



Uniceub
ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 16 • N. 2 • 2019
DIREITO AMBIENTAL

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Marcelo Dias Varella

Nitish Monebhurrin

Julien Dellaux

Editores convidados:

Marcia Leuzinger

Paul Martin

Catherine Tinker

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 16	n. 2	p. 1-392	ago	2019
--	----------	-------	------	----------	-----	------

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

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Editor Adjunto

Nitish Monebhurrun, Centro Universitário de Brasília, Revista de Direito Internacional, 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 16, número 2 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

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

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

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

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL 1

AMAZONIE: LE DROIT INTERNATIONAL EN VIGUEUR APPORTE DES RÉPONSES SUBSTANTIELLES ... 3

Pierre-Marie Dupuy

A EVOLUÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS ACFIs 8

Ana Rachel Freitas da Silva

Os antecedentes 8

As três gerações de ACFIs 9

Uma quarta geração? 12

Considerações finais 13

II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO AMBIENTAL..... 14

A BRIEF OVERVIEW OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT: HOW A DEBATED CONCEPT WITH A MUCH-CONTESTED LEGAL NATURE COULD PERFORM A VALUABLE ROLE IN THE DECISION-MAKING 16

Natali Francine Cinelli Moreira

1 Introduction 17

2 A short history of sustainable development 17

3 Sustainable development as a debated concept 20

4 Sustainable development: a much-contested legal nature 22

4.1 Different approaches to sustainable development's nature 24

(i) Sustainable development as a political norm 24

(ii) Sustainable development as an expectation or a guidance 24

(iii) Sustainable development as an international customary law 25

(iv) Sustainable development as a principle of international law 26

(v) Sustainable development as an interstitial norm 28

(vi) Sustainable development under two complimentary approaches: as an objective and an interstitial norm 29

4.2 Best assessment of sustainable development's nature: interstitial norm 30

4.3 A common feature, or, at least, an island of consensus: sustainable development relevance in the decision-making 31

5 Final conclusions 35

Bibliography	35
A META 11 DE AICHI E AS ÁREAS MARINHAS PROTEGIDAS EM GRANDE ESCALA: PROTEÇÃO AMBIENTAL OU OPORTUNISMO POLÍTICO?	39
Alexandre Pereira da Silva	
1 Introdução	40
2 O papel das áreas marinhas protegidas na proteção da biodiversidade	41
3 A Meta 11 de Aichi e a proteção da biodiversidade marinha.....	42
4 As áreas marinhas protegidas em grande escala: desenvolvimento e prática recente.....	44
5 Os aspectos qualitativos da Meta 11 de Aichi: vantagens e desvantagens em ser grande	46
6 O aspecto quantitativo da Meta 11 de Aichi: questões políticas em torno das AMPGEs.....	48
7 Considerações finais	51
Referências.....	51
LITIGÂNCIA CLIMÁTICA COMO ESTRATÉGIA JURISDICIONAL AO AQUECIMENTO GLOBAL ANTROPOGÊNICO E MUDANÇAS CLIMÁTICAS	55
Délton Winter de Carvalho e Kelly de Souza Barbosa	
1 Introdução	56
2 Aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas.....	57
3 Panorama da litigância climática	62
4 Considerações finais	69
Referências.....	70
Agradecimento.....	72
ASSESSMENT AND CHALLENGES OF CARBON MARKETS	74
Louise Pigeolet e Arnaud Van Waeyenberge	
1 Introduction	75
2 The Kyoto Protocol.....	76
2.1 An agreement on quantified targets but with flexibility to meet them.....	76
2.2 A mixed record: an inefficient system and minimal political progress	77
3 Reactions to the Kyoto Protocol	78
3.1 The European Union, its directives and its trading scheme.....	79
3.2 Local initiatives	81
3.3 The 2016 Paris Agreement.....	82
4 Active cooperation for better fungibility by means of new technologies.....	85
5 Final conclusions	87
Indicative bibliography.....	87

AS ABORDAGENS DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA E CARIBE SOBRE A MOBILIDADE HUMANA PROVOCADA PELAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS.....90

Diogo Andreola Serraglio e Heline Sivini Ferreira

1 Introdução	91
2 A mobilidade humana a partir dos efeitos adversos das mudanças climáticas.....	92
2.1 Compreendendo os fluxos populacionais que decorrem das alterações induzidas do clima	92
2.2 A mobilidade humana sob a perspectiva do regime climático internacional	96
3 A integração da mobilidade humana na agenda climática dos países latino-americanos e caribenhos	101
3.1 A incorporação do tópico a partir dos Planos Nacionais de Adaptação (PNAS).....	102
3.2 A incorporação do tópico a partir das Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDCs).....	105
3.3 A incorporação do tópico a partir de políticas nacionais de cunho climático.....	107
4 Considerações finais	109
Referências.....	110

IMPLEMENTATION OF LEGAL MECHANISMS OF ENVIRONMENTAL PROTECTION BY THE SOUTH PACIFIC REGIONAL ORGANIZATIONS 116

Joanna Siekiera

1 Introduction	117
2 South Pacific regionalisation	118
3. Implementation of norms by the Pacific states	119
4 Legal mechanisms of environmental protection.....	120
5 Final conclusions	122
References.....	123

CONCILIATING THE OVERLAP OF PROTECTED AREAS AND TRADITIONAL TERRITORIES: LEGAL INNOVATIONS FOR BIOLOGICAL DIVERSITY CONSERVATION IN BRAZILIAN PARKS 126

Nathalia Fernandes Lima e Solange Teles Silva

1 Introduction	127
2 Nature and culture	129
2.1 Indigenous people and traditional communities, territorial rights'.....	129
2.2 Protected areas.....	130
3 Brazilian Parks and traditional communities	132
3.1 The first phase of our empirical research	132
3.1.1 Almost no traditional communities living in full protection conservation units, no conflicts... ..	132
3.2 Few innovative legal solutions: commitment agreement and Historical-Cultural Anthropological Zone (ZHCA).....	132

3.3 The second phase of our empirical research	133
3.3.1 Parks and traditional population	133
3.3.2 Parks management plans and innovative legal solutions for nature and culture	134
4 Final considerations	137
References.....	138

O USO DE DRONES COMO INSTRUMENTO PARA A CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO BRASIL 141

Larissa Suassuna Carvalho Barros e Marcia Dieguez Leuzinger

1 Introdução	142
2 A utilização de drones em ações de conservação da biodiversidade no Brasil.....	143
3 Legislação aplicável aos drones	146
4 Considerações finais	147
Referências bibliográficas.....	148

AGROTÓXICOS E DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO GLOBAL: O BRASIL EM RISCO DE RETROCESSO? 151

Marcelo Pretto Mosmann, Letícia Albuquerque e Isabele Bruna Barbieri

1 Introdução	152
2 A segurança química no sistema das Nações Unidas.....	153
3 Meio ambiente e direitos humanos: efeitos dos agrotóxicos sobre direitos à saúde e à alimentação adequada.....	155
4 Brasil e as políticas de liberação de agrotóxicos: ecocídio consentido?	160
5 Considerações finais	165
Referências	166

A JUSTIÇA ESPACIAL E AMBIENTAL E A TEORIA DO RISCO: A RESPONSABILIDADE DO GOVERNO NA PREVENÇÃO CONTRA DESASTRES (NO BRASIL)..... 169

José Adércio Leite Sampaio e Edson Rodrigues de Oliveira

1 Introdução	170
2 A justiça espacial e justiça ambiental	171
3 A gestão do risco	173
4 Amostras de desastres naturais nos últimos anos	179
5 Rompimento de barragens de rejeitos em Minas Gerais	182
6 A fiscalização e a execução de Defesa Civil.....	185
7 Considerações finais	192

THE JUDGMENT OF THE CASE XUCURU PEOPLE V. BRAZIL: INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS BETWEEN CONSOLIDATION AND SETBACKS 203

Gabriela Cristina Braga Navarro

1 Introduction	204
2 Protection of indigenous territorial rights in the Inter-American Court.....	205
3 The Court’S final decision in the Xucuru Case.....	208
3.1 Factual background.....	209
3.2 Preliminary exceptions.....	209
3.3 Violation of the right to property – art. 21	210
3.4 Violation of the right to a fair trial and judicial guarantees – arts. 8.1 and 25.....	211
3.5 Reparation measures	211
4 Absences in the decision.....	212
4.1 Personal integrity and protection of leadership	213
4.2 The American Declaration of the Rights of Indigenous Peoples.....	215
4.3 Reparation measures	216
4.4 Identification of injured parties	219
4.5 Low impact of the decision in Brazil.....	220
5 Final conclusions	220
References.....	221

II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS 224

NACIONALIDADE: NOVAS REGRAS, VELHOS PROBLEMAS 226

Paulo Henrique Faria Nunes

1 Introdução	227
2 Nacionalidade: aspectos gerais	227
3 O direito à nacionalidade decorrente da adoção transnacional.....	231
4 A extradição	235
5 Perda da nacionalidade.....	237
6 Considerações finais	240
Referências.....	241

O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: LEGITIMIDADE, PROBLEMAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES 244

