicados.

Um ponto que merece destaque é o fato de as reparações estarem individualizadas — e não identificadas apenas as sentenças de cada caso com medidas de naturezas distintas agrupadas —, demonstrando a análise específica de cada reparação determinada e a atribuição desta às autoridades responsáveis por seu cumprimento. Isto se afigura de suma importância, considerando-se a natureza de cada medida constante nas sentenças da Corte IDH e sua destinação a órgãos e Poderes distintos, a depender de cada caso.

Além da descrição, em casos mais antigos, em relação aos elementos já indicados, encontram-se informações, em uma aba específica, denominada “Acción Reportada”, a respeito do cumprimento da determinação, atingindo a finalidade de real acompanhamento da execução e implementação das medidas. Frente aos pontos analisados, é possível afirmar que, embora com algumas fragilidades, como a impossibilidade de visualização do fluxo de cumprimento das medidas — que são atualizadas quando cumpridas — o México conta com um sistema interessante de cumprimento de reparações de caráter estruturante decorrentes das sentenças da Corte IDH.

O compromisso estatal mexicano com a proteção de direitos humanos, ao menos em nível reparatório, evidencia-se para além dos bons índices de cumprimento de sentença proferidas pela Corte de San José pelo país. Isto pode ser visualizado quando considerado que, embora sem níveis altos de casos totalmente cumpridos, há alguma atividade e informação à Corte sobre a maioria das medidas determinadas nos casos sentenciados, com a existência de, ao menos, uma lei que trata, de forma aprofundada, o tema das reparações e de um sistema que traz dados sistematizados sobre as reparações determinadas internacionalmente.

4 A experiência peruana na busca por melhores índices de cumprimento

Já no Peru, Estado que reconhece a competência da Corte IDH desde o ano de 1981, após ter ingressado no SIDH em 1978, depois de onze anos de ditadura militar, podem-se identificar três fases de relação com o Sistema Interamericano, uma vez que, passado o pe-

ríodo de aceitação e reconhecimento deste, viveu o Estado peruano uma fase de indiferença e enfrentamento ao Sistema, com a tentativa de desconhecer a competência da Corte IDH no período do Governo Fujimori (1990/2000), para, então, com a renúncia deste e a retomada da democracia, ingressar em um período de cooperação, vivido até os dias atuais³¹.

O Peru é, ainda, o país que mais acessa o Sistema Interamericano, sendo, consequentemente, o país com mais condenações: 48 condenações até o ano de 2020, das quais 3 sentenças foram declaradas cumpridas e 14 encontram-se pendentes de cumprimento³². O sistema de cumprimentos estabelecido no país, refletindo os números de sentenças cumpridas, como destaca Salmón Gárate³³, “si bien no es el más idóneo ni eficaz, sí establece un conjunto de procedimientos que organizan el cumplimiento de los pronunciamientos internacionales” e, por tal razão, merece ser compreendido em sua estruturação.

Diversas são as leis, decretos e regulamentos que, em alguma medida, disciplinam procedimentos que têm relação com o cumprimento das sentenças supranacionais no Estado peruano, sobretudo em relação a questões de natureza pecuniária — o que reforça a lógica que cerca o cumprimento de sentenças e, assim, a falta de preparo dos Estados para a execução de reparações de caráter estruturante. Destacam-se, entretanto, três legislações que disciplinam os procedimentos internos de execução das sentenças que decorrem do Sistema interamericano: o Decreto Supremo n.º 014-2000-JUS, de 2000; a lei n.º 27775, publicada no ano de 2002³⁴; o Decreto Legis-

³¹ SALMÓN GARÁTE, Elizabeth. El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P. *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Transformando Realidades. Querétano: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétano, 2019. p. 347-372.

³² Destaca-se, como já pontuado no capítulo 2, que as sentenças proferidas no último ano não são consideradas para fins de incumprimento total em razão de, ainda, não existir manifestação da Corte Interamericana sobre eventuais reparações já cumpridas.

³³ SALMÓN GARÁTE, Elizabeth. El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P. *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Transformando Realidades. Querétano: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétano, 2019. p. 347-372. p. 351.

³⁴ A lei pode ser acessada em: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/>

lativo n.º 1068, do ano de 2008³⁵; e, por fim, o Decreto Supremo n.º 01-2020-JUS, de 2020³⁶.

O Decreto Supremo n.º 014-2000-JUS é um importante instrumento que marca o início de uma proposta mais concreta de seguimento das decisões internacionais em âmbito interno e, ainda que de forma sucinta, indica pontos importantes na definição de competências para tanto. Já nas considerações iniciais, há o reconhecimento de um dever de cooperação para a promoção e a proteção de direitos humanos e, mais do que isso, é sustentada a importância de estabelecer um procedimento nacional que propicie “el seguimiento de las recomendaciones de los órganos internacionales mencionados en el acápite anterior, de tal forma que dentro de un marco común se puedan ejecutar las acciones y coordinaciones necesarias en el Estado”³⁷.

Além dos princípios, como o da boa-fé, que devem nortear a atuação do Estado, o Decreto Supremo dota de competência para coordenar o seguimento das recomendações internacionais, o Conselho Nacional de Direitos Humanos — vinculado ao Ministério da Justiça —, definindo a Secretaria Executiva do Conselho como responsável por informar as recomendações e avaliações do Ministério das Relações Exteriores a esse:

Artículo 2. El Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia será el organismo responsable de coordinar el seguimiento de las recomendaciones contenidas en informes o resoluciones derivadas de los procedimientos mencionados en el artículo precedente. Para tal fin del Ministerio de Relaciones Exteriores pondrá en conocimiento de la Secretaría del Consejo Nacional de Derechos Humanos toda recomendación o decisión de los órganos a los que se refiere el Artículo 1, así como las evaluaciones que la Cancillería elabore al respecto.

Artículo 3. La Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos pondrá en conocimiento del pleno del Consejo las recomendaciones remitidas y las evaluaciones provenientes del Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de que realice los análisis correspondientes y recomiende las acciones que compete al sector o a sectores con-

connect/.

³⁵ O Decreto Legislativo n. 1068 pode ser consultado em: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2072440/Decreto>.

³⁶ O Decreto Supremo pode ser acessado em: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-el-protocolo-intersectorial>.

³⁷ PERU. Presidência da República. *Decreto Supremo n. 014-2000-JUS, de 22 de dezembro de 2000, que establecen procedimientos a fin de propiciar el seguimiento de recomendaciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos y constituyen Grupo de Trabajo que asumirá funciones del Consejo Nacional de Derechos Humanos*. Lima: El Peruano, 2000.

cernidos del Poder Ejecutivo. En esta comunicación, el Presidente del Consejo Nacional de Derechos Humanos podrá incluir cualquier sugerencia que el Consejo estime pertinente para el mejor seguimiento de dichas recomendaciones debiendo informarse al Presidente del Consejo de la acción o acciones adoptadas³⁸.

O Decreto é finalizado com a definição de criação de um grupo de trabalho que assumirá as funções determinadas para o Conselho de Direitos Humanos, o qual será formado pelo Presidente do Conselho ou seu representante, um representante do Ministério das Relações Exteriores e um experto em Direito Internacional dos Direitos Humanos. Define, também, que as instituições e setores do poder Executivo colaborarão com o Grupo para melhoramento do cumprimento de suas funções, bem como indica como objetivo do Grupo de Trabalho a preparação de um projeto de lei que estabeleça um mecanismo de cumprimento permanente no país.

A Lei n.º 277775, por sua vez, regula o procedimento de execução das sentenças emitidas por tribunais supranacionais no Peru — tratando, também, para além das sentenças da Corte IDH, da implementação de acordos de solução amistosa, das medidas provisionais e da execução de decisões oriundas de organismos não judiciais, como as medidas cautelares emitidas pela CIDH e decisões dos Comitês do Sistema Global de Proteção (ONU). Mesmo trazendo poucas definições procedimentais, a Lei n.º 277775 cumpre com seu papel, ao indicar competências específicas, mesmo que voltadas para questões mais patrimoniais, sendo competente a sala em que esgotada a jurisdição interna ou, na falta de processo interno, um juiz especializado ou misto, que conhecerá da competência.

Configura-se como uma demonstração de cooperação e intenção de implementação das sentenças, ou, como define Salmón Gárate³⁹, como uma declaração de

³⁸ PERU. Presidência da República. *Decreto Supremo n. 014-2000-JUS, de 22 de dezembro de 2000, que establecen procedimientos a fin de propiciar el seguimiento de recomendaciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos y constituyen Grupo de Trabajo que asumirá funciones del Consejo Nacional de Derechos Humanos*. Lima: El Peruano, 2000. p. 2.

³⁹ SALMÓN GARÁTE, Elizabeth. El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P. *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Transformando Realidades. Querétano: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétano, 2019. p. 347-372.

boas intenções, sendo importante para o fortalecimento da obrigação de cumprimento das sentenças internacionais. Reforçando o que define o artigo 115 do Código Processual Constitucional peruano, a Lei n.º 277775 também indica o procedimento de execução das sentenças internacionais, definindo que

luego de su notificación al Ministerio de Relaciones Exteriores, este es el encargado de remitirla al presidente de la Corte Suprema. A su vez, este último la debe remitir a la Sala en la que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el juez especializado o mixto que conoció el proceso previo⁴⁰.

Posteriormente à lei, publicou-se a resolução administrativa que transforma um juizado já existente no Juizado Especializado em Execuções de Sentenças Supranacionais. A resolução 089-2010-CE-PJ⁴¹ dota de competência o presidente da Corte Superior de Justiça a adotar ações e ditar medidas de natureza administrativa que se façam necessárias para o cumprimento da resolução, sem trazer qualquer outra disposição sobre medidas passíveis de definição, nem mesmo como ocorrerá o procedimento de execução a partir de então. Não há, assim, qualquer definição que permita concluir que há um caminho aberto e definido para a implementação de reparações de natureza estruturante.

Também a Resolução Administrativa 170-2004-CE-PJ, por sua vez, tenta indicar um norte para a definição de competências envolvendo violações de Direitos Humanos. Decorrente do relatório final da “Comisión de la Verdad y Reconciliación”, que recomendou o estabelecimento de um sistema de defesa de direitos humanos no país, a resolução limita-se ao estabelecimento da competência da Sala Penal para conhecimento de casos de violações de direitos humanos, sem maiores avanços.

Também o Decreto Legislativo n.º 1068, de 2008, que trata do Sistema de Defesa Jurídica do Estado peruano, embora focado na defesa estatal em diferentes âmbitos, apresenta duas menções tímidas à execução de sentenças, sem um maior detalhamento dos proce-

dimentos envolvidos. A primeira refere-se às atribuições do Conselho de Defesa Jurídica do Estado, dentre as quais está “realizar todas las acciones que permitan cumplir las sentencias recaídas em los procesos o procedimientos donde el Estado es parte”⁴² e a segunda diz respeito às funções dos procuradores públicos na defesa jurídica internacional — capítulo específico dentro do decreto — como estando incumbidos de “coordinar con los titulares de cada entidad el cumplimiento y ejecución de las sentencias contrarias a los intereses del Estado, debiendo elaborar un plan de cumplimiento que deberá ser aprobado por el Titular de la Entidad”⁴³. Não traz, portanto, significativos avanços na matéria.

Há de se destacar, como faz Krsticevic⁴⁴, que o Conselho Nacional de Direitos Humanos, integrante do Ministério da Justiça no país, assessora o Poder Executivo, estando entre suas funções propiciar o acompanhamento das recomendações dos órgãos internacionais, devendo atuar o Conselho para o cumprimento das decisões. Embora importante a sua atuação, não se vislumbra, de mesma maneira, o desenho de um procedimento específico de cumprimento das decisões.

As publicações de diferentes normativas sobre a implementação de sentenças, ao longo dos anos, que acabam derogando as anteriores, fizeram, por seu turno, com que o Ministério de Justiça e Direitos Humanos passasse a adotar interpretações próprias a fim de garantir a operacionalidade do Sistema⁴⁵. Sob a perspectiva de consolidação normativa do sistema de cumprimentos, é possível indicar, nos primeiros anos de busca pela evolução nos mecanismos de cumprimento das sentenças interamericanas, um enfraquecimento da garantia legal

⁴⁰ SALMÓN GARÁTE, Elizabeth. El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P. *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Transformando Realidades. Querétano: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétano, 2019. p. 347-372. p. 355.

⁴¹ A Resolução pode ser acessada em: <http://cdn01.pucp.edu.pe/idehpucp/wp-content>.

⁴² PERU. Presidência da República. *Decreto Legislativo n. 1068, de 28 de junho de 2008*. Lima: El Peruano, 2008. p. 375026

⁴³ PERU. Presidência da República. *Decreto Legislativo n. 1068, de 28 de junho de 2008*. Lima: El Peruano, 2008. p. 375028.

⁴⁴ KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO, L. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais*. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 15-104.

⁴⁵ SALMÓN GARÁTE, Elizabeth. El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P. *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Transformando Realidades. Querétano: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétano, 2019. p. 347-372.

de sua implementação, embora, sob o aspecto operacional, haja a busca pela continuidade.

No ano de 2020, por sua vez, o Peru avançou, definitivamente, na consolidação de um sistema de cumprimento de sentenças proferidas internacionalmente, com a promulgação do Decreto Supremo 010-2020-JUS, que aprova o “Protocolo Intersectorial para la Participación del Estado Peruano ante los Sistemas de Protección Internacional de Derechos Humanos”, considerados no protocolo os órgãos de proteção internacional de direitos humanos e o Sistema Interamericano de Derechos Humanos como um todo. A parte inicial do Decreto já indica, de forma clara, as pretensões⁴⁶ do Protocolo, indicando, também, a existência de um sistema específico de monitoramento das decisões, a competência do Ministério da Justiça e Derechos Humanos, por meio da Dirección General de Derecho Humanos e eixos e enfoques específicos, objetivando

⁴⁶ Indica nos considerando: “que, en el marco de sus obligaciones internacionales consagradas en tratados de derechos humanos y otros instrumentos internacionales, el Perú elabora y presenta reportes con información actualizada, detallada y desagregada sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos; lo que ha supuesto a nivel interno un alto grado de coordinación y articulación de acciones conjuntas entre diversos niveles del Gobierno, así como propiciar por un lado la colaboración, en el marco de sus competencias, de la Defensoría del Pueblo y del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y, de otro lado, la participación de la sociedad civil en los procesos nacionales; [...] Que, para el efectivo, adecuado y oportuno cumplimiento de las obligaciones internacionales en derechos humanos se requiere de un instrumento de gestión que desarrolle un mecanismo nacional para promover la coordinación y articulación de las entidades del Estado, a fin de propiciar la implementación de las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos (DDHH) y, a la vez, estandarizar y simplificar los procesos y procedimientos de coordinación interinstitucional a nivel de gobierno nacional, regional y local, así como fortalecer los mecanismos de recolección que permitan brindar información estadística sobre los avances en la perspectiva de los derechos humanos; asimismo facilitar las formas de colaboración con la sociedad civil”. Que, el mencionado mecanismo nacional facilitará los procesos de elaboración de los informes, incentivará el desarrollo de habilidades para el diálogo constructivo y propiciará el seguimiento de las recomendaciones de los sistemas de promoción y protección internacional de derechos humanos, buscando fortalecer las políticas nacionales en la materia; [...] Que, en atención a lo dispuesto, resulta conveniente aprobar un protocolo intersectorial para promover la coordinación y articulación de las entidades del Estado en aras de implementar adecuadamente las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos;”. PERU. Presidência da República. *Decreto Supremo n. 010-2020-JUS, de 21 de agosto de 2020, que aprueba el “Protocolo Intersectorial para la Participación del Estado peruano ante los Sistemas de Protección Internacional de Derechos Humanos”*. Lima: El Peruano, 2020. p. 15.

constituirse en un instrumento de alcance nacional que promueva mecanismos de coordinación y articulación a fin propiciar la implementación de las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de DDHH y, a la vez, estandarizar y simplificar los procesos y procedimientos de coordinación interinstitucional a nivel de gobierno nacional, regional y local, así como facilitar las formas de colaboración con la sociedad civil. Por consiguiente, genera un espacio en el que, a nivel interno, las entidades públicas puedan evaluar y adoptar medidas sectoriales o multisectoriales, respecto a problemáticas de derechos humanos que los OSPIDH hubiesen identificado en el Perú.⁴⁷

A finalidade do Protocolo envolve a consolidação do seguimento e reporte de informações sobre implementação das reparações, bem como a priorização de linhas de ação, suas fontes de financiamento e linhas de tempo de indicadores para sua realização, demonstrando o amplo alcance do Protocolo Intersetorial. Este apresenta, ainda, a previsão de participação da sociedade civil em um contexto de abertura da gestão pública — sobretudo no que se refere à educação em direitos humanos e acesso à informação — e de colaboração em dados e informações por parte de entidades públicas, considerando, apenas, limitações legais.

Evidencia, igualmente, as perspectivas de deficiência, étnico-racial e de gênero, definindo os enfoques desde cada uma delas, e de inclusão social, de interseccionalidade e de interculturalidade, evidenciando uma característica intergovernamental, com competências definidas e compartilhadas. São definidos os marcos normativos internacionais e nacionais e estabelecidos a organização e articulação intersectorial a partir de competências do Conselho Nacional de Derechos Humanos peruano. Avança ao indicar um fluxo claro de seguimento das decisões internacionais, desde o recebimento da notificação pelo organismo internacional, possibilitando visitas e missões de acompanhamento, até a implementação das obrigações internacionais.

Especificamente em relação ao cumprimento de obrigações internacionais e seu seguimento, a competência para repasse das informações é da Dirección General de Derechos Humanos do Ministério de Justiça e Derechos Humanos. O processo de articulação institucional, também, é coordenado pela DGDH, que se utiliza de

⁴⁷ PERU. Presidência da República. *Decreto Supremo n. 010-2020-JUS, de 21 de agosto de 2020, que aprueba el “Protocolo Intersectorial para la Participación del Estado peruano ante los Sistemas de Protección Internacional de Derechos Humanos”*. Lima: El Peruano, 2020. p. 18.

sistemas de gestão de informação, com o registro, o seguimento e o reporte da implementação das reparações. Há a possibilidade de assistência técnica para a implementação das reparações, por meio do Sistema das Nações Unidas, sendo feita referência a um diálogo com agentes privados, públicos, da sociedade civil e outros órgãos — sem maiores explicações, contudo, em ambos os casos, sobre como ocorrerão referidas trocas.

O Protocolo traz um fluxograma dessa implementação e um anexo com a ficha de seguimento das recomendações internacionais, conforme figuras 2 e 3.

Figura 2

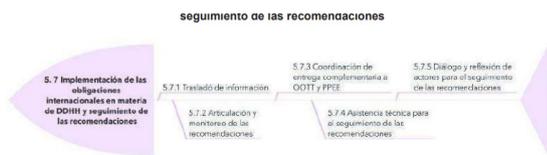


Figura 3 - Nome da figura

Anexo 2: Modelo de desarrollo de ficha de seguimiento de las recomendaciones

FICHA DE SEGUIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES	
<p>Agrupación de recomendaciones por temas y grupos de especial protección.</p> <p>Restituir capacidad jurídica de personas con discapacidad</p> <p>El Congreso reformó el Código Civil y elimina la interdicción civil y el seguimiento de las recomendaciones</p> <p>La Defensoría del Pueblo, en tanto, Mecanismo independiente encargado de Promover, Proteger y Supervisar la aplicación de la reforma la ley de salud mental. En el Informe Defensorial N°162 “El derecho a la salud mental. Supervisión nacional de la implementación del modelo CONADIS, reglamento de atención comunitaria y el camino a la la ley que reconoce la desinstitutionalización”, la Defensoría del Pueblo recomendó al Congreso: “Modificar el artículo 44° del Código Civil y otros vinculados a esta ley que regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, con el objeto de reconocer capacidad jurídica de las personas con discapacidad percibida denominadas ebrios habituales y toxicómanos”.</p> <p>Mediante nota de prensa 147/OO/IDP/2019, la Defensoría del Pueblo felicitó que se implemente su recomendación cambiando la ley de salud mental y prohibiendo el internamiento prolongado para personas con problemas de salud mental.</p>	<p>Acciones requeridas para la implementación de las obligaciones internacionales y el seguimiento de las recomendaciones</p> <p>Información brindada por la sociedad civil, la Defensoría del Pueblo y el Mecanismo de Prevención de la Tortura</p> <p>Información de los planes y las políticas nacionales</p> <p>Información requerida para el punto focal</p> <p>(Informe sobre los avances en la implementación de las recomendaciones consignadas en la matriz de información complementaria).</p>

Considerando-se os baixos índices de cumprimento das sentenças da Corte IDH pelo Peru, especialmente se computadas as decisões totalmente pendentes — ou mesmo materialmente⁴⁸ pendentes — de cumprimento, não há como sinalizar êxito na sistemática estabelecida. Em relação às normativas mexicanas, as normas peruanas pecam em termos de aprofundamento e de desenho institucional. Salmón Gárate⁴⁹ refere, ainda, como obi-

⁴⁸ Em análise das sentenças proferidas pela Corte IDH e os respectivos cumprimentos das decisões, consideraram-se como materialmente pendentes aqueles casos em que apenas as determinações de publicação da sentença e/ou realização de ato de reconhecimento da responsabilidade estatal constam como cumpridos, restando todas as demais determinações totalmente pendentes.

⁴⁹ SALMÓN GARÁTE, Elizabeth. El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P. *Cumplimiento*

ces ao cumprimento das medidas, que “determinadas posiciones políticas, así como problemas en la capacidad de los distintos órganos del Estado, originan que no se pueda haber un cumplimiento total de las reparaciones ordenadas”.

Em relação ao caso peruano, há de se considerar, todavia, que a sistematização de um fluxo de cumprimento das reparações, especificada com o Protocolo Intersectorial, é recente, ainda não sendo possível a visualização dos efeitos práticos em termos de aumento no índice de cumprimento das sentenças, especialmente se considerada a complexidade de muitas dessas determinações e o tempo que demandam para um cumprimento total. Tem-se, por conseguinte, que, estruturalmente, o Peru avançou, significativamente, no estabelecimento de um mecanismo de implementação das sentenças, ainda que alguns pontos mereçam maiores especificações.

5 A evolução colombiana no acompanhamento das determinações internacionais em matéria de direitos humanos

Tal como o Estado peruano, a Colômbia criou, também, uma “Agência Nacional para a Defesa Jurídica do Estado”, por meio do Decreto 4085 de 2011, sem que esta possua, contudo, competência para atuar em temas envolvendo o cumprimento de sentenças internacionais, destinando-se apenas à defesa estatal — fragilizada por escândalos como o do caso Mapiripán, no qual falsas vítimas receberam pagamentos por parte do Estado, evidenciando a fragilidade do compartilhamento de informações internas⁵⁰. Com altos índices de condenação e baixos índices de cumprimento total das sentenças interamericanas, com a maioria delas envolvendo o conflito armado no país⁵¹, não há, a exemplo do México

e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando Realidades. Querétano: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétano, 2019. p. 347-372. p. 371.

⁵⁰ ANZOLA, S. I.; SÁNCHEZ, B. E.; UREÑA, R. Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos – una Propuesta de Metodología. In: MAUÉS, A. M.; MAGALHÃES, B. B. *O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 137-200.

⁵¹ Destaca Mendieta (2021, não paginado) que “de las 40 sentencias proferidas por la Corte IDH contra Colombia em 24 casos difer-

e do Peru, uma vasta regulamentação interna para cumprimento das decisões.

Há de se considerar, como pontuam Acosta López e Espitia⁵², que o caso colombiano de implementação de sentenças possui suas particularidades e complexidades, na medida em que, além da harmonização entre direito nacional e internacional, que já se apresenta como um desafio, o assume em um contexto de um conflito armado que dura mais de 50 anos, com, pelo menos, 7.821.641 vítimas registradas.

Desde 1996, a Colômbia possui a Lei n.º 288, que trata, apenas, das reparações de natureza pecuniária, com caráter internacional, a serem pagas às vítimas, possuindo, também, em termos de reforço da proteção e investigação de violações de direitos humanos, a Unidade Nacional de Promotorias de Direitos Humanos da Fiscalía General de la Nación (Unidad de Derechos Humanos)⁵³. Essa, de mesmo modo, sem competência quando envolvida a implementação de sentenças interamericanas de caráter estruturante e relacionadas com políticas públicas. Entretanto, o país possui mecanismos para a proteção de grupos vulneráveis vítimas de violações de direitos humanos:

exemplos disto são, entre outros, o Comitê de Regulamentação e Avaliação de Riscos da Unidade Administrativa Especial para os Direitos Humanos do Ministério do Interior, o programa de proteção de defensores de direitos humanos, o programa para a proteção de sobreviventes da União Patriótica

entes, 21 tienen relación con el conflicto interno y vulneración a los derechos humanos atribuibles al Estado colombiano por acción, omisión o extralimitación así: homicidio y desaparición forzada (6), masacre (6), homicidios a periodistas, líder indígena, defensor de derechos humanos y senador (4) homicidios y desplazamiento forzado (3), tortura (1), ejecuciones extra judiciales (1) y solo 3 podrían catalogarse que se sustentan en hechos por fuera del conflicto, en donde se vulneró la orientación sexual (1), derechos políticos (1) e protección judicial (1)”.

⁵² ACOSTA LOPÉZ, J. I.; ESPITIA, C. Mecanismos de cumplimiento de sentencias y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia: avances, retos y dificultades. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P. (coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Transformando realidades. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. p. 373-402

⁵³ KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO, L. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos*: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 15-104.

ca e o Partido Comunista Colombiano, o programa de proteção de jornalistas e comunicadores sociais que, no exercício de sua atividade profissional, difundam temas de direitos humanos ou direito humanitário e que, por isto, se encontrem em perigo⁵⁴.

No ano de 2000, foi criado, de forma mais específica, o “Comité Intersectorial Permanente para la Coordinación y Seguimiento de la Política Nacional en Materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”, por meio do Decreto n. 321. Ainda que sem uma criação concreta de atribuições em matéria de implementação e cumprimento de sentenças interamericanas, dois dos objetivos destacados envolvem “promover la adecuación de la legislación nacional a los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales Colombia sea Parte y coadyuvar al cumplimiento de los compromisos internacionales en estas materias” e “analizar las recomendaciones que formulen los organismos internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y evaluar la posibilidad de su implementación en el orden interno”⁵⁵.

Onze anos depois, o Decreto 4100, de 2011, avançou, em alguma medida, no delineamento para a coordenação institucional em matéria de direitos humanos, criando o “Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”, que conta com uma comissão específica, secretaria técnica e grupos de trabalho. Traz, dentre os objetivos, o impulsionamento do cumprimento de obrigações internacionais, sem estabelecer, no entanto, em seu conteúdo, maiores informações sobre um fluxo interno:

1. Fortalecer la capacidad institucional, con el objeto de mejorar las condiciones sociales y del ejercicio de los derechos de las y los colombianos, y el respeto del Derecho Internacional Humanitario.
2. Organizar la institucionalidad pública para garantizar los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario que permita la acción y gestión integral, oportuna, efectiva e idónea del Estado, en los órdenes nacional y territorial.
3. Estructurar la

⁵⁴ KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO, L. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos*: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 15-104. p. 81.

⁵⁵ COLÔMBIA. Presidência da República. Decreto 321, de 25 de fevereiro de 2000, por el cual se crea la Comité Intersectorial Permanente para la Coordinación y Seguimiento de la Política Nacional en Materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Santa Fé de Bogotá: *Diario Oficial*, 2000, 2 de março de 2000. Não paginado.

Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en materia de respeto y garantía de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos y del ambiente, y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. 4. Promover la incorporación del enfoque de derechos y enfoque diferencial en las políticas públicas sectoriales. 5. **Impulsar el cumplimiento y seguimiento de los compromisos y obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.** 6. Contar con un Sistema de Información que permita monitorear, hacer seguimiento y evaluar la situación de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario⁵⁶.

Os decretos citados não trazem, todavia, uma estrutura forte e delineada de cumprimento, indicando, apenas, a intenção de articulação institucional, com algumas competências definidas. Na prática, um Grupo Operativo Interinstitucional e a Procuradoria Geral da Nação vinham, em alguma medida, repassando informações e buscando, quando possível judicialmente, o cumprimento de algumas determinações⁵⁷. O Ministério de Relações Exteriores, posteriormente, tem sido encarregado da direção e da coordenação dos cumprimentos, atuando com grupos de trabalho, especialmente o Grupo Interno de Trabalho de Seguimento a Ordens e Recomendações de Órgãos Internacionais em Matéria de Direitos Humanos — criado por meio da Resolução 5674, de 2015⁵⁸.

A Resolução apresenta definições específicas⁵⁹ sobre a atuação em matéria de seguimento, sendo o Grupo

de Trabalho, sob coordenação do Ministério de Relações Exteriores, responsável pela implementação das decisões interamericanas, evoluindo a Colômbia, significativamente, em termos de regulamentação de uma estrutura adequada de cumprimento das sentenças con-

tária de Derechos Humanos: “1. Asesorar la participación del Ministerio de Relaciones Exteriores en el grupo interinstitucional del subsistema transversal de Asuntos Internacionales del Sistema Nacional de Derechos Humanos, responsable de articular el seguimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los informes de los casos del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acuerdos de solución amistosa homologados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos, en virtud del protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 2. Coordinar la representación del Estado Colombiano y participar en el marco de las audiencias privadas de seguimiento al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en los cuales el Estado Colombiano fue parte. 3. Tramitar ante los Organismos Internacionales de Derechos Humanos en los asuntos relacionados con el seguimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes de los casos del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acuerdos de solución amistosa homologados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. 4. Recopilar información solicitada por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por el Sistema Universal de Derechos Humanos sobre el seguimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los informes de los casos del artículo 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos, acuerdos de solución amistosa homologados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. 5. Articular los espacios de concertación, entre los beneficiarios de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y las Entidades competentes del caso. 6. Articular y recomendar las actividades y gestiones que permitan adelantar el seguimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los informes de los casos de artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acuerdos de solución amistosa homologados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. 7. Dar seguimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los informes de los casos del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acuerdos de solución amistosa homologados ante el sistema Interamericano de Derechos Humanos y a los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. 8. Las demás que le sean asignadas y que por su naturaleza sean afines con las descritas anteriormente”. COLÔMBIA. Ministério das Relações Exteriores. Resolução 5674, de 19 de abril de 2022, por la cual se modifican parcialmente los artículos primero y segundo de la Resolución 5813 del 16 de noviembre de 2011. Bogotá: *Diario Oficial* n.º. 52010, 2022, 19 de abril de 2022.

⁵⁶ COLÔMBIA. Presidência da República. Decreto 4100, de 2 de novembro de 2011, por el cual se crea y organiza el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se modifica la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones. Bogotá: *Diario Oficial*, 2011, 2 de novembro de 2011. não paginado, grifo nosso.

⁵⁷ KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO, L. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais*. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 15-104.

⁵⁸ ACOSTA LOPÉZ, J. I.; ESPITIA, C. Mecanismos de cumplimiento de sentencias y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia: avances, retos y dificultades. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P. (coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Transformando realidades. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. p. 373-402.

⁵⁹ Indica como funções do Grupo de Trabalho Seguimento a las Órdenes y Recomendaciones de los Órganos Internacionales en ma-

denatórias, de forma articulada com entidades competentes em cada caso.

6 Considerações finais

A existência de mecanismos internos de implementação de sentenças não garante, por si só, excelentes níveis de cumprimento das sentenças, dependendo, conforme já analisado, de diferentes fatores que podem configurar-se como causas de não cumprimento das reparações de natureza estruturante. O fator temporal de cumprimento, considerando-se a complexidade envolvida em um cumprimento total por parte dos Estados, assim considerado pela Corte Interamericana, dificulta a visualização de uma relação direta entre os mecanismos internos de execução e os melhores — ou não — índices de cumprimento.

O México é, nesse sentido, diferentemente de Peru e Colômbia — que apresentam baixos índices de cumprimento, se analisados tanto em uma perspectiva geral quanto diante da existência de muitos casos totalmente pendentes de cumprimento — um exemplo de sucesso. Com um sólido sistema de cumprimento interno, possui apenas uma das suas condenações sem alguma medida cumprida: a última proferida pela Corte — Caso Familiares de Digna Ochoa y Plácido, do ano de 2021 — ainda sem relatório de supervisão de cumprimento. Todas as demais condenações, contudo, encontram-se com execução em andamento. O ganho de efetividade decorrente da existência de mecanismos internos é, no contexto mexicano, perceptível a partir da celeridade com que os casos começam a ser cumpridos e pela continuidade da tarefa, mesmo naqueles de natureza complexa.

A partir da compreensão das diferentes experiências estrangeiras apresentadas, é possível constatar algum ganho em termos de cumprimento das sentenças, mas, especialmente, de transparência em relação aos fluxos internos e medidas ainda pendentes de cumprimento, possibilitando um melhor controle e compreensão desse processo por toda a sociedade e pelos atores envolvidos.

Referências

ACOSTA LOPEZ, J. I.; ESPITIA, C. Mecanismos de cumplimiento de sentencias y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia: avances, retos y dificultades. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALES-SANDRI, P. (coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. p. 373-402.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El juez estatal en la era del constitucionalismo de los derechos. In: LEAL, M. C. H.; ALVES, F. D. (org.). *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba: Prismas, 2017.

ANZOLA, S. I.; SÁNCHEZ, B. E.; UREÑA, R. Después del Fallo: el Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos – una Propuesta de Metodología. In: MAUÉS, A. M.; MAGALHÃES, B. B. *O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 137-200.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos em el derecho constitucional comparado latinoamericano*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

CALIXTO, Angela Jank. Rule of law in the international arena: the importance of practices of legality. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 111-130, 2021.

COLÔMBIA. Ministério das Relações Exteriores. Resolução 5674, de 19 de abril de 2022, por la cual se modifican parcialmente los artículos primero y segundo de la Resolución 5813 del 16 de noviembre de 2011. Bogotá: *Diario Oficial n.º 52010*, 2022, 19 de abril de 2022.

COLÔMBIA. Presidência da República. Decreto 321, de 25 de fevereiro de 2000, por el cual se crea la Comité Intersectorial Permanente para la Coordinación y Seguimiento de la Política Nacional en Materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Santa Fé de Bogotá: *Diario Oficial*, 2000, 2 de março de 2000.

COLÔMBIA. Presidência da República. Decreto 4100, de 2 de novembro de 2011, por el cual se crea y organiza el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se modifica la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones. Bogotá: *Diario Oficial*, 2011, 2 de novembro de 2011.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. A interação entre os espaços constitucionais nacionais e seus impactos no sistema de fontes de direito: as lições da proteção cooperativa de direitos humanos e o caso da integração europeia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 172-191, 2021

HERNÁNDEZ ÁVILA, Emmer Antonio. Poder Legislativo y cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a propósito de México. *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, v. 10, n. 20, p. 92-112, 2021.

HERRERA GARCÍA, Alfonso. A diez años de la reforma mexicana sobre derechos humanos: una propuesta de cuatro fases jurisprudenciales. In: BAZÁN, V.; FUCHS, M. C. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*: Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 185-204.

HERRERA GARCÍA, Alfonso. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Supremo Corte en la Búsqueda de su cumplimiento. In: BAZÁN, V. FUCHS, M. C.; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*: Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2020. p. 201-222.

KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO, L. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos*: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 15-104.

MÉXICO. Constituição (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Querétano: Assembleia Constituinte, 1917.

MÉXICO. Ley General de Víctimas, de 9 de janeiro de 2013. *Diario Oficial de la Federación*. Ciudad de México.

Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>. Acesso em: fev. 2022.

MÉXICO. Secretaría de Relaciones Exteriores. *Sistema de Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (SERIDH)*. Disponível em: <https://seridh.sre.gob.mx/publico>. Acesso em: 12 abr. 2022.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. In: MARDONES, Hugo Ignacio Llanos; ALBÓNICO, Eduardo Picand. *Estudios de Derecho Internacional*: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla. Santiago, Abeledo Perrot, 2012. p. 265-304.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenio de sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, 1 jul. 1978. Disponível em: <https://corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf>.

PERU. Presidência da República. *Decreto Legislativo n. 1068, de 28 de junho de 2008*. Lima: El Peruano, 2008.

PERU. Presidência da República. *Decreto Supremo n.º 010-2020-JUS, de 21 de agosto de 2020, que aprueba el "Protocolo Intersectorial para la Participación del Estado peruano ante los Sistemas de Protección Internacional de Derechos Humanos"*. Lima: El Peruano, 2020.

PERU. Presidência da República. *Decreto Supremo n.º 014-2000-JUS, de 22 de dezembro de 2000, que establecen procedimientos a fin de propiciar el seguimiento de recomendaciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos y constituyen Grupo de Trabajo que asumirá funciones del Consejo Nacional de Derechos Humanos*. Lima: El Peruano, 2000.