Felipe Grizotto Ferreira, Guilherme Perez Cabrale Lucas Catib de Laurentiis

1 Introdução	245
---------------------------	------------

2 Estudo de caso: liberdade de expressão, censura e a deferência internacional para com as restrições aos direitos humanos	247
2.1 O caso <i>Otto Preminger Institut v. Austria</i> : a liberdade de expressão e o reconhecimento da margem de apreciação austríaca	247
2.2 “A Última Tentação de Cristo”: o dever internacionalmente determinado de alteração constitucional.	249
3 As causas das diferenças decisórias entre as jurisdições regionais	251
4 A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos: universalismo, ativismo e supranacionalismo	253
5 Buscando aprimoramento do exercício jurisdicional: propostas de reformulação ao modelo interamericano	258
5.1 A doutrina da margem de apreciação.....	258
5.2 A Corte interamericana como amplificador da jurisdição constitucional.....	261
6 As virtudes dos modelos alternativos: humildade e prudência	262
7 Considerações finais	265
Referências	266

A PROTEÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Gabriel Coutinho Galil

1 Introdução	271
2 reconhecimento e especificação dos direitos das LGBT no Direito Internacional dos Direitos Humanos	272
3 Análise dos casos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos	276
3.1 Direito à retificação de registros: primeiros casos.....	276
3.1.1 Avanço e retrocesso: <i>B. v. France</i> e <i>Sheffield and Horsham v. UK</i>	277
3.1.2 O ponto de virada: <i>Christine Goodwin v. UK</i> e <i>I. v. UK</i>	278
3.1.3 Condicionamento para a retificação	279
3.2 Acesso à cirurgia de transgenitalização	281
3.3 Direitos parentais	283
3.4 Direitos sociais.....	283
4.1 A especificação de direitos na interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos.....	284
4.2.1 A tutela por meio da privacidade	285
4.2.2 A negativa do reconhecimento da vedação de discriminação.....	285
4.2.3 Patologização da identidade trans na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos	286
4.2.4 A modulação temporal e a questão da interpretação ampliativa	287
5 Considerações finais	287
Referências	288

O COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO DA OEA E A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL REGIONAL.....292

Lucas Carlos Lima

1 Introdução	293
2 Regionalismo e a codificação do Direito Internacional.....	294
3 O trabalho do Comitê Jurídico Interamericano.....	296
4 O CJI e sua relação com a Comissão de Direito Internacional	298
5 Considerações finais	299
Referências.....	300

O CASO PETRUHHIN E O PRINCÍPIO DO NÍVEL MAIS ELEVADO DE PROTEÇÃO NO TOCANTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA304

Clovis Demarchi e Jaine Cristina Suzin

1 Introdução	305
2 Os direitos fundamentais.....	306
3 A cidadania da União Europeia.....	307
4 O caso Petruhhin e o princípio do nível mais elevado de proteção	310
5 Considerações finais	316
Referências.....	317

A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL NO REGULAMENTO ROMA I DA UNIÃO EUROPEIA320

Aline Beltrame de Moura e Rafaela Hörmann

1 Introdução	321
2 Por que garantir a autonomia das partes na escolha da lei aplicável é relevante aos contratos internacionais?.....	321
3 A lei aplicável aos contratos internacionais no âmbito da União Europeia: da Convenção de Roma de 1980 ao Regulamento Roma I	325
5 Considerações finais	331
Referências.....	332

A JURISDIÇÃO DA ICANN: DESAFIOS ATUAIS E PROSPECTIVAS FUTURAS.....335

Aziz Tuffi Saliba e Amael Notini Moreira Bahia

1 Introdução	336
2 A ICANN e sua relação histórica com o governo norte-americano	336
3 O Status Jurídico da ICANN	338
3.2 A alternância de jurisdição	341
3.3 As Imunidades Jurisdicionais da ICANN no Direito Doméstico dos Estados Unidos	341

4 Considerações finais	342
Referências.....	343
A CRISE DO ESTADO E A INADEQUAÇÃO DE NOSSOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: O EXEMPLO DO GARANTISMO PENAL NO BRASIL.....	347
AOswaldo Poll Costa e Francisco Quintanilha Veras Neto	
1 Introdução	348
2 A crise do Estado e os direitos humanos.....	348
3 A pós-modernidade e a hipermodernidade.....	351
4 A posição dos tratados de direitos humanos no Brasil.....	353
4.1 A Doutrina Nacional e a Decisão do STF no RE nº 466.343-SP	353
4.2 As Cortes Internacionais e o Duplo Controle.....	355
5 O garantismo penal no Brasil e os tratados internacionais	357
6 Considerações finais	360
Referências.....	361
O BRASIL E A COOPERAÇÃO SUL-AMERICANA EM SAÚDE: DOS REGIMES TEMÁTICOS ÀS POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO ESTRUTURANTE	363
Ademar Pozzatti Junior e Luiza Witzel Farias	
1 Introdução	364
2 Do nascimento à emancipação do direito humano: o caso da cooperação estruturante em saúde.....	365
3 Quais problemas sobreviveram ao processo político: das dimensões quantitativas às dimensões geográficas e espaços institucionais.....	369
3.1 O acervo bilateral	370
3.2 O acervo multilateral	372
4 O desenho das soluções: as possibilidades de efetivação estruturante nos regimes temáticos	375
5 Considerações finais	380
Referências	381
III. RESENHAS	383
RESENHA DA OBRA: SILVA, WALDIMEIRY CORREA DA. REGIME INTERNACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS: AVANÇOS E DESAFIOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2018.	385
Mércia Cardoso de Souza e Guirino Nhatave	
NORMAS EDITORIAIS.....	390
Envio dos trabalhos:.....	391

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Amazonie: le droit international
en vigueur apporte des réponses
substantielles

Pierre-Marie Dupuy

Amazonie: le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles

Pierre-Marie Dupuy*

Au mois de juillet dernier, l'actuel Président du Brésil déclarait, face à la presse étrangère: « L'Amazonie est au Brésil, pas à vous ». Soit! La plus large part de cette forêt, grande de plus de cinq millions de kilomètres carrés, se trouve sur le territoire brésilien¹. Question : au regard du droit international public tel qu'il est en vigueur, et au-delà même de toute convention spéciale², cela signifie-t-il nécessairement que le Brésil puisse gérer comme bon lui semble « le poumon de la planète»? Monsieur Bolsonaro peut-il légalement rendre la planète phthisique en raison des seuls choix de développement qu'il a décidés? Pondérée, car il s'agit d'apprécier les droits d'un Etat souverain, la réponse est néanmoins très clairement négative. Monsieur Bolsonaro ne peut pas faire n'importe quoi!

La proposition majeure dans le droit international de l'environnement en vigueur est inspirée par le bon sens: chacun est libre d'utiliser sa propriété au mieux de ses intérêts; mais nul ne saurait le faire de manière à porter gravement préjudice aux droits des tiers ou à ceux de la communauté toute entière à laquelle il appartient. Dans l'ordre international, cela se traduit par deux principes, complémentaires ; d'une part, « la souveraineté permanente de chaque Etat sur ses ressources naturelles », proclamée dès 1974 par l'Assemblée générale de l'ONU et nullement remise en cause par la pratique³; d'autre part, et en contrepartie, les Etats « ont le devoir de veiller à ce que les activités qui relèvent de leur compétence ou de leur pouvoir ne portent pas atteinte à l'environnement d'autres Etats ou de zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale ». Ce principe, dit d'utilisation non-dommageable du territoire ou « no harm principle » dans la *lingua franca* du droit international contemporain⁴, fut réitéré lors de deux Déclarations successives adoptées dans le cadre des Nations Unies ; l'une à Stockholm en 1972, sur l'environnement humain (principe 21)⁵, l'autre à Rio, en 1992, sur l'environnement et le développement⁶. La Cour internationale de Justice avait déjà, dans son premier arrêt, en l'affaire du Détroit de Corfou, énoncé le même principe, inspiré par des « considérations élémentaires d'humanité »⁷.

¹ Le Brésil comporte sur son territoire 60% de la forêt amazonienne, par ailleurs distribuée entre la Bolivie, la Colombie, l'Equateur, la Guyana, le Pérou, le Surinam, le Venezuela et la Guyane française, département français depuis 1945.

² On entend par là en dehors de tout cadre conventionnel, donc en droit coutumier, même si on citera aussi, dans la suite de ce bref article, quelques uns des traités pertinents auxquels le Brésil est partie.

³ Résolution 3291 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, dite Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Voir commentaire M.Virally, *Annuaire français de droit international (AFDI)*, 1974, pp. 57-77.

⁴ Voir P. M. Dupuy et J. Vinales. *International Environmental Law*, Cambridge University Press, Second Ed. 2018, p. 63-66.

⁵ Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain. Voir commentaire A.Ch.Kiss et J.D.Sicault, *AFDI*, 1972, pp. 603-628.

⁶ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (article 2). Voir J. Vinales, *The Rio Declaration on Environment and Development, A Commentary*, Oxford University Press, 2015 (720p), partic. chapitres 2 et 6.

⁷ CIJ, Arrêt, *Affaire du détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), 1949. <https://www.icj-cij>.

* Professeur émérite à l'Université de Paris (Panthéon-Assas); Graduate Institute of International and Development Studies, Genève ; 2015 ASIL Manley Hudson Medal. Dernier ouvrage paru (en collaboration avec Jorge Vinales) *International Environmental Law*, Second Edition, 2018, Cambridge University Press, 522p. E-mail: pierre-marie.dupuy@graduateinstitute.ch

C'était en 1949. En 1996, la Cour reconnaissait pour la première fois, dans un avis consultatif,⁸ que le principe 21 de Stockholm faisait désormais partie du droit international coutumier, lequel, faut-il le rappeler, est obligatoire. D'autres juridictions ou cours arbitrales devaient par la suite se référer au même principe, tels le tribunal du droit de la mer en 2015⁹ ou un tribunal arbitral en 2016 dans le différend entre les Philippines et la Chine, relativement à la délimitation maritime en mer de Chine méridionale¹⁰. Le Brésil est, en outre, partie à la convention de l'UNESCO sur le patrimoine mondial au titre de laquelle six millions d'hectares de la forêt amazonienne sont désignés, ce qui signifie qu'ils sont placés sous un régime assez strict de contrôle quant à la sauvegarde de leur intégrité.

Au plan régional, le Brésil a également souscrit à un certain nombre d'engagements, en particulier, dans le cadre du traité de coopération amazonienne (OTCA) prévoyant notamment des actions collectives de protection et de surveillance de la forêt amazonienne. C'est dans le même cadre qu'a été adoptée la déclaration de Tena, en décembre 2017, laquelle reconnaît l'importance mondiale du système écologique de l'Amazonie¹¹.

De plus, la forêt amazonienne n'intéresse pas seulement la faune et la flore; elle constitue aussi l'habitat traditionnel d'une importante population autochtone dont les droits inaliénables, à commencer par le droit à la vie (et pas seulement à la survie) font l'objet de protection spéciale mais s'inscrivent d'abord tout simplement au rang des droits humains par définition non dérogea-

bles. A l'échelle régionale et en liaison directe avec la protection de l'environnement dans la région amazonienne, la Cour interaméricaine des droits de l'homme est à cet égard l'auteur d'une jurisprudence déjà abondante¹²; elle marque notamment les limites des droits d'exploitation des zones forestières dont disposent les Etats concernés. A l'échelle universelle, enfin, il n'est pas indifférent de noter que le Brésil a ratifié la convention n° 169 de l'OIT concernant « les peuples indigènes et tribaux » laquelle fait obligation à ses Etats parties de protéger l'habitat des populations concernées¹³.

L'obligation d'utilisation non-dommageable du territoire ou « no harm principle » s'applique à tous les milieux, y compris bien entendu aux massifs forestiers. C'est aussi ce qu'affirme la convention sur la diversité biologique, elle-même souvent appelée « convention de Rio », puisqu'elle y fut adoptée lors du même Sommet de la Terre en 1992¹⁴. Cette convention intéresse particulièrement la protection de la forêt amazonienne, plus grande réserve de biodiversité au monde. Une autre convention adoptée à Rio lors du même sommet, relative aux changements climatiques, prévoit la gestion rationnelle des « puits et réservoirs de tous les gaz à effet de serre » dont en particulier les forêts¹⁵. Pour sa part, l'accord de Paris de 2015 sur le climat¹⁶ invite explicitement les Etats parties (article 5) à renforcer ces mêmes puits et réservoirs de gaz à effet de serre. On sait par ailleurs combien l'organe d'experts des Nations-Unies sur les changements climatiques (GIEC) a souligné dans ses rapports successifs, y compris celui adopté au mois d'août dernier à Genève, le rôle essentiel que jouent les forêts dans l'absorption des gaz à effet de serre¹⁷. Or, selon les observations par satellite faites par

org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-FR.pdf.

⁸ CIJ, Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, 8 juillet 1996, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>

⁹ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-regional Fisheries Commission (SRFC)*. Disponible chez: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/advisory_opinion_published/2015_21_advop-F.pdf

¹⁰ Cour permanente d'arbitrage (CPA), Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence du 12 juillet 2016.

¹¹ Les pays membre de l'Organisation du traité de coopération amazonienne « reiteran el papel fundamental que la Amazonía cumple en la preservación del equilibrio ecosistémico global y en la mitigación y la adaptación a los efectos del Cambio Climático » [« réitérent le rôle fondamental que joue l'Amazonie dans la préservation de l'équilibre global comme dans l'atténuation et l'adaptation des effets du changement climatique »]. Cette déclaration n'est pas dépourvue de portée juridique à l'égard du Brésil qui, lié par elle, ne peut prétendre ignorer l'importance mondiale de l'aire amazonienne, largement majoritaire, qui se trouve sur son territoire.

¹² L'arrêt de principe en la matière est celui intervenu dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, arrêt du 31 août 2001, Série C N°79. Il fut suivi et confirmé par une série d'arrêts ultérieurs. Voir P.M. Dupuy et J. Vinuales, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, Second Ed. 2018, pp. 371 et s.

¹³ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *C169 - Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989*. Disponible chez: https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORML_EXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314

¹⁴ NATIONS UNIES. *Convention sur la Diversité Biologique*. Disponible chez: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf>

¹⁵ NATIONS UNIES. *Convention-cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques*. Disponible chez: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convfr.pdf>

¹⁶ NATIONS UNIES. *Accord de Paris*. Disponible chez: https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf

¹⁷ GROUPE D'EXPERTS INTERGOUVERNEMENTAL SUR L'ÉVOLUTION DU CLIMAT (GIEC). *Communiqué de presse*. 2019. Disponible chez: <https://www.ipcc.ch/site/assets/>

l'organe d'expert brésilien qu'est l'Institut national de la recherche spatiale (INPE) et rapportées par la presse¹⁸, la déforestation amazonienne au Brésil aurait progressé de 278 % par rapport au même mois en 2018. Au total, plus de 4700 km² de la forêt primaire brésilienne ont été déboisés depuis le mois de janvier de cette année. La réalité et l'importance du dommage ainsi causé à une ressource déjà très éprouvée de longue date par la surexploitation paraît certaine, notamment sur la base des constats énoncés dans le récent rapport du GIEC sur la gestion des sols. Alors, que faire?

Face à des faits illicites de cette dimension, le réalisme incite à constater qu'une action en responsabilité devant la Cour internationale de Justice ne serait pas forcément aisée, fut-elle engagée par un ou plusieurs Etats codétenteurs de cette « ressource naturelle partagée »¹⁹, ou, plus largement, par d'autres Etats parties à une des conventions internationales auxquelles le Brésil est partie. Une telle initiative se heurterait en effet, en l'état actuel du droit international en ce domaine, à plusieurs difficultés. Aucune n'est insurmontable mais toutes sont conséquentes. En effet, au-delà même de l'établissement des conditions de compétence de la Cour ou d'un tribunal arbitral, lesquelles supposent le consentement de l'Etat mis en cause, il ne faut pas dissimuler la difficulté pratique d'établissement des preuves ; notamment celle d'une corrélation directe et quantifiable entre les décisions politiques opérés par le pouvoir brésilien actuel, les effets dévastateurs sur la forêt et la dégradation du climat mondial comme de la diversité biologique. Une telle dégradation, à laquelle ont contribué une multitude de facteurs, est, de toute façon d'ores et déjà largement entamée. A ces obstacles techniques s'en ajouteraient un autre, de caractère politique: beaucoup d'Etats craignent, en effet, qu'une action en responsabilité de ce type se retourne un jour ou l'autre contre eux en créant un précédent. Pendant ce temps-là, la forêt brûle.

Le droit international tel qu'il existe fournit cependant d'autres procédures utiles : parmi elles, la demande d'un avis consultatif à la CIJ par l'Assemblée générale à la majorité requise qui est une majorité simple des Etats

membres de l'ONU présents et votants ; ceci, afin de permettre à la Cour de préciser quelque peu la qualification juridique de l'espace amazonien, à la fois situé sur le territoire national de neuf Etats, et reconnu, y compris par le Brésil, comme doté d'une importance mondiale pour la régulation du climat de la planète entière ; afin, également, de préciser encore les conditions dans lesquelles les principes précédemment décrits ainsi que quelques autres (prévention et précaution en particulier) pourraient être appliqués à la gestion de la forêt amazonienne. On pourrait également demander à la Cour comment établir la « balance des intérêts » en présence, celui du Brésil à son propre développement étant, bien entendu, lui aussi incontestable.

On a déjà beaucoup parlé dans la presse d'étendre la « responsabilité de protéger » (R2P) à la sauvegarde de l'environnement en détresse, voire de considérer que le type d'action commise par le Brésil en Amazonie constitue un « écocide », autorisant une action internationale, y compris sous l'égide du Conseil de sécurité (de toute façon requis si on invoque la R2P dans le cadre des Nations Unies). D'autres ont préconisé que la forêt amazonienne soit dotée d'une personnalité juridique propre, autorisant sa défense en s'affranchissant des aléas de la souveraineté d'un seul. Ces propositions sont toutes stimulantes et inspirées par une généreuse indignation. Il n'est pas impossible qu'à terme, certaines d'entre elles puissent prospérer, sans toutefois que l'appel à la « responsabilité de protéger », même si cela sonne très bien, soit la plus réaliste. Supposant un vote à la majorité qualifiée des membres permanents du Conseil de sécurité pour être mise en oeuvre, ce qui suppose aussi qu'on établisse un lien substantiel entre atteinte à l'environnement et menace contre la paix et la sécurité internationales, la « R2P » a du plomb dans l'aile depuis qu'elle a été invoquée par le Conseil de sécurité pour décider de l'intervention en Libye en 2011²⁰ ; par ailleurs, ni la Russie ni la Chine, au sein du Conseil de sécurité ni les pays en développement à l'Assemblée générale n'accepteraient dans l'immédiat l'extension de la « responsabilité de protéger » au domaine de la protection de l'environnement, voyant dans une initiative de ce type une entreprise des pays occidentaux pour entraver ou contrôler leur « souveraineté permanente » sur leurs ressources naturelles.