SALMÓN GARÁTE, Elizabeth. El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú. In: VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E; MORALES ANTONIAZZI, M.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P.; *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Transformando Realidades. Querétano: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétano, 2019. p. 347-372.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; DUTRA, Deo Campos. Direito Comparado e Política: reflexões necessárias. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 41-54, 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Podemos pensar num direito internacional comparado?

Viabilidades e obstáculos na fronteira entre direito internacional e direito comparado

Can we think about a comparative international law?

Feasibility and obstacles on the borders of international law and comparative law

Deo Campos

Raphael Carvalho de Vasconcelos

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Podemos pensar num direito internacional comparado? Viabilidades e obstáculos na fronteira entre direito internacional e direito comparado*

Can we think about a comparative international law? Feasibility and obstacles on the borders of international law and comparative law

Deo Campos**

Raphael Carvalho de Vasconcelos***

Resumo

O presente artigo tem como intuito apresentar a possibilidade da formação de um campo autônomo de estudo no Direito: o Direito Internacional Comparado. Nesse sentido, apresentamos, como hipótese inicial, o argumento de que a mobilização conjunta do Direito Internacional e do Direito Comparado contribui não apenas para a produção de um conhecimento científico diverso daquele realizado por esses campos de forma isolada, bem como rigoroso e crítico. Para confirmar essa hipótese, e adotando uma metodologia analítica e descritiva, investigamos as principais características, métodos de aplicação e perspectivas abertas por esses campos ainda pouco explorado na pesquisa jurídica.

Palavra-chave: direito internacional público; direito comparado; direito internacional comparado.

Abstract

This article aims to present the possibility of forming an autonomous field of study in Law: Comparative International Law. In this sense, we present as an initial hypothesis the argument that the mobilization of both International Law and Comparative Law contributes not only to the production of a scientific knowledge different from that realized by these fields separately, as well as rigorous and critical. To confirm this hypothesis, and adopting an analytical and descriptive methodology, we investigated its main characteristics, methods, and perspectives.

Keywords: public international law; comparative law; comparative international law.

* Recebido em 16/05/2022
Aprovado em 13/10/2022

** Doutor em Direito Público pela Universidade Paris X. Doutor em Direito pela PUC-RIO. Mestre em Direito pela PUC-RIO. Mestre em Direito Comparado pela Université Paris Panthéon-Sorbonne. Pesquisador visitante na EHESP/Paris e Queen's University/ Canadá. Avaliador de curso do INEP/MEC. Email: deo_campos@yahoo.com.br

*** Professor Titular de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), mestrado e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestrado e doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP).. Email: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

1 Introdução

O desafio de realizar a pesquisa comparada tendo como um dos instrumentos teóricos–metodológicos o direito comparado em suas pesquisas científicas é reconhecidamente uma das ferramentas mais complexas da atividade do internacionalista.

A característica particular do seu ofício, que o obriga a investigar não somente sistemas, mas atores e relações jurídicas das mais diversas origens, é a “pedra de toque” para todo pesquisador debruçado no direito internacional. Dentre os diversos profissionais envolvidos com o processo de internacionalização do direito, talvez os mais confortáveis com o processo de comparação jurídica sejam os internacionalistas privatistas.

A relação entre os privatistas e a análise da lei estrangeira pode ser considerada histórica. Grande parte dos estudiosos mais destacados do direito comparado, inclusive, são oriundos do estudo do direito privado, inicialmente, o comercial¹.² Não é surpresa, portanto, que os trabalhos mais influentes da área centrem seus esforços no campo do direito privado³.

Entre os temas abordados pelo direito comparado, a íntima relação entre os dois campos pode ser compreendida na medida em que ambas as disciplinas lidam, de maneira direta, com as aplicações no direito interno de diversos sistemas estrangeiros⁴.

Num primeiro momento, constatamos que o trabalho do internacionalista privatista e do comparatista requer uma série de instrumentos comuns. A análise da lei estrangeira, uma biblioteca com obras de diversos países e seus respectivos sistemas, e o — surpreendentemente pouco abordado — complexo trabalho de tra-

duzir textos jurídicos⁵ em diversas línguas constituem objetos imprescindíveis para os pesquisadores de ambos os campos alcançarem seus melhores resultados.

Essa proximidade, evidentemente, não faz com o que os dois campos da pesquisa jurídica possam ser considerados idênticos. Ambas as disciplinas são completamente autônomas, adotando métodos e práticas que, mesmo podendo se aproximar, são absolutamente distintas⁶.

Sua afinidade também pode ser compreendida na medida em que o direito comparado se viu atrelado de maneira muito particular ao método de comparação nomeado de funcionalismo⁷. Sua característica, a busca pela identificação entre as semelhantes funções normativas de diversas leis entre diversos direitos estrangeiros, beneficia uma análise utilitária dos sistemas alienígenas, mas contribui, de maneira muito prática, para o trabalho do internacionalista privatista.

As relações entre os campos, por outro lado, nem sempre é pacífica. Segundo Reimann, a adoção no último século, por parte dos comparatistas, de um viés universalista, ensaiando incisivamente projetos para uma uniformidade legal, colocaria em risco a própria razão de ser do direito internacional privado, podendo, inclusive, colocar as duas disciplinas em campos opostos⁸.

De qualquer maneira, podemos identificar um forte e histórico vínculo entre as duas disciplinas, não somente em razão de suas características e objetivos particulares, mas sobretudo em função da destacada contribuição dos autores vinculados ao direito privado no estudo e desenvolvimento do direito comparado.

Por outro lado, a relação entre direito interacional e direito comparado nem sempre foi evidente. O direito internacional público, por sua vez, mesmo com algumas importantes contribuições, teve, durante anos, uma

¹ HUG, Walther. The history of comparative law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 45, n. 6, p. 1027-1070, abr. 1932.

² Já em 1932 o professor Elemér Balogh dedicava seu curso em Haia para o tema. Segundo o autor, “o Direito comparado e o direito internacional privado são os únicos campos da ciência jurídica que se ocupam *ex-officio* a diversidade das legislações civis existentes, eles se tornarão supérfluos se essa diversidade desaparecer ou deverão ser abandonados se eles se acentuar exageradamente”. BALOGH, Elemér. *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé. Recueil des cours*, Leiden, v. 57, n. 3, p. 577, 1936.

³ NOVA, Rodolfo de. Historical and comparative introduction to conflict of laws. *Recueil des Cours*, v. 118, p. 435-612, 1966. KAHN-FREUND, Otto. On uses and misuses of comparative law. *The Modern Law Review*, Londres, v. 37, n. 1, p.1–27, jan. 1974.

⁴ MUIR WATT, Horatia. Private international law. *In: SMITS, Jan M. Elgar encyclopedia of comparative law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2006. p. 566-578. p. 566.

⁵ Sobre o tema, recomenda-se: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2001. GLANERTI, Simone. Law-in-translation: an assemblage in motion. *The Translator*, v. 20, n. 3, p. 255-272, set. 2014.

⁶ SCHLESINGER, Rudolf B. The role of the “basic course” in the teaching of foreign and comparative law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, n. 4, p. 616-623, 1971. p. 616.

⁷ ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 34.

⁸ REIMANN, Mathias. Comparative law and private international law. *In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard* (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1364-1395. p. 1367.

posição periférica no diálogo com o campo do direito comparado.

Esse campo foi inicialmente delineado no início dos anos de 1960 e a utilização do método comparado no estudo do direito internacional público pode ser observada nos anos de 1970-1980. Essa utilização, por outro lado, mostra-se fragmentária, quase que de forma incidental^{9 10}.

Esse distanciamento se daria, relatam alguns estudiosos, em razão das próprias características do direito internacional público, voltado, inicialmente, para o estudo das relações entre Estados soberanos, o que pouco interessaria ao direito comparado. Dessa maneira, haveria pouca afinidade prática entre as disciplinas.

Outra razão seria a pouca atenção dada pelos internacionalistas publicistas ao estudo do direito comparado. Ao mesmo tempo, os comparatistas centrariam seus estudos nos sistemas jurídicos nacionais, ignorando o direito internacional como objeto de estudo¹¹.

Em contrapartida, podemos identificar um movimento de estudiosos do direito comparado que aproximam seu campo de investigação com a dimensão dita “pública” do direito.¹² Esses pesquisadores voltaram, recentemente, a ocupar um espaço de destaque nos estudos comparatistas.¹³

O nomeado “renascimento” do direito constitucional comparado, por exemplo, forjado pelo interesse e

força dos grupos de pesquisa de grandes universidades norte-americanas, e uma maior abertura dos tribunais ao direito estrangeiro, é um dos maiores exemplos desse novo momento do direito comparado¹⁴.

Essa “renovação” do campo do direito público comparado, por sua vez, não é inédita. Há, na história da disciplina, uma participação relevante de diversos constitucionalistas e internacionalistas no estudo comparativo¹⁵. A figura emblemática de Montesquieu, por exemplo, e seus estudos comparativos evidenciam essa constatação¹⁶.

Esse novo movimento também se destaca pela renovação de um grupo de pesquisadores preocupados com o estudo daquilo que ficou convencionalizado no Brasil como direito internacional público¹⁷.

A renascença do interesse do direito internacional no direito comparado teria sua origem nos trabalhos da perspectiva crítica do direito internacional¹⁸. Por outro lado, autores alertam que, se o renascimento é recente, seu interesse é fruto de um processo anterior, ocorrido, precisamente, na primeira metade do século vinte, resultado da análise por parte de estudiosos que comparavam os sistemas capitalistas e socialistas e suas relações com o direito internacional¹⁹.

Esse renovado fluxo de interesse no campo vem produzindo importantes encontros e debates científicos no mundo.²⁰ Da mesma maneira, observa-se a busca

⁹ DAMIRLI, M. A. Comparative international law in the quest for academic identity. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 59-75, 2016. p. 59.

¹⁰ Importantes e pioneiros pesquisadores do campo, por outro lado, já publicavam sobre o tema, como os professores Edward McWhinney e W. E. Butler. Para mais detalhes, indica-se: MCWHINNEY, Edward. The future of international law. In: *Workshop Series*. The Hague Academy of International Law. Londen: Ed. Academie de droit International de La Haye, 1984.

¹¹ REIMANN, Mathias. Comparative Law and neighbouring disciplines. In: BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. *The Cambridge Companion to Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 13-35. p. 18.

¹² Neste sentido, é importante salientar, entendemos o conceito de direito público dentro de uma concepção que é resultado de um processo histórico ocidental e tem como objetivo regular/vincular o governo. Para detalhes: LOUGHLIN, Martin. *Foundations of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 8.

¹³ Ao mesmo tempo, centros de pesquisa como o Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law e o trabalho de diversos publicistas alemães, impulsionam o estudo do direito público comparado na Europa. Para mais informações: MAX PLANCK INSTITUTE. *About Us*. Disponível em: <https://www.mpil.de/en/pub/news.cfm>. Acesso em: 12 maio 2022.

¹⁴ FONTANA, David. The rise and fall of comparative constitutional law. *The Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 36, n. 1, p. 2-53, 2011. BREYER, Stephen. *The court and the world: american law and the new global realities*. New York: Vintage Books, 2016. CAMPOS, Deo; VIEIRA, José Ribas. O direito constitucional comparado entre renascimento e consolidação. *Seqüência*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 69-94, ago. 2017.

¹⁵ MARKESINIS, Basil. *Comparative law in the courtroom and classroom: the story of the last thirty-five years*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 43.

¹⁶ RILES, Annelise. *Rethinking the masters of comparative law*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

¹⁷ MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. São Paulo: Quartier Latin, 2001. p. 26.

¹⁸ KENNEDY, David. New Approaches to comparative law and international governance. *Utah Law Review*, Salt Lake City, v. 2, n. 545, p. 545-638, 1997.

¹⁹ MAMLYUK, Boris N.; MATTEI, Ugo. Comparative international law. *Brooklyn Journal of International Law*, Nova Iorque, v. 36, n. 2, p. 386-452, 2011. p. 388.

²⁰ Esse interesse pode ser observado com a publicação em uma edição em 2015, resultado de um simpósio realizado anteriormente, do American Journal of Comparative Law totalmente dedicado ao

por uma identidade acadêmica própria do campo, com seus objetos e reflexões específicos²¹.

Observamos que o estudo comparado do direito internacional público (a partir de agora somente *direito internacional comparado ou DIC*), chama, cada vez mais, atenção e desperta algumas importantes perguntas, objeto central desta investigação.

As duas primeiras, mais elementares, porém centrais, questionam: de que se trata, afinal, o nomeado direito internacional comparado? Seria ele um campo específico do direito? A terceira, intrinsecamente conectada às duas primeiras, mas com objetivos mais restritos, problematiza: como podemos aplicar, de forma efetiva, o direito comparado no estudo do direito internacional público?

Nossa hipótese inicial defende a ideia de que estamos diante de um campo autônomo do direito, com metodologia específica e área de atuação delimitada e, quando bem trabalhado, pode construir importantes e originais contribuições tanto para o estudo do direito internacional bem como para o estudo do direito comparado.

Sem a pretensão de exaurir o tema, mas com a intenção de responder ambas as questões postas acima, esse trabalho tem como objetivo formular as bases para uma ampla e inicial abordagem de um dos mais profícuos campos do estudo do direito em sua dimensão internacional.

Isto porque entendemos que tal campo de pesquisa pode contribuir, de forma substancial, para o processo de produção de novos e mais rigorosos processos de pesquisa envolvendo o campo do direito internacional. O desenvolvimento desse “novo espaço de trabalho” para o pesquisador abre caminho para a formulação de novos problemas de pesquisa e, conseqüentemente, novas abordagens relativas aos temas que envolvem os campos.

Para alcançarmos nossos objetivos e respondermos às problematizações supraelaboradas, adotamos, como metodologia, em ambos os momentos deste texto, um

tema. Mais detalhes: *The American Journal of International Law*, v. 109, n. 3, 2015. Recentemente, a revista *Journal of Comparative Law*, também dedicou um número exclusivamente ao tema. Recomenda-se: *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, 2016.

²¹ DAMIRLI, M. A. Comparative international law in the quest for academic identity. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 59-75, 2016.

processo metodológico descritivo e analítico, privilegiando pesquisas qualitativas de cunho bibliográfico²².

2 Entendendo o direito internacional comparado

O sofisticado trabalho que pretende conectar os campos do direito internacional público e o direito comparado teve, na última década do século vinte, uma importante contribuição.

Com o intuito de celebrar o centenário do primeiro congresso de direito comparado realizado em 1900 em Paris, diversos estudiosos se reuniram em Nova Orleans nos EUA em 2000 em torno do tema²³. Desse trabalho resultaram contribuições que, malgrado a sua importância para o campo, não reverberaram a atenção merecida entre os comparatistas.

Passada mais de duas décadas desse importante evento científico, esse objeto, ainda, permanece praticamente inexplorado e poucos são os trabalhos desenvolvidos que abordam de maneira substancialmente atenta o tema²⁴.

As relações entre direito comparado e direito internacional não são claras para diversos autores que trabalham no campo do direito internacional. Ao mesmo tempo, por mais que possamos dizer que o ofício dos advogados internacionalistas é marcado pela aplicação do processo de comparação²⁵, há, nitidamente, uma enorme ausência de trabalhos, sejam de ordem prática ou de estudos acadêmicos, que dedicam seus esforços para investigar as relações entre as duas disciplinas, o que contribui para uma má compreensão das relações entre os campos^{26 27}.

²² CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Paris: Dalloz, 2014. p. 10-14.

²³ BLANC-JOUVAN, Xavier. Centennial World Congress on Comparative Law: opening remark. *Tulane Law Review*, v. 75, p. 1235-124, 2000/2001.

²⁴ MAMLYUK, Boris N.; MATTEI, Ugo. Comparative international law. *Brooklyn Journal of International Law*, Nova Iorque, v. 36, n. 2, p. 386-452, 2011. p. 386.

²⁵ BUTLER, William. Comparative approaches to international law. *Recueil des Cours*, v. 190, p. 9-89, 1985. p. 30.

²⁶ FORTEAU, Mathias. Comparative international law within, not against, international law: lessons from the International Law Commission. *The American Journal of International Law*, v. 109, n. 3, p. 498-513, jul. 2015. p. 498.

²⁷ Essa ausência de estudos preocupados com as relações entre dire-

Segundo alguns internacionalistas, a análise comparativa não seria sequer necessária para o estudo do direito internacional. Alain Pellet, ancorado em decisões da Corte Internacional de Justiça, não considera necessária a aplicação de um estudo comparado para uma melhor compreensão dos sentidos de termos como costume internacional e princípios do direito. Para Pellet, o método do direito comparado não seria uma ferramenta de grande utilidade para o direito internacional público²⁸.

Por outro lado, enquanto alguns consideram as disciplinas “ligeiramente complementares”²⁹, outros as veem como um verdadeiro fenômeno que “folgadoamente” funde o conteúdo material do direito internacional público com metodologias do direito comparado³⁰.

Segundo Mereille Delmas-Marty, a globalização trouxe um processo sem precedentes de aproximação entre o direito interno e o direito internacional. As esferas nacionais e internacional passaram por um processo de hibridação do sistema jurídico dos países, especialmente pelo fato de que diversas normas internas, atualmente, são oriundas de um processo de formulação que é decorrente de fontes internacionais.

Dessa maneira, o estudo do direito comparado, em conjunto ao do direito internacional, é necessário na medida em que ele nos auxilia a compreender melhor o desenvolvimento de internalização das normativas internacionais e, de uma maneira subsidiária, contribui para o estudo do processo de harmonização do direito internacional e do direito nacional³¹.

ito internacional e direito comparado não impediu que importantes e históricas contribuições fossem feitas dentro do campo no século vinte. O trabalho de Evgeny A. Korovin e seu “Contemporary Public International Law”; John Hazard e “Fragments of Lectures on the History of International Relations” e William Butler são bons exemplos. Para uma análise das contribuições desses autores, sugere-se: MAMLYUK, Boris N.; MATTEI, Ugo. Comparative international law. *Brooklyn Journal of International Law*, Nova Iorque, v. 36, n. 2, p. 386-452, 2011.

²⁸ PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas et al. (ed.). *The Statute of The International Court of Justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

²⁹ BERMANN, George A. La Conférence. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 55, n. 3, p. 519-529, jul./set. 2003. p. 519.

³⁰ ROBERTS, Anthea. Comparative International Law? The role of national courts in creating and enforcing international law. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 60, n. 1, p. 57-92, jan. 2011. p. 73; ZADOROZHNYI, O. V. On the question of comparative international law or on the comparative method of research in the science of international law. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 85-91, 2016. p. 85.

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. The contribution of comparative law to a pluralist conception for international criminal law. *Journal of*

De qualquer forma, o que pode ser observado é a diversidade de pontos em comum entre o direito internacional público e o direito comparado. Essencialmente, e assim como o direito internacional privado, o direito internacional público e o direito comparado possuem como ponto central de aproximação a necessidade inerente de ambas as disciplinas em estudar e comparar sistemas jurídicos que são próprios em países diferentes. Podemos afirmar, com isso, que a base de ambas as disciplinas é a mesma: “a multiplicidade de sistemas jurídicos” e suas relações³².

A aproximação entre as disciplinas é evidenciada também na medida em que levam o pensamento jurídico para além das tradicionais linhas da fronteira nacional, restringindo o estudo do direito ao estudo nas normas pátrias. Ao contrário, ambas as disciplinas evidenciam a característica cosmopolita³³ que o direito possui, compelindo ao estudioso do direito a ir além as fronteiras nacionais.

A própria natureza de ambos os conteúdos, inclusive, fornece a seus estudiosos uma ampla gama de reflexões críticas que fazem com que elas possam ser consideradas, inclusive, subversivas. A relação entre a política e o direito no direito internacional público e do direito comparado é um exemplo³⁴.

O estudo do direito internacional público por si só deixa, de forma clara, a importância que a política tem para o processo de formação, desenvolvimento e solidificação do direito. A experiência da influência da política no trabalho dos internacionalistas é de tamanho reconhecimento que, atualmente, já é considerada clássica a constatação do professor Celso Mello de que o “direito não é um remédio (eficaz) contra a política”³⁵.

International Criminal Justice, v. 1, n. 1, p. 13-25, abr. 2003. p. 16.

³² KISS, Charles Alexandre. Droit comparé et droit international public. *Revue internationale de droit comparé*. v. 24, n. 1, p. 5-12, jan./mar. 1972. p. 5.

³³ Sobre o tema: CITTADINO, Gisele; CAMPOS, Deo. Cosmopolitismo jurídico: pretensões e posições na interseção entre filosofia política e direito. *NOMOS*, Fortaleza, v. 33, n. 1, p. 73-89, jan./jun. 2013.

³⁴ Para uma análise do tema: VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de; CAMPOS, Deo. Direito comparado e política: reflexões necessárias. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 42-55, abr. 2020.

³⁵ MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Da mesma maneira, o estudo do direito comparado não pode se alienar dessa reflexão³⁶. Muito pelo contrário. A realização da comparação jurídica serve, inclusive, para desnudar diversas agendas políticas que se escondem nas normativas em vigor. Isso faz com que, assim como o direito, o ato de comparação seja considerado uma operação que vai além da técnica, que possui implicações claramente éticas e políticas^{37 38}.

Os *insights* desenvolvidos no campo do direito comparado podem ser um importante manancial para o estudo da política no campo do direito internacional. Assim como o direito constitucional e o direito internacional público, a teoria política, como reflexo de um complexo processo de construção cultural da normativa jurídica, é ponto de interesse e trabalho dos comparatistas publicistas e deve ser uma ferramenta utilizada.

Ao mesmo tempo, é impossível pensar que o trabalho do internacionalista e do comparatista possa ser distanciado de uma abordagem interdisciplinar. Para que o estudo direito internacional e do direito comparado possua um mínimo de rigor científico, o pesquisador terá, necessariamente, de realizar um trabalho que perpassa por estudos de política, filosofia, economia ou sociologia. É impensável, sobretudo hoje com a complexidade das relações internacionais, a realização de um estudo de direito internacional que prescindia dessa atenção³⁹.

Essa importante aproximação entre os campos do saber não promove, evidentemente, sua fusão. Podemos identificar uma diferenciação já no que diz respeito às suas fontes, claramente distintas. Enquanto o direito comparado preocupa-se com o estudo das semelhanças e diferenças entre culturas jurídicas, o direito internacional público centra seus esforços na análise dos resulta-

dos jurídicos das relações internacionais e seus diversos participantes, inclusive os indivíduos e suas particularidades, tema caro ao direito comparado⁴⁰.

O conceito de direito internacional comparado, como poderíamos esperar de um campo ainda em processo de desenvolvimento, é fluido. Numa primeira acepção, poderíamos dizer, na esteira de outros autores que se dedicam ao tema, que o direito internacional comparado pode ser entendido como: “a análise, identificação e o esclarecimento entre as similaridades e diferenças de como cada ator de diferentes sistemas legais, compreende, interpreta, aplica e aborda o direito internacional público”⁴¹.

Para Behruz, a expressão direito internacional comparado significa a interação entre o direito internacional e a teoria do direito comparado e vai além da utilização dos métodos de comparação jurídica pelos internacionalistas.

Ela significa, substancialmente, uma interação nos mais diversos níveis, que perpassam não somente a aplicação do direito estrangeiro, mas avançam e contribuem para debates relativos a questões como colonialismo, desenvolvimento econômico e social, xenofobia, entre outros.

Se o direito internacional público almeja, completa o autor, enfrentar grandes desafios em sua jornada, o direito comparado, talvez, seja um dos seus melhores companheiros de viagem na busca em conectar de forma fértil o direito interno e o internacional⁴².

Nesse sentido, o campo se afasta dos debates sobre fragmentação do direito internacional, na medida em que este aborda, tipicamente, as diferenças que surgem entre diversos subcampos do direito internacional. Ao contrário, o direito internacional comparado foca sua atenção na maneira pela qual cada ator, seja nacional, regional ou global, aborda o direito internacional⁴³.

³⁶ KENNEDY, David. New Approaches to comparative law and international governance. *Utah Law Review*, Salt Lake City, v. 2, n. 545, p. 545-638, 1997. p. 345.

³⁷ FRANKENBERG, Günter. *Comparativa law as critique*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 231.

³⁸ Para uma análise acurada sobre o tema da relação entre o Poder e o Direito Internacional em língua portuguesa: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

³⁹ Sobre o tema: GLENDON, Mary Ann. Why cross boundaries. *Washington and Lee Law Review*, Lexington, v. 53, n. 3, p. 971-980, 1996. AALBERTS, Tanja E. The politics of international law and the perils and promises of interdisciplinarity. *Leiden Journal of International Law*, v. 26, n. 3, p. 503-508, set. 2013. Para uma perspectiva crítica: BALKIN, J. M. Interdisciplinarity as colonization. *Washington and Lee Law Review*, Lexington, v. 53, n. 3, p. 949-970, 1996.

⁴⁰ BERMANN, George A. La Conférence. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 55, n. 3, p. 519-529, jul./set. 2003. p. 520.

⁴¹ ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. Comparative international law: framing the field. *The American Journal Of International Law*, v. 109, n. 3, p. 467-474, jul. 2015. p. 469.

⁴² BEHRUZ, H. Comparative international law: interaction of comparative jurisprudence and international law. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p.76-84, 2016. p. 84.

⁴³ ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. Comparative international law: framing the field. *The American Journal Of International Law*, v. 109, n. 3, p. 467-474, jul. 2015. p. 469.

A escopo da matéria também pode ser estendido como a necessidade de se estudar os obstáculos existentes para a efetivação dos arranjos internacionais; a comparação entre as histórias do direito internacional em cada país e a maneira pela qual as nações desenvolveram suas perspectivas particulares para as instituições internacionais⁴⁴.

Segundo Mattei e Mamlyuk, esse processo é inicialmente realizado para satisfazer o “instinto básico” do pesquisador em “catalogar, arquivar, ordenar e compreender” sendo apenas mais uma taxonomia legal que tem como premissa facilitar e desenvolver a compreensão do direito. O direito internacional comparado, no seu mais básico nível, serviria para comparar as diferentes posições doutrinárias relacionadas ao direito internacional⁴⁵.

O trabalho do direito internacional comparado serve, sobretudo, para enfrentar os novos desafios surgidos no campo da internacionalização do direito. Esses estímulos exigem do estudioso uma abordagem que consiga, obtendo seus fundamentos do direito internacional e comparado, construir uma nova maneira de se estudar o direito internacional. Essa nova forma é baseada, fundamentalmente, na ideia de uma ampla e colaborativa pesquisa, pautada no diálogo e na troca entre os dois ramos do direito⁴⁶.

Dessa maneira, podemos dizer que o estudo comparado do direito internacional público está preocupado em compreender a atuação dos diversos atores que compõem as relações internacionais em seus mais diversos aspectos. Ele também pretende alcançar uma certa profundidade no entendimento de como a dinâmica do direito internacional se dá ao apontar como as relações jurídicas desempenhadas no campo internacional se configuram, inclusive internamente, nos Estados.

Nesse sentido, um trabalho de direito comparado que pretende analisar as culturas jurídicas envolvidas na formulação de um tratado se mostra imprescindível para a apresentação de propostas de normativas jurídicas internacionais que possam não somente ser objeto de um mínimo possível de reservas por parte dos inte-

grantes do tratado, mas capazes de serem efetivamente colocadas em prática dentro do sistema interno de cada país.⁴⁷

O trabalho comparatista também pode atuar de maneira local ao centrar seus esforços na forma pela qual cada tribunal nacional relaciona-se não somente com o direito proveniente dos grandes acordos internacionais, mas também daquele proveniente dos tribunais internacionais que cada país optou por submeter-se.

Assim, o direito internacional comparado, verdadeiro campo autônomo constituído na interseção entre direito internacional e direito comparado, tem como conteúdo o estudo da formulação, desenvolvimento e posterior aplicação e efetividade das normativas internacionais em cada cultura jurídica envolvida no processo de concretização do direito internacional público, na medida em que sua contribuição, ao identificar pontos de aproximação e distanciamento, contribui para uma análise mais acurada de todo esse arco que vai da formulação à efetividade da normativa em estudo.

Essa aliança estratégica contribui para que o estudo da normatividade internacional possa ser expandido em rigor e profundidade nas suas formulações teóricas. Entender, de maneira profunda, os pontos de contato entre os atores do direito internacional e as proximidades ou distanciamentos da dinâmica jurídica interna em cada país é, por exemplo, parte imprescindível para uma melhor compreensão do direito internacional.

Para que essa parceria possa ser empreendida, é fundamental, entretanto, entendermos o trabalho de realização desse processo, e como esse empreendimento pode ser aplicado, sempre considerando a produção de um novo e interdisciplinar conhecimento científico. Este é, precisamente, o objeto da segunda parte deste texto.

⁴⁴ BUTLER, William. *International law in comparative perspective*. New York: Springer, 1980. p. 36.

⁴⁵ MAMLYUK, Boris N.; MATTEI, Ugo. Comparative international law. *Brooklyn Journal of International Law*, Nova Iorque, v. 36, n. 2, p. 386-452, 2011. p. 391.

⁴⁶ BUTLER, William. Comparative approaches to international law. *Recueil des Cours*, v. 190, p. 9-89, 1985. p. ix.

⁴⁷ Sobre o tema das culturas jurídicas: FRIEDMAN, Lawrence M. Is there a modern legal culture. *Ratio Juris*, v. 7, n. 2, p. 117-131, jul. 1994; NELKEN, David. Disclosing/invoking legal culture: an introduction. *Social & Legal Studies*, v. 4, n. 4, p. 435-452, dez. 1995; e VON BENDA-BECKMANN, Franz; VON BENDA-BECKMANN, Keebet. Why not legal culture. *Journal of Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 104-117, 2010.

3 Aplicando o direito internacional comparado

Pretendemos demonstrar, neste artigo, a possibilidade real de pensarmos um campo que, apesar de historicamente desprestigiado, tem uma profunda importância para o estudo do direito numa perspectiva internacional. A partir desse momento, nosso intento passa a ser outro, qual seja, analisar a maneira pela qual este estudo pode ser realizado.

O direito internacional comparado é uma possibilidade real de pesquisa científica para o jurista. Isso não somente porque entendemos que há uma aproximação dos campos de pesquisa, mas também pela importante contribuição que o direito comparado pode oferecer ao direito internacional.

É evidente que a complexidade das relações internacionais nos impedirá de exaurir a gama de proposições que o direito internacional comparado pode oferecer ao pesquisador do direito. Contudo, acreditamos ser possível inicialmente identificarmos não somente um conjunto de métodos que podem ser utilizados pelo direito internacional comparado, mas, sobretudo, as reflexões em torno das aplicações desse campo de estudo.

Antes de adentrarmos no contorno específico do direito internacional comparado, é importante nos lembrar de alguns alertas que a Teoria da Comparação Jurídica desenvolveu nos últimos anos e que são de grande utilidade para todo comparatista na aplicação de seu projeto científico.

Essas construções teóricas não somente auxiliam o trabalho de qualquer área de comparação, mas proporcionam ao estudo do direito comparado um maior rigor científico, fornecendo a possibilidade de uma potencialização do estudo comparado.

Altamente interdisciplinar e com toda uma produção que, apesar de diminuta, é muito significativa pela sua qualidade, a Teoria da Comparação Jurídica dialoga com todos os saberes do direito e é um ponto de interseção obrigatório para o estudioso da comparação. Atualmente, podemos afirmar que o direito comparado vem se desenvolvendo na direção de uma perspectiva que ultrapassa a sua chamada “linha ortodoxa”, próxi-

ma de uma clássica ideia cartesiana de se fazer comparação⁴⁸.

A ideia da realização de um trabalho comparado que somente será científico se estiver imbuído de uma pretensa neutralidade, somada a uma indiferente objetividade, é substituída cada vez mais pela compreensão de que é inevitável ao comparatista estar aberto à complexidade e aos desafios que as diferenças entre as culturas jurídicas exigem dele⁴⁹. Assim, as palavras de ordem passam a ser contexto e interdisciplinariedade⁵⁰.

A comparação jurídica se torna, assim, cada vez mais, não somente a busca pela compreensão de como as ideias jurídicas podem ser transplantadas de um sistema ao outro⁵¹, como os formatos legais similares podem ser identificados em diversos sistemas jurídicos⁵², ou até mesmo como as normas constitucionais podem migrar⁵³.

Ela passa também a ter a preocupação em compreender, em relação às diferenças identificadas nos sistemas jurídicos estrangeiros, pontos de ruptura para que possamos refletir criticamente, e, a partir de outra cultura jurídica, nossa própria.

Nesse sentido, alguns autores argumentam, inclusive, pela impossibilidade de qualquer tipo de transmissão literal de formas ou ideias jurídicas. Dessa forma, entendem, por maior que possa ser a disseminação ou migração das ideias jurídicas, as diferenças persistirão de uma maneira intransponível⁵⁴.

Ao mesmo tempo, e paralelamente, diversos autores defendem a ideia de que a complexidade da tarefa não impede a possibilidade da realização de um estudo

⁴⁸ LEGRAND, Pierre. Paradoxically derrida: for a comparative legal studies. *Cardozo Law Review*, v. 22, n. 2, p. 631-717, 2005. p. 645.

⁴⁹ CAMPOS, Deo. Da ortodoxia à crítica: teorias da comparação jurídica. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 189-211, jan./abr. 2018.

⁵⁰ Para detalhes, ver: HUSA, Jaakko. *Interdisciplinary comparative law: rubbing shoulders with the neighbours or standing alone in a crowd*. Cheltenham: Edward Elgar, 2022.

⁵¹ WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

⁵² SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamic approach to comparative law. *American Journal Of comparative Law*, v. 39, n. 1, p.1-34, 1991.

⁵³ CHOUDRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

⁵⁴ LEGRAND, Pierre. Negative comparative law. *Journal of Comparative Law*, v. 10, n. 2, p. 402-453, 2015. p. 447.

comparatista que consiga identificar pontos de contato entre os sistemas⁵⁵.

Dessa maneira, os pontos de contato não significam, necessariamente, verdadeiras identidades em comum, mas possíveis ideias compartilhadas e adaptadas, pelas mais diversas razões, a cada nova realidade jurídica-cultural. Cabe ao pesquisador estar atento a toda a inerente particularidade de cada cultura jurídica analisada. Esse cuidado serve, inclusive, para colocar em questão, e inclusive negar, a pretensa similaridade apontada inicialmente em seu problema de pesquisa.

Ao mesmo tempo, para a efetivação de uma comparação jurídica consciente do desafio, que é aplicar comparação, é fundamental a adoção da chamada “guinada reflexiva-crítica” do direito comparado. Dessa maneira, é pré-requisito ao internacionalista comparatista estar consciente de como se define e onde se situa o “eu” do comparatista e o “estrangeiro/exterior” com que ele lida, para colocá-los em relação (à chamada guinada reflexiva), ao mesmo tempo em que se questionam quais as razões e em benefício de quem ele realiza sua atividade intelectual (a guinada crítica)⁵⁶.

Para uma comparação efetivamente crítica, complementa Frankenberg, é fundamental que o pesquisador produza uma comparação designada como “robusta”, ou seja, que esteja aberta a ao conhecimento local e seja sensível ao contexto. Somente a atenção a essas prerrogativas poderá fazer o estudioso superar as perspectivas reducionistas da comparação jurídica.

A intenção é a produção de uma comparação jurídica que restabeleça a atenção aos detalhes da lei, superando a prevalência de um fazer comparativo que, durante muito tempo, pretendeu construir categorias e conceitos fundamentalmente abstratos.

Essa percepção permite que o comparatista, ao contrário de outros sujeitos do direito, como juízes ou advogados, possa admitir a dissociação entre a norma e os fatos, “assim como os teóricos do direito, eles podem desafiar, por exemplo, o critério de admissibilidade e relevância”⁵⁷. Considerando-se essas reflexões, o traba-

lho de comparação pode continuar o seu processo de busca entre similaridades ou diferenças.

Essa abordagem, efetivamente, alcança o estudo comparado do direito internacional público que, assim como a Teoria da Comparação Jurídica, deve atuar de forma que englobe uma verdadeira matriz de conhecimentos, que frequentam pontos e níveis distintos da ciência jurídica e das ciências que dialogam com o direito, atuando a partir de um caráter “poli-disciplinar”⁵⁸.

A análise comparativa do direito internacional e das ordens normativas nacionais é valorosa na medida em que nos auxilia a entender onde cada um deles se diferem uns dos outros, da mesma forma que nos orienta no sentido de elaborarmos mecanismos adequados de implementação e transformação de normas de direito internacional em direito interno. Sem a compreensão das similaridades e diferenças entre esses sistemas, a tarefa de criar esses mecanismos é, ainda, mais complexa e, quiçá, desperdiçada.