L'expérience directe de la diplomatie multilatérale incite à penser que les souverainetés, du Sud comme du

uploads/2019/08/2019-PRESS-IPCC-50th-IPCC-Session_fr.pdf

¹⁸ MARCELINO, Ueslei. *Feux de forêt en Amazonie. Trois questions sur ces incendies qui détruisent le poumon vert de la planète*. Disponible chez: <https://www.ouest-france.fr/environnement/feux-de-foret-en-amazonie-trois-questions-sur-ces-feux-qui-detruisent-le-poumon-vert-de-la-planete-6488326>

¹⁹ Sur cette notion, voir P.M.Dupuy, *AFDI* 1978, pp. 866-889.

²⁰ Résolution 1973 du Conseil de sécurité.

Nord, n'abdiquent pas volontiers les privilèges qu'elles détiennent en application du droit. Or, pour reprendre une expression récemment employée, « c'est la maison qui brûle ». Le paradoxe est alors que, pour aller plus vite ou moins lentement, il ne faille pas heurter de plein fouet les Etats les plus directement intéressés mais les persuader de coopérer, dans l'intérêt de tous y compris le leur. L'invocation de nouveaux concepts mobilisateurs n'est pas à proscrire et une révolution normative est sans doute possible à terme ; mais la révolution est souvent une longue patience. Pour l'instant, rien ne permet encore d'espérer que les délégations nationales à la session prochaine de l'Assemblée générale de l'ONU soient déjà prêtes à célébrer la nuit du 4 août.

Dans ce domaine comme dans d'autres, c'est une active coopération multilatérale, des idées nouvelles et un dialogue quasi permanent qui doivent en premier lieu inspirer l'action concertée pour la sauvegarde et

l'entretien d'une ressource commune d'importance essentielle pour l'humanité. Il ne s'agit donc pas de chercher un bouc émissaire mais, compte tenu de l'urgence de la situation, d'encourager au plan international les discussions et négociations nécessaires, dont certaines sont déjà en cours, pour sauvegarder cet environnement d'importance vitale à l'échelle globale.

Ce qu'il est important de réaffirmer dès à présent est que le droit, en son état actuel et malgré ses imperfections, offre un fondement d'action, au juge consultatif sans doute, mais aussi aux diplomates. C'est aussi de persuader l'opinion, de plus en plus mobilisée pour la sauvegarde du climat, que ce même corps de droit existe, qu'il peut être efficace et qu'elle peut invoquer son application. Face à la montée des populismes, il est temps de rappeler à tous que le droit international, lui aussi, est un patrimoine commun de l'humanité.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A evolução da solução de
controvérsias nos ACFls**

Ana Rachel Freitas da Silva

A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs

Ana Rachel Freitas da Silva*

Um acordo de promoção e proteção de investimentos (APPI), nos moldes tradicionais, pode ser comparado a um acordo pré-nupcial, onde as partes já acordam os detalhes em caso de eventual divórcio, enquanto um acordo de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI) pode ser melhor comparado a uma terapia de casal, já que foca na prevenção de conflitos para a manutenção da relação.

Não me lembro quem originalmente fez essa analogia, mas ela se tornou útil para explicar aos parceiros brasileiros sobre que bases o ACFI foi construído. E nesse processo de negociação, as preocupações, fruto da experiência nem sempre positiva dos vários países com os quais o Brasil tem negociado, vão tornando as disposições sobre soluções de controvérsias cada vez mais complexas. Um ACFI vai se aproximando, cada vez mais, de um APPI.

A presente crônica convida à reflexão sobre a evolução histórica da solução de controvérsias nos ACFIs, pontuando inovações e dificuldades no caminho seguido pelo Brasil. Tem-se por premissa, que o modelo brasileiro se torna, a cada negociação, um modelo multilateral e já representa uma proposta alternativa num contexto em que se discutem reformas à arbitragem investidor-Estado.

Por outro lado, a ampliação das negociações, uma possível reaproximação diplomática de países desenvolvidos, somadas à popularização da arbitragem envolvendo entidades estatais, podem provocar uma reviravolta na postura histórica brasileira de rejeição à arbitragem investidor-Estado. A reflexão sobre o tema, incluindo as premissas que justificaram a opção contrária a esse tipo de arbitragem, é essencial para que o país esteja preparado para enfrentar os desafios que se desenham.

O texto adota uma perspectiva cronológica. Inicia com apontamentos sobre a postura brasileira antes das negociações dos ACFIs. Segue considerando as modificações mais relevantes no modelo de solução de controvérsia desde a assinatura do primeiro ACFI com Moçambique até o ACFI assinado entre Brasil e Guiana em 13 de dezembro de 2018¹. Conclui questionando o leitor sobre a in(evitável) aceitação da arbitragem investidor-Estado pelo Brasil.

Os antecedentes

A postura brasileira em relação aos acordos de investimentos sempre foi considerada peculiar. O país não ratificou nenhum dos 14 APPIs e 2 proto-

* Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Procuradora da Fazenda Nacional responsável pelo acompanhamento das negociações de acordos de investimentos pelo Brasil. E-mail: anarachel.freitas@gmail.com

¹ São considerados para fins do presente estudo, os ACFIs celebrados pelo Brasil com Moçambique, Angola, Malauí, México, Colômbia, Chile, Etiópia, Suriname, Guiana, o capítulo de investimentos Acordo de Ampliação Econômico Comercial (AAEC) celebrado com Peru e o Protocolo de Investimentos do Mercosul. Os textos dos acordos mencionados, com exceção do ACFI com a Guiana que ainda não foi publicado, podem ser acessados no sítio eletrônico da UNCTAD: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iiaInnerMenu>.

colos no âmbito do Mercosul firmados na década de 90, nem é signatário da Convenção de Washington que criou o Centro de Solução de Diferendos Internacionais em Matéria de Investimentos (ICSID)². Apesar disso, o Brasil seguiu como um importante receptor de investimento estrangeiro direto, alcançando o 5º lugar em 2010³.

Dificuldades na aprovação dos acordos no Congresso Nacional provocaram sua retirada de pauta do legislativo e a constituição de um grupo de trabalho no âmbito da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) para elaboração de diretrizes que pudessem ser adotadas nas negociações de acordos de investimentos pelo Brasil⁴. Tais diretrizes levaram em conta as resistências enfrentadas na tramitação dos APPIs. Era necessário não apenas que o acordo fosse aceito pela outra parte, mas que pudesse ser referendado pelo legislativo. Para alcançar esses objetivos, as negociações foram iniciadas com países em desenvolvimento e o texto apresentado deixou de lado temas polêmicos como arbitragem investidor-Estado, desapropriação indireta, proteção do investimento de portfólio, para citar alguns exemplos.

O modelo brasileiro se assenta em três pilares principais: a) cooperação e facilitação de investimentos; b) Governança Institucional por órgãos permanentes e c) mitigação de riscos, prevenção e solução de controvérsias⁵. Nesse momento, nos interessa mais de perto o último pilar: prevenção e solução de controvérsias.

As três gerações de ACFIs

Para tratar da evolução histórica dos ACFIs, optamos por dividi-los em três gerações e questionar se o

Brasil estaria preparado para uma quarta geração, com uma possível inclusão de arbitragem investidor-Estado. A primeira geração engloba os três primeiros ACFIs, firmados com Angola, Moçambique e Malauí. A segunda geração abarca os ACFIs celebrados com países da América Latina, como o México, Colômbia, Chile e Peru. A terceira geração se distingue da segunda, não por conta das disposições referentes à solução de controvérsias. O Protocolo Mercosul exemplifica essa terceira geração. Após a negociação que ocorreu com a Índia, cujo acordo ainda não foi assinado, a definição de investimento deixa de ser construída a partir do conceito de ativo para focar no conceito de empresa. Além disso, a cláusula sobre tratamento passa a se referir ao direito costumeiro, se aproximando de standards de tratamento mínimo internacional e a linguagem do acordo é mais incisiva quanto às obrigações dos investidores e não apenas se refere a melhores esforços. Fazemos o registro das três gerações, mas por tratarmos especificamente sobre solução de controvérsias, examinaremos a segunda e terceira gerações em conjunto nesse texto.

Os acordos da primeira geração foram negociados mais ou menos no mesmo período com parceiros africanos. Se constata uma prevalência de elementos de cooperação, sem maiores detalhes sobre a solução de controvérsias. Os artigos sobre prevenção de controvérsias, que indicam a presença de um ponto focal e a submissão de controvérsias aos Comitês Conjuntos tiveram poucas alterações desde 2015. O modelo brasileiro dá prevalência às instâncias de prevenção em detrimento das de solução de controvérsias⁶. A governança do acordo por esses órgãos e sua atuação na prevenção de controvérsias podem ser considerados como diferenciais do ACFI. Os acordos de primeira geração preveem, de forma genérica, a arbitragem entre Estados, sem trazer qualquer regra sobre composição do tribunal, o procedimento, dentre outros assuntos normalmente presentes em uma cláusula arbitral.

Os acordos de primeira geração trazem, em um único artigo, disposições sobre prevenção e solução de controvérsias. Entende-se que a prevenção é feita pelos Pontos Focais e pelo Comitê Conjunto. De fato, os pontos focais atuam no dia-a-dia do investidor, facilitando

² Sobre a resistência brasileira em firmar acordos de investimentos e participar do ICSID ver 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, vol. 14, n. 4, 2007, p. 57- 86.

³ Dados disponíveis no sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas sobre Comércio e desenvolvimento: UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [online]. Genebra: UN Publications, 2011 [acesso em 28 de março de 2014]. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

⁴ BADIN, Michele Rattón Sanches e MOROSINI, Fabio. *Navigating between Resistance and Conformity with the IIR*. In: BADIN, Michele Rattón Sanches e MOROSINI, Fabio. *Reconceptualizing International Investment Law for Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 218-250.

⁵ Idem.

⁶ MONEBHURRUN, Nitish. *Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model*. *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 8, 2017, p. 79-100.-

tando o diálogo com os órgãos governamentais e oferecendo informação⁷.

A atuação do Comitê Conjunto, por outro lado, em que pese ser uma condição prévia à instauração de um procedimento arbitral, em geral, se inicia quando já existe um conflito entre investidor e Estado. Entretanto, ainda que não seja “preventiva” em todos os casos, se apresenta como uma oportunidade para uma solução conciliatória, já que uma decisão do Comitê pressupõe a aquiescência de ambos os Estados envolvidos - o Estado anfitrião e o Estado de nacionalidade do investidor. Pode não prevenir uma controvérsia, mas previne uma arbitragem entre Estados.

As disposições sobre o Ponto Focal e o Comitê Conjunto praticamente se mantiveram nas gerações seguintes. As novidades aparecem no detalhamento da arbitragem Estado-Estado. A experiência dos países latino-americanos, bem como o envolvimento de equipes jurídicas nas negociações, contribuíram para tornar as disposições sobre arbitragem mais complexas.

Os acordos de segunda geração são aqueles firmados com países latino-americanos (com exceção do Protocolo do Mercosul e do acordo com a Guiana). Abrangem os ACFIs com México, Colômbia, Chile, o capítulo de investimentos do Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre Brasil e Peru. Os acordos com Etiópia e Suriname, apesar de assinados recentemente, também podem ser considerados como de segunda geração já que as negociações aconteceram a partir de um modelo elaborado quando da negociação com os países latino-americanos.

É interessante observar que primeiro parágrafo do artigo 19 do ACFI entre Brasil e México, menciona que o objetivo da arbitragem entre Estados é “colocar a medida em conformidade”. Essa construção se repete em todos os ACFIs e se inspira no modelo OMC, bem conhecido e manejado pelo Brasil. O art. 19 (1) do Anexo II do Acordo Constitutivo da OMC estabelece que “quando um grupo especial ou Órgão de Apelação concluir que uma medida é incompatível com um acordo abrangido, deverá recomendar que o Membro inte-

⁷ Ao Ponto Focal cabe, entre outros: “interagir com as autoridades governamentais competentes para avaliar e recomendar, quando adequado, o devido tratamento para as sugestões e reclamações recebidas dos governos e investidores da outra Parte”, “prestar informações tempestivas e úteis às Partes sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos”.(art. 5º do ACFI Brasil-Angola.)

ressado torne a medida compatível com o acordo”⁸. No mesmo sentido, o acordo 3.7 demonstra a preferência pela retirada da medida considerada desconforme em detrimento de uma decisão pela compensação.⁹

O mandato dos árbitros no ACFI é bem distinto dos tradicionais APPIs, onde o investidor prejudicado busca uma compensação em face do Estado anfitrião¹⁰. No ACFI, uma decisão pela compensação necessitaria de um consentimento adicional por parte dos Estados¹¹. A compensação poderia ser útil, por exemplo, quando não há interesse do Estado de rever uma medida de amplo alcance como um caso de violação ao tratamento nacional. Em outras situações, como desapropriações e perdas decorrentes de guerras, por exemplo, a decisão do tribunal implicará, em última instância, numa obrigação de pagamento. Tornar compatível uma desapropriação sem pagamento nos termos do tratado significa fazer o pagamento ou restituir a propriedade.

A princípio, uma decisão arbitral autorizada pelo ACFI se limitaria a constatar que uma das Partes está descumprindo o acordo, sem prever como tal decisão será cumprida. O ACFI celebrado com a Colômbia especifica que “a decisão do Tribunal Arbitral será definitiva e obrigatória para as Partes, que deverão cumpri-la sem demora”¹². Contudo, diferentemente do sistema

⁸ O Acordo Constitutivo da OMC, incluindo seu anexo II que dispõe sobre o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias foi promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em 2 de janeiro de 2019.

⁹ “(...) Na impossibilidade de uma solução mutuamente acordada, o primeiro objetivo do mecanismo de solução de controvérsias será geralmente de conseguir a supressão das medidas de que se trata, caso se verifique que estas são incompatíveis com as disposições de qualquer dos acordos abrangidos. Não se deverá recorrer à compensação a não ser nos casos em que não seja factível a supressão dessas medidas. O último recurso previsto no presente Entendimento para o Membro que invoque os procedimentos de solução de controvérsias é a possibilidade de suspender, de maneira discriminatória contra o outro Membro, a aplicação de concessões ou o cumprimento de outras obrigações no âmbito dos acordos abrangidos, caso o OSC autorize a adoção de tais medidas. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em 2 de janeiro de 2019.)

¹⁰ VIDIGAL, Geraldo; STEVENS, Beatriz. Brazil’s New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?. *Journal of World Investment and Trade*, n.19. 2018, pp. 475-512. .

¹¹ Art. 19(2) do ACFI com México, art. 23 (14) do ACFI com Colômbia, art. 25 (13) do ACFI com Suriname e art. 24 (11) do ACFI com a Etiópia.

¹² Artigo 23(12).

OMC, que prevê a adoção de retaliações com objetivo de “convencer” o Estado recalcitrante a modificar a medida condenada¹³, eventual decisão arbitral no ACFI seria de difícil execução se não cumprida voluntariamente¹⁴.

De fato, o país estaria descumprindo uma decisão internacional e poderia sofrer danos reputacionais¹⁵. Poder-se-ia, até mesmo, pensar em uma execução de sentença arbitral nos termos da Convenção de Nova York¹⁶, mas tal ação esbarraria na dificuldade de liquidação da sentença já que o próprio acordo não estabelece como seria feito. Eventual conversão de uma decisão de “colocar a medida em conformidade” em compensação por danos parece exorbitar a competência arbitral, salvo se autorizado pelas Partes. Por outro lado, uma sentença que reconhece a ilicitude da conduta do Estado anfitrião poderia ser utilizada pelo investidor prejudicado, como elemento de prova em um processo de conhecimento nas cortes domésticas.

A arbitragem entre Estados não é uma grande novidade. Alguns acordos já contemplam arbitragem entre Estados para fins de interpretação do tratado. O modelo americano de 2012, por exemplo, contém duas sessões. A sessão A (artigos 23 a 36) aplica-se à arbitragem iniciada pelo investidor, enquanto a sessão B (artigo 37) autoriza a arbitragem entre Estados “relativas à interpretação ou aplicação do tratado”¹⁷¹⁸. Observa-se que a arbitragem entre Estados, nesses acordos, tem por escopo a interpretação do tratado. Essa interpretação até

pode ter efeitos em um caso específico, mas em geral tem escopo mais amplo e prospectivo¹⁹.

Essa fórmula acabou sendo utilizada no ACFI com o Chile²⁰. Contudo, na prática, o escopo da arbitragem entre Estados nesse acordo não deve ser diferente dos demais ACFIs já que, consoante o art. 3º, constará dos termos de referência que os árbitros determinarão “de forma fundamentada se a medida em questão está ou não em conformidade com o Acordo”.

Os ACFIs celebrados com México, Colômbia, Suriname, Etiópia permitem uma espécie de arbitragem de compensação. O ACFI celebrado com o Chile, além do AAEC entre Brasil e Peru e o Protocolo do MERCOSUL não trazem essa previsão, o que não impede que os Estados celebrem um compromisso arbitral nesse sentido. Além disso, as disposições sobre nação mais favorecida dos acordos de primeira geração, já que não excluem expressamente de seus escopos a solução de controvérsias, poderiam estender àqueles países as condições ofertadas nos ACFIs de segunda geração²¹.

A previsão do ACFI de uma arbitragem iniciada pelo Estado de nacionalidade do investidor, que avalie os danos sofridos por este último, tem um escopo bem diferente da interpretação do tratado. O dispositivo mencionado regula a relação disciplinada pelas regras de direito consuetudinário relativas à proteção diplomática. Baseia-se na ficção de que um dano causado a um nacional de determinado Estado pode ser considerado um dano causado ao próprio Estado²². Conforme conceituado pelos artigos elaborados pela Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Proteção Diplomática:

proteção diplomática consiste na invocação por

¹³ Ver artigo 22 do anexo II do Acordo Constitutivo da OMC.