Ela também possui uma importante contribuição na análise das operações das normas de direito internacional, especialmente no que tange à identificação de novas concepções jurídicas que estão fora do sistema jurídico internacional. Segundo Zadorozhnyi, os comparatistas oferecem importantes perspectivas para a identificação dos chamados princípios gerais do direito internacional⁵⁹.

Outro ponto de contribuição da análise comparativa ao direito internacional público é a possibilidade que o direito comparado oferece ao direito internacional de alcançar uma melhor fundamentação no processo de criação de novos documentos legais internacionais. Contribui, também, para a criação de novos institutos legais, ao auxiliar a observação de diversos sistemas legais internos.

Da mesma forma, pode colaborar com a análise crítica e comparativa de diversos subcampos do direito internacional, como ao direito diplomático, humanitário e de proteção aos direitos humanos. Isso vale, por exemplo, para a realização da comparação entre o direito in-

⁵⁵ HALPÉRIN, Jean Louis. *Profils des mondialisations du droit*. Paris: Dalloz, 2014. p. 31.

⁵⁶ FRANKENBERG, Günter. *Comparativa law as critique*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 231.

⁵⁷ FRANKENBERG, Günter. *Comparativa law as critique*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 228.

⁵⁸ DAMIRLI, M. A. Comparative international law in the quest for academic identity. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 59-75, 2016. p. 67.

⁵⁹ ZADOROZHNYI, O. V. On the question of comparative international law or on the comparative method of research in the science of international law. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 85-91, 2016. p. 86.

ternacional público e o privado ou da comparação entre normas de direito internacional e direito transnacional ou europeu, que poderão ser realizadas com o auxílio dos métodos comparativos⁶⁰.

Para Anthea Roberts, o estudo do direito internacional comparado pode ser feito inicialmente de três maneiras distintas: a primeira delas é a identificação do que constitui o direito internacional. Nessa fase, é de fundamental importância o cuidado com a análise de *opinio juris* quando pretendemos identificar uma norma costumeira internacional, ou como os princípios gerais de direito internacional podem ser identificados por meio da indicação de princípios comuns a diversos sistemas jurídicos; ou, ainda, como observar a comparação de práticas nacionais pode ser importante para entendermos melhor a interpretação de tratados, sua aplicação e como cada objeto (direitos humanos ou investimentos) é abordado.

A segunda forma se dá ao realizar o processo de explicação entre as similaridades e diferenças que ocorrem no momento em que há a interpretação e a aplicação do direito internacional. Nesse sentido, cabe observar, por exemplo, se os legisladores adotam processos comuns ou distintos na maneira de internalizar os tratados ou nos perguntarmos como as cortes nacionais interpretam obrigações oriundas de tratados internalizados pelos Estados. Essas cortes, por sua vez, dialogam com cortes de outros Estados ou cortes internacionais?

Um terceiro modo ocorre quando há uma comparação entre distintas abordagens adotadas por atores do direito internacional. Para isso, questionar, por exemplo, como as diferenças culturais, econômicas ou políticas influenciam o comportamento de cada ator internacional em relação à produção e posterior cumprimento das normativas internacionais é um instrumento poderoso no processo de maior compreensão do direito internacional público⁶¹.

Do ponto de vista metodológico, o direito comparado pode contribuir, de maneira importante, ao estudo do direito internacional. Ele pode fornecer importantes instrumentos que permitirão ao pesquisador conhecer

os alicerces e as repercussões dos atos internacionais. Ao comparar suas funções, objetivos e resultados, a investigação comparada presta um importante serviço ao internacionalista na medida em que, ao adotá-la, ele poderá compreender melhor toda a estrutura da sociedade internacional e seus atores⁶².

Ao mesmo tempo, a adoção de um único método para a realização desta pesquisa jurídica não significa, necessariamente, a produção de um trabalho comparado de melhor qualidade ou maior rigor. Ao contrário do apregoado pelos defensores da ortodoxia do direito comparado, atualmente, há a aceitação sobre as possibilidades da adoção de diversos métodos para um mesmo estudo comparado.

Assim, a adoção do método varia de acordo com o objetivo do estudo e o interesse do pesquisador, não comprometendo nem o rigor nem o sucesso na empreitada comparativa⁶³.

Consideramos que é possível a aplicação dos métodos desenvolvidos pela Teoria da Comparação Jurídica no campo do direito internacional público. Além de úteis para a análise comparativa que considera a lei estrangeira e o direito interno, eles podem ser perfeitamente aplicados no campo do direito internacional e em seus reflexos internos ou externos. Esse poderoso conjunto de instrumentos, por sua vez, não seria o único que poderia ser utilizado pelos pesquisadores.

Há, por sua vez, algumas abordagens metodológicas que são identificadas exclusivamente no direito internacional comparado. Willian Butler, na década de oitenta do século vinte, procurou desenvolver um grupo delas que se concentram nas especificidades do campo, atendendo para desafios que são particulares, como a chamada fragmentação do direito internacional.

Seu desenvolvimento e estudo reforçam a autonomia do projeto comparativo internacionalista. Por outro lado, o aparecimento desse grupo metodológico não significa, necessariamente, a exclusão do arsenal desenvolvido pela teoria da comparação que, por sua própria

⁶⁰ MEREZHKO, O. O. The idea of comparative international law. *Journal Of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 92-96, 2016. p. 90-93.

⁶¹ ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. Comparative international law: framing the field. *The American Journal Of International Law*, v. 109, n. 3, p. 467-474, jul. 2015. p. 469.

⁶² KISS, Charles Alexandre. Droit comparé et droit international public. *Revue internationale de droit comparé*. v. 24, n. 1, p. 5-12, jan./mar. 1972. p. 8.

⁶³ BASEDOW, Jürgen. Comparative law and its clients. *The American Journal of Comparative Law*, v. 62, n. 4, p. 821-857, 2014. Veja ainda: CAMPOS, Deo. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba*, v. 61, n. 3, p. 189-212, dez. 2016.

característica, pretende, justamente, dialogar com todos os ramos da comparação jurídica.

Uma abordagem que faça uso dos tradicionais métodos ou dos métodos particularizados da comparação jurídica internacional deve ser avaliada como produtiva não pela adoção de um ou outro, mas pelo rigor dado na sua aplicação ao caso estudado.

Segundo o Butler, a primeira abordagem metodológica é a comparação de vários sistemas de direito internacional em variadas épocas históricas, o chamado *objetivo historicista*; uma segunda perspectiva procura identificar os valores comuns e os consequentes princípios que alcançam a maioria dos povos/nações, a *concepção universalista*.⁶⁴

A concepção universalista, prossegue o autor, inicialmente aplicada ao direito interno, poderia ser facilmente aplicada ao direito internacional, devido a sua aplicabilidade científica, além de sua estrutura e terminologia particular.⁶⁵

Uma terceira abordagem é a comparação entre organizações internacionais no seu processo de implementação e produção das normativas internacionais, conhecido como *perspectiva institucionalista*.⁶⁶ Ela se dá em grande medida absorvendo os conceitos da metodologia funcionalista e aplicando-os às instituições internacionais.

Nela, a atenção do pesquisador é voltada, numa perspectiva externa, para a identificação das similaridades e diferenças nas estruturas, poderes, privilégios, imunidades e operações. Já numa perspectiva interna e observado o status do funcionário internacional, suas condições de trabalho, além das práticas internacionais dessas instituições.

Uma quarta abordagem é aquela que adota uma ótica nomeada de *marxista*, comparando normativas internacionais dentro de uma estrutura preocupada em relacionar essas normas com as realidades sociais e econômicas presentes nos distintos sistemas legais. Nesse sentido, o marxismo ofereceria ao direito internacional comparado uma explicação científica da sociedade,

suas origens, como e porque ela se desenvolve, entre outros⁶⁷.

Há, ainda, a comparação jurídica que é feita para compreender como as cortes e tribunais internacionais identificam e aplicam seu conjunto normativo, especialmente o corpo de normas que apelam aos “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações” em cada um dos seus casos. Mesmo que eventualmente se neguem a buscar, no direito interno, uma fonte para a aplicação de normativas como a dos princípios gerais, ela é cada vez mais observada e convida ao estudioso a realização de uma análise comparativa⁶⁸.

Por fim, podemos identificar a perspectiva nomeada de *taxonômica*, preocupada com o entendimento e a classificação entre as diferentes abordagens do direito internacional⁶⁹.

A contribuição da filosofia ao direito internacional é constante e muitos são os autores que trabalham as interseções entre os campos⁷⁰. Com relação ao método do direito internacional comparado, esse diálogo também pode ser produtivo e é interessante destacarmos alguns esforços no sentido de alertarem para a contribuição da filosofia, numa possível identificação de um método para o direito internacional e comparado.

A reflexão que pretende construir um *método filosófico* para o direito comparado e para o direito internacional parte da premissa de que os problemas da teoria não devem ser considerados “não problemas” e que as questões sociológicas e normativas devem ser tratadas diretamente pelo direito. O estudioso do direito internacional e comparado, portanto, deve entender, por exemplo, a dialética e a conexão que os conceitos jurídicos travam com a moralidade, a política, entre outros⁷¹. Da mesma maneira, um estudo de direito internacional público comparado, realizado de forma séria, analisa Koskenniemi, oferece ao pesquisador a oportunidade de não mais pensar nos termos hegelianos de universal ou particular e avança no sentido da realização de

⁶⁴ BUTLER, William. Comparative approaches to international law. *Recueil des Cours*, v. 190, p. 9-89, 1985.

⁶⁵ BUTLER, William. Comparative approaches to international law. *Recueil des Cours*, v. 190, p. 9-89, 1985. p. 37.

⁶⁶ BUTLER, William. Comparative approaches to international law. *Recueil des Cours*, v. 190, p. 9-89, 1985. p. 39.

⁶⁷ BUTLER, William. Comparative approaches to international law. *Recueil des Cours*, v. 190, p. 9-89, 1985. p. 37.

⁶⁸ BUTLER, William. Comparative approaches to international law. *Recueil des Cours*, v. 190, p. 9-89, 1985. p. 40.

⁶⁹ BUTLER, William. *International law in comparative perspective*. New York: Springer, 1980.

⁷⁰ BESSON, Samantha; TASIOLAS, John. *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁷¹ KOSKENNIEMI, Martti. The case for comparative international law. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 20, p. 2-8, 2009. p. 3.

reflexões jurídicas críticas que entendem o fenômeno do direito como aquele, que, em que pese muitas vezes tentar se manifestar de forma universal, adota posturas localizadas, contribuindo para a complexidade do fenômeno jurídico⁷².

Segundo os defensores de um método filosófico para o direito internacional comparado, assim como na comparação jurídica, a característica do direito internacional torna necessária a formulação de seus conceitos complexos que sobrepõem proposições jurídicas e filosóficas.

Dessa forma, ao invés de assumir que determinados “standards” possam ser chamados de normas, por exemplo, faz-se necessária a identificação de uma taxonomia mais rigorosa, que consiga distinguir entre princípios morais e legais ou entre regras e princípios⁷³.

Assim, a ideia central da proposta de uma metodologia filosófica do direito internacional comparado pretende que a filosofia supere a Teoria Dogmática do Direito Internacional, trazendo como consequência a preponderância do argumento dialético, colocando em questão e refinando a ideia já em prática no direito internacional, possibilitando, assim, a construção de novos conceitos. Isso para mudar os pontos de vista que, atualmente, prevalecem no campo de ambas as disciplinas e “redescobrir os fundamentos do direito internacional e comparado”⁷⁴.

Esse projeto, em que pese sua incipiência e complexidade, da mesma maneira como diversos desenvolvidos no direito comparado, tem como objetivo superar a estrutura do positivismo que prevalece no estudo do direito internacional, conectando as fundações metafísicas e as realidades práticas para o estudo e aplicação do direito internacional e comparado.

Outro ponto importante referente à aplicação do direito internacional público comparado é a questão da extensão e da profundidade que a pesquisa deve observar. É a denominada micro ou macrocomparação⁷⁵.

Como qualquer estudo comparatista, é fundamental uma consciente limitação no campo de análise para que a pesquisa possa ser desempenhada em sua maior potencialidade.

Nesse sentido, em razão da ampla gama de atores que fazem parte do sistema internacional e da própria característica da normativa internacional, normalmente geral e abstrata, em que pese a possibilidade “em abstrato” de um profundo e vasto estudo de direito internacional comparado, as chances de sucesso na empreitada comparativa são consideravelmente maiores se o pesquisador optar por um projeto que se ocupa de um número restrito de atores.

Nas últimas décadas, o trabalho de micro comparação sofreu um profundo processo de sofisticação que nos permite, atualmente, dizer que este, talvez, seja o caminho mais produtivo a ser traçado pelo pesquisador. Por outro lado, segundo alguns autores, a macro comparação do fenômeno de apropriação de construções teóricas estrangeiras pode ser útil. Sem qualquer pretensão em identificar uma verdade universalizável, compreender, de forma rigorosa, noções como “direito internacional”, “estado de direito” ou “democracia” pode servir, inclusive, como guias para uma futura micro comparação mais eficaz⁷⁶.

Somada a essa restrição, é importante que o trabalho se preocupe com a compreensão da cultura jurídica de cada um dos sujeitos envolvidos, ao invés de uma abordagem, apenas, funcional das normas analisadas. A atenção com essas questões potencializa as chances de sucesso do pesquisador.

De qualquer maneira, uma importante ressalva deve ser feita. Em que pese a essencial importância da escolha do método para a realização de um trabalho comparativo rigoroso e científico, ela não é, por si só, suficiente. O comparatista, independentemente de qual campo do direito, centra seus esforços analíticos, precisa assumir seu caráter complexo e ir para além do método⁷⁷.

Uma abordagem comparatista que, como já ressaltado neste artigo, prescinde de uma perspectiva altamen-

⁷² KOSKENNIEMI, Martti. The case for comparative international law. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 20, p. 2-8, 2009. p. 4.

⁷³ GILROY, John Martin. A proposal for “Philosophical Method” in comparative and international law. *Pace International Law Review*, v. 1, n. 3. p. 1-14, out. 2009. p. 3.

⁷⁴ GILROY, John Martin. A proposal for “Philosophical Method” in comparative and international law. *Pace International Law Review*, v. 1, n. 3. p. 1-14, out. 2009. p. 12.

⁷⁵ SAMUEL, Geoffrey. *An introduction to comparative law theory and method*. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 30.

⁷⁶ MAMLYUK, Boris N.; MATTEI, Ugo. Comparative international law. *Brooklyn Journal of International Law*, Nova Iorque, v. 36, n. 2, p. 386-452, 2011. p. 437.

⁷⁷ TWINING, W. L. Comparative law and legal theory: the country and western tradition. In: EDGE, I. (ed.). *Comparative law in global perspective*. Ardsley, NY: Transnational Publishers Inc., 2000. p. 21-76. p. 57.

te interdisciplinar está fadado ao insucesso. Ao mesmo tempo, ela deve estar preocupada em deixar que o processo local de conhecimento e estar sensível ao contexto em que a lei está inserida⁷⁸.

Já na perspectiva substancial/material, uma análise comparativa que adote a metodologia *hermenêutica culturalista*⁷⁹ do direito comparado em diversas normativas internacionais, por exemplo, pode auxiliar, de maneira profunda, o estudioso do direito internacional.

Essa metodologia, parte integrante daquilo que entendemos como Teoria do Direito Comparado e suas importantes contribuições no campo da reflexão sobre temas como universalismo e diferença, também pode ser um instrumento de fundamental valor ao estudo do direito internacional.

A maneira como parte dos teóricos do direito comparado entende o universalismo é altamente interdisciplinar e crítica. Absolutamente comprometida com a diferença, a filosofia do direito comparado, por exemplo, subverte o sentido de comparação, deslocando para o centro da reflexão não as similaridades, mas as diferenças⁸⁰.

Pierre Legrand, por sua vez, nega a possibilidade da comparação com fins funcionalistas exatamente pelo fato de que cada conjunto normativo nacional é um sistema jurídico único, resultado de uma complexa relação entre diversos fatores internos, especialmente a cultura. Dessa forma, a efetiva compreensão de um sistema estrangeiro pelo estudioso oriundo de uma outra cultura jurídica é limitada, quando não virtualmente impossível⁸¹.

O fenômeno da difusão das normas jurídicas pode ser estudado sob essa perspectiva e levar ao pesquisador importantes resultados. De qualquer maneira, a investigação de como ocorre o processo de difusão da norma internacional, por meio de jurisdições nacionais, é um dos pontos mais interessantes da comparação internacional.

É de um enorme valor para o internacionalista compreender como os ditos transplantes legais transcendem barreiras linguísticas, geográficas e políticas, e penetram

em sistemas jurídicos nacionais⁸². Esse trabalho pode ser feito analisando os agentes que realizam essa transmissão e sua influência na “modulação” da cultura jurídica local, por exemplo.

Além disso, ela coloca em reflexão diversos pontos não somente sobre a viabilidade da formação de uma ampla rede de normativas internacionais protetivas em direitos humanos, como também adentra dentro de um ponto caro aos estudiosos do direito Internacional: a efetivação das normas internacionais dentro dos sistemas jurídicos nacionais.

Outra importante e sofisticada contribuição dada ao direito internacional por parte do direito comparado é a própria maneira de se raciocinar o modo pelo qual estudamos o direito, fortemente conectado a uma herança colonial⁸³.

Em que pese o importante aparecimento de estudos nesse sentido⁸⁴, as reflexões do direito comparado parecem servir como um importante combustível intelectual para os internacionalistas. Eurocêntrica e, em diversos sentidos, relapsa com a formação das relações jurídicas entre os atores periféricos da sociedade internacional e com a própria formação do pensamento científico-jurídico internacionalista, oriundo desses locais do globo, o estudo do direito internacional público pode ser alimentado com a importante perspectiva crítica sobre a dominação epistemológica positivista que prevalece no direito internacional e é amplamente discutida e criticada no direito comparado⁸⁵.

Esse conjunto de contribuições, que ocupam amplos espaços, que vão desde a adoção de perspectivas metodológicas oriundas do direito comparado até a reflexão crítica que a Teoria da Comparação Jurídica pode empreender em associação com o estudo do direito internacional público, evidenciam um arsenal de possibilidades de explorações na interseção entre esses dois campos do

⁷⁸ FRANKENBERG, Günter. *Comparative law as critique*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 227.

⁷⁹ SAMUEL, Geoffrey. *An introduction to comparative law theory and method*. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 108.

⁸⁰ LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*. Paris: PUF, 2014. p. 7.

⁸¹ LEGRAND, Pierre. *Le droit comparé*. Paris: PUF, 2015.

⁸² GRAZIADEI, Michele. Comparative law as the study of transplants and receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 441.

⁸³ BAXI, Upendra. The colonialist heritage. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Rodrick (ed.). *Comparative legal studies: traditions and transition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 46-76.

⁸⁴ LORCA, Arnulf Becker. *Mestiço international law: a global intellectual history (1842-1933)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

⁸⁵ LEGRAND, Pierre. Foreign law: understanding understanding. *Journal of Comparative Law*, v. 6, n. 2, p. 67-111, 2011. p. 75.

saber jurídico. Uma área ainda muito pouco explorada, apesar das imensas oportunidades que oferece.

4 Considerações finais

O estudo do direito internacional comparado, assim como em todas as áreas do direito público, sofreu mais regressos do que avanços no decorrer da história da relação entre o direito público e a comparação jurídica. O fenômeno observado nos últimos anos, com um forte estabelecimento do direito constitucional comparado, o aparecimento de interessantes trabalhos de comparação no campo do direito administrativo e abordagens comparativas inovadoras e importantes no campo do direito internacional podem ser identificados como uma oportunidade para que o pesquisador se atente para o potencial crítico e científico que esse campo do estudo do direito possui.

O direito internacional comparado, por sua vez, vem se (re)estabelecendo pouco a pouco como uma perspectiva que pode contribuir, de maneira significativa, não somente para o direito comparado e o direito internacional. Ele pode estabelecer um amplo espaço autônomo de produção de conhecimento jurídico, adotando metodologias compatíveis com os objetivos das pesquisas propostas, trazendo temas que são caros a ambas as disciplinas e que são suficientemente inéditos e inovadores para estarem conectados para sedimentar sua autonomia.

A internacionalização do direito deve ser considerada um fato consumado e, dessa condição, nasce a imprescindível necessidade de começarmos a compreender, de maneira comparada, como o direito internacional público afeta cada um dos seus sujeitos. Essa compreensão não somente proporcionará trabalhos mais instigantes e relevantes para o estudo do direito internacional, mas auxilia a sedimentação dos estudos comparados como quadro teórico metodologicamente rigoroso e criticamente instigante.

O contrário também é verdadeiro. Como vimos, há uma potencialidade ímpar na contribuição que o direito internacional é capaz de oferecer ao direito comparado. Para isso, são necessários, inicialmente, coragem, imaginação e rigor metodológico; ainda hoje limitações

que parecem enraizadas nas investigações que poderiam mobilizar ambos os campos⁸⁶.

O objetivo deste trabalho foi demonstrar ao leitor que o direito comparado e o direito internacional público possuem importantes pontos de interesse em comum. Esses interesses fazem com que diversas construções teóricas produzidas pela Teoria da Comparação Jurídica possam ser aplicadas ao direito internacional. Ao mesmo tempo, os métodos desenvolvidos pelo direito comparado podem ser acomodados de maneira pacífica aos métodos específicos desenvolvidos pelo direito internacional comparado.

Essa cooperação entre os métodos e a confluência entre as disciplinas sedimenta o caminho para a efetivação de novo ramo do direito comparado: o direito internacional comparado. A abertura de mais uma janela para a realização do trabalho científico confere aos pesquisadores novas e importantes possibilidades e dá ao direito um contorno ainda mais internacionalizado, caminho sem retorno deste campo do saber no mundo contemporâneo.

Referências

- AALBERTS, Tanja E. The politics of international law and the perils and promises of interdisciplinarity. *Leiden Journal of International Law*, v. 26, n. 3, p. 503-508, set. 2013.
- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. São Paulo: Quartier Latin, 2001.
- BASEDOW, Jürgen. Comparative law and its clients. *The American Journal of Comparative Law*, v. 62, n. 4, p. 821-857, 2014.
- BALKIN, J. M. Interdisciplinarity as colonization. *Washington and Lee Law Review*, Lexington, v. 53, n. 3, p. 949-970, 1996.
- BALOGH, Elemér. Le rôle du droit comparé dans le droit international privé. *Recueil des cours*, Leiden, v. 57, n. 3, p. 577, 1936.
- BAXI, Upendra. The colonialist heritage. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Rodrick (ed.). *Comparative*

⁸⁶ BUTLER, William. Some reflections on comparative international law. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 52-58, 2016. p. 58.

- legal studies: traditions and transition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 46-76.
- BEHRUZ, H. Comparative international law: interaction of comparative jurisprudence and international law. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 76-84, 2016.
- BERMANN, George A. La Conférence. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 55, n. 3, p. 519-529, jul./set. 2003.
- BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BLANC-JOUVAN, Xavier. Centennial World Congress on Comparative Law: opening remark. *Tulane Law Review*, v. 75, p. 1235-124, 2000/2001.
- BREYER, Stephen. *The court and the world: american law and the new global realities*. New York: Vintage Books, 2016.
- BUTLER, William. *International law in comparative perspective*. New York: Springer, 1980.
- BUTLER, William. Comparative approaches to international law. *Recueil des Cours*, v. 190, p. 9-89, 1985.
- BUTLER, William. Some reflections on comparative international law. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 52-58, 2016.
- CAMPOS, Deo. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, dez. 2016.
- CAMPOS, Deo. Da ortodoxia à crítica: teorias da comparação jurídica. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 189-211, jan./abr. 2018.
- CAMPOS, Deo; VIEIRA, José Ribas. O direito constitucional comparado entre renascimento e consolidação. *Seqüência*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 69-94, ago. 2017.
- CITTADINO, Gisele; CAMPOS, Deo. Cosmopolitismo jurídico: pretensões e posições na interseção entre filosofia política e direito. *NOMOS*, Fortaleza, v. 33, n. 1, p. 73-89, jan./jun. 2013.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Paris: Dalloz, 2014.
- CHOUDRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- DAMIRLI, M. A. Comparative international law in the quest for academic identity. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 59-75, 2016.
- DELMAS-MARTY, Mireille. The contribution of comparative law to a pluralist conception for international criminal law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 1, n. 1, p. 13-25, abr. 2003.
- FONTANA, David. The rise and fall of comparative constitutional law. *The Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 36, n. 1, p. 2-53, 2011.
- FORTEAU, Mathias. Comparative international law within, not against, international law: lessons from the International Law Commission. *The American Journal of International Law*, v. 109, n. 3, p. 498-513, jul. 2015.
- FRANKENBERG, Günter. *Comparativa law as critique*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.
- FRIEDMAN, Lawrence M. Is there a modern legal culture. *Ratio Juris*, v. 7, n. 2, p. 117-131, jul. 1994.
- FONTANA, David. The rise and fall of comparative constitutional law. *The Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 36, n. 1, p. 2-53, 2011.
- GILROY, John Martin. A proposal for “Philosophical Method” in comparative and international law. *Pace International Law Review*, v. 1, n. 3, p. 1-14, out. 2009.
- GLANERT, Simone. Law-in-translation: an assemblage in motion. *The Translator*, v. 20, n. 3, p. 255-272, set. 2014.
- GLENDON, Mary Ann. Why cross boundaries. *Washington and Lee Law Review*, Lexington, v. 53, n. 3, p. 971-980, 1996.
- GRAZIADEI, Michele. Comparative law as the study of transplants and receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HALPÉRIN, Jean Louis. *Profils des mondialisations du droit*. Paris: Dalloz, 2014.
- HUG, Walther. The history of comparative law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 45, n. 6, p. 1027-1070, abr. 1932.
- HUSA, Jaakko. *Interdisciplinary comparative law: rubbing shoulders with the neighbours or standing alone in a crowd*. Cheltenham: Edward Elgar, 2022.

- KAHN-FREUND, Otto. On uses and misuses of comparative law. *The Modern Law Review*, Londres, v. 37, n. 1, p. 1-27, jan. 1974.
- KENNEDY, David. New Approaches to comparative law and international governance. *Utah Law Review*, Salt Lake City, v. 2, n. 545, p. 545-638, 1997.
- KISS, Charles Alexandre. Droit comparé et droit international public. *Revue internationale de droit comparé*, v. 24, n. 1, p. 5-12, jan./mar. 1972.
- KOSKENNIEMI, Martti. The case for comparative international law. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 20, p. 2-8, 2009.
- LEGRAND, Pierre. *Le droit comparé*. Paris: PUF, 2015.
- LEGRAND, Pierre. Negative comparative law. *Journal of Comparative Law*, v. 10, n. 2, p. 402-453, 2015.
- LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*. Paris: PUF, 2014.
- LEGRAND, Pierre. Foreign law: understanding understanding. *Journal of Comparative Law*, v. 6, n. 2, p. 67-111, 2011.
- LEGRAND, Pierre. Paradoxically derrida: for a comparative legal studies. *Cardozo Law Review*, v. 22, n. 2, p. 631-717, 2005.
- LOUGHLIN, Martin. *Foundations of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- LORCA, Arnulf Becker. *Mestiço international law: a global intellectual history (1842-1933)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- MAMLYUK, Boris N.; MATTEI, Ugo. Comparative international law. *Brooklyn Journal of International Law*, Nova Iorque, v. 36, n. 2, p. 386-452, 2011.
- MARKESINIS, Basil. *Comparative law in the courtroom and classroom: the story of the last thirty-five years*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- MAX PLANCK INSTITUTE. *About Us*. Disponível em: <https://www.mpil.de/en/pub/news.cfm>. Acesso em: 12 maio 2022.
- MCWHINNEY, Edward. The future of international law. In: *WORKSHOP series: The Hague Academy of International Law*. Londen: Ed. Academie de Droit International de La Haye, 1984.
- MEREZHKO, O. O. The idea of comparative international law. *Journal Of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 92-96, 2016.
- MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MUIR WATT, Horatia. Private international law. In: SMITS, Jan M. *Elgar encyclopedia of comparative law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2006. p. 566-578.
- NELKEN, David. Disclosing/invoking legal culture: an introduction. *Social & Legal Studies*, v. 4, n. 4, p. 435-452, dez. 1995.
- NOVA, Rodolfo de. Historical and comparative introduction to conflict of laws. *Recueil des Cours*, v. 118, p. 435-612, 1966.
- PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas et al. (ed.). *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- REIMANN, Mathias. Comparative law and private international law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1364-1395.
- REIMANN, Mathias. Comparative Law and neighbouring disciplines. In: BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. *The Cambridge Companion to Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 13-35.
- RILES, Annelise. *Rethinking the masters of comparative law*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul; VERDIER, Pierre-Huges; VERSTEEG, Mila. Comparative international law: framing the field. *The American Journal Of International Law*, v. 109, n. 3, p. 467- 474, jul. 2015.
- ROBERTS, Anthea. Comparative International Law? The role of national courts in creating and enforcing international law. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 60, n. 1, p. 57-92, jan. 2011.
- SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamic approach to comparative law. *American Journal Of comparative Law*, v. 39, n. 1, p. 1-34, 1991.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

SAMUEL, Geoffrey. *An introduction to comparative law theory and method*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

SCHLESINGER, Rudolf B. The role of the “basic course” in the teaching of foreign and comparative law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, n. 4, p. 616-623, 1971.

TWINING, W. L. Comparative law and legal theory: the country and western tradition. In: EDGE, I. (ed.). *Comparative law in global perspective*. Ardsley, NY: Transnational Publishers Inc., 2000. p. 21-76.

VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de; CAMPOS, Deo. Direito comparado e política: reflexões necessárias. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 42-55, abr. 2020.

VON BENDA-BECKMANN, Franz; VON BENDA-BECKMANN, Keebet. Why not legal culture. *Journal of Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 104-117, 2010.

WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

ZADOROZHNYI, O. V. On the question of comparative international law or on the comparative method of research in the science of international law. *Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 1, p. 85-91, 2016.

ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**State humanitarian policy of
Ukraine in war conditions in a
comparative perspective**

**Política de Estado da Ucrânia na
esfera humanitária em condições
de guerra**

Elvira Sydorova

Oleksandr Sydorov

Elena Marchenko

VOLUME 19 • N. 3 • 2022

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

State humanitarian policy of Ukraine in war conditions in a comparative perspective*

Política de Estado da Ucrânia na esfera humanitária em condições de guerra

Elvira Sydorova**

Oleksandr Sydorov***

Elena Marchenko****

Abstract

The purpose of the article is to analyze the current state humanitarian policy of Ukraine and its regulatory and legal provision and to substantiate on the basis thereof the universal criteria for the effectiveness of the state humanitarian policy in the conditions of war. As a theoretical basis for the provided assessment, two approaches to the formation of the state humanitarian policy were selected: the first emphasizes the priority of the humanitarian patronage on the part of third countries, the second prioritizes the intensification of the internal potential of the belligerent state. To demonstrate the efficiency of implementing the stated approaches in the world practice, the relevant experience of other countries that at various times had been involved in military conflicts has been studied. The humanitarian policy of Ukraine was investigated in its dynamic state, from the moment of its accession to independence up until the present time. In the course of the study, the authors employed the method of comparative analysis on a par with the dialectical and modeling methods. The originality of the article consists in the fact that it investigates the issues that have been prompted and actualized by the Russian-Ukrainian war: whether the belligerent state is able to preserve its sovereignty, relying solely on external support, and whether the self-recovery is deemed realistic in the conditions of war for countries with weak economies and a neglected financial and humanitarian sphere, including science, education, healthcare and culture. The example of Ukraine evidences that the existing approaches to the formation of the state humanitarian policy in the conditions of war are not consistent with the latest geopolitical transformations, while the international humanitarian law requires revision both in terms of the fundamental principles of humanitarian policy and its regulatory and legal provision. The results of the study can be employed in developing effective strategies for state development in the conditions of a military conflict.

Keywords: state humanitarian policy; war; international law; regulatory and legal provision of humanitarian policy.

* Recebido em 21/09/2022
Aprovado em 30/12/2022

** PhD of Law at Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs. Associate professor, Department of General Law, deputy head of the Faculty of Training Specialists for Strategic Investigations Units there. Scope of research interests: administrative law, sustainable development of society, humanitarian policy of the state.
Email: Elv5145@ukr.net

*** PhD of Economics at Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs. Vice-rector, Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs. Further to management activities, I am actively engaged in scientific research, the results of which are presented in Ukrainian and foreign periodical editions. My scientific interests are related to administrative law, institutional economics, research in the field of innovative technologies for enterprise management.
Email: sydorov379@ukr.net

**** Doctor of Philosophical Sciences and PhD of Pedagogy at Prydniprovsk State Academy of Physical Culture and Sports. Professor of the Department of Pedagogy and Psychology, Prydniprovsk State Academy of Physical Culture and Sports.
Email: Lina728@ukr.net

Resumo

Objetivo do artigo: o objetivo do artigo é analisar os aspectos administrativos e jurídicos, organizacionais e administrativos, ideológicos e de valor da implementação de uma política de Estado eficaz na esfera humanitária nas condições de guerra e reconstrução do pós-guerra. O seu sucesso foi avaliado com base em duas abordagens elaboradas pela prática internacional: a primeira, baseada na assistência de emergência num contexto transnacional; o segundo - humanismo sustentável - envolve ativar o potencial interno do estado. Os autores investigam a forma como essas abordagens se manifestam na política humanitária da Ucrânia durante a guerra com a Federação Russa, bem como a partir dos relatos dos conflitos militares e da reconstrução do pós-guerra na Bósnia e Herzegovina (BiH), Kosovo, Israel, e Coreia do Sul. Metodologia: no decorrer do estudo foram empregados o método de análise comparativa e sistema-estrutural, bem como métodos dialéticos e de modelagem. Conclusões: tendo realizado a pesquisa apresentada, os autores comprovaram que aquela política de Estado na área humanitária adequada às condições de guerra deve assegurar um equilíbrio entre a fonte externa de apoio e o vetor interno de auto-renovação sob o qual o uso de o potencial nacional do estado seria maximizado. Originalidade ou valor: a política humanitária da Ucrânia e de outros Estados na condição de guerra e reconstrução do pós-guerra está sendo apresentada em uma perspectiva comparada; os autores verificaram que a variabilidade, a flexibilidade dessa política, seu devido suporte regulatório e legal é uma condição fundamental para alcançar a vitória em um conflito militar e posterior restauração do estado.

Palavras-chave: política pública, esfera humanitária, guerra, quadro jurídico da política humanitária

1 Introduction

The issue of forming an effective government policy in the humanitarian sphere remains of high relevance for all countries, regardless of their «weight category» in the international arena. The interest in said issue is only increasing in view of growing tensions and contradictions in the contemporary society on the basis of ethnic, religious, social and, as a matter of fact, civiliza-

tional differences between people. The viability, economic competitiveness and geopolitical influence of the state all depend on how actively the state promotes the development in the fields of science, education, culture, healthcare and social protection of the population. After all, it is namely these fields that are primarily focused on personal development, protection of life and fundamental human rights as the highest value and the most important resource for the state. From this standpoint, the humanitarian policy of the state can be defined as a specific system of principles, strategies of state administration and normative legal acts aimed at ensuring social, legal, intellectual, spiritual security of citizens of this particular state and their vital needs. The instruments of humanitarian policy at the national level are represented by normative legal acts, which ascertain the supreme value of an individual and legally ensure his/her right of access to effective systems of education, healthcare and culture. For instance, Article 3 of the Constitution of Ukraine states that an individual, his/her life and health, honor and dignity, inviolability and security are the highest social value, and ensuring human rights and freedoms is the main duty of the state¹. Such an approach relies on the key provisions of the core international human rights treaties, the most significant among them being the «Universal Declaration of Human Rights», developed by the UN Commission on Human Rights and adopted at a meeting of the UN General Assembly in 1948.

In the conditions of military conflict, the internal humanitarian policy of the state is also being formed in accordance with two «branches» of international humanitarian law: the norms that protect the life and property of persons affected by hostilities and regulate humanitarian assistance provided to them (the Geneva Conventions) and the norms that impose certain prohibitions for the parties to the conflict due to humanitarian reasons (the Hague Conventions). The problem lies in the fact that insufficient attention at the international level is paid to the role of the conflict-affected state itself in responding to the needs of its citizens in wartime conditions.

In the view of P. Harvey, the states – parties to the conflict – first and foremost, should invest their own

¹ CONSTITUTION of Ukraine from June 28, 1996, No. 254k/96-VR. Revision on January 1, 2020, on the basis - 27-IX. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>. Access on: 01 dec. 2022.

resources into the aid and protection of their citizens, since this is not only humane, but also cost-effective for the state itself². The issue of legal provision of the humanitarian policy of the belligerent state in accordance with international law is addressed by L. G. Alves in his fundamental work «The need for regulation of armed conflicts for the reinstatement of democracy»³. He investigates international humanitarian law in a historical retrospect and substantiates the vectors of its improvement within the aspect of humanitarian assistance to the states affected by military conflicts. The issue of correlation between human rights and national and international humanitarian policy at one time was also addressed by Nagamine, R. & Roriz, J.⁴

Nonetheless, another issue remains uninvestigated: how can a warring state build an efficient, nationally oriented humanitarian policy and not become «trapped» by its own economic insolvency and dependence on international donors?

Ukraine, which has been withstanding the Russian military aggression for nearly a year, since February 2022, has been systematically receiving considerable humanitarian and military support from the entire civilized world. However, there is already an obvious risk for Ukraine to find itself in the said «trap» in case the state policy in the humanitarian sphere proves to be ineffective. The authors of the presented article have attempted to elucidate: how effective this policy proves to be in the current conditions of the ongoing war and what served as actual prerequisites for its present state. In the course of the study, the method of comparative analysis was employed to juxtapose the characteristics of the state policy in the humanitarian sphere of the countries participating in military conflicts; the dialectical method – as a tool for studying the humanitarian sphere of Ukraine in the dynamics of its development after the country gained independence. Utilizing the modeling method,

further prospects for the development of humanitarian policy of Ukraine in the conditions of war and post-war reconstruction were substantiated.

The state policy of Ukraine has been studied within the context of two fundamental approaches with regard to the humanitarian assistance to the states affected by military conflicts. The first approach – tentatively referred to as an «externally oriented» – is based on A. Dunant’s classical paradigm of humanitarian ethics. It prioritizes the patronage of international organizations and systemic humanitarian assistance from third-party states based on the principles of humanity, political indifference and independence. The key role in the coordination and administration of the state humanitarian sphere under this approach belongs to the UN, donor countries and international non-governmental organizations. In the conditions of both war and post-war reconstruction the state takes a largely passive stance, relying on external initiative and assistance for solving humanitarian problems⁵.

The second approach – «sustainable humanism» – stipulates the enhancement of internal capacities and maximizing the involvement of national actors into the humanitarian activities management. For sustainable humanism, the role of national and local authorities as well as local communities, affected by military hostilities, is crucial in solving humanitarian problems⁶.

In her article «Classical humanitarianism and resilience humanitarianism: making sense of two brands of humanitarian action» Dorothea Hilhorst criticizes both approaches emphasizing that they both share the same negative feature, more precisely their focus on only one of the models of state policy - either on overcoming a crisis exclusively through foreign aid or placing the primary responsibility for its own survival on the affected population⁷.

² HARVEY, Paul. Towards good humanitarian government: the role of the affected state in disaster response. *ODI*, 12 oct. 2009. Available at: <https://odi.org/en/publications/towards-good-humanitarian-government-the-role-of-the-affected-state-in-disaster-response/>. Access on: 01 nov. 2022.

³ ALVES, L. G. The need for regulation of armed conflicts for the reinstatement of democracy. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 2, p. 45-67, 2012. Available at: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/1840/pdf>. Access on: 01 nov. 2022.

⁴ NAGAMINE, R.; RORIZ, J. Human rights, humanitarian law and state power. *International Law Magazine*, v. 17, n. 1, p. 417-431, 2020. Available at: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/6505>. Access on: 01 nov. 2022.

⁵ HILHORST, D.; DESPORTES, I.; MILLIANO, C. W. J. de. Humanitarian governance and resilience building: Ethiopia in comparative perspective. *Disasters*, v. 43, n. S2, p. s109-s131, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1111/disa.12332>.

⁶ ILCAN, S.; RYGIEL, K. “Resiliency Humanitarianism”: responsabilizing refugees through humanitarian emergency governance in the Camp. *International Political Sociology*, v. 9, issue 4, p. 333-351, dec. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1111/ips.12101>.

⁷ HILHORST, D. Classical humanitarianism and resilience humanitarianism: making sense of two brands of humanitarian action. *Journal of International Humanitarian Action*, v. 3, n. 15, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1186/s41018-018-0043-6>.

Simultaneously, if the first approach is taken as the basis, the state risks losing its legal capacity ending up in complete dependence on external support. Yotam Polizer, CEO of Israeli IsraAid Foundation, explains the prejudice of some countries against prolonged cross-border aid by the fact that humanitarian assistance renders them weak, transforming into a political instrument of impact of third-party states⁸. Employing solely the second approach - sustainable humanism – appears to be fictional in view of the authors of the presented paper⁹ as only the states with sufficient economic and institutional potential, strong legal framework, self-aware elites and strongly-established civic society can afford and manage it.

Within the scientific discourse related to the researched scope of issues, increasing attention has been given to restructuring these approaches in such a manner that they would supplement the long-term measures in the field of development and contribute to reducing the vulnerability of the state stricken by the social disaster⁹.

2 Humanitarian policy of the Ukrainian state: pre-war prerequisites and current wartime realities

Since Ukraine's accession to independence in 1991, the development of the humanitarian sphere has been progressing with extreme difficulty. Despite the availability of a considerable number of normative legal acts which, in one way or another, are related to this sphere, Ukraine still has no stand-alone systemic legal act deve-

loped that would define the conceptual foundations of the state humanitarian policy and which could be drawn upon by public authorities of all levels. The policy of the independent Ukrainian State has been characterized for many years by «underestimating» the issue of the humanitarian sphere development. Virtually every government of Ukraine had been largely focusing on improvement of social protection of the population without taking into account that the humanitarian sphere is primarily a spiritual, i.e. sense-shaping, ideological, value-oriented sphere. Hence, it is the state humanitarian policy that must, first and foremost, concentrate on evolving the spiritual potential of the nation and, correspondingly, to consolidate it around the state-forming ideas and values. Nonetheless, the said process in Ukraine was complicated due to the regional and ethnic heterogeneity of the state comprised of regions with different mentality, culture, ethnic composition and resource potential.

Furthermore, significant wage gaps due to sectoral differences in regional economies did not contribute to the national unity, but rather created complex problems in ensuring uniform national living standard of the population, as well as in combating against poverty across the country. In general, Ukraine is characterized by the phenomenon of widespread poverty among the economically active population regardless of its professional, educational and demographic particularities. The causes of poverty among employable citizens in Ukraine most notably lie in the slow rate of adaptation of the national economy to market conditions, the lack of competitiveness of a number of industries and productions, low labor productivity. Excessive differentiation of regions in terms of their socio-economic status, a significant gap between the central and peripheral population centers of the country has led to the formation of unequal opportunities for development of Ukrainians, the strengthening of migration processes and ultimately to the ideological and political disintegration of the society. The state funding on a residual principle did not further contribute to the development of the humanitarian sphere as well, which created every precondition for moral and legal anomie within the society.

A state wherein the humanitarian sphere is underfunded and the economy is weak, despite having significant development potential owing to its abundant natural resources – black soil known for its high fertility and ability to produce high agricultural yields, covers

⁸ SVETLOVA, K. Syria-Israel: big humanitarian policy. *Details*, 07 aug. 2020. Available at: <https://detaly.co.il/siriya-i-izrail-bolshaya-gumanitarnaya-politika>. Access on: 01 nov. 2022.

⁹ ADAMI, M. Disorder within the humanitarian sector: the old versus new humanitarianism debate. *Disasters*, v. 45, n. 2, p. 403-423, nov. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1111/disa.12426>. Available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/disa.12426>. Access on: 01 nov. 2022.

CARPENTER, S.; BENNETT, C. *Managing crises together: towards coherence and complementarity in recurrent and protracted crises*. London: Overseas Development Institute, 2015. Available at: <http://cdn-odi-production.s3.amazonaws.com/media/documents/9736.pdf>. Access on: 01 nov. 2022.

KLEIN-KELLY, N. More accountability, less humanitarian access? Alternative ideas on accountability for protection activities in conflict settings. *International Review of the Red Cross*, v. 100, n. 1-2-3, p. 287-313, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1816383119000031>.

46% of Ukraine¹⁰ – is a tempting «target» for the neighboring aggressor state. The Russian Federation has previously infringed on the sovereignty of the Ukrainian state since 2014 by annexing Crimea and supporting the separatist movement in the east of the country with armaments. On February 24, 2022, it launched a full-scale war against Ukraine, which has already brought about a real humanitarian catastrophe therein. For instance, the Ukrainian economy has lost almost USD100 billion because of the war. Its GDP may decline by 40-45% in annual terms. The Russian army's war atrocities have caused an unprecedented flow of refugees and internally displaced persons since World War II. Thus, according to the UN, 5.6 million citizens have left Ukraine, almost all of them women, children and senior citizens. Approximately 7 million people moved to the western regions of the country, hence 40% of the employable population faced full or partial loss of their sources of income. About 250,000 people lost their homes¹¹.

Since the outbreak of war Ukraine has been receiving financial assistance from international organizations. Even before the U.S. government approved a total package of USD 40 billion in military and economic aid to Ukraine, more than a billion dollars in humanitarian flows to Ukraine were secured by world's leading governments, the IMF and other international financial institutions, making it the largest emergency funding in only the first few months of 2022. As of May 2022, the UN OCHA Financial Tracking Service (FTS) showed that UN agencies had received about two-thirds of humanitarian aid funding for Ukraine with its major share having been transferred to implementing partners of NGOs¹².

Hence, state policy in the humanitarian sphere during the first six months of the war was formulated chiefly on the basis of an externally oriented approach which seems quite natural. After all, under the conditions of war the institutional and physical infrastruc-

ture of the country ends up in the state of crisis and the use of national resources to cover the urgent needs of the belligerent state becomes complicated or even impossible. The causes of this are quite objective: the shock in the society from shifting its vital activity to a war footing; destruction of infrastructure facilities and logistical chains that provide essential goods and services; insufficient management capacity to ensure rapid response to the challenges of war; lack of a regulatory and resource framework necessary for wartime conditions. It is therefore a possibility to avoid a humanitarian catastrophe in such extreme conditions exists only with the support from outside - from friendly states and international organizations.

At the same time, as Lt Gen Balbir Singh Sandhu (Retd) rightly observes, Ukraine will have to defend itself by relying mostly on its own military assets¹³. Hence, without intensification of the internal economic potential, including the efforts made towards the development of the national military-industrial complex, as well as humanitarian support of the most vulnerable segments of the population, the Ukrainian state risks falling into complete financial dependence on donor countries.

3 International practice of formation of humanitarian policy in the conditions of war and post-war reconstruction

The states affected by the armed conflict develop their own humanitarian policy, taking into consideration the principles of international humanitarian law, with three of them having been identified by the authors as the most relevant to the scope of the presented research: 1. Assistance to the victims of the conflict is first and utmost the responsibility of the parties to the conflict, and the issue of outside humanitarian assistance arises when the parties to the conflict are unable or refuse to perform their responsibilities. 2. The aid is ai-

¹⁰ GAYDUK, A. Ukrainian "Chernozem". *GTInvest Ukraine*, 29 nov. 2021. Available at: <https://good-time-invest.com/blog/ukrainian-chernozem/>. Access on: 01 nov. 2022.

¹¹ GRIGORENKO, Y. Anatolij Kinakh: Ukraine's post-war economy will be radically different. *GMK.center*, 21 may 2022. Available at: <https://gmk.center/ua/interview/anatolij-kinah-povoienna-ekonomika-ukraini-bude-kardinalno-inshoju-2/>. Access on: 01 nov. 2022.

¹² ENABLING the local response: emerging humanitarian priorities in Ukraine March–May 2022. Available at: https://www.humanitarianoutcomes.org/sites/default/files/publications/ukraine_review_2022.pdf. Access on: 01 sep. 2022.

¹³ SANDHU, B. Singh. War in Ukraine: lessons in self-reliance for India as posturing makes "Two-Front Conflict" a possibility. *NEWS18*, 27 feb. 2022. Available at: <https://www.news18.com/news/opinion/war-in-ukraine-lessons-in-self-reliance-for-india-as-posturing-makes-two-front-conflict-a-possibility-4815551.html>. Access on: 01 sep. 2022.

med at preventing the tragic consequences of conflict, i.e. it will prove to be most useful if administered early.

3. The nature of humanitarian support involves reducing the subsequent dependence of the conflict-affected state on third parties. As an instance, the provision of food aid is mainly coupled with the resumption of local food production and recovery of the agricultural sector. For example, in 1992 in Somalia the ICRC provided assistance by supplying food (120 thousand tons) simultaneously implementing programs to restore the agricultural and medical sectors¹⁴.

For the majority of belligerent countries, external emergency assistance is certainly vital, particularly at the beginning of hostilities. However, further on, if the internal rescue mechanisms are not triggered, this may lead to dependence on international donors and the passivity of country's society, as the international practice demonstrates. The so-called «dependency syndrome» can be observed, for example, in Bosnia and Herzegovina (BiH). Former UN High Representative for Bosnia and Herzegovina W. Petritsch commented on the situation with humanitarian aid to BiH as follows: «Some people, having received an aid of a dollar, believe that the international community will pay for everything and for years to come»¹⁵. In the period between 1995 and 2000, BiH obtained four times more financial assistance than all of Europe after World War II¹⁶. Despite significant support from international donors, the government has failed to develop and implement an effective humanitarian policy, leading to the decline of the local economy and labor market. USD1 billion of funding provided to BiH since the Dayton Accords of 1995 had not been used for its intended purpose, forcing the establishment of an anti-corruption unit within the office of the UN High Representative. International funding

has strengthened local elites that had connections with corrupt officials and organized crime groups.

Israel in contrast can serve as an example of effective state policy in the humanitarian sphere. Since 1947, the Israeli-Palestinian conflict has been ongoing, which is considered to be one of the most complex and prolonged hostilities in the modern history.

Financial support in this confrontation, which has been provided to Israel by the United States in the course of more than half a century, has assumed different forms and volumes. Until 1985, the assistance came mainly in the form of long-term loans. Later on, a comprehensive program of arms supply to the country (Foreign Military Financing, FMF) was introduced considered to be the most extensive among similar programs implemented by the United States. Within its framework, Israel had been receiving an average of USD2,4 billion annually between 1998 and 2007, from 2008 to 2017 it constituted USD2,9-3,1 billion. The military assistance package from 2019 to 2028, which the parties agreed upon several years ago, amounts to USD170 billion. Overall, the US aid comprises approximately 3% of the total state budget and 1% of the GDP of Israel. Even a partial loss of such assistance could prove to have an extremely negative impact on healthcare and education, leading to social tension¹⁷. At the same time, Israel has employed this solid support on the part of the United States to the benefit of its national interests: the constant threat has become a stimulus for the Israelis in their development of the military-industrial complex and building a modern military. Presently, Israel is one of the leading arms exporters: 75% of the manufactured weapons are exported, 25% are used for the needs of its own military force. Israel has proven that in the conditions of war it is possible not only to develop the military-industrial complex, but also to establish it as a source of economic growth.

The protracted and in fact continuous armed conflict has particularly impacted the development of the humanitarian sphere in Israel: over the past fifteen years, public spending on it has been consistently high. For instance, the share of public spending on education constituted 5.54% of GDP in 2008, the 2022 state bud-

¹⁴ PERRIN, P. The impact of humanitarian aid on conflict development. *International Review of the Red Cross*, n. 323, jun. 1998. Available at: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jpcj.htm>. Access on: 01 nov. 2022.

¹⁵ PETRITSCH, W. Bosnien und Herzegowina 5 Jahre nach Dayton – Hat der Friede eine Chance? *Klagenfurt u.a.: Wieser-Verlag*, p. 257, 2001.

¹⁶ FISCHER, M. Recovering from violent conflict: regeneration and (Re-)integration as elements of peacebuilding. *Academia*, p. 474-501. Available at: https://www.academia.edu/24771913/Recovering_from_Violent_Conflict_Regeneration_and_Re_integration_as_Elements_of_Peacebuilding_Contribution_by_M_Fischer_to_the_Berghof_Handbook_for_Conflict_Transformation. Access on: 01 sep. 2022.

¹⁷ SOLOVEY, I.; MIKHAILOV, Y. *US-Israel: Historic Military Aid*. 16 sep. 2016. Available at: https://rus.lb.ua/world/2016/09/16/345264_sshaizrail_istoricheskaya_voennaya.html. Access on: 01 sep. 2022.

get allocates 6% of GDP being a remarkably high rate compared with international practices. Such attitude to the education sector contributes to the progressive development and build-up of the economic potential of the state. Funding of the healthcare sector during this period has been provided within 7-7,5% of GDP. In terms of development of science, the Israeli military has been armed with high-tech weaponry and protective equipment over the last 15 years. The consolidated scientific effort is actively functioning to ensure the safety of soldiers and the civilian population. Technology transfer companies and business incubators have been established at each Israeli university, each of them working on an average of 10 startups simultaneously. A new enterprise is gathering strength in the «greenhouse» mode during several years, and later goes out to «navigate its own way». If the project proves to be successful, the state regains its invested funds through royalties –3-4% of sales, if not – the entrepreneur is not accountable to the state. The process is being coordinated by the Office of the Chief Scientist at the Ministry of Industry, Trade and Labor. Such active producing of innovations has made Israel attractive for multinational companies such as Microsoft, Cisco Systems, Motorola, IBM, Intel, Google, Apple¹⁸.

Nowadays, Israel is a recognized leader in the world trade in electronics, optical devices, medical equipment, computer hardware and software, pharmaceuticals and other high-tech products. The primary factors that allow Israel to be a prosperous country, despite the continuous Arab-Israeli conflict, are as follows: the channeling of foreign financial assistance onto the development of the national economy and the military-industrial complex; an efficient combination of security systems, education, science and business which ensures a breakthrough in defense technologies and training of highly skilled professionals; high level of support of innovations on the part of the state, since innovations are conducive to a strong economy and high-tech exports. Proceeding from Israel's experience, national security does not only imply defense, but also education, medicine, social protection, etc. The efficiency of administrative and financial mechanisms of the state provides a strong combination of defense capacity and high social quality.

¹⁸ HLUSHCHENKO, M. War as an engine of progress. *Liga.net*, 17 dec. 2014. Available at: <https://blog.liga.net/user/mgluschenko/article/16490>. Access on: 01 sep. 2022.

4 Administrative and legal conflicts in the implementation of two approaches to ensuring the humanitarian policy of the state in the conditions of war

The crucial issue for the humanitarian policy of the state in the conditions of war is the protection of human life which must be provided for at the legislative level. Anti-crisis legislative activity in the conditions of war, according to the international practice, predominantly takes two principal directions. The first relates to international normative legal acts that may be used to ensure the influx of humanitarian aid from international donors or to launch legal proceedings on the consequences of war in the international courts. The second is focused on the regulatory and legal support for mobilization of internal resources by the belligerent state.

With regard to the first direction, the key reference point for Ukraine is, without a shadow of a doubt, represented by the norms of international humanitarian law. This concerns humanitarian conventions, foremost The Geneva Conventions of 1949 and the Protocol Additional to the Geneva Conventions as of 1977 (Protocol I)¹⁹, the Hague Convention of 1907 that regulate the methods and means of warfare. Both Ukraine and Russia are parties to the Geneva Conventions of 1949 and Protocol I. Nonetheless, Russia has completely neglected the international humanitarian law, employing indiscriminate weapons and destroying the civilian infrastructure, as stated by the UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet. The organization further noted that the Russian armed forces indiscriminately shell and bomb populated areas, killing civilians and destroying hospitals, schools and other civilian infrastructure²⁰. The cruelties suffered by the residents of Ukrainian cities from the Russian occupiers constitutes a violation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in parti-

¹⁹ THE GENEVA Conventions of 1949 and their Additional Protocols. *ICRC*, 01 jan. 2014. Available at: <https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-1949-additional-protocols>. Access on: 01 sep. 2022.

²⁰ BACHELET urges respect for international humanitarian law amid growing evidence of war crimes in Ukraine. *United Nations Human Rights*, 22 apr. 2022. Available at: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/04/bachelet-urges-respect-international-humanitarian-law-amid-growing-evidence>. Access on: 01 sep. 2022.

cular Article 2 «Right to life», Article 3 «Prohibition of torture», etc²¹. This opens up the possibility to protect the violated rights, including in the European Court of Human Rights. Despite its withdrawal from the Council of Europe, Russia is bearing responsibility for violations of the Convention committed before September 16, 2022.

The Russian invasion of Ukraine has caused an estimated 16 million people either displaced from their dwellings or struggling to survive in the extreme conditions of the armed conflict and having required urgent humanitarian assistance. The most acute need in terms of humanitarian protection was the evacuation of civilians that became trapped in the areas of intense fights. Since March the ICRC, in coordination with the UN, has facilitated the safe evacuation of 10,000 civilians from these areas. The risks and complexity of such operations, particularly the necessity to negotiate agreements with belligerent parties regarding safe passage, ascertain that the protection of civilians and the infrastructure is one of the spheres where an international humanitarian presence is vitally important.

In respect of the second direction, the existing legal framework in Ukraine has been significantly augmented since the outbreak of the full-scale war. Overall, during this period the Ukrainian government has adopted over 726 normative legal acts aimed at administrative regulation of martial law, in general, and regulation of the economy, in particular. The primary changes related to the issues of defense, provision of the troops, as well as economic issues (such as operation of businesses and taxation, establishment of social benefits) and humanitarian provision. On the very first day of the war, an action plan was approved that would regulate the martial law regime, which ensured the establishment of interaction and coordination between government authorities and the military command. Solving the humanitarian issues has been and still remains one of the main areas of the government's activities under martial law. In particular, a number of resolutions were adopted regulating the evacuation of population and facilitating border crossing for children and members of vulnerable groups of population.

²¹ EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. European Court of Human Rights. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Access on: 01 nov. 2022.

The Ukrainian government and the civic society ensured a proper humanitarian response, with numerous volunteer initiatives as a matter of fact playing a key role during the first months of the war. Approximately 150 Ukrainian national non-governmental organizations (NGOs) had been working in the emergency humanitarian response prior to the full-scale invasion and were amassed along the lines of the conflict zone in the east of the country. With the outbreak of open warfare in February 2022, a significantly larger number of civic society groups, such as the ones engaged in political advocacy as well as church groups, have shifted their effort onto operational humanitarian functions, while nearly 1700 newly-established groups have applied to the government for registration as «charitable foundations or public organizations». The author M. Stephen emphasizes that where international actors struggle to get access to contested territories and rely on national or local NGOs to reach conflict-affected communities, partnerships allow life-saving resources to reach the people who need them most²².

Legal aid and informing are yet another field of activity for civic initiatives by NGOs in the conditions of war. Armed hostilities indeed represent not only physical destruction and killing, but also numerous problems with lost documents and various procedures being violated. NGOs have launched a large number of legal aid hotlines, opened public reception offices to provide secondary legal aid. It is namely through these resources of the civic society organizations that the internally displaced persons and those who remained in the occupied territories were able to obtain the necessary help.

Under such difficult conditions, the representatives of public authorities and civic society are building partner relations. Experts from civic society organizations are being actively involved in various processes related to the drafting of laws. For instance, the specialized Law «On Ensuring the Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons in Ukraine» was written namely by the experts from civic society organizations²³. Pre-

²² STEPHEN, M. Partnerships in conflict: how violent conflict impacts local civil society and how international partners respond. *International Alert*, Oxfam, p. 56, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21201/2017.0759>.

²³ LAW «On Ensuring the Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons in Ukraine» Document 1706-VII. Revision on October 29, 2022, on the basis - 2622-IX. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/1706-18?lang=en#Text>. Access on: 01 nov. 2022.

sently, they are involved in drafting the Law on Defense and Ensuring the Sovereignty and Territorial Integrity of the State of Ukraine. It will stipulate strict procedural and institutional requirements according to the criteria of clarity of the law developed by the ECHR and the Venice Commission. This proceeding is important in terms of the legitimacy of the actions by the state in its self-defense and *jus ad bellum* within the context of the Article 51 of Chapter VII of the United Nations Charter²⁴. The law will regulate the procedures of reporting and parliamentary control over the mechanisms of protection of constitutional rights and freedoms of citizens in the conditions of their objective restriction arising from martial law.

5 Modern humanitarian policy of Ukraine: organizational and administrative mechanism of implementation in the conditions of war

5.1 Spiritual and value-based constituent of the state humanitarian policy

War is doubtlessly evil however with all its devastating impact on the material and human resources of the country, it may also become a powerful uniting factor, an impetus for the formation of a politically-aware nation and a civic society. In nearly a year of war, the Ukrainian society has undergone considerable shifts at the spiritual and value-based level of social relations. Firstly, this concerns the consolidation of society, being previously not observed in pre-war Ukraine with its distinct regional differentiation. Secondly, active mobilization of resources – both human and social. Society, with its significantly worsened economic circumstances, is seeking out resources for its own survival and providing support to the army. And thirdly, which is also extremely important, the percentage of people primarily identifying themselves with Ukraine has substantially increased during the war. As of now it already constitutes two thirds of the population even though only a

year ago the number was less than a half.²⁵ With such strong support from the society the state is capable of ensuring the formulation and implementation of an effective humanitarian policy which is to become the guarantee to preserving the most important resource indispensable for victory and post-war reconstruction of the country – the human resource. With the purpose of legal consolidation of the principles and directions of the formation and implementation of the spiritual and value-based constituent of the state humanitarian policy, the Verkhovna Rada of Ukraine on December 13, 2022 adopted the Draft Law «On the Basic Principles of State Policy in the Sphere of Establishing Ukrainian National and Civil Identity»²⁶.

The European integration of Ukraine is pivotal for the formation of spiritual and value-based guidelines of the humanitarian policy of Ukraine. Ukraine is a part of the European civilization, the Ukrainian people have identical spiritual values with Europeans. Particular steps in European integration of pre-war Ukraine were related to reforms of the judicial system, the anti-corruption infrastructure, civil service, local self-government; decentralization of economic and political authority; introducing amendments to tax and labor legislation. However, the most important remain the processes of transforming the social consciousness: Ukrainians have in their majority come to realize that democracy, the rule of law, equality, respect for human dignity and human rights are the basic factors that provide a decent living.

The war has become a motivating factor for the social, political and military reconstruction of the state through military values. The militarization implies not only the manufacturing of weapons and equipment, but also the transformation of consciousness of citizens, their gender identities, language, ethics, morality, ways of living and ways of viewing the world²⁷. One of the consequences of the war became the direct involve-

²⁵ OSADCHA, Y. Less than 1% consider themselves citizens of the USSR: how the identity of the population of Ukraine has changed. *Ukrainian truth*, 16 aug. 2022. Available at: <https://life.pravda.com.ua/society/2022/08/16/250037/>. Access on: 01 nov. 2022.

²⁶ DRAFT Law “On the Basic Principles of State Policy in the Sphere of Establishing Ukrainian National and Civil Identity”, 13.12.2022, n° 6341. Available at: <https://ips.ligazakon.net/document/JI06469G?an=375>. Access on: 01 nov. 2022.

²⁷ BICKFORD, A. Militaries and militarization, anthropology of. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition) Elsevier*, v. 15, p. 483-489, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.12210-X>.

²⁴ UNITED NATIONS CHARTER. Available at: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter>. Access on: 01 nov. 2022.

ment of a part of the civilian population in the armed forces, the defense sector or its adjacent sectors. Hence, with the onset of the full-scale invasion, various skilled professionals found their new calling in the military profession. Nowadays, the Armed Forces are already shaping up an inclusive workforce with a wide range of views, experiences and capabilities.

5.2 Energy security as a basis for the development of humanitarian sphere in the conditions of war

The source of development of the humanitarian sphere lies in the successful economy of the country. The war has destroyed millions of jobs of Ukrainians which means that the basic institution of the economy, that permitted to convert the labor of its citizens into new added value, has significantly curtailed its efficiency. Further market reforms are impossible in a country where citizens face mass unemployment, with incomes several times lower than those in neighboring countries and with the post-traumatic stress disorder as a consequence of war they experienced.

Historically, Ukraine had had an industrial-type economy. At the same time, it had been a commodity-oriented, low-productivity economy which had virtually no investments made into its modernization and transition to higher technological modes. The technical modernization of individual enterprises had not occurred for 15 years and more. Due to war, Ukraine has already lost at the very least 30-50% of its production capacities in heavy industry, which employed 25-30% of the economically active population prior to war.

After the severe damage to Ukraine's energy infrastructure inflicted by the Russian Federation in November-December this year, the restoration and modernization of industrial facilities has become extremely complicated. For the purpose of overcoming the ensued energy crisis, the Government of Ukraine has stepped up on its work towards the large-scale development of renewable energy sources (RES).

An important decision taken during the ongoing military conflict, which directly affects the further development of RES in Ukraine, was the approval by the European Commission in May 2022 of the REPowerEU plan, which determines the development of renewable energy sources as a primary public interest and stipula-

tes an increase in the EU's goal to achieve the share of RES in the electrical power balance in 2030 from 40% to 45%. For instance, in accordance with this plan, Europe aims to increase the total capacity of wind energy to 510 GW by 2030 (currently comprising 190 GW)²⁸. Ukraine, as a part of the European energy system, has no choice but to be developing in conformance with the European energy trends. At the state level, a positive decision for this sector became the signing by President of Ukraine V. Zelenskyy of the «Law on the Development of Energy Storage Facilities»²⁹, which greenlights the large-scale construction of energy collection and storage systems across the country. Hence, by 2032, it is planned to build 5-7 GW worth of new solar and wind power plants to meet domestic energy needs and expand Ukraine's energy export capabilities.

All these positive decisions, taken or elaborated during the war, ascertain the understanding by the state authorities of the important role of renewable energy sources for the post-war reconstruction of the country's energy sector. Possessing one of the best wind and solar energy potentials, being an agricultural country with nearly incessant water and bioresources, also considered by Europe as a future hub for renewable hydrogen production, Ukraine cannot afford to miss out on the opportunity to create a stable, sustainable, carbon-neutral and secure energy system.

5.3 The role of science in enhancing the country's defense capability and its post-war reconstruction

Another priority for the state policy within the humanitarian sphere lies in the revival of Ukrainian science, increasing its significance for the defense capability of the country, its healthcare and inclusive development. Hence the need for highly-developed national scientific institutions capable of serving as the centers of special in-depth knowledge and generating adequate responses to new geopolitical challenges.

²⁸ REPOWEREU: affordable, secure and sustainable energy for Europe. European Commission. Available at: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repowereu-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe_en. Access on: 01 nov. 2022.

²⁹ ZELENSKY signed a law on the development of energy storage systems. *Ecopolitic*, 20 apr. 2022. Available at: <https://ecopolitic.com.ua/en/news/zelenskij-pidpisav-zakon-pro-rozvitok-sistem-nakopichennya-energii-3/>. Access on: 01 nov. 2022.

From 2010 to 2020, the real scope of research and development in Ukraine had decreased by 45% (in international dollars by purchasing power parity), and the number of researchers shrank by more than a half (by 62%). Ukraine became one of the countries with the lowest concentration of researchers (11 people per 10000 of population against 55 in Europe and the OECD). Right before the war Ukraine was among the countries with the lowest level of «scientific research capitalization» of the GDP. For instance, research and development conducted in Ukraine in 2020 amounted to only 0.4% of its GDP, while the average for OECD countries amounted to 2% of the GDP; in Switzerland – 3,4%; South Korea – 4,2%; Israel – 4,3% of the GDP.

In order for Ukraine to form a new framework of the national innovation system, which would be capable of providing maximum facilitation to the modernization of production and ensuring an appropriate level of employment, it is imperative to conduct a systemic restructuring of the scientific sphere and its interrelations with society, government and business. It should be carried out in accordance with two vectors:

1. Legislative support of relations within the triad of «society» - «state» - «science» with clear regulation of responsibility between them; adoption of normative legal acts that would enable the implementation of European standards³⁰ in the field of organization of conducting and funding of scientific research.

2. Implementation of specific instruments to stimulate the development of scientific and technological sphere and capturing innovations. Formation (revival, modernization) of a network of research and innovation infrastructure centers - technology parks, innovation centers, innovative technology clusters, business incubators, venture funds. Ukraine needs to standardize the forms of state aid, precisely the following: a) direct grants; b) tax exemption / reduction in the tax rates; c) allocation of land plots; d) supply of required goods or services at reduced prices; e) ensuring access to debt financing or equity financing on favorable conditions. Such standards are being successfully applied in the practice by EU countries to provide incentives to business for the purpose of funding research and de-

³⁰ RESOLUTION of the Verkhovna Rada of Ukraine About some measures to fulfill Ukraine's obligations in the field of European integration. 2483-IX. 07/29/2022. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2483-IX#Text>. Access on: 01 sep. 2022.

velopment, innovations as well as to support the state research and informational infrastructure.

5.4 State healthcare policy of Ukraine in the conditions of war

All pre-war problems in the healthcare sector related to underfunding of the sphere on the part of the state, shortage of personnel and medication, have become ever more acute with the outbreak of armed hostilities in Ukraine. The situation is particularly difficult in the frontline regions, where over 900 medical institutions have been destroyed, with one third of which not possible to be restored³¹.

The war had all the prerequisites to destroy the already imperfect healthcare system in Ukraine but instead it pushed the government and local professionals to seek effective solutions with the help of which the healthcare in the country has been preserved and continues its development. As an instance, the government has approved a number of decisions that facilitated the access of citizens to medical services. The possibility to get primary medical care currently has no compulsory relation to declarations: citizens can seek assistance from any doctor in any city across the country. Referral of cancer patients for treatment in regions outside their residence is also devoid of bureaucratic constituent. The system of state funding for hospitals and procurement of medication has also been simplified. Owing to the coordinated work of the Ministry of Health and the volunteers, as well as considerable international assistance, the hospitals are now fully equipped with everything necessary for successful treatment. Simultaneously, the Ukrainian healthcare system is currently entirely dependent in financing on international donors and, in the absence of planning for its further development on the basis of domestic resources, the healthcare sector recovery may remain an open question.

One positive example of reconstructing the healthcare system, devastated by war, may be drawn from the algorithm of cooperation between international donors and the local government in Kosovo. The war in this country in 1999 led to the displacement of up to 1,5

³¹ KITRAL, O. How ukrainian medicine lives in the conditions of war. *Common: Journal of Social Criticism*, 18 jun. 2022. Available at: <https://commons.com.ua/en/chem-zhivet-ukrainskaya-medicina-v-usloviyah-voyn/>. Access on: 01 sep. 2022.

million people with approximately 800 thousand people becoming refugees in the neighboring Albania, Macedonia and Montenegro. Estimated 12 thousand deaths were directly related to the war. The second main cause of mortality was chronic diseases. The responsibility for public health throughout Kosovo is shared between Kosovar Albanian healthcare workers, the representatives of the WHO, the UNMIK and international non-governmental organizations. Over 400 aid agencies and donors arrived in Kosovo. One tenth of the NGOs involved worked in the healthcare sector. The WHO took on a leading role in developing healthcare policy and ensuring technical support to healthcare professionals. Between 1999 and 2002, the donors spent an estimated €80 million on the healthcare sector which constituted the second largest part of Kosovo's consolidated budget. However, substantial improvements in the healthcare sector began after the revitalization of the inner potential of the healthcare system on the basis of the Kosovo healthcare policy document informally referred to as the «Yellow Book», adopted by the government. As a result of the reform, family doctors underwent advanced training, the responsibility for primary medical care was transferred to the municipal level, the immunization coverage increased whereas the maternal and child health indicators improved.

The healthcare reconstruction strategy proposed by the Ukrainian government as part of the general strategy of the country's recovery, presented in Lugano, Switzerland, in July 2022 proved similar to the Kosovar initiative. It envisages the launch of a national program to support the mental health of people affected by the war, the development of a network of specialized healthcare facilities, the creation of digital healthcare services. The presented plan stipulates 3 stages of introducing changes and attracting the funding in the amount of USD 15 billion as well as systemic coordination on the part of public and international donors³².

³² LEMENOV, O. International experience of restoring medical infrastructure after the war. *BusinessCensor*, 14 sep. 2022. Available at: https://biz.censor.net/columns/3367042/mijnarodnyyi_dosvid_vidnovlennya_medychnoyi_infrastruktury_pislya_viyiny. Access on: 01 nov. 2022.

6 Conclusion

The humanitarian policy of the state is universally accepted as being human-centered. The primary constitutional provisions of most countries of the world that have chosen the democratic path of development, including Ukraine, proclaim a person, his life and health, honor and dignity, inviolability and security as the highest social value. This implies that the spheres of education and science, healthcare, legal protection, culture must represent an indispensable priority for the state both in terms of their regulatory and legal provision and their funding. Moreover, to uphold the unity of the nation, the state is obliged to take into consideration the factor of spiritual and value-based development of citizens in the formation of its humanitarian policy. Firstly, it concerns the educational sphere, with the priority for it being the formation in the individual of respect for his/her country and its laws, readiness to defend national interests.