¹⁴ Nos referimos aqui a uma arbitragem que julgue apenas se a medida está em conformidade com o ACFI. Eventual decisão que estabeleça uma compensação para o investidor prejudicado pela medida será tratada a seguir.

¹⁵ SILVA, Ana Rachel Freitas. Estados e investidores estrangeiros: é possível alcançar cooperação? Revista Direito GV, v. 13, n. 1, mai. 2017, p. 123-144.

¹⁶ Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em 10 de junho de 1958, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em 2 de janeiro de 2019.

¹⁷ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty (Disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/Treaty-File/2870>), acesso em 29 de dezembro de 2018..

¹⁸ No mesmo sentido o tratado modelo da Alemanha, de 2008 (disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2865>); o modelo francês (disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2862>), o acordo modelo do Canadá, de 2004 (disponível em: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2820>).

¹⁹ Sobre a arbitragem Estado-Estado nos APPIs ver: ROBERTS, Anthea. State-to-State Investment Treaty Arbitration: a Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretative Authority. Harvard International Law Journal, vol. 55, n. 4, 2014. Disponível em: < <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/Roberts.pdf>>. Acesso em 6 de outubro de 2018.

²⁰ O art. 1(1) do Anexo I, dispõe que “as controvérsias que surjam entre as Partes com relação à interpretação ou aplicação das disposições contidas neste Acordo poderão ser submetidas ao procedimento de arbitragem estabelecido neste Anexo”.

²¹ BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie e BRAUCH, Martin Dietrich. Comparative Commentary to Brazil’s Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi. Sep. 2015. Disponível em: < <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/commentary-brazil-cifas-acfis-mozambique-angola-mexico-malawi.pdf>>. Acesso em 30 de dezembro de 2018.

²² VATEL apud BROWLIE, Ian. Principles of Public International Law. 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 518

um Estado, por ação diplomática ou outros meios pacíficos de resolução, da responsabilidade de um outro Estado por um dano causado por um ato ilícito internacional deste último a uma pessoa natural ou jurídica do primeiro Estado, com o objetivo de implementar dita responsabilidade.²³

O artigos elaborados pela Comissão de Direito Internacional buscam consolidar normas costumeiras que governam essas relações. Nesse ponto, questiona-se a interação entre as fontes de direito aplicáveis. Por um lado, as regras costumeiras da proteção diplomática exigiram o esgotamento dos recursos internos²⁴. Por outro lado, o próprio tratado firmado entre as Partes não traz essa condição, mas exige, por exemplo, que a controvérsia seja discutida no âmbito do Comitê Conjunto, respeite o prazo prescricional de 5 anos e que haja a desistência de ações em curso nas Cortes Locais²⁵.

Parece que na relação entre tratado e o costume, o tratado seria mais específico, trazendo de forma expressa a vontade das partes. Apesar da decisão da Corte Internacional de Justiça, pela não presunção de renúncia tácita do esgotamento dos recursos internos²⁶, poder-se-ia questionar, tendo por base o texto do ACFI, se não houve a renúncia, ao incluir expressamente condições outras que não a mencionada²⁷. Além disso, os artigos que tratam da compensação do investidor, exigem que este renuncie à sua reclamação perante as cortes locais ou tribunais arbitrais do Estado anfitrião²⁸. Pela redação mencionada, o Estado de nacionalidade do investidor poderia iniciar uma arbitragem entre Estados ainda na pendência de uma ação do investidor e, portanto, seria incompatível a exigência de esgotamento de recursos internos.

A arbitragem compensatória, apesar de inspirada na proteção diplomática, tem regulamentação própria. Destaca-se a tentativa de impedir que o investidor pos-

sa auferir dupla indenização: via proteção diplomática e como autor perante cortes domésticas ou tribunais arbitrais do Estado anfitrião²⁹. Ainda que versem sobre os mesmos fatos, eventuais ações movidas pelo investidor não se confundem com o objeto da arbitragem de compensação Estado-Estado. Em primeiro lugar porque não há identidade de partes. Uma ação iniciada por um Estado contra outro Estado tendo por base um tratado não se confunde com uma demanda iniciada por um investidor que discuta, por exemplo, uma desapropriação tendo por base a legislação doméstica. Talvez por essa razão o texto mencione a coincidência de uma “reclamação sobre a medida questionada no Comitê Conjunto” e não mencione litispendência. De qualquer sorte, será interessante observar a interpretação dada a essa disposição pelos tribunais.

Uma quarta geração?

Não há dúvidas que a possibilidade de iniciar uma arbitragem contra o Estado anfitrião sem o patrocínio do Estado de nacionalidade é a situação desejável para o investidor. Investidores brasileiros estariam mais protegidos se contassem com o consentimento para arbitragem do Estado parte no ACFI. Contudo, uma decisão nesse sentido, ademais de eventuais questionamentos de natureza jurídica que possam ser levantados, passa pelo sopesamento dos interesses ofensivos e defensivos do país. Repousa também, na análise de custos e benefícios dessa mudança de paradigma.

O modelo brasileiro não está imune a críticas. Trata-se de uma opção extremamente centralizada no Estado. Aliás, uma das críticas mais contundentes ao modelo é politização da questão. Essa politização não se resume à arbitragem Estado-Estado e a ausência da arbitragem investidor-Estado. Instâncias decisórias como o Ponto Focal, o Comitê Conjunto também são dependentes da atuação do Estado.

O Ponto Focal, por exemplo, funciona no Brasil na Câmara de Comércio Exterior³⁰. Trata-se de órgão da

²³ Tradução livre do artigo 1. UN ILC. Draft Article on Diplomatic Protection with commentaries, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf. Acesso em 7 de janeiro de 2019.

²⁴ Art. 14 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection.

²⁵ Ver, por exemplo, art. 24 do ACFI celebrado com Etiópia.

²⁶ CIJ. Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) Julgamento de 20 de julho de 1989, par. 50. Disponível em: < <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf> >. Acesso em 5 de janeiro de 2019.

²⁷ Por outro lado, a Corte Internacional de Justiça no Caso ELSI considerou que não se pressupunha a renúncia tácita do esgotamento dos recursos internos.

²⁸ Ver, por exemplo art. 25(13) b do ACFI firmado entre Brasil e Suriname e art. 24(11) b do ACFI firmado entre Brasil e Etiópia.

²⁹ Art. 25 (13) b do ACFI com a Etiópia prevê:

³⁰ Decreto nº 8.807, de 2016, alterou o Decreto nº 4.732, de 2003, para estabelecer a competência da Secretaria Executiva da CAMEX para desempenhar as funções de Ponto Focal-Ombudsman de Investimentos Diretos. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4732.htm >. Acesso m 2 de janeiro de 2019.

estrutura governamental, sem independência para apreciar e resolver as reclamações apresentadas por investidores estrangeiros. Se houver engajamento do Estado, o Ponto Focal pode ter uma atuação importante, facilitando o acesso do investidor aos demais órgãos governamentais encarregados de políticas de investimentos³¹. Por outro lado, caso não haja o necessário compromisso estatal, os processos perante essa instância podem ser tornar apenas *pro forma* e ter pouco resultado prático. O investidor não teria outra instância para reclamar da ineficiência do *ombudsman*.

Tal preocupação pode ser estendida à atuação do Comitê Conjunto. Ainda que se possibilite a participação do setor privado em reuniões, a competência para decidir repousa, em última instância, nos Estados e o grau de cooperação das partes ficará evidente nos trabalhos do Comitê.

Muito se fala nos perigos em se conceder poder dos árbitros para avaliar as políticas estatais e interferir no exercício do poder regulatório dos Estados³². Aceitar arbitragem investidor-Estado não significa, por si só, que o Estado passa a ter que submeter seus interesses ao escrutínio de um grupo de árbitros privados. A arbitragem encontra por fundamento a vontade das partes³³ e também está limitada a essa vontade. A arbitragem investidor-Estado não precisa ser vista como um tabu. A competência dos árbitros vai depender dos termos do consentimento estatal. Por isso a importância de se trabalhar em uma cláusula que dê conforto aos Estados signatários do tratado.

Por outro lado, o Brasil está numa posição confortável por ter conseguido se manter fora do sistema enquanto outros países enfrentavam arbitragens desfavoráveis, buscando, inclusive, uma saída de seus compromissos internacionais³⁴. O fato de ser considerado

um destino atraente para o capital estrangeiro reforça essa posição. Não parece haver necessidade de uma corrida para a aceitação da arbitragem investidor-Estado. Ademais, o ACFI se consolidou como uma alternativa.

Essa aparente bonança não impede, entretanto, que o país possa explorar opções que possibilitem acesso direto aos investidores nacionais. O Brasil tem acompanhado de perto as discussões do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL sobre reforma da solução de controvérsias investidor-Estado³⁵. Dentre as propostas apresentadas destacamos a criação de um tribunal internacional de investimentos.

De qualquer forma, é mister reconhecer que o Brasil tem migrado de uma posição de expectador para participante mais ativo na tarefa de moldar o regime jurídico internacional de investimentos. Talvez esteja chegando o momento de dar um passo adiante e examinar as consequências de conceder direito de ação diretamente ao investidor, seja para um processo arbitral seja para um julgamento por um órgão internacional.