Regretfully, the state policy of Ukraine in the course of the past thirty years of its independence was being formed mainly outside the interests and financial needs of the humanitarian sphere. Attempts at conducting reforms in the spheres of education, science, healthcare proved to be non-systemic, not adequately funded by the state and as a consequence, ended up being ineffective. The war with Russia, which has been indirectly ongoing since 2015 and became all-out in February 2022, in fact has led to the decline of this sphere. Simultaneously, it became a driving force for unifying the nation, mobilizing human resources, revising and augmenting the regulatory framework of the Ukrainian state.

In the conditions of social upheavals, particularly such as the military conflict, the states are inclined to take an active or a passive position in the formation of their humanitarian policy, as the international practice affirms. In the first case, the national and the local authorities play a key role in solving humanitarian problems with their efforts focused on actively attracting internal resources of the state to preserve and develop the humanitarian space – social protection system, healthcare, science, education, culture. This approach is based on the concept of sustainable development humanism. In the second case, the state takes a mostly passive position, relying on external initiative and transnational assistance in solving humanitarian problems. Israel's experience allows to single out, apart from the two gene-

rally accepted approaches, a one more so-called mixed position of a belligerent state, when external assistance provides an incentive for this particular state to be developing its own economy and military-industrial complex.

In the case of Ukraine, which was literally dragged into a protracted military conflict by Russia, neither of these approaches would currently provide a positive result: the first – due to the lack of internal resources of the state, the second – would lead the country into a «trap» of economic inactivity and dependence on international donors. As for the mixed position, it appears unrealistic as well. The state's own revenues presently are barely sufficient to cover its military expenditures. The social sphere, education, healthcare, which were already underfunded before the outbreak of hostilities, are now in the state of crisis. It is too early to discuss any long-term investments into the development of innovations and high-tech military-industrial complex: the country spends USD 5,7-6,3 billion monthly, with about half of the amount allocated for defense. Financial support from the EU and the US as well as other countries is provided mainly in the form of loans and, partially, grant support which in the long run could lead to a debt pit.

International humanitarian law, in its traditional format, is focused either on humanitarian aid for the war-affected population or on establishing certain prohibitions for the parties to the conflict. The modern realities of the Russian-Ukrainian war indicate that external aid provides only a temporary positive effect, while prohibitions do not stop the aggressor state. The norms of international law must consolidate the rights and obligations of the state affected by the military conflict with regard to activation of its internal resources for self-recovery. At the same time, external support should not be excluded within those limits that pose no threat to the economic stability of donor countries. Abidance by these regulations should be strictly controlled by international organizations in order to avoid corruption on the part of the state apparatus and violations of human rights.

On the basis of the experience gained by the Ukrainian state over the years of its independence and as a consequence of the ongoing active phase of the military conflict, and supplementing it by drawing comparison with the experience of other warring countries, the

authors have elaborated the following universal criteria for the effectiveness of the state humanitarian policy:

- creation of appropriate conditions for an individual, as the primary national resource, for the realization of his/her capabilities. Based on such an approach, the state should engage in the formation of a policy of opportunities and empowerment in the spheres of education, professional development, targeted healthcare and social protection. This implies continuous (not only in crisis situations) increase of investment into human capital, development of social infrastructure; minimization of economically unjustified income inequality of the population, elimination of extreme forms of poverty;

- systemic development of the spiritual potential of the nation and, correspondingly, its consolidation around nation-building ideas and values; ensuring broad access to cultural heritage; preservation of cultural diversity;

- increasing the share of intellectual product in the total national product, establishing innovation as the dominant model of economic behavior;

- public-state model of governance, with the predominant share of authorities in the humanitarian sphere belonging to self-governing and public management entities (during the war in Ukraine, NGOs demonstrated high efficiency in solving humanitarian problems);

- harmonization of security, education, science and business systems, which ensures a breakthrough in defense technologies and training of highly qualified specialists.

The provided list of criteria is not exhaustive, as it only outlines the principal guidelines for the development of the state, the systemic observance of which would allow it to take a strong position in countering any external aggression.

References

ADAMI, M. Disorder within the humanitarian sector: the old versus new humanitarianism debate. *Disasters*, v. 45, n. 2, p. 403-423, nov. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1111/disa.12426>. Available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/disa.12426>. Access on: 01 nov. 2022.

- ALVES, L. G. The need for regulation of armed conflicts for the reinstatement of democracy. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 2, p. 45-67, 2012. Available at: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/1840/pdf>. Access on: 01 nov. 2022.
- BACHELET urges respect for international humanitarian law amid growing evidence of war crimes in Ukraine. *United Nations Human Rights*, 22 apr. 2022. Available at: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/04/bachelet-urges-respect-international-humanitarian-law-amid-growing-evidence>. Access on: 01 sep. 2022.
- BICKFORD, A. Militaries and militarization, anthropology of. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition) Elsevier*, v. 15, p. 483-489, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.12210-X>.
- CARPENTER, S.; BENNETT, C. *Managing crises together*: towards coherence and complementarity in recurrent and protracted crises. London: Overseas Development Institute, 2015. Available at: <http://cdn-odi-production.s3.amazonaws.com/media/documents/9736.pdf>. Access on: 01 nov. 2022.
- CONSTITUTION of Ukraine from June 28, 1996, No. 254k/96-VR. Revision on January 1, 2020, on the basis - 27-IX. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>. Access on: 01 dec. 2022.
- DRAFT Law “On the Basic Principles of State Policy in the Sphere of Establishing Ukrainian National and Civil Identity”, 13.12.2022, n° 6341. Available at: <https://ips.ligazakon.net/document/JI06469G?an=375>. Access on: 01 nov. 2022.
- ENABLING the local response: emerging humanitarian priorities in Ukraine March–May 2022. Available at: https://www.humanitarianoutcomes.org/sites/default/files/publications/ukraine_review_2022.pdf. Access on: 01 sep. 2022.
- EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. European Court of Human Rights. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Access on: 01 nov. 2022.
- FISCHER, M. Recovering from violent conflict: regeneration and (Re-)integration as elements of peacebuilding. *Academia*, p. 474-501. Available at: www.academia.edu/24771913/Recovering_from_Violent_Conflict_Regeneration_and_Re_integration_as_Elements_of_Peacebuilding_Contribution_by_M_Fischer_to_the_Berghof_Handbook_for_Conflict_Transformation. Access on: 01 sep. 2022.
- GAYDUK, A. Ukrainian “Chernozem”. *GTInvest Ukraine*, 29 nov. 2021. Available at: <https://good-time-invest.com/blog/ukrainian-chernozem/>. Access on: 01 nov. 2022.
- GRIGORENKO, Y. Anatoliy Kinakh: Ukraine’s post-war economy will be radically different. *GMK.center*, 21 may 2022. Available at: <https://gmk.center/ua/interview/anatolij-kinah-povoienno-ekonomika-ukraini-bude-kardinalno-inshuju-2/>. Access on: 01 nov. 2022.
- HARVEY, Paul. Towards good humanitarian government: the role of the affected state in disaster response. *ODI*, 12 oct. 2009. Available at: <https://odi.org/en/publications/towards-good-humanitarian-government-the-role-of-the-affected-state-in-disaster-response/>. Access on: 01 nov. 2022.
- HILHORST, D. Classical humanitarianism and resilience humanitarianism: making sense of two brands of humanitarian action. *Journal of International Humanitarian Action*, v. 3, n. 15, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1186/s41018-018-0043-6>.
- HILHORST, D.; DESPORTES, I.; MILLIANO, C. W. J. de. Humanitarian governance and resilience building: Ethiopia in comparative perspective. *Disasters*, v. 43, n. S2, p. s109-s131, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1111/disa.12332>.
- HLUSHCHENKO, M. War as an engine of progress. *Liga.net*, 17 dec. 2014. Available at: <https://blog.liga.net/user/mgluschenko/article/16490>. Access on: 01 sep. 2022.
- ILCAN, S.; RYGIEL, K. “Resiliency Humanitarianism”: responsabilizing refugees through humanitarian emergency governance in the Camp. *International Political Sociology*, v. 9, issue 4, p. 333–351, dec. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1111/ips.12101>.
- KITRAL, O. How ukrainian medicine lives in the conditions of war. *Common: Journal of Social Criticism*, 18 jun. 2022. Available at: <https://commons.com.ua/en/chem-zhivet-ukrainskaya-medicina-v-usloviyah-vojni/>. Access on: 01 sep. 2022.

- KLEIN-KELLY, N. More accountability, less humanitarian access? Alternative ideas on accountability for protection activities in conflict settings. *International Review of the Red Cross*, v. 100, n. 1-2-3, p. 287-313, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1816383119000031>.
- LAW “On Ensuring the Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons in Ukraine” Document 1706-VII. Revision on October 29, 2022, on the basis - 2622-IX. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/1706-18?lang=en#Text>. Access on: 01 nov. 2022.
- LEMENOV, O. International experience of restoring medical infrastructure after the war. *BusinessCensor*, 14 sep. 2022. Available at: https://biz.censor.net/columns/3367042/mijnarodnyyi_dosvid_vidnovlennya_medychnoyi_infrastruktury_pislya_viyiny. Access on: 01 nov. 2022.
- NAGAMINE, R.; RORIZ, J. Human rights, humanitarian law and state power. *International Law Magazine*, v. 17, n. 1, p. 417-431, 2020. Available at: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/6505>. Access on: 01 nov. 2022.
- OSADCHA, Y. Less than 1% consider themselves citizens of the USSR: how the identity of the population of Ukraine has changed. *Ukrainian truth*, 16 aug. 2022. Available at: <https://life.pravda.com.ua/society/2022/08/16/250037/>. Access on: 01 nov. 2022.
- PERRIN, P. The impact of humanitarian aid on conflict development. *International Review of the Red Cross*, n. 323, jun. 1998. Available at: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jpcj.htm>. Access on: 01 nov. 2022.
- PETRITSCH, W. Bosnien und Herzegowina 5 Jahre nach Dayton – Hat der Friede eine Chance? *Klagenfurt u.a.: Wieser-Verlag*, p. 257, 2001.
- REPOWEREU: affordable, secure and sustainable energy for Europe. European Commission. Available at: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repowerEU-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe_en. Access on: 01 nov. 2022.
- RESOLUTION of the Verkhovna Rada of Ukraine About some measures to fulfill Ukraine’s obligations in the field of European integration. 2483-IX. 07/29/2022. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2483-IX#Text>. Access on: 01 sep. 2022.
- RESOLUTION of the Verkhovna Rada of Ukraine On the adoption as a basis of the draft Law of Ukraine on the basic principles of state policy in the sphere of the establishment of Ukrainian national and civil identity. 2537-IX. August 16, 2022. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2537-IX#Text>. Access on: 01 sep. 2022.
- SANDHU, B. Singh. War in Ukraine: lessons in self-reliance for India as posturing makes ‘Two-Front Conflict’ a possibility. *NEWS18*, 27 feb. 2022. Available at: <https://www.news18.com/news/opinion/war-in-ukraine-lessons-in-self-reliance-for-india-as-posturing-makes-two-front-conflict-a-possibility-4815551.html>. Access on: 01 sep. 2022.
- SOLOVEY, I.; MIKHAILOV, Y. *US-Israel: Historic Military Aid*. 16 sep. 2016. Available at: https://rus.lb.ua/world/2016/09/16/345264_sshairail_istoricheskaya_voennaya.html. Access on: 01 sep. 2022.
- STEPHEN, M. Partnerships in conflict: how violent conflict impacts local civil society and how international partners respond. *International Alert*, Oxfam, p. 56, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21201/2017.0759>.
- SVETLOVA, K. Syria-Israel: big humanitarian policy. *Details*, 07 aug. 2020. Available at: <https://detaly.co.il/siriya-i-izrail-bolshaya-gumanitarnaya-politika>. Access on: 01 nov. 2022.
- THE GENEVA Conventions of 1949 and their Additional Protocols. *ICRC*, 01 jan. 2014. Available at: <https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-1949-additional-protocols>. Access on: 01 sep. 2022.
- UNITED NATIONS CHARTER. Available at: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter>. Access on: 01 nov. 2022.
- ZELENSKY signed a law on the development of energy storage systems. *Ecopolitic*, 20 apr. 2022. Available at: <https://ecopolitic.com.ua/en/news/zelenskij-pidpisav-zakon-pro-rozvitok-sistem-nakopichennya-ener-gii-3/>. Access on: 01 nov. 2022.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

State Support for Compatriots:
improving kazakhstan Legislation

Apoio do Estado aos
compatriotas: melhorando a
legislação do Cazaquistão

Svetlana Zharkenova

Yerkin Ongarbayev

Amanzhol Nurmagambetov

Guzal Galiakbarova

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

State Support for Compatriots: improving kazakhstan Legislation*

Apoio do Estado aos compatriotas: melhorando a legislação do Cazaquistão

Svetlana Zharkenova**

Yerkin Ongarbayev***

Amanzhol Nurmagambetov****

Guzal Galiakbarova*****

Abstract

In the context of the changes in the migration process taking place in the world, the support of compatriots, the protection of their rights and freedoms are becoming one of the key priorities of Kazakhstan's foreign policy. In the context of world migration processes, a state needs to construct new approaches to diasporas regarding its own experience in solving problems in this area and an international experience. Return migration as a specific type of migration that sometimes takes the form of ethnic repatriation. Kazakhstan is only going to adopt a special act aimed at the repatriation and state support of the ties of foreign Kazakhs with their historical homeland. The methodological basis for clarifying the definitions contained in legal acts was the laws of formal logic; the analysis of normative legal acts was carried out. The general scientific methods - logical, structural and system analysis, synthesis, comparison, abstraction, induction and deduction, modeling, special techniques, methods of studying phenomena and processes (specifically historical, dialectical, formal-logical, structural-functional, method of comparative jurisprudence) were used in this study. The purpose of the study is to study the legal aspects of supporting compatriots in accordance with the legislation of such countries as the Russian Federation, the Federal Republic of Germany and the Republic of Korea, to determine the main directions of development of the relevant Kazakh legislation. The experience and legislation of Germany, Russia, and South Korea were studied, since they have special laws regulating the repatriation and state support of foreign compatriots. The study examined the legal acts of the Russian Federation, the Federal Republic of Germany and the Republic of Korea on repatriation. There were analyzed provisions of the legislation of Germany, Russia and Korea on state support for repatriates - these are adaptation measures, the right to receive medical care, educational services, the opportunity to work or do business, assistance in learning the state language and granting citizenship.

Keywords: compatriot; diaspora; repatriation; migration process; state program; Draft Law.

* Recebido em 07/06/2022
Aprovado em 16/01/2023

** PhD (Law) Professo Eurasian National University named after L.N. Gumilyov.
Email: zhsb5510@yandex.ru

*** Dr. Sci. (Law), Professor, Vice Rector for Academic Affairs Eurasian National University named after L.N. Gumilyov
Email: congarbayev@mail.ru

**** Dr. Sci. (Law), Professor Eurasian National University named after L.N. Gumilyov.
Email: amanzhol_nur@mail.ru

***** PhD (Law) an Acting Associate Professor Eurasian National University named after L.N. Gumilyov.
Email: zhsb5510@yandex.ru

Resumo

No contexto das mudanças no processo de migração ocorrendo no mundo, o apoio aos compatriotas, a proteção de seus direitos e liberdades estão se tornando uma das principais prioridades da política externa do Cazaquistão. No contexto dos processos migratórios mundiais, um Estado precisa construir novas abordagens para as diásporas considerando sua própria experiência na resolução de problemas nessa área e uma experiência internacional. A migração de retorno como um tipo específico de migração que às vezes assume a forma de repatriação étnica. O Cazaquistão vai apenas adotar uma lei especial destinada ao repatriamento e apoio estatal aos laços dos cazaques estrangeiros com sua pátria histórica. A base metodológica para esclarecer as definições contidas nos atos jurídicos foram as leis da lógica formal; procedeu-se à análise de atos jurídicos normativos. Os métodos científicos gerais - análise lógica, estrutural e de sistemas, síntese, comparação, abstração, indução e dedução, modelagem, técnicas especiais, métodos de estudo de fenômenos e processos (especificamente histórico, dialético, formal-lógico, estrutural-funcional, método de comparação jurisprudência) foram utilizados neste estudo. O objetivo do estudo é estudar os aspectos legais do apoio aos compatriotas de acordo com a legislação de países como a Federação Russa, a República Federal da Alemanha e a República da Coreia, para determinar as principais direções de desenvolvimento da legislação cazaque relevante. Foram estudadas a experiência e a legislação da Alemanha, Rússia e Coreia do Sul, uma vez que possuem leis especiais que regulam a repatriação e o apoio estatal de compatriotas estrangeiros. O estudo examinou os atos jurídicos da Federação Russa, da República Federal da Alemanha e da República da Coreia sobre repatriação. Foram analisadas disposições das legislações da Alemanha, Rússia e Coreia sobre o apoio estatal aos repatriados - trata-se de medidas de adaptação, direito a receber cuidados médicos, serviços educativos, oportunidade de trabalhar ou fazer negócios, assistência na aprendizagem da língua oficial e concessão cidadania.

Palavras-chave: compatriota; diáspora; repatriação; processo migratório; programa de estado; Projeto de Lei.

1 Introduction

Migration of the population is a reality of the modern development of the Republic of Kazakhstan.

Current migration trends in the Republic of Kazakhstan indicate that migration is an important factor in the socio-economic, demographic, cultural and political development of the country.

According to the Bureau of National Statistics of the Agency for Strategic Planning and Reforms of the Republic of Kazakhstan (hereinafter referred to as the Bureau of Statistics), in 2019, 1,173.2 thousand people participated in migration processes in the Republic of Kazakhstan with a change of permanent residence, including 1,115.7 thousand people resettled within the country, 57.5 thousand people became international migrants¹, which means an increase compared to 2015 in the number of internal migrants by 2, 5 times and the number of international migrants per quarter.

The political stability and economic growth of the 2000s changed the nature of international migration in the Republic of Kazakhstan compared to the previous decade. From 2004 to 2011, the country experienced a positive migration increase.

According to the Bureau of Statistics, negative net migration has developed with the Russian Federation (hereinafter referred to as the Russian Federation), the Federal Republic of Germany, and Belarus.

At the same time, the influx of migrants from the states of Central Asia, the People's Republic of China (hereinafter referred to as the PRC), Mongolia and a number of other countries increased. This was facilitated by the state program to promote the resettlement of ethnic Kazakhs from abroad to their historical homeland.

Starting from 2012, the negative balance of external migration began to grow again in the Republic of Kazakhstan. Changes in the trend were primarily due to a reduction in the influx of candace to their historical homeland.

¹ KAZAKHSTAN: Extended Migration Profile 2014-2019. Almaty: Mission of the International Organization for Migration (IOM) in Kazakhstan. Subregional Coordinating Office for Central Asia, 2020. Available at: <https://publications.iom.int/books/kazakhstan-advanced-migration-profile-2014-2019-russian>. Access on: 29 jul. 2022.

Currently, the migration situation in the Republic of Kazakhstan is characterized by the following indicators and trends in the field of internal and external migration:

- 1) emigration, the main trends of which are “brain drain” and the departure of part of the population;
- 2) immigration associated mainly with the influx of ethnic Kazakhs - kandas;
- 3) internal migration - the flow of the population from the village, small and single-industry towns to large cities and megacities;
- 4) labor migration and migration transit from the countries of Central Asia.

The Republic of Kazakhstan is an active participant in international migration flows.

The 1990s were dominated by “forced migration” associated with the collapse of the Soviet Union and the sovereignization of new states.

Since 2000, economically motivated migration has become the dominant vector of external migration, mainly due to the level of economic development of countries, social security and the level of wages of the population. Since mid-2004, the balance of external migration became positive for the first time since the independence of the Republic of Kazakhstan.

The current stage of development of migration processes in the Republic of Kazakhstan, which began in the mid-2010s, is characterized by the fact that at this time, the decrease in the balance of external migration, which has been growing since the late 2000s, becomes a steady trend and in 2012 in the Republic of Kazakhstan for the first time after the crisis of 1990- In the 1990s, a negative balance of migration was formed (minus 1.4 thousand people).

In the future, this trend continues to grow both in absolute terms and in relation to the total population of the country.

In 2019, the negative balance of migration amounted to 33.0 thousand people, which amounted to 0.18% of the population (*data for 2020 significantly distorted existing migration trends as a result of severe restrictions on cross-border movements introduced as an anti-epidemic measure, which artificially reduced the mobility of people around the world*).

In 2019-2020, 74.3 thousand people left the Republic of Kazakhstan for permanent residence abroad. (in 2013 this number was 24.4 thousand people).

According to the Bureau of National Statistics in 2019 and 2020, the main countries of destination for emigrants from the Republic of Kazakhstan were the Russian Federation - 64.9 thousand people (87.3% of those who left), the Federal Republic of Germany - 5.0 thousand people and the Republic of Belarus – 589 people. According to the Boston Consulting Group (BCG) 2020 global talent market analysis², 64% of the population of Kazakhstan is considering moving abroad. This figure increased by 3 percentage points compared to the same study in 2018 (61%). Nevertheless, in the same Italy or Sweden, this figure reaches 90% and 86%, respectively, which reflects the relevance of the issue of labor migration for developed countries as well.

According to the Boston Consulting Group (BCG) 2020 Global Talent Market Analysis³, 64% of Kazakhstan’s population is considering moving abroad. This figure increased by 3 percentage points compared to the same study in 2018 (61%). Nevertheless, in the same Italy or Sweden, this figure reaches 90% and 86%, respectively, which reflects the relevance of the issue of labor migration for developed countries as well.

The main goals of moving abroad are most often mentioned by Kazakhstani as the opportunity to gain work experience and receive a higher salary, the availability of greater career opportunities, as well as a much higher standard of living and the prospects for enriching personal experience.

The Republic of Kazakhstan is currently pursuing a strategy to encourage and support long-term permanent migration of ethnic Kazakhs arriving in the country.

Thanks to these measures, there have been significant changes not only in numbers, but also in the ethnic composition of the population.

The number of persons of Kazakh nationality has increased from 7 million people. (42% of the total population) in 1992 to 13.0 million (69%) by the beginning of 2021.⁴

² BCG. ‘The Network proprietary web survey and analysis’. (2020).

³ BCG. ‘The Network proprietary web survey and analysis’. (2020).

⁴ BUREAU OF NATIONAL STATISTICS OF THE AGENCY FOR STRATEGIC PLANNING AND REFORMS OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN. *Main socio-economic indicators*. Available at: <https://stat.gov.kz/>. Access on: 29 jul 2022.

May 13, 2020. The President of the Republic of Kazakhstan Tokayev K.K. a law was signed on the regulation of migration processes, according to which the Republic of Kazakhstan approved the change of the term “oralman” (returner, repatriate) in relation to the Kazakhs who returned to their historical homeland to the term “kandas”, which means “tribesman”, which expanded the circle of people of the Kazakh nationality, regardless of whether they intend to return to their historical homeland or not.⁵

In accordance with the Law of the Republic of Kazakhstan dated July 22, 2011 “On Migration of the Population”, kandas and members of their families, after obtaining the appropriate status, are entitled to obtain citizenship of the Republic of Kazakhstan in a simplified (registration) procedure.

The ethnic migration management system is constantly being improved, however, a number of problems in the implementation of the repatriation of kandas remain relevant today. Problems in employment, uneven settlement in the regions of the republic without taking into account the need for labor resources, as well as insufficient elaboration of issues of complex, comprehensive integration of kandas, combining socio-economic and cultural-educational components, require further improvement of the ethnic migration management system. Due to the fact that the main problems of the integration of ethnic migrants are manifested at the local level, an important condition for improving this area of migration policy should be close interaction between central and local executive bodies, as well as civil society institutions and non-governmental organizations, primarily in the regions where kandas are received.

In the modern world, the position of countries in the international arena is determined not only by their economic, military, and scientific resources. The importance of “soft power” as a complex means of realizing one’s interests with the help of information and cultural influence is also growing. Today, diasporas as one of the phenomena of the migration process act not only as guardians of cultural traditions but also as active par-

ticipants in politics and economics that have significant potential for promoting the international image of their states.⁶ The events of recent decades show that diasporas can be one of the main actors in the integration policy.⁷ This makes state authorities rethink approaches to the formation of diasporic policy.⁸

Today there are about five million Kazakhs in fifty countries; and the number of the Kazakh Diaspora abroad is growing.⁹

In Kazakhstan’s legislation, the term “compatriots living abroad” was first used in the context of return migration and then this term was transformed into “oralman”¹⁰, which means

[...]an ethnic Kazakh who permanently resided outside the borders of the Republic of Kazakhstan when the country acquired sovereignty, and his children..., who arrived in the Republic of Kazakhstan for the purpose of establishing permanent residence... and received the corresponding status[...]¹¹

It should be noted that the term “oralman” (returnee) in the legislation of Kazakhstan was replaced by the term “kandas” (blood relative, consanguineous). This replacement of the term was associated with the negative perception of the majority of ethnic Kazakhs moving to Kazakhstan for permanent residence, meaning of the term “oralman”, in connection with which the Law of the Republic of Kazakhstan “On migration of the population” was amended accordingly.¹² So, the re-

⁵ LAW OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN. “On amendments and additions to certain legislative acts of the Republic of Kazakhstan on the regulation of migration processes”. May 13, 2020 No. 327-VI. Available at: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=37013745. Access on: 29 Jul 2022.

⁶ TORREALBA, Alfredo A. ‘Three main approaches of diaspora diplomacy in foreign policy’. *Actual Problems of Economics and Law*. v. 2, n. 2, p. 154-69, 2017.

⁷ MOLODIKOVA, I.; LYALINA, A.; EMELYANOVA, L. ‘Contacts with diasporas and diaspora organizations as a key to a successful migrant integration policy in the EU’. *Baltic Region*, v. 10, n. 3, p. 58-79, 2018.

⁸ SHUPENKO, T. ‘The state policy of the Republic of Belarus in relation to Belarusians abroad. Higher Attestation Commission of the Republic of Belarus, 2018. Available at: https://vak.gov.by/sites/default/files/2018-06/k_Shupenko.pdf. Access on: 14 Sep. 2020

⁹ BERMUKHAMEDOVA, Galiya; ABILOVA, Madina. ‘How many Kazakhs are there in the world?’. *InterConf.*, v. 1, n. 34, p. 249-52, 2020.

¹⁰ JAMPEISOV, Duman; RYAZANTSEV, Sergey; PEREMYSHLIN, Sergey; JAMPEISOV, Dauren. ‘Managing ethnic repatriation experience: Central Asian states and Russian Federation’. *Central Asia & the Caucasus*, v. 21, n. 1, p. 124-36, 2020.

¹¹ On migration of the population, Law No.477-IV, 22 July 2011 (Republic of Kazakhstan) Available at: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90208/103851/F1877117326/KAZ90208.pdf>. Access on: 14 Sep. 2020.

¹² Law No.477-IV, 22 July 2011 (Republic of Kazakhstan). Available at: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90208/103851/F1877117326/KAZ90208.pdf>. Access on: 14 Sep. 2020.

patriation policy of Kazakhstan includes the country as the homeland of the Kazakh diaspora, status, ethnic Kazakh and children of Kazakh nationality.¹³

As a result of this repatriation policy, 101,375 people returned to Kazakhstan for permanent residence from 2016 to February 2020. According to the Ministry of Labour and Social Protection of the Population of the Republic of Kazakhstan, as of March 06, 2020, 2,504 families or 4,921 ethnic Kazakhs returned to Kazakhstan and received the status of “oralmans” (since 1991 – 315.8 thousand families or 1,062.2 thousand people). The majority of oralmans came from China – 63% (1,375 families or 3,101 people), the Republic of Uzbekistan – 23% (745 families or 1,146 people), Turkmenistan – 7% (184 families or 331 people), Mongolia – 4% (93 families or 189 people), the Russian Federation – 1% (26 families or 35 people), and 2% (81 families or 119 people) from other countries.¹⁴ The potential of compatriots from abroad wishing to move to Kazakhstan for permanent residence is over one and a half million people.¹⁵

However, the repatriation processes in the Republic of Kazakhstan revealed some issues with an adaptation of oralmans and with contradictions in the laws. The development and improvement of legislation can set an effective vector for the state’s migration policy in relation to diasporas.¹⁶

¹³ JAMPEISOV *et al.* ‘Managing ethnic repatriation experience: Central Asian states and Russian Federation’. v. 1, n. 21; ZHANBOSSINOVA, Albina S.; KARIBAEV, Maxat; ATANTAYEVA, Bakyt; KULSHANOVA, Arman; SHAIMERDENOVA, Mendygany. ‘Socio-cultural adaptation of repatriates of East Kazakhstan and migration attitudes of the Kazakhs of Mongolia’. *Space and Culture*, India, v. 7, n. 1, p. 154-69, 2019.

¹⁴ Ministry of Labor and Social Protection of Population of the Republic of Kazakhstan. *Ethnic migration*. 06 March 2020. Available at: <https://www.gov.kz/memleket/entities/enbek/activities/193?lang=en>. Access on: 20 August 2020.

¹⁵ SABEKOV, Serik. ‘Potentsial repatriatsii nashikh sootchestvennikov iz-za rubezha sostavlyayet svyshe 1,5 mln chelovek – uchenyy’ [The potential for the repatriation of our compatriots from abroad is over 1.5 million people – scientist]. *Kazinform*, 2020. Available at: https://www.inform.kz/ru/potencial-pereseleniya-nashih-sootchestvennikov-iz-za-rubezha-sostavlyayet-svyshe-1-5-mln-chelovek-uchenyy_a3711582. Access on: 27 Oct. 2020.

¹⁶ ZHANBOSSINOVA *et al.* ‘Socio-cultural adaptation of repatriates of East Kazakhstan and migration attitudes of the Kazakhs of Mongolia’. v. 1, n. 7; KIM, E. ‘Vam zdes’ ne rady: Neudobnaya pravda or Repatriantakh Kazakhstana i ikh budushchem’ [You are not welcome here: An inconvenient truth about the repatriates of Kazakhstan and their future]. *LA REGNUM*, 2019. Available at: <https://regnum.ru/news/polit/2803951.html>. Access on: 20 Dec. 2020.

In the context of world migration processes, a state needs to construct new approaches to diasporas regarding its own experience in solving problems in this area and an international experience. Return migration as a specific type of migration that sometimes takes the form of ethnic repatriation is used by such countries as Israel, Japan, Poland, Germany, and others.¹⁷

Analyzing the scientific archive of the journal Brazilian Journal of International Law (RDI), it is worth noting a number of publications that are indirectly relevant to this scientific study. Thus, the article by Maiquel Angelo Dezordi Wermuth¹⁸ analyzes the manipulation of criminal law by the countries of the European Union in order to combat illegal immigration. This study also describes the social and economic reasons underlying the creation of illegal immigrants as “risk citizens”. The author argues that this context can create an environment of mixophobia (fear of mixing it up) towards immigrants, which provokes a major concern of workers: the impact of mixophobia on how the criminal law is used. control over migration flows from the countries of the European Union.

Another publication is a study by Lutiana Valadares Fernandes Barbosa, Ana Luisa Zago de Moraes¹⁹, about the model of the International Convention on Mobility in the context of the inter-American system of human rights reflection on the principle of non-criminalization. This article aimed to provide an inter-American reflection of the Model International Mobility Convention (MIMC) and proposed some additions to the MIMC regarding the principle of non-criminalization of migration, based mainly on Brazilian law and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

In general, the study analyzed the experience of the Russian Federation, Germany, and the Republic of Korea both because of the similarity of the problems of returning compatriots to their homeland, and because of the special approach of each of these countries to

¹⁷ JAMPEISOV *et al.* ‘Managing ethnic repatriation experience: Central Asian states and Russian Federation’. v. 1, n. 21.

¹⁸ WERMUTH, M.A.D. ‘Criminal law and illegal immigration into the European union: the “indifference” to the “excess” in a punitive mixofobia environment’. *Brazilian Journal of International Law*, v. 8, n. 2, p. 167-204, 2011.

¹⁹ BARBOSA, Lutiana Valadares Fernandes; MORAES, Ana Luisa Zago de. ‘Model international mobility convention: an inter-american system of human rights reflection on the non-criminalization principle’. *Brazilian Journal of International Law*, v. 19, n. 2, p. 102-116, 2022.

the formation of migration policy, when the issues of regulating diaspora relations were resolved through the adoption of laws. Each country solves repatriation tasks in its own way, which is evidenced by numerous studies, reflecting various positions on migration phenomena and their consequences.²⁰

Countries pass through outstanding historical events, and some of these events are connected with separation and migration that led to specific diaspora processes. Turning to international experience, we both studied legislation and held meetings with representatives of state bodies and public organisations of these countries that are directly involved in the implementation of this work.

The experience of the legislation of their countries regarding the support of repatriates was told in Germany by the deputy of the Bundestag of Germany, Mr. Heinrich Certik, director of the adaptation camp for migrants in Friedland, Heinrich Hertscheimer; in Russia, these are official representatives of the Federal Agency for CIS Affairs, Compatriots Living Abroad, and International Humanitarian Cooperation (Rosso-trudnichestvo), in Korea, this is the head of the Overseas Koreans Foundation. These are just some of the meetings that took place in Germany, Russia and Korea. Each country, thanks to the legislative regulation of the issues of support for repatriates, was able to facilitate the return of compatriots to their historical homeland. It should be particularly noted that Germany and Russia have effective legislation aimed at supporting repatriates, moreover, they encourage the return of their compatriots, whereas Korean legislation provides for the support of Koreans in the countries where they live.

At present, the support for compatriots can create a new impetus for the development of Kazakhstan. In this regard, we believe that it is advisable in Kazakh

legislation to provide a new type of legal relationship between the state and compatriots abroad.

The countries studied were not chosen by chance. In the course of this scientific work, the experience and legislation of Germany, Russia, and South Korea were studied, since they have special laws regulating the repatriation and state support of foreign compatriots. For example, the German Federal Law “*On the Affairs of Exiles and Refugees of German nationality*”²¹; The Federal Law of Russia “*On the State Policy of the Russian Federation in relation to Compatriots Abroad*” (1999)²², the Laws of the Republic of Korea “*On Migration*” (1963), “*On Foreign Compatriots*” (1988). All the listed countries, applying their legislation, were able to achieve certain positive results.

It should be noted that during the study of the legislation of Germany, the Russian Federation and Korea, we have learned the main experience – for effective state support of foreign compatriots and repatriation, a legal act, a special law, which is not yet available in Kazakhstan, is necessary. The studied international experience was put forward by us for discussion in a variety of audiences: deputies of the Parliament of Kazakhstan, scientists, public organizations, state bodies. Now the Kazakh authorities and the public understand that it is necessary to adopt a special act following the example of countries with advanced experience in repatriation issues. Our research was mainly aimed at proving the need to adopt a law aimed at supporting repatriation by the State.

Thus, we have analysed the provisions of the legislation of Germany, Russia and Korea on state support for repatriates - these are adaptation measures, the right to receive medical care, educational services, the opportunity to work or do business, assistance in learning the state language and granting citizenship.

Kazakhstan, unlike these countries, is only going to adopt a special act aimed at the repatriation and state support of the ties of foreign Kazakhs with their historical homeland, which was the reason for this study.

²⁰ KIM, G. ‘Migration or repatriation to South Korea’. *Goryeo Saram*, 2017. Available at: <https://koryo-saram.ru/migratsiya-ili-repatriatsiya-v-yuzhnyu-koreyu/>. Access on: 15 Apr. 2020; APRYSHCHENKO, V. ‘Modern migration processes and the model of «convergence»’ (2018) 4 *Izvestiya Vysshikh Uchebnykh Zavedeniy. Severo-Kavkazskiy Region. Obshchestvennye Nauki* 26-30; SLUKA, Nikolai; KOROCHKOV, Andrei; IVANOV, Pavel N. ‘The Chinese diaspora in the EU countries’. *Baltic Region*, v. 10, n. 3, p. 80-95, 2018); SARGSYAN, Jacqueline. ‘Modern migration trends in France’. *Moscow journal*, 7, p. 302-11, 2019; GUSEJNOVA, Aitadzh; KOZLOVA, Elena. ‘Classical and modern theories of population migration’. *Innovacionnaja Jekonomika: Perspektivy Razvitiya i Sovershenstvovaniya*, v. 2, n. 36, p. 202-9, 2019.

²¹ Bundestag (1953) *Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtling*. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/bvfg/BJNR002010953.html>. Access on: 10 Sep. 2019

²² On the state policy of the Russian Federation in relation to compatriot’s abroad, Federal law No. 99-FZ, 24 March 1999 (Russian Federation). Available at: www.kremlin.ru/acts/bank/13875. Access on: 8 Aug. 2020.

This article raises the question of the need for a separate special law in Kazakhstan dedicated to the legal regulation of repatriation and state support of foreign compatriots. At the same time, the issue of improving the current legislation in this area is being raised. This research topic is completely new for Kazakhstan.

The reason for this novelty is that until 2017 there were no initiatives on the need for a special bill from state bodies or public organizations.

In 2017, after the creation of the specialized organization “Otandastar Foundation” on behalf of the former President of Kazakhstan N. Nazarbayev, research began in the legal field regarding the stimulation and support of repatriation processes by the state. It was then that they turned to international experience to develop a draft special law in Kazakhstan.

In the process of legislative activity, the issue of the need for such a law was discussed in the Parliament of Kazakhstan, controversial discussions were held with the participation of various state authorities. The bill received huge support from public organizations, prominent legal scientists and politicians, scientific and research organizations, as well as deputies of the Parliament of the Republic of Kazakhstan.

At the same time, sharply negative positions were taken by law enforcement agencies represented by the Ministry of Internal Affairs, the Ministry of Foreign Affairs of Kazakhstan, as well as national security agencies. They saw in the existence of such a law in the country mainly negative aspects associated with an increase in the flow of migrants, respectively, work for them.

The authors of this article were the first developers of a special draft law in Kazakhstan, therefore, during the study of the problem, they turned to scientific publications of foreign colleagues for help.

2 Legal aspects of supporting compatriots abroad in Germany, Russia and Korea in the context of the development of the relevant Kazakhstani legislation

The objective of our research is to study the legal aspects of supporting compatriots abroad in Germany, Russia and Korea and to define the main directions for the development of relevant Kazakhstan legislation.

Tasks:

1. Study of international experience of legal regulation of state support of compatriots abroad and repatriation on the example of Germany, Russia and Korea.
2. Definition of the provisions of the legislation of these countries that may be useful in the development of the Kazakh legal act.
3. Development of a draft special act providing for measures of state support for compatriots abroad and repatriation, taking into account the national priorities of Kazakhstan (we have developed such a project and submitted it for discussion).

2.1 Method

When writing a scientific article, general scientific (logical, structural and system analysis, synthesis, comparison, abstraction, induction and deduction, modeling), special techniques, methods of studying phenomena and processes (specifically historical, dialectical, formal-logical, structural-functional, method of comparative jurisprudence) were used.

The methodological basis for clarifying the definitions contained in legal acts was the laws of formal logic; the analysis of normative legal acts was carried out.

On issues of state support for foreign compatriots, an analysis of the laws of different countries, whose experience we consider to be advanced, has been carried out. Logical, structural and system analysis, synthesis, comparison, abstraction, induction and deduction, modeling methods were used for this work.

During the study of country practice, various foreign state bodies and public organizations provided official information. In order to summarize all the materials, it was necessary to first analyze everything, hi-

highlight the main points, then eventually structure them by questions and get the final information that meets the objectives of the study.

3 Findings

3.1 The Federal Republic of Germany: state and public support

In 2015, the largest number of foreign citizens in the European Union Germany hosted (seven and half million, 22 percent); this is one of the most attractive countries to migrants.²³ The main legislative act of Germany aimed at stimulating and facilitating the return of compatriots living abroad is the Federal Law of Germany “*On Cases of Exiles and Refugees of German Nationality*”.²⁴

According to this, the decision to accept a repatriate is not limited to any period. This means that documents can be stored for 20 years or more without losing their strength. And, despite the time limitation, the knowledge of the German language is still pertinent. So, in the process of relocation to Germany, owners of old admission decisions issued back in the 1990s of the last century have to be prepared to test their current knowledge of the German language.

During a meeting, the director of the Friedland camp, Heinrich Hörnschemeyer, who has been working in this position since the summer of 1991, talked about the activities of the camp and also showed the conditions of stay of the late settlers. In recent years, according to H. Hörnschemeier, the flow of immigrants from the former post-Soviet republics has significantly decreased, but the influx of migrants from economically and politically disadvantaged countries has increased. A visit to the Friedland camp revealed some issues related to the relocation of ethnic Germans to Germany. However, within the framework of this article, the scope of this publication does not allow us to cover all the results.

²³ ŠKUFLIĆ, Lorena; KRPAŃ, Mira; ŽMUK, Berislav. ‘Migration and the economic crisis in the European Union member states: Cluster analysis’. *Entrepreneurship and Sustainability Issues*, v. 6, n. 2, p. 979-1000, 2018.

²⁴ Bundestag (1953) *Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtling*.

After registration, a certificate of a late repatriate is issued to the Russian German. Family members also receive a late repatriation certificate. The fact of issuing a certificate of a settler makes the “Russian German” a German citizen.

A ‘*Russian German*’ who has moved to Germany because of issuing a certificate becomes a person with dual citizenship, so an immigrant needs not to give up his original citizenship. The repatriate’s family members in Germany also have status. Persons with resettlement status live in Germany on the rights of foreign members of the family of German citizens. In some cases, after the resettlement has already taken place, it is possible to increase the resettlement status. This increase for the settlers in Germany is important for the amount of pension provision.

Also, it is important that innovation in the federal law, introduced in December 2011, does not require joint travel of all family members to Germany. Now, family members who wish to join the family have the right to apply for inclusion in the initial application of the head of the family, regardless of where he or she lives. The spouse, children, parents, and also other descendants of the repatriate are entitled to file such an appeal. The need to prove the existence of a “hard case” was also abolished. Knowledge of the German language corresponding to level A1 (the initial level of language knowledge) is the only condition for the spouse, children, parents, and other descendants of the repatriate.

All the latest amendments are aimed, first of all, at improving the laws of the Federal Republic of Germany in the field of state support of compatriots abroad. Their role is to strengthen the influence of all state structures involved in the implementation of this policy, including commissioners for exiled, immigrants, and late immigrants who are functioning at the ministry level in all federal states of Germany.

The study of German experience in the field of return and state support of ethnic Germans showed that in addition to the support from the government, immigrants also enjoy the support of a number of public organisations, in the life and work of which the state plays the most active role:

- *The Otto Benecke Foundation*, which has been operating since 1965. It was created at the initiative of the Berlin Technical University. The Fund finances the state and therefore has connections with the best education-

nal institutions in Europe. The Fund helps young professionals—repatriates and their families to retrain and find a job. Immigrants meet with representatives of the foundation in Friedland for the first time, before being distributed across the lands and highlands of Germany;

- *Gerhard-Hauptmann House* (German language courses, employment, counselling, social assistance, etc.);

- *The Christian branch of the Bonn Bible Seminar*, formed by repatriates in 1946. This is an educational organization that prepares theologians for undergraduate and graduate programs to work in the system of Christian organizations. The head and most of the workers of this institution are late repatriates. These repatriates are able to create a library about the history of repatriates in Germany. The bulk of not only staff but also students are children of late repatriates and migrants;

- *The international trading company Internationale unternehmensgruppe Monolith*. This company specializes in the production and sale of goods, cooperates mainly with the Commonwealth of Independent States (CIS) countries, mainly with the Russian Federation and Kazakhstan. It has more than 500 branches in Germany. Employees are mainly from CIS countries. The company's orientation is the employment of persons who have moved to Germany;

- *Berlin Centre for Migrant Assistance (Centre for the Adaptation of Repatriates)*. It is a building with infrastructures that are supported by the state budget. The building has rooms for living, equipped with furniture, domestic premises, a hall for physical education, a meeting room with relatives, a library, a children's room, etc. The center provides its residents with the necessary information on employment, adapting to new conditions, advises on important social issues, and provides assistance in the organization of leisure and social conditions;

- *Federal Youth Organization of Russian Germans in Germany*;

- *Berlin integration house "Lira e.V."*, registered as a non-profit organisation at the Berlin Employment Centre, and others.

3.2 The Republic of Korea: the way to openness

The following legislative acts regulate relations between the South Korean state and the diaspora in the Republic of Korea: Emigration Law (1962), the Act

on the Immigration and Legal Status of Overseas Koreans (1999), the Overseas Compatriots Act (Compatriots Abroad Act of 2 September 1999 Law on Foreign Compatriots) (1999), and others.²⁵

The Overseas Compatriots Act (1999) gave compatriots an opportunity to conduct financial transactions and acquire real estate in the country, as well as receive special visas for ethnic Koreans without any restrictions. This practice greatly facilitates the process of employment in the Republic of Korea. When the law was adopted, the concept of "foreign compatriot" included persons with South Korean citizenship and permanently living abroad, as well as former citizens of the Republic of Korea who received the citizenship of any other country. It was made because of exceptions to Korean law, according to which not all ethnic Koreans can be recognised as "compatriots abroad". So, the Koreans in the Commonwealth of Independent States (CIS) and China were excluded and no state support was possible for such immigrants.²⁶ In 2005, amendments according to which ethnic Koreans were not classified as foreign compatriots were adopted to the Overseas Compatriots Act. Persons who renounced South Korean citizenship in order to avoid military service, as well as ethnic Koreans who left the country before the formation of the Republic of Korea, that is, until 1948, and their descendants.

South Korean legislation is still being improved. For the Koreans in the CIS countries, the opportunity to work or settle in Korea opened in 2007.²⁷ Amendments to the 2009 Law "On Elections", gave 'foreign compatriots' the right to participate in elections held in the Republic of Korea for the first time.

The Law on Citizenship, adopted in 1997, was also aimed at supporting ethnic Koreans. On May 04, 2010, the law was amended to stipulate the admissibility of

²⁵ WETHERALL, William. 'ROK's compatriots abroad act: 'Nationals Abroad' and 'Alien Nationality Compatriots'. Yosha Bunko, 18 June 2007. Available at: http://www.yoshabunko.com/nationality/ROK_compatriots_law.html. Access on: 14 Sep. 2020.

²⁶ YOUNGOK, Jang. 'Jews and Koreans in the USSR: Patterns after the dissolution of the Soviet Union'. *Diaspora Research*, v. 13, n. 2, p. 81-114, 2019. Available at: <https://www.kci.go.kr/kciportal/ci/sereArticleSearch/ciSereArtiOrteView.kci?sereArticleSearchBean.artiId=ART002531210>. 20 August 2020

²⁷ YOUNGOK, Jang. 'Jews and Koreans in the USSR: Patterns after the dissolution of the Soviet Union'. *Diaspora Research*, v. 13, n. 2, p. 81-114, 2019. Available at: <https://www.kci.go.kr/kciportal/ci/sereArticleSearch/ciSereArtiOrteView.kci?sereArticleSearchBean.artiId=ART002531210>. 20 August 2020.

dual citizenship for a certain category of people. The current version of this law defines two types of naturalisation in the Republic of Korea: general and special. General naturalisation is applied to ordinary foreign citizens. Special naturalisation is applied to persons who have special services to the Republic of Korea, including their direct ancestors and descendants, and who make a significant contribution to the development of the country, ensuring national security and protecting the national interests of South Korea.²⁸

In accordance with the Law on Citizenship, the largest group of citizens who can apply for Korean citizenship without leaving their other one, are ethnic Koreans living abroad who have received permission from the Ministry of Justice of the Republic of Korea. In the law, this procedure is defined as the restoration of citizenship. It also implies a refusal to position oneself as a foreigner in the territory of Korea.

3.3 The Russian Federation: totally state support

Among the directions of solving the demographic issues, there is the voluntary resettlement to the Russian Federation of compatriots living abroad. The ablest to adapt and include into the host community and into the positive social ties system are compatriots who are brought up in the environment of Russian culture, know the Russian language, and are willing to keep in touch with Russia, as Ryazantsev et al.,²⁹ Alekseyenko,³⁰ Aydinbekov,³¹ and Morozova³² point out. Federal Law “*On the State Policy of the Russian Federation with respect to compatriots abroad*”, defines the goals of the state policy of the Russian Federation regarding compatriots as follows: to provide state support to compatriots, inclu-

ding providing legal protection of their interests, as well as the conditions under which they could live as equal citizens in foreign states or return to the Russian Federation.³³

The State Program on Assisting the Voluntary Resettlement of Compatriots Living Abroad to the Russian Federation³⁴ provides an intersectoral coordination, as well as gaining the possibility of a conscious choice by migrants of their future place of living, work, and education. The three-year action plan for implementation of this State Program includes:

- a) legal support;
- b) organisational and managerial measures for implementation;
- c) analytical and methodological support for implementation;
- d) information support for implementation;
- e) analysis and evaluation of the obtained results in accordance with the established criteria. Such criteria for evaluating the effectiveness include:
 - the amount of finance of federal budget necessary to ensure the implementation of the State Program;
 - target indicators;
 - criteria for evaluating the effectiveness of the implementation of the State Program established by the government of the Russian Federation, taking into account the socio-economic situation and resource support of the State Program.

Financial support for the implementation of the Program is carried out at the expense of the federal budget, as well as the financial participation of legal entities and individuals.³⁵

²⁸ Kim, ‘Vam zdes’ ne rady: Neudobnaya pravda or Repatriantakh Kazakhstana i ikh budushchem’ [You are not welcome here: An inconvenient truth about the repatriates of Kazakhstan and their future] (2019) *LA REGNUM*.

²⁹ RYAZANTSEV, Sergey; PISMENNAYA, Elena; KHRAMOVA, Marina. ‘Formation of the migration potential of compatriots in the countries of Central Asia’. *Narodonaselenie*, v. 4, n. 70, p. 58-67, 2015.

³⁰ ALEKSEYENKO, M. ‘Sovremennoe sostoyanie rossiysko-kazakhstanskikh otnosheniy v oblasti migratsii’. *Vestnik of Orenburg State University*, v. 5, n. 205, p. 88-91, 2017.

³¹ AYDINBEKOV, Elmar. ‘Migration policy: The practice of resettlement of compatriots’. *Vlast*, v. 4, p. 67-71, 2017. Available at: <https://www.jour.fnisc.ru/index.php/vlast/article/view/5056>. Access on: 10 Nov. 2020.

³² MOROZOVA, E. ‘The role of Rossotrudnichestvo and organizations of Russian compatriots in the Republic of Kazakhstan’. *Post-sovetskie Issledovaniya*, v. 2, n. 8, p. 1612-9, 2019.

³³ On the state policy of the Russian Federation in relation to compatriot’s abroad, Federal law No. 99-FZ, 24 March 1999 (Russian Federation)

³⁴ On the implementation of the State program to assist the voluntary resettlement to the Russian Federation of compatriots living abroad, Decree of the President of the Russian Federation No. 1289, 14 Sep. 2012 (Russian Federation) Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_135348. Access on: 14 Sep. 2020

³⁵ GERASIMOVA, V. ‘Russian compatriots abroad’. *Postsovetskie Issledovaniya*, v. 2, n. 1, p. 904-22, 2019. Available at: https://e46c205d-83c7-4e8c-bb4b-8df266fba81.filesusr.com/ugd/0206eb_30b6f38873cb416281085a2e8edbe544.pdf. Access on: 8 Aug. 2020.

Compatriots who reach the age of 18 years, have the legal capacity, and meet the requirements established by the State Program can take part in the State Program. A certificate of a participant in the State Program confirms the participation of a compatriot in the Program. Proficiency in Russian is considered a prerequisite.

The government of the Russian Federation determines the list, the status of “territory of priority settlement”, and the procedure for assigning the territory of the Russian Federation. The territory of the settlement is the territory of the Russian Federation or a part of it, where the Program participants are involved in the resettlement projects.

A repatriate participating in the State Program is limited in the choice of a constituent entity of the Russian Federation for resettlement. Moving is allowed only to those regions that take part in the placement of immigrants.

Help to immigrants in 2019 largely depended on which subject of the Russian Federation the person moved to. Currently, the most significant support measures are provided by the authorities of the Siberian and Far Eastern regions, who need the workforce and improving the demographic situation. If the repatriate chooses one of the priority regions, he or she will be given significant help in the form of a relocation allowance. Such subjects of the Russian Federation are Buryatia, Transbaikal Territory, Primorsky Territory, Khabarovsk Territory, Kamchatka Territory, Irkutsk, Magadan, Sakhalin, Amur Regions, and Jewish Autonomous Region. When moving to other regions, the relocation allowance makes up 20 thousand RUB per applicant and 10 thousand RUB for each member of the repatriate’s family.

A participant in the State Program and members of his family may receive state guarantees and social support depending on the chosen territory of the settlement, including:

a) compensation for expenses from the federal budget for moving to a future place of residence, including travel and belongings;

b) for compensation at the expense of the federal budget for the costs of paying the state duty for the execution of documents defining the legal status of immigrants in the territory of the Russian Federation;

c) to receive relocation allowance from the federal budget;

d) to receive at the expense of the federal budget a monthly maintenance allowance in the absence of income from employment, business, and other activities not prohibited by the legislation of the Russian Federation in the period before acquiring Russian citizenship (but not more than within six months).³⁶ In this case, the size of the maintenance allowance is determined, taking into account the subsistence level established in the relevant subject of the Russian Federation.

Relocation allowance as a maintenance allowance for the arrangement of program participants is a cash payment provided to program participants and members of their family after moving for accommodation. The amount of payment is 240 thousand RUB per applicant and 120 thousand RUB for each member of his family. The government of the Russian Federation determines the procedure for paying the relocation allowance.

Migrants who formalise their stay in the Russian Federation receive the right to receive pension payments. The pension is available to all immigrants, except those who have received temporary asylum. Issues related to assistance in finding employment and housing, the arrangement of their families, allocation of housing for immigrants for temporary accommodation for at least six months, social security and medical assistance, as well as the provision of land plots are resolved at the level of regional resettlement programs. Voluntary and internally displaced persons can apply for all the bonuses and maintenance allowances provided for by the federal and regional laws of Russia in relation to Russian poor families.

All the above measures of state support of foreign compatriots in Russia are effective and contribute to the active process of resettlement of persons falling under this Program. As of January 1, 2021, 80 subjects of the Russian Federation in 8 federal districts participated in the implementation of the State Program. Only in the fourth quarter of 2020, 10.6 thousand certificates of the State Program participant were issued (for 26.3 thousand people together with family members). At the

³⁶ On measures to assist the voluntary resettlement to the Russian Federation of compatriots living abroad, Decree of the President of the Russian Federation No. 637, 22 June 2006 (Russian Federation). Available at: <https://base.garant.ru/189653/>. Access on: 14 Sep. 2020.

same time, 67% of compatriots moved to the regions located in the Central, Siberian and Privolzhsky Federal Districts; among the subjects of the Russian Federation, the largest number of immigrants were Tula district (1539 people), Kaluga district (1184 people), Chelyabinsk district (1003 people), Novosibirsk district (774 people), Kaliningrad district (664 people). 19.4% of compatriots chose the territories of settlement in rural areas as their permanent place of residence.

In this analysis there is evidence that the main countries of exodus of migrants are Kazakhstan (37.6%) and Tajikistan (34.6%).³⁷

The consequences of ethnic repatriation affect the country's domestic policy, which is aimed at even distribution and favorable adaptation of ethnic migrants and other migrants. Budget expenses and adoption of regulatory legal acts aimed at state support of returnees are amplified with an active work abroad with representations of Russian organisations to ensure the adaptation of ethnic returnees.

In the Russian Federation, the main work on state support of compatriots abroad is carried out by state structures.³⁸ The largest Russian organization operating in the field of state support for compatriots in the Federal Agency for CIS Affairs, Compatriots Living Abroad, and International Humanitarian Cooperation.³⁹

The scale of the work of this federal structure with repatriates and compatriots abroad can be judged by the following data: 77 deputy groups for relations with 105 countries, 68 groups in foreign parliaments; 180 related city pairs and 820 partner city pairs in 77 countries; it unites 25-30 million compatriots; 92 national coordination councils were created; 73 associations of graduates have been created, uniting one million people in 173 countries of the world; Rossotrudnichestvo has 422 national associations of Russian language specialists, whe-

re 110 thousand teachers from 66 countries work; 87 friendship societies were created, uniting 50,000 people from 70 countries. At the same time, Rossotrudnichestvo implements projects within cultural and humanitarian lines.⁴⁰

Along with Rossotrudnichestvo, another major Russian organisation, is the Foundation for the Support and Protection of the Rights of Compatriots Living Abroad (hereinafter referred to as the Fund). On the basis of international standards, the Fund provides its compatriots with organisational, financial, or humanitarian support. The areas of the Fund's activities include monitoring the rights of compatriots, protection of the rights and legitimate interests of compatriots abroad, and legal literacy programs.

The Fund monitors the fulfilment of obligations regarding national minorities by the countries of their residence, such as equal treatment and non-discrimination, effective participation in public and political life, preservation of cultural, linguistic and religious identities, equal protection by the law, and protection against hate crimes. Also, the Fund supports the Russian language as one of the most important components of a person's identity. The Fund takes part in creation of special legal applications and sections, consultations on current issues, the work of the site, and others.

To organise effective work with compatriots abroad, the Foundation initiated the creation of the Association of Russian-speaking lawyers in foreign countries. In total, in 2019, 38.9 thousand certificates of the State program participant were issued to compatriots (for 92.0 thousand people), of which 51.4% were issued abroad (20.0 thousand for 53.3 thousand people).⁴¹

Thus, the international experience of state support of compatriots abroad in the above countries is valuable for Kazakhstan in matters of developing the legislative framework and state program in this area.

Our research group has been studying international experience in the field of legislation aimed at legal regulation of repatriation and state support of foreign

³⁷ Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, Monitoring the Implementation of the State Program to facilitate the voluntary resettlement of compatriots living abroad in the Russian Federation in the territories of the population of the Russian Federation in the III quarter of 2019 (2019) Available at: https://mvd.pf/mvd/structure1/Glavnie_upravlenija/guvm/compatriots/monitoring/2019 Access on: 23 Aug. 2021.

³⁸ PRUDNIKOVA, T. 'The role of organizational maintenance of interaction of the Russian state with compatriots abroad'. (2014) 3 Vestnik Moskovskogo Universiteta MVD Rossii. Yuridicheskie Nauki 141-5.

³⁹ Morozova, 'The role of Rossotrudnichestvo and organizations of Russian compatriots in the Republic of Kazakhstan' (n. 2)(8)

⁴⁰ MOROZOVA, E. 'Legal Basis Russian-Kazakh Relations in the Field of Compatriots Support' *Postsovetские Issledovaniya*, v. 2, n. 6, p. 1439-49, 2019.

⁴¹ Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, *Monitoring the Implementation of the State Program to facilitate the voluntary resettlement of compatriots living abroad in the Russian Federation in the territories of the population of the Russian Federation in the III quarter of 2019* (2019).

compatriots for the fourth year. Today, many countries have accumulated positive experience that can be useful for Kazakhstan. The Kazakh legislator is very cautious about the adoption of a special legislative act in this area. Today, there are legal acts in the country that provide for the repatriation and state support of foreign compatriots, for example, the Law on Population Migration, the Labor Code and others, but this is not enough. The experience of many countries in the world demonstrates the existence of special laws in the field of repatriation and diaspora cooperation.

We have studied the experience of more than 30 countries, including Germany, Poland, Italy, Romania, Bulgaria, Israel, South Korea, China, India, Mongolia, Iran, Mexico, Turkey, Russia, Uzbekistan, Turkmenistan, Kyrgyzstan, Armenia, Georgia, Azerbaijan, Latvia, Lithuania, Estonia and others. The legal framework for stimulating and facilitating repatriation has been studied for all the listed countries. Each of these countries has its own national experience, which is respected and which is associated with certain historical, political, and economic conditions of development.

The authors of the project consider it possible to reflect the following data. The study revealed that many countries, unlike Kazakhstan, have fixed the issues of support for repatriation and foreign compatriots in their basic laws – Constitutions, which indicates that they attach state importance to this issue. We will provide information on the settlement of the issue of repatriation and state support of compatriots in the Constitutions on the example of several countries (See Table 1):

Table 1 - On the settlement of the issue of repatriation and state support of compatriots in the Constitutions

No.	Countries	Constitutional norms (extracts from the text of articles)
1	Armenia	<p><i>Article 19. Ties with the Armenian Diaspora</i></p> <p>1. The Republic of Armenia implements a policy with the Armenian Diaspora aimed at developing comprehensive ties and preserving the Armenian identity, and promotes repatriation.</p> <p>2. The Republic of Armenia, on the basis of international law, promotes the preservation of the Armenian language, Armenian historical and cultural values, and the development of Armenian educational and cultural life in other states.</p> <p><i>Article 47. The right to citizenship of the Republic of Armenia</i></p> <p>3. Armenians by nationality have the right to acquire citizenship of the Republic of Armenia from the moment of residence in the Republic of Armenia.</p> <p>4. Armenians by nationality acquire citizenship of the Republic of Armenia in a simplified manner prescribed by law.</p>
2	Georgia	<p><i>Article 5. The Welfare State</i></p> <p>8. The State takes care of maintaining and developing ties with compatriots living abroad.</p>
3	Poland	<p><i>Article 6</i></p> <p>2. The Republic of Poland provides assistance to Poles living abroad in preserving their ties with the national cultural heritage.</p> <p><i>Article 52</i></p> <p>5. A person whose Polish origin is confirmed according to the law may permanently settle on the territory of the Republic of Poland.</p>
4	Israel (basic laws)	<p><i>Message 6. The World Community of Jews</i></p> <p><i>Article 51</i></p> <p>All Jews by right of birth constitute the worldwide community of Jews. All Jews are a single people with a single history and a single culture.</p>
5	Italy	<p><i>Article 35</i></p> <p>The Republic recognizes the freedom of emigration, subject to the obligations established by law in the common interest, and protects Italian workers abroad.</p>
6	Russia	<p><i>Article 69</i></p> <p>3. The Russian Federation provides support to compatriots living abroad in exercising their rights, ensuring the protection of their interests and preserving the All-Russian cultural identity.</p>

No.	Countries	Constitutional norms (extracts from the text of articles)
7	India	<i>Article 8. Citizenship rights of certain persons of Indian origin residing outside India</i> Notwithstanding the provisions of article 5, any person who was born in India, or whose parents or grandparents were born in India, ... and who habitually resides in any country outside India, is considered an Indian citizen...

Based on international experience, we are inclined to believe that our country also needs a separate special legislative act on issues of state support for foreign compatriots. The study revealed that most countries have significant experience in the field under study, especially Germany, Poland, Israel, Armenia and others, as they provide more rights and benefits to their foreign compatriots not only outside, but also inside the country. Here is how the legislation of individual countries in the field of repatriation and state support of foreign compatriots is presented (See Table 2):

Table 2 - Legislation of individual countries in the field of repatriation and state support of foreign compatriots

Countries	Main legislative and other acts	Notes
<i>Germany</i>	The main act - the German Federal Law «Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge» (BVFG, 1953), is valid in a new edition from 13.09.2013.	The law regulates almost all aspects of repatriation, defines a list of measures of state support for Germans.
<i>Israel</i>	1. The Law “On Return” (1950). 2. The Law “On Entry into Israel” (1952). 3. The Law “On Aliyah Day” (2016).	The most comprehensive legislation provides Jews with ample opportunities for repatriation.

Countries	Main legislative and other acts	Notes
<i>Poland</i>	1. Bilateral treaties concluded with 16 States and containing regulations on the protection of the rights of Poles. 2. Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities. 3. Legal provisions of the European Union concerning migrant workers. 5. The Law “On the Pole’s Card”. 8. The Law “On Repatriation”. 9. The Government program of cooperation with the Polish community and Poles living abroad.	A Pole Map has been introduced. There is a separate Law “On repatriation”.
<i>Turkey</i>	Turkish Law “On Foreign Turks and Related Communities” (2010).	The legislation of the country mainly supports the investment inflow from repatriates and foreign Turks.
<i>Korea</i>	1. The Law “On Migration” (1963). 2. The Law “On Foreign Compatriots” (1988). 3. The Law “On Elections” (2009).	The issues of repatriation are in second place after the state support of Koreans abroad. Koreans are not called back, but they support the development of language and culture abroad. The law “On Elections” gives the right to participate in government elections to Koreans regardless of citizenship.

Countries	Main legislative and other acts	Notes	Countries	Main legislative and other acts	Notes
<i>Armenia</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. The Law of the Republic of Armenia “On Foreign Persons” (2007). 2. The National Security Strategy of Armenia (2007). 3. The State Program of the Government of the Republic of Armenia for 2017-2022. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Armenia has a large Fund for the Promotion of Repatriation “Repat Armenia” (2012). 2. According to the National Security Strategy of Armenia, the preservation of the Armenian identity and the development of the national identity of the Armenian people in Armenia and in the Diaspora are fundamental values of national security. 3. The Government has the Ministry of Diaspora of Armenia. 	<i>Russia</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Federal Law “On the State Policy of the Russian Federation in Relation to Compatriots Abroad” (1999). 2. State Program to Assist the Voluntary Resettlement of Compatriots Living Abroad to the Russian Federation (2006). 3. UPRF “On the implementation of the State program to assist the voluntary resettlement to the Russian Federation of Compatriots Living Abroad abroad” (2012). 	The legislation and the program are aimed at attracting not only Russians to the country, but everyone who wants to.
<i>Georgia</i>	The Law of Georgia “On Compatriots Living Abroad and Diaspora Organizations” (2011).	The peculiarity of the law of Georgia is that compatriots living abroad are certified by the issuance of a special document called “certificate of a compatriot living abroad”.	<i>Lithuania</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. The Law of the Republic of Lithuania on the Return of Compatriots (2019). 2. The program “Global Lithuania (2011-2019)” was launched, during the creation of which the authors tried to integrate the experience of other countries that have a significant history of communication with their large foreign diasporas (Poland, Ireland, Israel, India). The program considers the diaspora “as a part of the Lithuanian nation living abroad, which consists of both Lithuanian citizens and persons of Lithuanian origin, as well as non-Lithuanian persons originating from Lithuania who associate themselves with Lithuania by historical, cultural, social, economic or political ties.” For the first time at the state level, along with Lithuanians, people of non-Lithuanian origin who, one way or another, associate themselves with Lithuania began to be recognized as a diaspora. 	The problem of the return of compatriots to their homeland is dealt with by the Department for National Minorities and Immigrants from Lithuania, the Information Center for the Return of Lithuanians to their Homeland, etc.
<i>Azerbaijan</i>	The Law of the Republic of Azerbaijan “On State Policy related to Azerbaijanis living abroad” (2002).	By the decree of the President of Azerbaijan, the State Committee for Work with Azerbaijanis Living Abroad was established (2002). In 2008, it was transformed into the State Committee for Work with the Diaspora.			

Countries	Main legislative and other acts	Notes
Romania	The Law of Romania “On Providing Support to the Romanian Diaspora” (2007).	There is a Ministry for the Romanian Diaspora Abroad. The Agency for Research, Strategy and Support of the Diaspora has also been established.
China	1. The Law of China “On the Protection of the Rights and Interests of emigrants who have returned to their Homeland and relatives of compatriots living abroad.” 2. Resolution of the State Council “On the promotion of investments of Huaqiao and Compatriots from Hong Kong and Macao” (1999).	There are 7 official state organizations for Huaqiao (repatriates) in China. There are also 30 provincial and 62 city organizations for Huaqiao affairs.

3.4 Support for compatriots of Kazakhstan: update process

Immediately from the first days of the existence of sovereign Kazakhstan, its first president, Nursultan Nazarbayev, appealed to all compatriots abroad to return to their historical homeland.⁴² The state support for returning Kazakhs covers many areas: legal advice, free public health care, training in the languages functioning in the country, free transportation to the new place of residence in Kazakhstan (including the transport of property and livestock), vocational training, retraining and advanced training, education and social security and so on.⁴³ Today, more than 66 percent of returning working-age compatriots are employed.

The aforementioned data on immigration processes allow us to judge not only the scale of migration processes as a global phenomenon but also the need and importance of working in the field of state support for compatriots abroad. Of course, the Kazakh authorities are well aware of the seriousness of these processes,

⁴² LAPTEV, A. ‘Vozvrashchenie rodiny’ [Homeland return] (2020) *Argumenty i Fakty Kazakhstan* https://kzaif.kz/politic/vozvrashchenie_rodiny. Access on: 15 Apr. 2020.

⁴³ LAPTEV, A. ‘Vozvrashchenie rodiny’ [Homeland return] (2020) *Argumenty i Fakty Kazakhstan* https://kzaif.kz/politic/vozvrashchenie_rodiny. Access on: 15 April 2020; NOWICKA, Ewa. ‘Kazakh homecomings: Between politics, culture and identity’. *Central Eastern European Migration Review*, v. 1, n. 16, p. 109-23, 2020.

which is why such investigations are being conducted. But they also understand that migration, as an objective phenomenon of the modern world, lends itself little to management and needs legal regulation.

How come the host countries of the compatriots allow the exodus states to cooperate with them, provide state support, finance diasporas, etc.? The answer to the question is in the legal field. The host countries are guided by the provisions of the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities.⁴⁴ Thus, according to article 1 of the Declaration, States protect the existence and identity of national or ethnic, cultural, religious and linguistic minorities in their respective territories and encourage the creation of conditions for the development of this identity. States shall take appropriate legislative and other measures to achieve these objectives. Article 2 of the Declaration establishes that persons belonging to minorities have the right to form their own associations and to ensure their functioning. Persons belonging to minorities have the right to establish and maintain, without any discrimination, free and peaceful contacts with other members of their group and with persons belonging to other minorities. Also, they can maintain contacts across borders with citizens of other states with which they are connected by national, ethnic, religious or linguistic relationships.⁴⁵

Today, against the background of migration processes, another trend has emerged in the regulation of state support for foreign compatriots. We are talking about granting citizenship.

Kazakhstan has always been and still remains an opponent of the institution of ‘dual citizenship’. However, the events in the world and global processes of recent years show that it makes sense to look more closely at this thesis. Today it is already a reality that some countries, and there are already many of them even among the CIS countries, see dual citizenship not only as a way to support repatriation but also as a solution of demographic problems. Even Russia has allowed itself to be weakened on this issue in order to promote the policy of resettlement.⁴⁶

⁴⁴ UN, *Declaration on the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities* (18 December 1992) resolution 47/135

⁴⁵ Declaration on the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities (18 December 1992) resolution 47/135

⁴⁶ About changes into the Federal Law ‘On citizenship of the Rus-

Laws of a number of countries on citizenship provide for support measures for persons wishing to return to their historical homeland and obtain citizenship on the basis of nationality. For example, the laws of Armenia⁴⁷ and Georgia⁴⁸ provide for special or exceptional conditions for granting citizenship to persons who wish to obtain citizenship of the country on national grounds or by right of residence in the country in the past.

International experience shows that at the moment many countries, including large ones, are changing their attitude to the institution of “dual citizenship” and are trying to benefit from it. Taking into account the rapidly changing international migration policy, we consider it appropriate to review the provisions of the Kazakhstan law on citizenship in the direction of simplifying the admission to the citizenship of Kazakhstan.

Thus, in the Law of the Republic of Kazakhstan “*On Citizenship of the Republic of Kazakhstan*”, in article 3 ‘Belonging to the citizenship of the Republic of Kazakhstan’ there is a rule that is mandatory, since it clearly establishes the circle of persons who have the right to citizenship. It reads: ‘The Republic of Kazakhstan creates conditions for the return to its territory of persons who were forced to leave the territory of the Republic during periods of mass repression, forced collectivisation, as a result of other inhumane political actions, and their descendants, as well as for Kazakhs living on the territory of other states (excerpt).’⁴⁹ This rule significantly narrows the circle of former compatriots who could obtain citizenship of the Republic of Kazakhstan.

The most notable organisations that work with diaspora are the World Association of Kazakhs (established in 1992 by representatives of Kazakh diasporas) and

the state Otandastar Fund (established in 2017). The spiritual and cultural support of compatriots is facilitated by the World Association of Kazakhs. The association currently has branches and offices in 19 countries. Otandastar Fund is involved in development of a state program to support Kazakhs abroad and voluntary resettlement; development of the law of the Republic of Kazakhstan on state support for compatriots abroad; coordination of the work of the information support centre for compatriots; creation of an educational infrastructure for teaching the Kazakh language abroad; study the international experience in supporting compatriots and the practice of their return to their historical homeland.⁵⁰ At the same time, Kaiser and Beimenbetov point out that repatriate organisations in Kazakhstan are not a viable social movement.⁵¹

Despite the wide state support, repatriates faced difficulties. The main problems are the following:

1) The adaptation process and the need of the socio psychological assistance;⁵²

2) Knowledge of the language. The problem particularly concerns repatriates from China and Mongolia, because of the large gap between the image of the homeland that was preserved by compatriots abroad, and the modern Kazakhstan. As a result, difficulties with the modern language and culture make returnees think twice about returning;⁵³

3) The legal issues. First, repatriates do not have rights for all government services as citizens have. And the other problem is the rules of citizenship. Dual citizenship is not allowed in Kazakhstan, and the process of leaving the previous citizenship for repatriates is complicated by the relevant legislation of some countries. For example, it is difficult to relinquish Mongolian citizenship, and at the same time compatriots from

sian Federation’ in the part of simplification of the procedure for admission to the citizenship of Russian Federations for foreign citizens and stationary persons, Federal law No. 134-FZ, 24 April 2020 (Russian Federation). Available at: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202004240038?index=0&rangeSize=1>. Access on: 8 August 2020.