Considerações finais

O ACFI tem o mérito de apresentar uma alternativa ao modelo amplamente usado de acordos de investimentos com arbitragem investidor-Estado. Uma proposta construída a partir da cooperação e prevenção de disputas e que deu conforto ao Brasil para que pudesse deixar seu isolacionismo na área. Vencidas as resistências iniciais, o país está pronto para avançar, explorando, por exemplo, cenários em que se permita acesso direto ao investidor estrangeiro, optando pela arbitragem ou por um tribunal internacional. É tempo de investir, também, na solução de controvérsias e pensar quais seriam os melhores termos que deveriam constar de um acordo pré-nupcial de investimentos. Um bom acordo não prescinde de uma boa terapia e vice-versa.

³¹ Em 20/12/2018, a CAMEX relatou as ações executadas na área de investimentos no ano de 2018. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/destaque/2167-se-camex-apresenta-as-entregas-de-2018-relacionadas-ao-tema-investimento>>. Acesso em 7 de janeiro de 2019.

³² SORNARAJAH, M. *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

³³ PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press: New York, 2013.

³⁴ Na América Latina, por exemplo, vemos o caso de Bolívia, Equador e Venezuela que denunciaram a Convenção de Washington e Argentina que resistia, como podia, a execução de sentenças arbitrais. Sobre o tema: VINCENELLI, Ignacio A. *The Uncertain Future of ICSID in Latin America*. *Law and Business Review of the*

Americas, vol. 16, n. 3, 2010, p. 409-456.

³⁵ Relatórios das discussões podem ser acessados no sítio eletrônico da instituição: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/3Investor_State.html.

**II. DOSSIÊ ESPECIAL:
DIREITO AMBIENTAL**

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A brief overview of sustainable development: how a debated concept with a much-contested legal nature could perform a valuable role in the decision-making

Uma breve síntese sobre o desenvolvimento sustentável: debates sobre conceito e natureza legal

Natali Francine Cinelli Moreira

A brief overview of sustainable development: how a debated concept with a much-contested legal nature could perform a valuable role in the decision-making*

Uma breve síntese sobre o desenvolvimento sustentável: debates sobre conceito e natureza legal

Natali Francine Cinelli Moreira*

Abstract

Sustainable development has reached a center stage in the international agenda. International actors have been taking efforts to launch conferences on the issue, to negotiate and to implement all sort of international commitments in order to promote sustainable development. It has become a global objective. Despite its leading role within the international community, sustainable development remains an unclear issue in international law. There is neither a universal agreed concept, nor a consensus on its legal nature. Regardless of the lack of consensus on both issues, we identified some preliminary thoughts on how sustainable development could become a valuable instrument at the hands of international decision-makers. We propose to reassess the literature to identify the state-of-the-art debate on sustainable development concept and legal nature; with a clearer view over the issue, we will develop how arbitrators should rely on sustainable development as a mandatory interpretation tool.

Keywords: Sustainable development. Legal nature. Decision-making.

Resumo

O desenvolvimento sustentável alcançou papel central na agenda internacional. Os mais diferentes atores – Estados, organizações internacionais, atores não-estatais – estão empenhados em promover o desenvolvimento sustentável, seja ao criar conferências internacionais sobre o tema, ou ao negociar e implementar diferentes compromissos internacionais no sentido de preservá-lo e incentivá-lo. Tornou-se, assim, um verdadeiro objetivo global. No entanto, a despeito de seu papel central para a comunidade internacional, o desenvolvimento sustentável permanece como uma questão incerta no direito internacional. Não há um conceito universalmente aceito, ou tampouco consenso quanto à sua natureza legal. De todo modo, essas lacunas são preenchidas por uma rica literatura que explora as duas questões, e, ainda que um consenso não tenha sido alcançado em relação a diversas facetas da discussão, há um ponto de convergência quanto ao papel que o desen-

* Recebido em 10/04/2019
Aprovado em 21/08/2019

** Graduada em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. LL.M. em International and Comparative Dispute Resolution, Queen Mary, University of London. Mestranda em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo – USP. Pesquisa realizada com o apoio de bolsa de mestrado fornecida pela CAPES. E-mail: natalicinelli@hotmail.com.

volvimento sustentável pode assumir na formação do convencimento de julgadores internacionais. Sugerimos uma revisão da literatura para identificar o estado da arte quanto ao debate acerca do conceito e da natureza legal do desenvolvimento sustentável; com uma visão mais clara de onde a literatura se encontra, debateremos o desenvolvimento sustentável como uma ferramenta mandatória de interpretação.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Natureza legal. *Decision-making*.

1 Introduction

Sustainable development has reached a center stage in the international agenda¹. States, international organizations and non-state actors – including non-governmental organizations and the private sector² – have been taking efforts to launch conferences on the issue, to negotiate and to implement all sort of international commitments in order to promote sustainable development. It is a global objective³, which relevance is comparable to concepts as democracy and human rights⁴.

Despite its leading role within the international community, sustainable development remains an unclear issue. There is neither a universal agreed concept, nor a consensus on its legal nature. Regardless of the lack of consensus on both issues, we identified some preliminary thoughts on how sustainable development could become a valuable instrument at the hands of international decision-makers. We propose to reassess the literature to identify the state-of-the-art debate on sustainable development concept and legal nature; with a clearer view over the issue, we will develop why arbitrators shall rely on sustainable development as a man-

datory interpretation tool.

This paper follows with an overview of sustainable development's history, focusing on the conferences which contributed to crystalize it in the international agenda. Next, we will discuss the concept of sustainable development and its open-ended character. Then, we will present the debate on its legal nature, discussing the different views we found in the literature, and, subsequently, we will address a valuable common feature presented by some of these authors, to further explore how sustainable development should be employed in international decision-making - not at the discretion of decision-makers, but as a compulsory device.

2 A short history of sustainable development

The modern history of global environmental governance is based on cooperation; as no multilateral environmental organization has emerged, the United Nations and its members have rather relied on a kind of governance based both in mutual agreement and in a fragmented system of international treaties⁵. Sustainable development's history is no different, as it has also developed from international cooperation.

Even though the ancient origins of sustainable development are millenary⁶, the modern understanding of the concept may be traced back to the 1972 Stockholm Conference on the Human Environment. Although no direct mention is made to sustainable development in the outcome documents, there were (preliminary) discussions about the integration between environment and development⁷. It is the initial mark of a modern debate on the relationship between development, environment and society⁸; developed countries claimed for

¹ WEERAMANTRY, C. G. Achieving sustainable justice through international law. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 118.

² MARONG, Alhaji B. M. From Rio to Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, v. 16, p. 21-76, 2003.

³ ORTINO, Federico. Investment treaties, sustainable development and reasonableness review: a case against strict proportionality balancing. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 83, 2017.

⁴ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 30-31.

⁵ O'NEILL, Kate. *The environment and international relations*. Cambridge University Press, 2009. p. 71.

⁶ WEERAMANTRY, C. G. *Universalizing international law*. Brill Academic Publishers, 2004.

⁷ ELLIOT, Jennifer A. *An introduction to sustainable development*. Routledge Perspectives on Development, 2013. p. 43; BARRAL, Virginia. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 379, 2012.

⁸ Making a long story short, the protection of the environment was an issue highly debated among developed and developing countries – and it still is nowadays in a certain manner. After the 1972 Stockholm Conference, developed countries were enthusiastic about

a stricter environmental protection while developing countries questioned the protection of environment in purely environmental terms, demanding environmental conservation should not be achieved at the expense of poorer nations and future generations to meet their own development⁹. The challenge was to reconcile and translate these claims into international policies and actions¹⁰.

Following this initial approach, a 1983 United Nations' General Assembly resolution established the World Commission on Environment and Development which, after some years investigating the state of global environment, produced one of the most renowned documents related to sustainable development: Our Common Future, or, simply, the Brundtland Report¹¹. Its iconic definition of sustainable development has been widely endorsed for decades now: "[...] development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs"¹². The referred report focusses on people and human development, as well as on the respect for future generations; it does not question whether economic development was desirable, it rather claims for a growth less material intensive, which generates less pollution and could be better shared for present and future generations¹³.

The Brundtland Report's ideas were later confirmed in the 1992 United Nations Conference on Environ-

ment and Development, which took place in Rio de Janeiro (Rio 92). The debate on development and environment was being intensified and more robust answers were claimed by the international community. Rio 92 became the main stage for bringing developing and developed countries together and to coordinate environment and development issues. Even though developed countries' main interests dominated the discussion agenda – including biodiversity and climate change¹⁴ –, a lowest common denominator was reached and four agreements were executed¹⁵. From those, two are essential to understand sustainable development: the Rio Declaration on Environment and Development (a twenty-seven principles statement to assist in the consecution of sustainable development), and Agenda 21 (a political guide to decisions on development and environment). Both are non-binding, soft-law instruments that do not provide a legal framework to implement sustainable development¹⁶; nonetheless, until present time, they are strongly influent and represent an international consensus on core principles of law and policies concerning development, environmental and social protection for the most different actors¹⁷.

By directly referring to sustainable development, the discussions held on Rio 92 contributed to a global understanding of the concept. It reaffirmed sustainable development beyond a purely environmental agenda: the integration between economic growth, environment and society became essential to a new and widely accepted concept of development¹⁸. Rio 92 provided

the idea of environmental protection; nonetheless, developing states faced it as a threaten to their sovereignty and as a new form of colonialism. In fact, developing countries feared that environmental protection was only a discourse by developed countries to hinder their own development. Within this context, any idea about sustainable development had to be flexible enough to attend both developed and developing countries. For further details, see: TARLOCK, A. Dan. Ideas without institutions: the paradox of sustainable development. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 9, n. 1, p. 35-49, 2001.