⁴⁷ Law of the Republic of Armenia about foreign persons, No. ZR-47, 16 January 2007 (National Assembly of the Republic of Armenia). Available at: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=2861&lang=rus>. Access on: 20 October 2020.

⁴⁸ About Citizenship of Georgia, Law No. 134-FZ, 30 April 2014 (Georgia) <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/2342552?publication=5>. Access on: 12 Sep. 2020.

⁴⁹ On citizenship of the Republic of Kazakhstan, Law No. 1017-XII, 20 December 1991 (Republic of Kazakhstan). Available at: <http://adilet.zan.kz/eng/docs/Z910004800> Access on: 14 Sep. 2020.

⁵⁰ ‘State Program to Support Kazakhs Abroad Developed in Kazakhstan’ *Forbes Kazakhstan* (25 October 2019). Available at: https://forbes.kz/news/2019/10/25/newsid_211166 Access on: 8 August 2020.

⁵¹ KAISER, Markus; BEIMENBETOV, Serik. ‘The role of repatriate organisations in the integration of Kazakhstan’s oralmandar’. *Europe-Asia Studies*, v. 72, n. 8, p. 1403-25, 2020.

⁵² ZHANBOSSINOVA *et al.* ‘Socio-cultural adaptation of repatriates of East Kazakhstan and migration attitudes of the Kazakhs of Mongolia’ (n. 7(1));

⁵³ Kim, ‘Vam zdes’ ne rady: Neudobnaya pravda or Repatriantakh Kazakhstana i ikh budushchem’ [You are not welcome here: An inconvenient truth about the repatriates of Kazakhstan and their future] (2019) *LA REGNUM*.

Afghanistan have no citizenship and therefore they have no such problem.⁵⁴

As we can see, The Republic of Kazakhstan organised comprehensive support for compatriots but there are still issues that require corrections of the migration policy at different levels.

The legislation of the Republic of Kazakhstan on the migration process has undergone significant changes since the 1990s to the present. The basis of the legal status of repatriates in accordance with the Constitution of the Republic of Kazakhstan is the right to free movement on the territory of Kazakhstan and free choice of place of residence, the right to leave the Republic. The main provisions on migration are contained in the Laws of the Republic of Kazakhstan “On Citizenship”⁵⁵, “On Population Migration”.⁵⁶

In the Republic of Kazakhstan, work is being carried out in part through the abolition of migration cards, simplification of obtaining work permits and patents for migrants, cancellation of registration for certain categories of migrants, raising awareness of migrants about migration legislation and existing rules through the visa and migration portal.

Improving the legal position of irregular migrants can be achieved by increasing their access to effective legal remedies, which can secure the right to legally remain in the host country or return to their home country.

In 2018, the Republic of Kazakhstan was among the countries that voted for the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (hereinafter referred to as the GCM)⁵⁷. In the context of the implementation of the provisions of the GCM, work has been intensified to improve migration legislation, simplify the visa regime, the procedure for issuing an invitation, entry and registration of foreign citizens staying, and modernizing the visa and migration portal. These measures are consistent with the implementation of the goals outlined in the GCM as a necessary condition for ensuring safe, orderly and legal migration (in particular, goals 4, 5, 9, 12).

The Republic of Kazakhstan has taken concrete steps towards strengthening international cooperation in order to ensure safe, orderly and legal migration: in 2020, the Agreement between the Government of the Republic of Kazakhstan and the Government of the Republic of Belarus on cooperation in the field of migration was ratified and entered into force [https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33963250]. In 2021, a similar Agreement was ratified with the Government of the Kyrgyz Republic (goal 23) [<https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z2100000035>]. These agreements are a step towards the formation of a coordinated migration policy within the framework of the Eurasian Economic Union, which implies mutual responsibility of the countries that send and receive labor migrants.

In pursuance of the goal of overcoming discrimination in pay between Kazakhstani and foreign workers, in May 2020, an addition was made to the Labor Code of the Republic of Kazakhstan, obliging employers to provide employees not only with equal pay for equal work, but also with equal working and living conditions without any discrimination, with the inclusion in the administrative legislation of the grounds for holding liable for this violation (goal 17).

As part of the implementation of the goals of the GCM in the Republic of Kazakhstan, digital technologies are being actively introduced in the management of internal and external movements of people. Since January 1, 2019, Kazakhstan has been implementing the “e-Visa” project, under which foreign citizens can obtain electronic visas of the categories “business”, “tourism” and “for treatment” without contacting the Embassy⁵⁸. Already in 2019, more than 26 thousand electronic visas were issued. Internal affairs bodies provide 36 types of public services, of which 30, or 83.3%, are automated. The portal “Electronic Government” (www.egov.kz), as well as the website of the Committee of the Migration Service of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Kazakhstan publishes the necessary information on migration issues (goal 3).

To ensure the transparency of procedures for obtaining work permits and reduce corruption in the migration sector, from 2020, the submission of documents

⁵⁴ F. Kozybakova and G. Dossymova, “The process of repatriation of Kazakhs” (2020) 41(3) *Norwegian Journal of Development of the International Science*, 16-8.

⁵⁵ On citizenship of the Republic of Kazakhstan, Law No. 1017-XII, 20 December 1991 (Republic of Kazakhstan).

⁵⁶ On migration of the population, Law No.477-IV, 22 July 2011 (Republic of Kazakhstan).

⁵⁷ KAZAKHSTAN: EXTENDED MIGRATION PROFILE 2014-2019.

⁵⁸ MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN. *Electronic Visa of the Republic of Kazakhstan*. Available at: <https://www.gov.kz/memleket/entities/mfa/press/article/details/6720?lang=ru>. Access on: 27 Jul. 2022.

by the employer for obtaining / extending permits to attract foreign labor is carried out completely online, only through the e-Government web portal.

At the legislative level, temporary registration has been canceled for all categories of foreigners staying in the country for up to 30 days. Foreigners with the status of an investor are exempted from registration, the validity of visas for them has been increased from 3 to 5 years. In 2020, migration cards for all foreigners were canceled, while maintaining the obligation of hosts to notify the internal affairs authorities about foreigners staying with them through the visa and migration portal on the Internet within 3 days. A 72-hour visa-free transit has been established for citizens of China and India.

During 2018-2020, the Republic of Kazakhstan implemented an Action Plan for the Prevention, Prevention and Combating of Crimes Related to Smuggling of Migrants and Human Trafficking. Also, measures are being taken to combat human trafficking within the framework of the Interstate Program of Joint Measures to Combat Crime for 2019–2023, adopted by the decision of the Council of the Heads of State of the CIS (goals 9 and 10).

The Republic of Kazakhstan, among 103 states, signed the Joint Statement on the Impact of COVID-19 on Migrants dated June 12, 2020, thus demonstrating their commitment to joint international action in solving migration problems. The state has taken stabilizing anti-crisis measures in the context of the pandemic, including in defense of the rights of migrants stuck in the country due to the cessation of interstate transport links.

The Republic of Kazakhstan is taking consistent measures to improve the regulation of migration processes, the integration of all 23 goals of the Global Compact on Migration into the system of state management of migration processes in the country and the development of international cooperation in the migration field.

Mentioned above problems of adaptation, of language training and similar can be solved according to state authorities' competence within a united interconnected program on supporting compatriots. The need to systematise and improve legislative norms, including amendments to the Constitution, is obvious.

Based on a comparative analysis, presented in Table 3, it was revealed that some norms of the following legal acts are of interest to the Republic of Kazakhstan:

- The Federal Law of the Russian Federation “*On the state policy of the Russian Federation with respect to compatriots abroad*”⁵⁹ in matters of defining the concept of “compatriot abroad”, measures of state support;

- The Law of the Republic of Korea “*On Overseas Compatriots*” in matters of cultural, educational and other measures to support compatriots abroad.

Table 3 - Comparative table on the content of the laws on repatriation (summary)

Countries	Availability of a legislative act	Assistance/ assistance in the return of migrants, support of repatriates	Assistance/ assistance in supporting the diaspora
<i>Federal Republic of Germany</i>	1. German Federal Law „On Exiles and Refugees“ (Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz - BVFG) - 1953, amendments in 2013. 2. The Law of the Federal Republic of Germany “On the regulation of laws on the consequences of war” – 1992.	1) Stimulating and facilitating the return of compatriots living abroad; 2) departure of family members to Germany as they meet the requirements, after 2013, all family members at the same time; 3) creation of camps for displaced persons on the territory of Germany in order to provide housing, social and living conditions; medical assistance as part of a free aid package; 4) provision of financial assistance; 5) assistance in employment, education; 6) teaching it. language; 7) assistance in obtaining citizenship;	1) Assistance in the creation of national cultural associations abroad and the provision of grant funding; 2) conducting cultural events.

⁵⁹ On the state policy of the Russian Federation in relation to compatriot's abroad, Federal law No. 99-FZ, 24 March 1999 (Russian Federation)

<i>Republic of Korea</i>	<p>1. The Law “On Migration” – 1963. 2. The Law “On Foreign Compatriots” – 1988.</p>	<p>1) All Koreans are not invited to Korea, but they provide assistance to everyone who is outside Korea; 2) Compatriots have the opportunity, without any restrictions, to conduct financial transactions and purchase real estate in Korea, as well as receive special visas for ethnic Koreans, greatly facilitating the process of employment in Korea; 3) Since 2009, foreign compatriots have been eligible to participate in the elections held on the territory of the Republic of Korea for the first time;</p>	<p>1) Assistance in the creation of national cultural associations abroad and the provision of grant funding; 2) Investments in the Korean economy are welcome; 3) ensuring the participation of Koreans in elections held on the territory of Korea.</p>	<i>Russian Federation</i>	<p>1. Federal Law “On the State Policy of the Russian Federation in Relation to Compatriots Abroad” – 1999. 2. The State Program to assist the Voluntary Resettlement of Compatriots Living Abroad to the Russian Federation – 2006. 3. Decree of the President of the Russian Federation “On the implementation of the State program to assist the voluntary resettlement of compatriots living abroad to the Russian Federation” - 2012 (now acquired an indefinite character).</p>	<p>1) Everyone is called, regardless of nationality, to settle in the territory of the Russian Federation and provide housing; 2) social, medical support; 3) creation of conditions for obtaining education, including higher education; 4) employment assistance; 5) legal assistance; 6) entrepreneurship support; 7) it is allowed to move only to those regions that take part in the placement of migrants; 8) compensation at the expense of the federal budget for the costs of moving to a future place of residence, including payment for travel and transportation of personal belongings;</p>	<p>1) Assistance in the creation of national cultural associations abroad and the provision of grant funding; 2) investments in the Russian economy are welcome; 3) stimulating the cooperation of Russian individuals with economic entities of foreign compatriots, promote the creation of joint companies; 4) Russian-speaking lawyers abroad.</p>
--------------------------	--	--	---	---------------------------	---	--	--

Obtaining the status of “oralman” (migrant) until 2020, currently the status has been renamed “candas” (half-blood), according to which state support is provided.:

- 1) free adaptation and integration services;
- 2) medical assistance as part of a free assistance package;
- 3) provision of places in kindergartens, free education at school;
- 4) social security;
- 5) employment assistance;
- 6) assistance in starting a business;
- 7) provision for temporary use of a land plot for housing construction;
- 8) assistance in obtaining citizenship.

1) There is no state program and no special law;

2) measures for state support of diasporas are carried out within the framework of the action program of the Otandastar Foundation on behalf of the Government of the Republic of Kazakhstan, since the implementation of the diaspora policy is a functional competence.

1.2 As the analysis of the international experience shows, the legal regulation of the state authorities’ competence is one of the first steps to organize the state support from a historical homeland to compatriots abroad. In connection with this, there is a need to amend the following constitutional laws of the Republic of Kazakhstan:

- to supplement the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan “*On the President of the Republic of Kazakhstan*”, in particular, Article 19, with the norm of the following content: “The President of the Republic of Kazakhstan determines the main directions of state support for compatriots abroad”;⁶⁰

- appropriate amendments are recommended to be made to the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan “*On the Government of the Republic of Kazakhstan*”⁶¹ and the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan “*On the Parliament of the Republic of Kazakhstan and the status of its deputies*”.⁶²

Since the competence of these state bodies should include the task of developing and approving a state policy to support compatriots abroad, ensuring its implementation.

2. To support repatriation and foreign compatriots.

2.1 In our opinion, there should be a single document joining all legal rules on the subject. Thereby we propose to develop the draft Law of the Republic of Kazakhstan “*On state support of compatriots abroad*” as a sequential step to create conditions for the reinforcement and maintenance of communication between Kazakhstan and our compatriots living abroad.

2.2 Propose to improve the legal act handling the questions of citizenship of the Republic of Kazakhstan. The Law “*On Citizenship of the Republic of Kazakhstan*”⁶³,

⁶⁰ About the President of the Republic of Kazakhstan, Constitutional Law No. 2733, 26 December 1995 (Republic of Kazakhstan 1995c). Available at: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004068. Access on: 14 Sep. 2020

⁶¹ About the Government of the Republic of Kazakhstan, Constitutional Law No. 2688, 18 December 1995 (Republic of Kazakhstan 1995b). Available at: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=1003973. 14 Sep. 2020

⁶² On the Parliament of the Republic of Kazakhstan and the status of its deputies, Constitutional Law No. 2529, 16 October 1995 (Republic of Kazakhstan 1995a). Available at: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=1003961. Access on: 14 Sep. 2020

⁶³ On citizenship of the Republic of Kazakhstan, Law No. 1017-XII, 20 December 1991 (Republic of Kazakhstan).

3. 5 Practical recommendations

The above study of the legal aspects of supporting compatriots abroad in various countries and the analysis of the current migration policy in Kazakhstan made it possible to single out the recommendations to improve the Kazakh legislation that set up the regulation from the highest Constitutional level to the state program’s level.

1. To support diasporas.

1.1 The key decision on supporting foreign compatriots should be the inclusion into the Constitution of the Republic of Kazakhstan the norms on the state’s obligations to support them.

contains provisions requiring detailed study and does not exactly comply with realities of the international migration situation. In particular, to the article 16 “*Conditions for conferment of citizenship of the Republic of Kazakhstan*” shall be amended to simplify the procedure for conferment of citizenship of the Republic of Kazakhstan:

- par. 1, Citizenship of the Republic of Kazakhstan may be awarded to: 1) persons who are permanently resident in the territory of the Republic of Kazakhstan on legal grounds not less than five years or being married to citizens of the Republic of Kazakhstan not less than three years’ shall be amended as follows:

‘1) persons who are permanently resident in the territory of the Republic of Kazakhstan not less than two years or being married to citizens of the Republic of Kazakhstan not less than one year’;

- par. 2, 2) citizens of the former republics of the USSR who arrived at the Republic of Kazakhstan for permanent residence, having one of close relatives - citizens of the Republic of Kazakhstan: a child (including an adopted child), husband (wife), one of parents (adoptive parents), a sister, brother, grandfather or grandmother, regardless of the period of their residence in the Republic of Kazakhstan’ shall be amended as follows:

‘2) citizens of the former republics of the USSR and former countrymen resident in the foreign countries who arrived at the Republic of Kazakhstan for permanent residence, irrespective of family ties and the period of their residence in the Republic of Kazakhstan’.

In article 16-1, “Conditions for admission to citizenship of the Republic of Kazakhstan in a simplified (registration) procedure” the words “The term for consideration of materials on acquiring citizenship in a simplified (registration) procedure should not exceed three months from the date of application” shall be amended as follows: “The term for consideration of materials on the acquisition of citizenship in a simplified (registration) manner should not exceed thirty calendar days from the date of submission of the application”.

2.3 At the moment, in Kazakhstan there is no united interconnected program that defines all areas of state support for Kazakh diaspora and voluntary immigrants to Kazakhstan, including reception, arrangement, adaptation, and employment of returnees. So, recommen-

ded developing a draft State program aimed at regulating state support for compatriots abroad, which should meet the needs of Kazakhstan society and meet modern challenges.

2.4 Today, against the background of migration processes, another trend has emerged in the regulation of state support for foreign compatriots. We are talking about granting citizenship.

Kazakhstan has always been and still remains an opponent of the institution of “dual citizenship”. However, the events in the world and global processes of recent years show that it makes sense to look more closely at this design. Today it is already a reality that some countries, and there are already many of them even among the countries of the Commonwealth of Independent States (CIS), see dual citizenship not only as a way to support repatriation, but also as a solution to demographic problems.

The laws of a number of countries on citizenship provide support measures for persons wishing to return to their historical homeland and obtain citizenship on the basis of nationality. For example, the laws of Armenia and Georgia provide for special or exceptional conditions for granting citizenship to persons wishing to obtain citizenship of the country on national grounds or by right of residence in the country in the past (along with the experience of non-CIS countries, the experience of CIS countries has also been studied).

International experience shows that at the moment many countries, including large ones, are changing their attitude to the institution of “dual citizenship” and are trying to benefit from it. Taking into account the rapidly changing international migration policy, we consider it expedient to revise the provisions of the Kazakh law on citizenship in the direction of simplifying admission to citizenship of Kazakhstan.

4 Discussion

In Kazakhstan, the issues of repatriation were rapidly developed in the 90s of the 20th century, when the country gained state independence and became a sovereign state. Since then, more than a million ethnic Kazakhs, as well as former Kazakhstanis, have returned to Kazakhstan for permanent residence. However, in

recent years (2015-2021), the migration flow of ethnic Kazakhs has sharply decreased. Kazakh society sees the reason for such a decrease in interest in the historical homeland on the part of ethnic Kazakhs in the absence of a special law that would address issues of support for migrants from the state and society.

That is why this study is the first project of this kind, previously in Kazakhstan the issue of developing a separate legal act to support foreign compatriots was not raised.

Nevertheless, discussions were going on within the Kazakh society: whether such a law is needed or not. Only the study of international experience in matters of state support for foreign compatriots and repatriation has shown the need and effectiveness of such an act.

In Kazakhstan, repatriation issues were rapidly developed in the 90s of the 20th century, when the country gained state independence and became a sovereign state. Since then, over a million ethnic Kazakhs, as well as former Kazakhs, have returned to Kazakhstan for permanent residence. However, in recent years (2015-2021), the migration flow of ethnic Kazakhs has sharply decreased. The Kazakh society sees the reason for such a decrease in interest in their historical homeland on the part of ethnic Kazakhs in the absence of a special law that would resolve issues of support for migrants from the state and society.

That is why this study is the first project of this kind; earlier in Kazakhstan, the issue of developing a separate legal act to support foreign compatriots was not raised.

Nevertheless, discussions took place within Kazakhstani society: whether such a law is needed or not. Only the study of international experience in matters of state support for foreign compatriots and repatriation showed the necessity and effectiveness of such an act.

In general, in the context of providing conditions for voluntary resettlement to the Republic of Kazakhstan for permanent residence of ethnic Kazakhs/former compatriots living abroad, taking into account the strategic development plans of the country, and their integration into the Kazakh society, it is necessary, we believe, to continue creating conditions and incentives for national consolidation and return of ethnic Kazakhs living abroad to their historical homeland; stimulation

of their resettlement in regions in need of labor resources; promotion of their adaptation and integration in the Republic of Kazakhstan. As part of the implementation of this task, the following measures are more necessary:

1) activation of work with the Kazakh foreign diaspora, through social, cultural, educational and other initiatives;

2) intensifying the activities of the Otandastar Foundation to develop cultural, business and other ties with the Kazakh community in different countries, disseminate information about the state policy to support the resettlement of ethnic Kazakhs / former compatriots to the Republic of Kazakhstan and create favorable conditions for compatriots who have expressed a desire to return to the historical homeland;

3) using the potential and authority of the World Association of Kazakhs to saturate the idea of spiritual unity of the Kazakh nation with practical meanings, create an attractive image of a modern, dynamically developing Kazakhstan and create incentives for ethnic Kazakhs living abroad to return to their historical homeland;

4) development of a system of measures aimed at simplifying the procedures for obtaining Kazakh citizenship for former compatriots wishing to resettle in the Republic of Kazakhstan;

5) improvement of the system for the formation of target indicators for the reception of candidates by region, taking into account the established indicators of the socio-economic development of the territories;

6) increase in funding for the work of CAIC aimed at integrating migrants into the host community, vocational training and employment promotion for ethnic Kazakhs who arrived in the Republic of Kazakhstan;

7) increase in quotas and simplification of conditions for admission to higher education organizations of the Republic of Kazakhstan for ethnic Kazakhs living abroad;

8) the introduction of additional measures to stimulate the resettlement of candidates in regions in need of labor resources, subject to the wishes of candidates regarding the regions of settlement; including the introduction of incentive measures to support candidates in existing state programs;

9) development of comprehensive programs for the economic, social and cultural integration of kandas in places of settlement through the joint efforts of local authorities and civil society institutions in order to realize the professional potential of immigrants, ensure their rights, while respecting the interests of all members of society and maintaining the social cohesion of the nation;

10) development of a system of indicators of the integration of kandas to assess the degree of their integration at the local level and further improve the integration policy;

11) stimulating the involvement of highly qualified candidates, including by guaranteeing the project employment of these candidates upon their return to their historical homeland.

5 Conclusion

All above studied countries have special acts on state support for compatriots. Each of these countries has its own characteristics of the legal regulation of such relations, due to the historical and political conditions of development.

The study of foreign experience made it possible to assess the significance of a special legal act that should regulate the issues of repatriation and state support of foreign compatriots. The absence of such an act in Kazakhstan creates certain difficulties in law enforcement practice for representatives of the Kazakh diaspora and compatriots. Today, the only legislative act regulating this sphere is the Law of Kazakhstan “*On Population Migration*” of 2011, which has undergone serious amendments in recent years (the last were in July 2021), providing for legal regulation of not only external, but also internal migration. Taking into account the demographic problems of Kazakhstan (immigrants from Kazakhstan make up 37.6% of those resettling to Russia from CIS countries), as well as the importance of preserving their national identity by representatives of the Kazakh diaspora abroad, the problem of improving legislation in the field of repatriation support and state support for foreign compatriots remains relevant. International experience plays an important role in this work.

The appeal at the beginning of the study to the experience of Germany, Russia and Korea is explained by the following factors. Germany was one of the first after the Second World War to raise the issue of the repatriation of Germans who, for historical or political reasons, voluntarily or forcibly found themselves abroad and in 1953 adopted the first law (*Bundesvertriebenengesetz*). Russia, for territorial reasons, has always been interested in attracting labor, and the multinational population contributed to the promotion of resettlement, both from outside and inside the country. In this, perhaps, there are common features with Kazakhstan, since today both Kazakhstan and Russia are experiencing demographic problems. South Korea has a huge experience in supporting Koreans living outside of Korea. The history of the Korean people shows that a lot of Koreans have lived and live in the CIS countries and they do not want to lose their national identity, this has found reliable support from the state. These countries have been able to achieve success in supporting compatriots thanks to effective legislation.

In the future, the object of detailed research will be the legislative acts of other countries, including the CIS countries.

The recommendations proposed above on improving Kazakhstan’s legislation on repatriation and state support of compatriots, including amendments to existing legislative acts and the development of new draft laws, are aimed at strengthening ties and cooperation between Kazakhstan and compatriots living abroad.

The developed recommendations are applicable not only for Kazakhstan, but also for other countries.

RESENHA

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Resenha

Ademar Pozzatti

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Resenha

JOUANNET, Emmanuelle. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste? le droit international entre développement et reconnaissance*. Paris: Pedone, 2011.

Ademar Pozzatti**

Direito internacional para in/justiça global¹

Vasta literatura tem surgido, nos últimos anos, nos campos do Direito Internacional (DI), Relações Internacionais (RI) e Filosofia Política (FP), aproximando o direito internacional - em letra minúscula, entendido como instrumental jurídico-político, e não como campo de pesquisa acadêmica - dos debates sobre (in)justiça global. Uma primeira vertente desses estudos demonstra como a institucionalização das relações internacionais ocorreu de forma injusta e denuncia os lados obscuros da globalização. Há trabalhos nessa vertente nos campos da FP² e da historiografia crítica do DI³. Enquanto os primeiros propõem um debate ontológico e deontológico com base em questões como *o que é e como devem ser as instituições de uma sociedade internacional justa?*, a heterogênea literatura crítica que compõe a “virada histórica” no DI repensa os pressupostos político-culturais e teórico-conceituais do direito internacional para “destruir ou questionar de qualquer forma a autoridade do passado”⁴. Se é verdade que a crítica histórica “não busca uma descrição neutra do passado ‘como ele realmente era’ [...], mas uma descrição que espera tornar nossa situação presente mais clara e aprimorar nossa própria capacidade de agir nos [nossos] contextos profissionais”⁵, deve se reconhecer que ela raramente assume a *justiça* como *locus* central.

Uma segunda vertente tem um caráter mais dinâmico e enfoca as possibilidades de mobilização do instrumental do direito internacional para a promoção de justiça global – e/ou redução de injustiças concretas⁶ - no

¹ Publicação original: JOUANNET, Emmanuelle. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste? le droit international entre développement et reconnaissance*. Paris: Pedone, 2011. Versão traduzida para a língua portuguesa: JOUANNET, Emmanuelle Tourme. *O que é uma sociedade internacional justa? o direito internacional entre o desenvolvimento e o reconhecimento*. Tradução de Ademar Pozzatti. Porto Alegre: Editora Sulina, 2022.

² Ver, por exemplo: YOUNG, Iris M. *Responsibility for Justice*. Oxford: University Press, 2011. e POGGE, Thomas. *Politics as Usual: what Lies Behind the Pro-Poor Rhetoric*. Cambridge: Polity Press, 2010.

³ Ver, por exemplo: ANGHI, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: UP, 2005. Para a pluralidade metodológica neste campo, ver: VADI, Valentina. *International Law and its histories: methodological risks and opportunities*. *Harvard International Law Journal*, v. 58, n. 2, 2017.

⁴ GORDON, Robert. *The struggle over the past*. *Cleveland State Law Review*, v. 44, n. 2, p. 125, 1996.

⁵ KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. Cambridge: UP, 2001. p. 10.

⁶ Ver, por exemplo: POZZATTI, Ademar; FARIAS, Luiza W. Transferência e difusão de políticas sanitárias via cooperação internacional na América do Sul: lições a partir das evidências empíricas do direito internacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v. 5, n. 2, p. 1-21, 2020. e POZZATTI, Ademar; FARIAS, Luiza W. O Brasil e a cooperação

* Recebido em 16/10/2022
Aprovado em 05/11/2022

** : Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais (PPGRI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), onde coordena o NNPD - Núcleo de Pesquisa e Práticas em Direito Internacional (CNPq/UFSM). Atualmente realiza estágio de Pós-Doutorado junto ao Institute d'Études Politiques de Paris (SciencesPo).
Email: ademar.pozzatti@ufsm.br

contexto da *liberal lawmaking*⁷. De forma geral, os estudos dessa vertente interrogam *como os instrumentos jurídico-políticos podem ser mobilizados para remediar injustiças concretas?* Os trabalhos que se engajam em produzir respostas a essa pergunta têm um perfil mais analítico e, frequentemente, operam com base em métodos clínicos, de forma que são mais comuns nos campos das RI⁸, bem como naquela parcela da academia jurídica crítica que dialoga com os *policy-oriented studies* e que incorporou a “virada empírica”⁹. No entanto, um panorama dessas duas vertentes permite visualizar que a justiça é menos objeto e/ou instrumental analítico de pesquisas jurídicas do que de outros campos, o que, se por um lado atesta o sucesso das visões pós-positivista na academia jurídica; por outro, revela que a anacronia de boa parte do campo do DI agora é nunca ter sido tão moderno. De qualquer forma, depois de décadas de pensamento crítico no campo do DI, arvorar a bandeira da justiça encontra uma comunidade epistêmica particularmente hostil, visto que, muitas vezes, os projetos universalistas serviram como cortina de fumaça para encobrir ideais menos nobres¹⁰.

No entanto, não se deve encarar o projeto iniciado por Emmanuelle Tourme Jouannet em *O que é uma sociedade internacional justa?* como mais uma busca ingênua de igualdade e dignidade a partir da negação das contradições inerentes a um objetivismo moral. Aliás, o conjunto da sua obra evidencia muito bem as críticas convincentes que foram levantadas no pensamento jurídico contra valores “globais”¹¹. Na obra aqui em análise, ela desafia

o preconceito dos juristas e, deliberadamente busca na prática do direito internacional uma qualificação para a justiça global. O seu eixo focal é justamente o direito positivo, de forma que abrange diversos ramos do direito internacional que se relacionam, direta ou indiretamente, com as demandas contemporâneas da sociedade internacional por justiça. Assim, a autora mostra que é possível discutir em termos éticos questões — como a equidade e a decência — que não podem ser reduzidas aos seus aspectos jurídicos, e o faz sem necessariamente adentrar em conflitos ideológicos ou na moralização do direito. Na obra, os desenvolvimentos dinâmicos dessas questões são retratados como *potenciais paliativos* para uma globalização injusta, mas tais remédios estão integrados analiticamente a um sistema jurídico internacional fragmentado que favorece as disputas políticas e permite as instrumentalizações de toda ordem. O que diferencia esse livro — devido a elasticidade na coleta e no tratamento das fontes — é que ele oferece material para os juristas e tomadores de decisão preocupados em corroborar um enviesamento estrutural e disputar espaço nos processos e lugares de decisão.

O ponto de partida da obra são as questões filosóficas levantadas por Nancy Fraser — as quais, inclusive, estruturam a organização do livro em duas partes, cada uma delas dedicadas a uma das formas de injustiça que Fraser identificou para as sociedades domésticas, quais sejam: a desigualdade socioeconômica e a opressão da diversidade cultural e de identidade. Mas embora Jouannet tenha sólida formação em Filosofia, ela se abstém de exegeses filosóficas — o seu objetivo não é refinar a retórica do Estado de direito nas relações internacionais — se afastando das concepções abstrata de justiça global. Igualmente, ela se abstém de recorrer à Filosofia como instrumento de autoridade persuasiva nos processos de criação de conhecimento sobre um novo ramo do direito internacional (Parte II) e não demonstra interesse na atitude cosmética de, com isso, melhorar a estética da sua obra e/ou aumentar a autoridade semântica do seu vocabulário.

Assim, ela assume uma postura deliberadamente jurídica, e investiga como a evolução e o estado atual da prática jurídica internacional abordam o *desenvolvimento* e o *reconhecimento*, privilegiando “uma abordagem baseada na prática jurídica existente, com o objetivo de conceituá-la e questioná-la” (p. 16). Ao qualificar juridicamente os dois campos, e avaliá-los juntamente por meio das lentes da justiça global, Jouannet enfoca a extensão em

Sul-Americana em saúde: dos regimes temáticos às possibilidades de efetivação estruturante. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, p. 363-382, 2019.

⁷ Ver, por exemplo: HANDMAKER, Jeff; ARTS, Karin (ed.). *Mobilizing International Law for Global Justice*. Cambridge: UP, 2019. e FEICHTNER, Isabel. Realizing Utopia through the Practice of International Law. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 4, 2012.

⁸ Ver, por exemplo: SIMMONS, Beth. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge: University Press, 2009. e VALENTINI, Laura; TORRESI, Tiziana. Introduction - International law and global justice: a happy marriage. *Review of International Studies*, v. 37, n. 5, p. 2040, 2011.

⁹ Por exemplo: CARMODY, Chios; GARCIA, Frank J.; LINARELLI, John (ed.). *Global Justice and International Economic Law*. Cambridge: University Press, 2012. e MAZZESCHI, Riccardo Pisillo; SENA, Pasquale de (ed.). *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*. Cham: Springer, 2018.

¹⁰ OHLIN, Jens. *The Assault on International Law*. Oxford: University Press, 2015.

¹¹ Ver: JOUANNET, Emmanuelle. Universalism and Imperialism: the True-False Paradox of International Law? *The European Journal of International Law*, v. 18, n. 3, 2007.

que o direito internacional atualmente concebe a justiça global. Ao explorar “os princípios fundamentais subjacentes à ordem jurídica internacional contemporânea”, ela revela uma resposta a partir “de dentro” da prática jurídica à pergunta que empresta o título à obra e mostra que não é preciso ingenuidade para pensar a justiça em termos jurídicos, ou o direito em termos de justiça. Ao contrário, “identificar empiricamente os contornos do que poderia ser uma sociedade internacional justa” permite justamente “alimentar um debate contemporâneo sobre justiça que às vezes parece ignorar completamente a prática internacional existente no plano normativo e institucional e, portanto, as condições precisas e reais em que o problema é colocado do ponto de vista empírico” (p. 16). Aliás, ela esclarece: “[n]ão se trata de aderir a esta prática jurídica, mas adotar um ponto de vista que quer ser “externamente moderado” ao direito internacional onde tentamos nos colocar entre a visão externa e o ponto de vista estritamente interno” (p. 16). Portanto, a leitura revela que não se trata de cancelar a realidade, mas transformá-la.

No contexto pós-colonial e pós-Guerra Fria, a autora mostra que os sujeitos da sociedade internacional propuseram dois tipos de remédios àquelas duas formas de injustiça, os quais foram traduzidos em normas jurídicas: o direito internacional do desenvolvimento (DID) e o direito internacional do reconhecimento (DIR). Ela mostra que esses dois direitos não são ramos jurídicos perfeitamente autônomos e separados, nem conjuntos formalizados de regras. Ao contrário, ela ressalta as suas imperfeições e os seus lados obscuros. No entanto, ela defende que eles podem ser vistos como os primeiros marcos em direção ao que pode se tornar uma sociedade que seja equitativa, em resposta à injustiça socioeconômica, e decente, em resposta à injustiça identitária e cultural.

Pautado por uma pretensa neutralidade, o direito internacional clássico nem sempre foi um elemento central para debater questões relativas à (in)justiça global, considerando que ele tinha por objetivo tão somente permitir a coexistência entre os Estados, e advogava a não ingerência nas questões internas a estes¹². No entanto, essa abordagem liberal do direito internacional permitiu que a sua prática institucionalizasse e acentuas-

se as duas formas de injustiças globais que estruturam o livro, as quais possuem conexão direta com as fraturas abertas do período colonial. Dessa forma, a obra pode ser lida como uma grande narrativa pós-colonial do direito internacional, visto que, mais do que denunciar como ele canalizou a imposição de dispositivos jurídicos que legitimaram a dominação — econômica e cultural — do império europeu sobre povos não europeus¹³, explora a agência política dos valores pós-coloniais. Para além de uma crítica teórica, que questiona as condições segundo as quais se faz teoria do direito internacional, muito em voga entre pós-estruturalistas, e de uma crítica puramente histórica, este livro tem o seu eixo focal na realidade atual e na sua transformação. Não se trata de afirmar a preponderância desse enfoque na prática jurídico-institucional em detrimento dos demais projetos críticos — teóricos e/ou puramente históricos —, mas compreender que, ao assumir claramente os seus objetivos, tornam-se mais claros os seus limites e as possibilidades de diálogo entre os diversos projetos críticos no campo do DI.

O enfoque decididamente jurídico da obra chamará a atenção da/os acadêmica/os acostumada/os a ler textos jurídicos temperados por linguagens antropológicas ou sociológicas, ou por referências e percepções oriundas das RI ou da FP. Nesse ínterim, a autora parece concordar com Koskenniemi — que considera o direito internacional “uma prática argumentativa que opera em contextos institucionais caracterizados por adversidade” e que os seus “padrões e desempenhos são validados internamente” e não pela filosofia ou pela sociologia¹⁴. Por isso, Koskenniemi faz uma crítica à interdisciplinaridade, afirmando que o direito tem a sua própria teleologia, e não pode ser reduzido às metodologias das ciências sociais e as suas reivindicações científicas. Para ele, a aproximação com a Ciência Política despolitiza o direito, na medida em que o recurso a habilidades técnicas da/os politóloga/os afasta a/os juristas da responsabilidade moral inerente ao julgamento político. Ainda, o perigo da interdisciplinaridade, para

¹² JOUANNET, Emmanuelle. *Le droit international libéral-providence: une histoire du droit international*. Bruxelles: Bruylant & Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011. p. 138.

¹³ Para diversas visões, ver: JOUANNET, Emmanuelle; RUIZ-FABRI, Hélène (ed.). *Droit international et impérialisme en Europe et aux Etats-Unis*. Paris: Société de législation comparée, 2007. e JOUANNET, Emmanuelle; RUIZ-FABRI, Hélène; TOUFAYAN, Mark. *Le droit international et les Nouvelles approches sur le tiers monde*. Paris: Société de législation comparée, 2013.

¹⁴ KOSKENNIEMI, Martti. Law, Teleology and International Relations: an Essay in Counterdisciplinarity. *International Relations*, v. 26, n. 1, p. 19-20, 2012.

ele, está em “a voz da legalidade internacional ser apropriada por uma disciplina totalmente instrumentalizada dedicada a servir aos interesses dos poderosos”¹⁵. Ele confirma esse prognóstico constatando que a relação entre DI e RI, por exemplo, sempre foi desigual (nunca foi bi-direcional) e se tratou de conquistar a voz normativa do direito por cientistas políticos e teóricos das RI¹⁶. Ciente disso, Jouannet valoriza o direito não pelos elementos das outras disciplinas, mas pelo que *ele é* e pelo que *ele pode*, sem perder de vistas que é precisamente ele o instrumento de transformação da realidade. Treinada nos estudos críticos, a autora não superestima o poder do direito para alcançar a justiça global. Em vez disso, sua abordagem baseia-se na proposição sólida de que uma maior consciência e compreensão entre os advogados internacionalistas sobre como a doutrina e o discurso jurídicos internacionais interagem e incorporam concepções contestáveis de justiça é um primeiro passo necessário para a atenuação das injustiças concretas.

A primeira parte do livro discute o contexto histórico em que nasce o DID, bem como as diversas configurações que ele adotou até hoje. O resgate histórico mostra que “o direito internacional pode ser tanto um problema quanto uma possível solução para as desigualdades, porque ele mesmo gera as regras que criam as injustiças” (p. 15). A processualidade histórica que Jouannet revela mostra que “o direito internacional contemporâneo e a sociedade pós-colonial não podem facilmente ignorar um passado que muitas vezes os leva a reproduzir estruturas discursivas e práticas do legado colonial/pós-colonial, mesmo no que parece ser a mais emancipadora das técnicas jurídicas dos dias atuais” (p. 17). No seu trabalho, “a perspectiva histórica foi privilegiada na medida em que põe em questão qualquer ideia de ruptura radical entre ontem e hoje e ajuda a entender a persistência atual de certas ambivalências e contradições passadas da sociedade internacional e do seu direito sobre essas questões” (p. 17). Nesse sentido, ela mostra, frequentemente, que renovar os termos de um velho debate não significa melhorar as coisas.

Para as novas gerações que já nasceram em uma sociedade ultraliberal, em que o desenvolvimento já não

tem o charme dos anos 1960/1970, ela mostra que o clássico DID refletia as aspirações por reforma, equidade e justiça social da sociedade pós-colonial, e ele se diferenciava de um direito baseado apenas nas regras do capitalismo liberal e financeiro. Nesse sentido, o/a leitor/a deve estar avisado/a que o que Jouannet chama de clássico DID não é separado na literatura anglófona do corpo de regras mais amplo do direito internacional econômico, o qual agrega todas as práticas jurídicas e econômicas sob o alicerce de “direito e desenvolvimento” (p. 37). No espírito do projeto reformista de um Terceiro Mundo recém-descolonizado, e amparado pelos calorosos debates entre as teorias da modernização e da dependência (p. 33), ela mostra por que e como a Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI) foi uma resposta ao sentimento de marginalização dos países em desenvolvimento em relação às instituições de Bretton Woods e ao formalismo da Carta da ONU, e marcou o apogeu, até agora, da institucionalização de princípios e regras jurídicas que reconheciam que as descolonizações políticas não veiculavam independências econômicas. Ela argumenta que a NOEI era um verdadeiro “direito social das nações” (para ficar nas metáforas antropomórficas da nossa comunidade epistêmica), visto que “[n]ão se tratava mais simplesmente de reconhecer que os Estados tinham direitos iguais, mas, quando necessário, transgredindo a igualdade formal, de levar em conta as desigualdades socioeconômicas entre ricos e pobres, a fim de introduzir medidas afirmativas para os Estados pobres e assim restaurar a possibilidade de condições materialmente equitativas” (p. 48). A real viabilidade de desenvolvimento que ele veiculava suscitou forte reação ultraliberal que enterrou, prematuramente, o Terceiro Mundo como um projeto para o mundo (p. 50) e resultou em forte desvalorização do direito em proveito do mercado e em esquecimento dos fins humanos da economia (p. 49).

No contexto pós-Guerra Fria, o novo DID passou de uma simples matriz econométrica para ser muito mais complexo, e Jouannet enfatizou a delimitação jurídica de novos conceitos pós-NOEI que congregam o desenvolvimento humano, social e sustentável. O incurso na história recente conduzido no livro revela que a globalização da qual padecemos é o resultado de inúmeras decisões políticas e batalhas jurídicas conscientes, baseadas em intervenções legais de elites políticas internacionais durante os últimos 30 anos. Em que pese a autora mostre que os objetivos dos direitos humanos e do desenvol-

¹⁵ KOSKENNIEMI, Martti. Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law. *European Journal of International Relations*, v. 15, n. 3, p. 395, 2009.

¹⁶ KOSKENNIEMI, Martti. Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law. *European Journal of International Relations*, v. 15, n. 3, p. 396, 2009.

vimento sejam convergentes, ela evidencia que aqueles muitas vezes funcionam como uma cortina de fumaça que serve no máximo para aparar os problemas mais graves da globalização econômica, enquanto chancelam a estrutura subjacente que, paradoxalmente, cria as condições para que eles sejam necessários (p. 86). Corroborando esse diagnóstico, Arts & Tamo¹⁷ argumentam que a atual preocupação dos países poderosos e de algumas instituições atuantes na governança global, reforçada por uma pletera de literatura acadêmica, é justamente estabilizar a ordem jurídico-econômica mundial, e não rever seriamente as razões que levaram às recentes crises financeiras ou realmente intensificar os esforços para realizar o direito ao desenvolvimento para todos.

A obra examina sem nostalgia o período de descolonização, com suas grandes esperanças de desenvolvimento e igualdade, e argumenta, de forma persuasiva, que, apesar dos compromissos legais do clássico e do novo DID, na prática, a mudança da igualdade formal para a equidade permanece bastante difícil. Jouannet identifica continuidades entre o “direito internacional das nações civilizadas” e o DID nas formas como o direito respondeu aos desafios do pós-Guerra Fria e da descolonização. Se, para alguns/mas comentadore/as, “a mais recente globalização teria tornado obsoletos todos os quadros analíticos baseados em categorias como colonial/pós-colonial em benefício de categorias como transnacional e global” (p. 17), Jouannet mostra que a categoria *colonial* está longe de ser obsoleta e que o direito internacional contribuiu para transformar o desenvolvimento na “grande ilusão pós-colonial” (p. 21). Se é verdade que nas últimas décadas houve significativo “crescimento” econômico, também é verdade que tal crescimento em muitos casos exacerbou as desigualdades, mesmo em países desenvolvidos (p. 108), o que foi confirmado do ponto de vista econômico por Piketty¹⁸ dois anos após o aparecimento desta obra. Jouannet também discute a força vinculante do clássico e do novo DID para explicar a distância flagrante que existe entre os princípios jurídicos que eles exibem e sua fraca eficácia, e o fato de que ele serve ao mesmo tempo para desafiar e para legitimar o direito internacional econômico da globalização neoliberal que domina desde o final da Guerra Fria (p. 115).

As dimensões escandalosas da desigualdade são indiscutíveis no debate sobre justiça global. No entanto,

as formas de analisá-las e enfrentá-las variam bastante. Quando a/os acadêmica/os se *apaixenam* pelo seu objeto de estudo, não é raro que o seu modelo proposto deixe de ser uma representação da realidade e passe a ser apresentado como a própria realidade. Por isso, Jouannet relembra as soluções à ordem jurídico-econômica que estão em jogo do ponto de vista da institucionalidade contemporânea e, ao fazer isso, “se não procuramos capturar nenhuma definição *a priori* de justiça internacional, no entanto, desejamos, através deste estudo da prática jurídica, identificar empiricamente os contornos do que poderia ser uma sociedade internacional justa hoje” (p. 7). Ao colocar o foco nos processos e instituições, e manter o modelo como *modelo que é*, ela limita o caráter normativo do seu trabalho, e faz da sua empreitada jurídica um trabalho realista, visto que o foco está sempre em delinear os regimes jurídicos relevantes ao longo do tempo e, ao fazê-lo, analisa algumas das formas como o direito constrói a realidade atual. Por isso, em que pese se ocupe da justiça global, o livro está blindado da crítica de ser demasiadamente normativo.

A segunda parte da obra é dedicada às respostas jurídicas relacionadas às reivindicações de natureza cultural e identitária, as quais instauram uma tensão entre a igualdade e a diferença, e dão origem ao que a autora chama de DIR. Ela reúne sob essa rubrica um “conjunto de instituições, discursos, práticas e princípios jurídicos [...] que emerge precisamente da necessidade de reconhecimento” (p. 173) em nível internacional e que “até agora não haviam sido suficientemente teorizados e agrupados” (p. 173) como tal. Se é comum nas ciências humanas adotar um vocabulário feminista, terceiro-mundista, pós-colonial ou marxista *a priori* e, assim, colocar em primeiro plano os compromissos políticos da análise, a autora não faz isso, e, por exemplo, na esteira pós-estruturalista, deliberadamente, deixa em aberto a natureza jurídica do DIR, para o/a leitor/a fazer as suas próprias escolhas de acordo com as suas próprias concepções acerca da natureza do direito internacional. Essa postura — a qual muitos podem julgar demasiadamente elástica nas técnicas de captação dos materiais¹⁹ — justifica por que ela partiu de uma observação empírica e incluiu ao lado das clássicas fontes jurídicas, *soft law*, direito não oficial, discursos e relatórios de resultados para conformar o DIR, e as interpretou

¹⁷ ARTS, Karin; TAMO, Atabongawung. The Right to Development in International Law: new momentum thirty years down the line? *Netherlands International Law Review*, v. 63, p. 221–249, 2016.

¹⁸ PIKETTY, Thomas. *Le Capital au XXI^e siècle*. Paris: Seuil, 2013.

¹⁹ Para essas críticas, ver: D’ASPREMONT, Jean. The Intertantional Law of Recognition: a reply to Emmanuelle Tourme Jouannet. *The European Journal of International Law*, v. 24, n. 2, 2013.

como produto contingente do período pós-colonial e pós-Guerra Fria.

A autora inicia o debate sobre o DIR mostrando que a estigmatização remonta à distinção entre Estados civilizados — sujeitos do direito internacional — e Estados ou povos não civilizados — que não eram sujeitos do direito internacional — feita com base em um “critério cultural/civilizacional, ou, mais especificamente, etno-cultural, porque considerações étnicas e raciais estavam subjacentes aos critérios culturais e civilizacionais” (p. 152). Fica evidente que a demanda atual por reconhecimento guarda relação direta com a fratura colonial e seu degradante “direito internacional das nações civilizadas”, o qual — Jouannet argumenta — foi apenas *repaginado* pelas novas nomenclaturas do “direito internacional pós-colonial”, tais como Estados *subdesenvolvidos* e *em desenvolvimento*. Mais uma vez, ficam claras as continuidades subjacentes às mudanças discursivas.

Quanto às ferramentas usadas pela autora para tratar as fontes selecionadas, percebe-se uma aparente tenção entre o *empírico* e o *normativo*. De fato, o livro é repleto de empirismo — que muitas vezes servem a propósitos descritivos — e movimentos normativos em que, às vezes, regras são apresentadas como constatação fática e discursos como sendo normativos. Essa elasticidade analítica pode sugerir uma instabilidade metodológica, envolvendo o *ser* e o *dever ser*, como já ressaltou d’Aspremont²⁰. Por outro lado, tais movimentos podem ser lidos como partes de uma circularidade hermenêutica — e, portanto, constitutiva — em que os diversos atores e acadêmica/os endossam pressupostos socioculturais, os quais constituem o resultado dos valores dominantes de nossa época e que constitui um paradigma do reconhecimento. Nessa perspectiva, ela parece apenas respeitar o “caráter eclético e pragmático da *práxis* jurídica” ressaltado por Koskeniemi²¹. Um diferencial dessa obra é que ela parte da estratégia de transformação — inevitavelmente institucional, na racionalidade ocidental — da realidade, e não de um modelo ontológico, epistemológico ou metodológico. Como ela tem consciência que esses modelos exalam forte componente normativo, não se pode desqualificar o seu trabalho

por ser ingenuamente normativo. Em outras palavras: a sua crítica imanente tem um forte componente normativo na medida em que, ao evidenciar os interesses dos atores, revela os paradigmas subjacentes à ação política. No livro, a análise documental é acompanhada pela reconstrução de cenários — e as vezes um esboço de *process tracing* —, o que permite compreender os interesses subjacentes às regras, e com isso, colocar em perspectiva as possibilidades de mobilização institucional para as mudanças que se pretende. Ao identificar os princípios e práticas legais relacionadas ao reconhecimento, Jouannet mostra que o direito internacional reflete preocupação em alcançar a justiça global ao longo dos anos. Mas isso não se assemelha a qualquer modelo ideal de justiça social, tampouco pressupõe, como ela sempre lembra, a inexistência de *dark sides*.

A sua elasticidade metodológica pode ser lida como intrínseca à própria natureza e objeto do seu projeto crítico, como a própria autora já ressaltou²². Por exemplo, para dar conta da natureza compreensiva inerente às próprias aspirações por reconhecimento, Jouannet agrupa as suas fontes em três frentes que se relacionam a três elementos essenciais à preservação de identidades e culturas. A primeira frente é a do reconhecimento da diversidade de culturas, que visa, em particular, combater os fenômenos de dominação cultural ligados à globalização, e ganha força com o direito relativo à diversidade cultural por meio da Declaração (2001) e da Convenção (2005) da UNESCO (p. 177). Ela argumenta que há um verdadeiro regime jurídico internacional da diferença. A segunda frente é a da concessão de direitos específicos que permitem preservar a identidade de grupos ou indivíduos, como povos indígenas e minorias, por exemplo. Nesse aspecto, é particularmente interessante o diálogo que Jouannet propõe entre direitos humanos e o desenvolvimento entendido como liberdade, em que ela mostra porque, no nível internacional, a problemática do direito à diferença não vai necessariamente se opor aos direitos humanos, mas pode complementar seu objetivo de autonomia da pessoa por meio da promoção das “capacidades” humanas (p. 284).

Diferentemente de muitos juristas que se *apaixonam* pela retórica decolonial — o que, aliás, não é incomum entre alguns cosmopolitas — e não veem saída senão

²⁰ Para essas críticas, ver: D’ASPREMONT, Jean. The Intertantional Law of Recognition: a reply to Emmanuelle Tourme Jouannet. *The European Journal of International Law*, v. 24, n. 2, 2013.

²¹ KOSKENIEMI, Martti. Law, Teleology and International Relations: an Essay in Counterdisciplinarity. *International Relations*, v. 26, n. 1, p. 19, 2012.

²² JOUANNET, Emmanuelle Tourme. The International Law of Recognition: a Rejoinder to Jean D’Aspremont. *The European Journal of International Law*, v. 24, n. 2, p. 701–705, 2017.

em uma mudança compreensiva da realidade, a autora mostra que, enquanto essa mudança estrutural está sendo gestada, muito coisa pode ser feita — e está sendo feita — a partir do instrumental jurídico. Se é verdade que as reformas institucionais tópicas “deixam em vigor as estruturas culturais e econômicas profundamente enraizadas que sustentam essa ordem, isto é, os padrões culturais dicotômicos de representação herdados do período colonial/pós-colonial [...] e o sistema capitalista e financeiro de mercado que reproduzem constantemente as desigualdades econômicas e culturais” (p. 290), também é verdade que elas representam mudanças possíveis dentro das contingências históricas. Por exemplo, ao mesmo tempo que Jouannet parte do pressuposto que todo o edifício jurídico — internacional e doméstico — é androcêntrico, e que, portanto, a mudança que se pretende deve ir à raiz, reconhece que não devem ser menosprezadas as conquistas das mulheres em termos de direitos específicos (p. 248). Em outro exemplo, no campo das desigualdades socioeconômicas, ela reconhece que as soluções com verdadeiro potencial “transformador” teriam, inevitavelmente, de assumir a forma de “decrecimento”, o que constituiria um afastamento significativo das estruturas jurídicas do direito internacional econômico liberal (p. 290). Assim, ela deposita suas *esperanças moderadas* de mudança em campos específicos do fragmentado sistema jurídico internacional, que podem “corrigir” a ordem jurídica internacional de dentro (p. 290). Ou seja: enquanto a mudança que se almeja não ocorre, não quer dizer que muitas batalhas jurídicas não tenham importância, e que não contribuem para a processualidade histórica das mudanças que se pretende. Nessa perspectiva, o seu *pessimismo* declarado (p. 143) parece mais um *otimismo moderado*.

A terceira frente do DIR que a autora arrola refere-se à reparação de danos históricos decorrentes, por exemplo, da violação de identidades e do confisco de bens e de terras dos povos indígenas. Essa frente se relaciona à construção de identidades no tempo, e não mais no espaço, e é por meio dela que Jouannet mostra como os Estados, os povos e os indivíduos tentam reconstituir sua “identidade narrativa” (p. 175). Se a Conferência de Durban (2001) — cuja missão era refundar simbolicamente a comunidade internacional (p. 260) e pôr fim ao racismo como situação de humilhação por excelência — trouxe forte otimismo nesse campo, os entraves jurídicos revelaram-se da mesma envergadura, observadas as dificuldades processuais relacionadas, por exemplo, à retroatividade do direito no tempo, à identificação dos

responsáveis pelos danos e dos beneficiários das indenizações/reparações depois de sucessivas gerações, e à dificuldade de estabelecer o nexo causal entre atos causais e prejuízos. De qualquer maneira, a autora mostra como alguns processos, como verdadeira justiça de transição que operam, tratam menos de punir, e mais de lembrar. Ela mesmo ressalta a necessidade de novas pesquisas quanto aos argumentos jurídicos: “não era nossa intenção realizar uma análise detalhada das regras legais em questão e nem um estudo de seu grau de obrigatoriedade, o que será necessário fazer posteriormente” (p. 16).

Por fim, o livro discute como os problemas de (in)justiça, ligados ao desenvolvimento e ao reconhecimento, estão interconectados. Jouannet produz o seguinte diagnóstico: “fatores econômicos e culturais agem de maneira combinada e se reforçam mutuamente de maneira ainda mais prejudicial para Estados, grupos ou indivíduos” (p. 279). No entanto, como a autora prontamente admite, as respostas jurídicas, muitas vezes, não conseguem fazer com que atos de justiça simbólica possam remediar a desigualdade econômica, e vice-versa. Ela argumenta que o “reconhecimento da igual dignidade das culturas e a revalorização das identidades feridas devem acompanhar a reintegração de países, povos e seres humanos estigmatizados em uma economia mundial cujas regras do jogo sejam equitativas e não neutralizem seus efeitos” (p. 285). Ao fim da obra, resta atingido o objetivo proposto de identificar os princípios e práticas jurídicas relativas ao desenvolvimento e ao reconhecimento, e evidenciar os combates jurídicos e as questões éticas e econômicas fundamentais que os envolvem. Resta evidente que, enquanto as respostas não forem compreensivas e remontarem à raiz da fratura colonial, os juristas terão muito “gelo para enxugar”, amenizando os refugos mais cruéis da globalização econômica e do racismo estrutural. Igualmente, Emmanuelle Tourme Jouannet faz um chamado para uma renovada agenda de pesquisa acadêmica no campo do DI, relacionando-o à (in)justiça global, que articule não apenas clássicos e novos princípios e práticas jurídicas, mas também novos desenhos de pesquisa e estratégias metodológicas que resgatem o perfil normativo do direito. Em um mundo cínico, o seu livro pode oferecer um vocabulário para imaginar futuros melhores, e pode também — parafraseando Koskeniemi — “aguçar o pensamento político e a consciência estratégica, mas não pode substituí-los”²³.

²³ KOSKENIEMI, Martti. Law, Teleology and International Relations: an Essay in Counterdisciplinarity. *International Relations*, v. 26,

Referências

- ANGHI, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge: UP, 2005.
- ARTS, Karin; TAMO, Atabongawung. The Right to Development in International Law: new momentum thirty years down the line? *Netherlands International Law Review*, v. 63, p. 221–249, 2016.
- CARMODY, Chios; GARCIA, Frank J.; LINARELLI, John (ed.). *Global Justice and International Economic Law*. Cambridge: University Press, 2012.
- D'ASPREMONT, Jean. The Intertantional Law of Recognition: a reply to Emmanuelle Tourme Jouannet. *The European Journal of International Law*, v. 24, n. 2, 2013.
- FEICHTNER, Isabel. Realizing Utopia through the Practice of International Law. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 4, 2012.
- GORDON, Robert. The struggle over the past. *Cleveland State Law Review*, v. 44, n. 2, p. 125, 1996.
- HANDMAKER, Jeff; ARTS, Karin (ed.). *Mobilizing International Law for Global Justice*. Cambridge: UP, 2019.
- JOUANNET, Emmanuelle Tourme. The International Law of Recognition: a Rejoinder to Jean D'Aspremont. *The European Journal of International Law*, v. 24, n. 2, p. 701–705, 2017.
- JOUANNET, Emmanuelle. *Le droit international libéral-providence: une histoire du droit international*. Bruxelles: Bruylant & Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011.
- JOUANNET, Emmanuelle. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste?: le droit international entre développement et reconnaissance*. Paris: Pedone, 2011.
- JOUANNET, Emmanuelle. Universalism and Imperialism: the True-False Paradox of International Law? *The European Journal of International Law*, v. 18, n. 3, 2007.
- JOUANNET, Emmanuelle; RUIZ-FABRI, Hélène (ed.). *Droit international et impérialisme en Europe et aux Etats-Unis*. Paris: Société de législation comparée, 2007.
- JOUANNET, Emmanuelle; RUIZ-FABRI, Hélène; TOUFAYAN, Mark. *Le droit international et les Nouvelles approches sur le tiers monde*. Paris: Société de législation comparée, 2013.
- KOSKENNIEMI, Martti. Law, Teleology and International Relations: an Essay in Counterdisciplinarity. *International Relations*, v. 26, n. 1, p. 3, 2012.
- KOSKENNIEMI, Martti. Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law. *European Journal of International Relations*, v. 15, n. 3, p. 395, 2009.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. Cambridge: UP, 2001.
- MAZZESCHI, Riccardo Pisillo; SENA, Pasquale de (ed.). *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*. Cham: Springer, 2018.
- OHLIN, Jens. *The Assault on International Law*. Oxford: University Press, 2015.
- PIKETTY, Thomas. *Le Capital au XXIe siècle*. Paris: Seuil, 2013.
- POGGE, Thomas. *Politics as Usual: what Lies Behind the Pro-Poor Rhetoric*. Cambridge: Polity Press, 2010.
- POZZATTI, Ademar; FARIAS, Luiza W. O Brasil e a cooperação Sul-Americana em saúde: dos regimes temáticos às possibilidades de efetivação estruturante. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, p. 363-382, 2019.
- POZZATTI, Ademar; FARIAS, Luiza W. Transferência e difusão de políticas sanitárias via cooperação internacional na América do Sul: lições a partir das evidências empíricas do direito internacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v. 5, n. 2, p. 1-21, 2020.
- SIMMONS, Beth. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge: University Press, 2009.
- VADI, Valentina. International Law and its histories: methodological risks and opportunities. *Harvard International Law Journal*, v. 58, n. 2, 2017.
- VALENTINI, Laura; TORRESI, Tiziana. Introduction - International law and global justice: a happy marriage. *Review of International Studies*, v. 37, n. 5, p. 2040, 2011.
- YOUNG, Iris M. *Responsibility for Justice*. Oxford: University Press, 2011.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Resenha

Juliana Valle Pereira Guerra

VOLUME 19 • N. 3 • 2022
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL

Resenha

BORDIN, Fernando Lusa. *The analogy between states and international organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Juliana Valle Pereira Guerra**

Fernando Lusa Bordin, na obra **The analogy between states and international organisations**, busca identificar, por meio da técnica do raciocínio jurídico analógico, uma forma de encontrar o direito aplicável a organizações internacionais em situações de incerteza. Nesse contexto, o autor começa o estudo pela explicação da técnica da analogia no universo jurídico, enquanto forma de estender às organizações internacionais conjuntos de normas jurídicas internacionais aplicadas aos Estados.

Na primeira parte da obra, o autor explica que, para a realização de um raciocínio analógico, é necessária a identificação de uma similaridade relevante entre os elementos comparados, embasada em uma *rationale* que explique essa relevância da comparação.

Com base na obra de Scott Brewer, o autor Fernando Bordin explica que a estrutura do raciocínio jurídico analógico, enquanto técnica, é composta de três passos: (i) o primeiro é a abdução (*abduction*), definida como “inferência de exemplos escolhidos a uma regra que poderia resolver a dúvida”, isto é, o momento em que se “descobre” a similaridade relevante entre um novo conjunto de fatos e aqueles cobertos por uma regra existente, (ii) o segundo constitui a confirmação, em que se deve encontrar uma “regra de garantia da analogia” (*analogy-warranting rule*), uma regra que conecta os dois casos sendo comparados e que tem de ser confirmada por um *rationale* que dê explicação para a comparação; (iii) finalmente, tem-se a etapa de aplicação.

O autor opera com base na distinção entre, de um lado, o que ele considera o plano internacional, e, de outro, o chamado plano institucional. O primeiro, o plano internacional, diz respeito às relações entre diferentes unidades autônomas, Estados e organizações internacionais (OIs), ou entre duas ou mais OIs, com base no direito internacional. O segundo, o plano institucional, é constituído e delimitado pelas regras internas e instrumento constitutivo da OI, a respeito, sobretudo, das relações entre a OI e seus próprios órgãos, membros e funcionários. Tal distinção constitui um elemento chave para a compreensão da analogia e seus limites.

Por meio desse raciocínio, seria possível identificar aquelas regras de direito internacional, cuja aplicação poderia ser estendida às OIs, quando pertinente. O autor argumenta que como as organizações internacionais e os Estados são entidades legalmente autônomas que operam no plano internacional, o raciocínio por analogia pode fornecer uma justificativa geral para fazer proposições sobre o conteúdo do direito internacional público que se aplica às organizações internacionais. O estudo desenvolvido no livro tem o intuito de mostrar a posição das OIs no sistema internacional. A analogia entre estados e OIs funciona como método útil para identificação do escopo do direito aplicável para as OIs quando este é elusivo.

* Recebido em 11/09/2022
Aprovado em 22/10/2022

** Legal Officer na Corte Internacional de Justiça (CIJ). Doutora em direito internacional pela Universidade de Paris II Panthéon-Assas, França.
Email: jvpguerra@gmail.com

Em seguida, Fernando Bordin demonstra que a similaridade relevante entre os Estados e as organizações internacionais reside no fato de que ambos são dotados de autonomia e possuem a capacidade de operar no plano internacional. Bordin analisa, de forma detalhada, as discussões da Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU) relativas à codificação do Projeto de Artigos sobre a responsabilidade das OIs de 2011 e da codificação da Convenção de Viena de 1986.

Bordin analisa a questão da personalidade das OIs e se as OIs teriam existência objetiva, no sentido de que sua existência jurídica deve ser reconhecida por estados terceiros (estados que não são membros da OI em questão).

O autor identifica a regra analógica nos seguintes termos: "entidades juridicamente autônomas e autogovernadas, operando no plano internacional e fora do escopo jurisdicional de qualquer outra entidade, são submetidas, em suas relações externas, às mesmas regras de direito internacional geral".

*

Com o intuito de confirmar a pertinência de seu raciocínio analógico, o autor confronta (*Parte II da obra*) as possíveis críticas à sua tese. Nesse ínterim, Bordin examina três correntes principais de oposições à analogia entre os Estados e as ois.

Inicialmente, o autor aborda as diferenças estruturais entre Estados e organizações internacionais como o fato de que estas não têm território, população e governo centralizado. Bordin argumenta que essas diferenças estruturais, embora circunscrevam alguns limites na relevância de certas regras, não representam em si uma objeção substancial que impediria a afirmação da pertinência da analogia como um todo. O autor cita, por exemplo, que a analogia não se aplicaria a regras ligadas a questões territoriais e à população.

Num segundo momento, o autor dirige-se ao Princípio da Especialidade. Embora haja certa controvérsia e mesmo diversas concepções sobre esse princípio, Bordin trabalha com um conceito definido de especialidade, baseando-se na opinião consultiva sobre as armas nucleares, proferida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) em 1996. Bordin trabalha, assim, com a ideia de que o Princípio da Especialidade traduz o fato de que as OIs constituem sujeitos criados para preencher funções específicas e têm, por conseguinte, competências limi-

tadas, e não uma competência geral. Neste capítulo, discute-se a aplicabilidade da analogia sobre a questão da especialidade. Bordin aborda questões relevantes, tais quais o papel das Organizações de Integração regional, como a União Europeia e o fato de que as OIs apresentam, mesmo entre elas, diferenças significativas. Além disso, ainda analisando a especialidade das OIs, Bordin examina o papel destas para a formação do costume internacional e a delicada questão da responsabilidade das OIs por atos internacionalmente ilícitos.

Bordin investiga, em seguida, o contraste entre, de um lado, os Estados, enquanto sujeitos unitários de direito internacional, e, de outro, as OIs, que poderiam ser consideradas como sujeitos fragmentados, uma vez que são entes formados por outras entidades juridicamente autônomas, isto é, os Estados membros, e, às vezes, outras OIs. Essa diferença é particularmente relevante quando analisadas as regras de atribuição da responsabilidade internacional. Nesse diapasão, Bordin examina o Princípio da Independência da Responsabilidade e a regra *pacta terti*, segundo a qual um tratado é vinculante entre as Partes e apenas entre elas, mas não em relação a terceiros. Em especial, o autor analisa a forma como foi tratado o embate entre a existência de um chamado véu institucional, que poderia significar que Estados poderiam camuflar suas ações por meio de uma entidade com personalidade jurídica separada, o que poderia conduzir a não responsabilização e não reparação em relação à eventuais vítimas de atos ilícitos. O autor argumenta que os Estados não devem poder fazer, coletivamente, aquilo que não lhes é permitido fazer individualmente. Os estados não podem esconder-se atrás do véu das OIs para eximir-se de responsabilidade.

A visão preponderante na CDI foi pela autonomia das OIs e pela responsabilidade independente destas em relação aos Estados membros. Apenas algumas exceções apontaram para a necessidade de considerar a estrutura fragmentada das OIs no tocante a engajamentos convencionais e à responsabilidade internacional. O autor argumenta que essas disposições são necessárias para calibrar a analogia, já que a liberdade dos Estados de criar OIs é ampla e poderia conduzir a abusos.

*

Após confrontar, do ponto de vista teórico e normativo, as possíveis objeções à analogia, Bordin argumenta que o raciocínio analógico persiste como uma forma válida de encontrar regras que podem ser esten-

didadas de uma categoria a outra. O trabalho acadêmico volta-se então para os limites da analogia. O autor nos explica (**Parte III da obra**) que a analogia não poderá ser aplicada a todas as situações. De fato, há limites à aplicabilidade do direito às OIs com base no raciocínio analógico, o que faz com que a analogia opere em verdade dentro de um circunscrito escopo que Bordin busca determinar na obra.

Os limites identificados revelam o perímetro de aplicação da analogia como limitado, exclusivamente, ao plano internacional, e não ao plano institucional. Isto quer dizer que a analogia é útil enquanto instrumento de análise das regras aplicáveis, apenas, às relações das OIs com o mundo exterior, e não dentro da própria organização, onde vigoram, predominantemente, as regras internas e o instrumento constitutivo da OI. O direito interno da OI é onde a analogia encontra o seu limite.

Bordin analisa, em seguida, limites da analogia ligados a certos grupos de normas primárias e secundárias. Ele afirma que o direito das imunidades é objeto de diversas contestações normativas advindas das diferentes visões da qualificação das OIs no âmbito jurídico internacional. Trata-se de um ramo de prospectivos desenvolvimentos, em que, ainda, é difícil prever a evolução da interação entre, de um lado, a tração sistêmica da analogia, e, de outro, a contestação normativa. Outro aspecto problemático trabalhado pelo autor é o uso da força e o direito de legítima defesa pelas OIs. Ele demonstra que não houve grande contestação quanto à extensão da proibição do uso da força por OIs, mas que debate quanto ao escopo do direito de legítima defesa continua sendo alvo de discussões e, possivelmente, passará por transformações nos próximos anos.

Nesta obra bem construída, e fazendo uso de linguagem clara e precisa, o autor Fernando Lusa Bordin oferece uma reflexão jurídica aguçada e um exemplo de excelência de um trabalho acadêmico, tanto em termos de conteúdo quanto do ponto de vista da forma. Destaca-se a refinada construção do raciocínio jurídico e a coerência da apresentação dos argumentos e suas confrontações. A tese defendida interpela um aspecto extremamente relevante para o direito internacional contemporâneo, preenchendo uma lacuna no âmbito do direito das organizações internacionais.

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.

Práticas de ensino do Direito Internacional: Contribuições sobre o caso Pollo Rivera vs Peru para a Clínica de Direitos Humanos

Cristina Terezo Ribeiro, Maria Eduarda Dias Fonseca e bSofia Sewnarine Negrão

Editorial: International law and de-globalization

Ivette Esis, Jaime Tijmes, Juan Enrique Serrano, Fábila Fernandes Carvalho, George Galindo e João Roriz

Brazil and the 1919 peace negotiations: a newcomer among the greats

Paulo Roberto Almeida

Direito internacional imperial e a circulação de uma cultura jurídica hegemônica: por uma matriz

Roberto Guilherme Leitão e Rômulo Guilherme Leitão

Análise de Dois Episódios Singulares de Direito do Mar no Brasil: a “Guerra da Lagosta” e o Mar Territorial de 200 Milhas Marítimas

Alexandre Pereira da Silva

The arbitrator Epitácio Pessoa and the Brazilian approach to arbitration: an analysis of the settlement of disputes between public entities and foreign investors

Henrique Lenon Farias Guedes e Marcilio Toscano Franca Filho

O direito das gentes contra a escravidão em Padre Antônio Vieira

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

O *uti possidetis* como contribuição latino-americana ao direito internacional

Marcos Pascotto Palermo e Alfredo de Jesus Dal Molin Flores

Política externa, soberania e direitos individuais dos estrangeiros: o epílogo do caso Battisti à luz de uma análise histórica da jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal)

Daniel Damasio Borges

Language rights of Indigenous Tribal Minorities (ITM) and their protection under the ambit of human rights law

Sheikh Sultan Aadil Huque e Chimirala Uma Maheshwari

Comentários ao Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas sobre norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*)

Alvaro Augusto Santos Caldas Gouveia e Igor de Holanda Cavalcanti

A construção da cibersoberania na União Europeia: a cibersegurança e a integração do ciberespaço europeu

Leonardo Rafael de Souza e Cinthia Obladen de Almendra Freitas

A legal analysis of the Air Defense Identification Zone (ADIZ) with special reference to the East China Sea Air Defense Identification Zone

Mohammad Owais Farooqui, Nazzal Kisswani, Sheer Abbas e Tahir Qureshi

La transparencia de la función pública en el derecho constitucional latinoamericano

Lorayne Finol Romero e Ronald Chacín Fuenmayor

Acordos plurilaterais e acordos de livre-comércio: encruzilhada ou caminho alternativo aos acordos multilaterais de comércio?

Vivian Daniele Rocha Gabriel

Direito internacional humanitário e as armas autônomas letais

Rafael Gonçalves Mota

Acompanhamento nacional do cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: um olhar para as experiências estrangeiras

Maria Valentina de Moraes e Mônia Clarissa Hennig Leal

Podemos pensar num direito internacional comparado? Viabilidades e obstáculos na fronteira entre direito internacional e direito comparado

Deo Campos e Raphael Carvalho de Vasconcelos

State humanitarian policy of Ukraine in war conditions in a comparative perspective

Elvira Sydorova, Oleksandr Sydorov e Elena Marchenko

State Support for Compatriots: improving kazakhstan Legislation

Svetlana Zharkenova, Yerkin Ongarbayev, Amanzhol Nurmagambetov e Guzal Galiakbarova

Resenha: JOUANNET, Emmanuelle. Qu'est-ce qu'une société internationale juste? le droit international entre développement et reconnaissance. Paris: Pedone, 2011.

Ademar Pozzatti

Resenha: BORDIN, Fernando Lusa. *The analogy between states and international organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Juliana Valle Pereira Guerra