⁹ O'NEILL, Kate. *The environment and international relations*. Cambridge University Press, 2009. p. 28.

¹⁰ ELLIOT, Jennifer A. *An introduction to sustainable development*. Routledge Perspectives on Development, 2013. p. 45.

¹¹ PALLASSIS, Stathis N. Beyond the global summits: reflecting on the environmental principles of sustainable development. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 22, p. 45, 2011.

¹² SCHRIJVER, Nico. Advancements in the principles of international law on sustainable development. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 99-100.

¹³ ELLIOT, Jennifer A. *An introduction to sustainable development*. Routledge Perspectives on Development, 2013. p. 46-47.

¹⁴ ELLIOT, Jennifer A. *An introduction to sustainable development*. Routledge Perspectives on Development, 2013. p. 47-48.

¹⁵ The agreements executed are the following: Agenda 21, the Rio Declaration, the United Nations Framework Convention on Climate Change and the United Nations Convention on Biological Diversity.

¹⁶ PALLASSIS, Stathis N. Beyond the global summits: reflecting on the environmental principles of sustainable development. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 22, p. 49, 2011.

¹⁷ BOYLE, Alan; FREESTONE, David. Introduction. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 4. For the influence of soft law instruments in the making of environmental law, see: SOUZA, Leonardo R.; LEISTER, Margaret A. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015. The referred authors discuss how conferences such as Rio 92 contribute for the creation of a global public opinion on the relevance of environmental protection.

¹⁸ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals*:

international community with the language of sustainable development¹⁹, while granting it a credible international standing²⁰.

Ten years later, the 2002 World Summit on Sustainable Development (WSSD) was held in Johannesburg. The conference was highly socially oriented, as the social aspect was further highlighted and strengthened; alleviating poverty became central to the discussion, combined with the role of businesses as a major vehicle for achieving sustainable development²¹. The conference resulted in the signing of the Johannesburg Declaration on Sustainable Development (a collective political commitment) and the Plan of Implementation (a framework of action), non-binding documents which reinforce the commitment to sustainable development and stress the relevance of multilateralism to achieve it²². However, both documents essentially reaffirm previous commitments. In fact, Rio 92's agreements had already settled principles and policies to sustainable development, and, therefore, one decade later international community was avid for implementing and monitoring their progress. Johannesburg's conference failed to provide it²³.

A following convention took place in 2012, the United Nations Conference on Sustainable Development (Rio+20). Attending international community's former expectations, the focus moved from creation of principles and policies to implementation of standards to actually reach sustainable development. The attention was also directed to a variety of innovative governance that involved the government, stakeholders, foundations and businesses; the idea of a sustainable development governance to balance economic development with the protection of the environment and the pursue of social

concerns grew even stronger²⁴. The outcome document, known as "The Future We Want", is essentially a political document which suggests practical measures to promote sustainable development; no new international agreements were executed at that time, as it had occurred in Rio 92. This conference also marked the beginning of discussions on the Sustainable Development Goals²⁵, a plan of action which is currently the main United Nations' platform to promote sustainable development²⁶.

These conferences were crucial to refine the concept and to consolidate sustainable development into the international agenda; they raised awareness on the issue, set environmental norms, principles and goals, as well as established procedural frameworks to meet these goals²⁷. The conferences have, indeed, granted sustainable development a prominent role in the international arena; the need to balance economic development and environmental protection has transformed international relations, which witnessed in the last decades how these partnerships between states, non-governmental actors and the people have flourished²⁸. Such eminence has led to the inclusion of the concept into several binding and non-binding agreements and policy outcomes through the last decades, such as the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, and the United Nations Convention on the Law of the Sea.

Besides multilateral agreements, there is a new generation of international investment agreements that also incorporate into their texts the promotion and protection of sustainable development. The new treaty generation is challenged to find an adequate balance between investment protection and the host state's policy space

1992-2012. Routledge, 2017. p. 42-43.

¹⁹ SEYFANG, Gill. Environmental mega-conferences: from Stockholm to Johannesburg and beyond. *Global Environmental Change*, n. 13, p. 224, 2003.

²⁰ SCHWARZ, Priscilla. Sustainable development in international law. *Non-State Actors and International Law*, n. 5, p. 129, 2005.

²¹ PALLASSIS, Stathis N. Beyond the global summits: reflecting on the environmental principles of sustainable development. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 22, p. 55-56, 2011.

²² SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 49.

²³ SEYFANG, Gill. Environmental mega-conferences: from Stockholm to Johannesburg and beyond. *Global Environmental Change*, n. 13, p. 223-228, 2003.

²⁴ Developing countries, Brazil included, furthered the relevance of discussing in another conference the need of balancing environmental protection with economic rights and social concerns. For further reference on the idea of development discussed in Rio+20, according to a Brazilian perspective, see: AUBERTIN, Catherine. Repensar o desenvolvimento mundial: o Brasil se coloca em cena na Rio+20. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 15-27, 2012.

²⁵ For further information: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>. Last access on: June 5, 2018.

²⁶ KANIE, Norichika; BIERMANN, Frank. *Governing through goals: sustainable development goals as governance innovation*. The MIT Press, 2017.

²⁷ O'NEILL, Kate. *The environment and international relations*. Cambridge University Press, 2009. p. 27.

²⁸ SOUZA, Leonardo R.; LEISTER, Margareth A. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015.

to promote and protect questions of public interest, such as the environment and human rights²⁹. This new face of investment agreements was essential for them to become integral part of an international agenda which places sustainable development into its center³⁰.

Despite sustainable development's prominent role in the international agenda, its concept is still widely debated as we will see in the next session.

3 Sustainable development as a debated concept

Sustainable development emerged as a bridge between developed and developing states over the issue of environmental protection. Among different views, the concept had to be flexible and wide enough to be accepted by the greatest number of countries, and, thus, become part of the international agenda. In this context, the Brundtland Report presented one of the most well-known concepts of sustainable development. However, to please both developed and developing countries, it was so extensive that it ended up being of little utility; it neither delineates the exact parameters of an international commitment, nor does it precise the concept's normative content³¹. The following conferences – Rio 92, WSSD and Rio+20 – also failed in presenting a definitive concept of sustainable development.

As states could not reach an agreement over the concept, they rather focused on how to achieve sustainable development; several international treaties include sustainable development among its objectives and goals, contributing to turn it into part of accepted interna-

tional law³². The literature, on its turn, remained with the task to define sustainable development, what soon enough proved to be a herculean process. No universal concept ever emerged; on the contrary, possibly hundreds of different definitions, several interpretations and numerous manners to apply it in practice were suggested by authors from the most different origins³³.

Authors have instead looked for a minimum framework usually referred to when sustainable development is defined. They have found sustainable development as the realization that economic development shall not be considered apart from environmental and social protection – they are, in fact, inseparable, as part of a whole; it is an attempt to reconcile economic development with other concerns, while making it clear that the concept is not contrary to the growth of economic activities³⁴. The idea that sustainable development shall be read as a means, rather than an end itself has also been highlighted: a means to further the quality of people's life in all dimensions - including environmental, economic and social aspects³⁵. It is not surprising, therefore, that most definitions encompass these standards of protection – economic development, environmental protection and social concerns – constantly looking for a way to integrate and balance them³⁶. This integrative nature is crucial to understand sustainable development³⁷ and its practical relevance, turning it into

²⁹ NOWROT, Karsten. How to include environmental protection, human rights and sustainability in international investment law. *The Journal of World Investment & Trade*, v. 15, p. 612-644, 2014; STERN, Brigitte. The future of international investment law: a balance between the protection of investors and the States' capacity to regulate. In: ALVAREZ, José; SAUVANT, Karl (ed.). *The evolving international investment regime: expectations, realities, options*. Columbia University, 2007. p. 174-192.

³⁰ MANN, Howard. Reconceptualizing international investment law: its roles in sustainable development. *Lewis & Clark Law Review*, n. 17, p. 521-544, 2013.

³¹ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 55-56.

³² WEERAMANTRY, C. G. *Universalizing international law*. Brill Academic Publishers, 2004.

³³ ELLIOT, Jennifer A. *An introduction to sustainable development*. Routledge Perspectives on Development, 2013. p. 16.

³⁴ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 29-98; BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 377-400, 2012; FRENCH, Duncan. Sustainable development. In: FITZMAURICE, Malgosia; ONG, David M.; MERKOURIS, Panos. *Research handbook on international environmental law*. Edward Elgar Publishing, 2010. p. 51-68.

³⁵ MORAIS, Dulce Teresinha B. M. *et al.* O papel do direito no contexto do desenvolvimento sustentável: uma avaliação qualitativa de programas corporativos de responsabilidade socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 149, 2012.

³⁶ BANDI, Gyulia *et al.* *Sustainability, law and public choice*. Europa Law Publishing, 2014. p. 122.

³⁷ Rio Declaration, principle 4 refers to integration: "In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it."

a powerful tool in the hands of decision-makers³⁸.

A time element is also seen as inherent to sustainable development and it gives support to one of the concept's most commonly referred aspects: the intergenerational equity³⁹. It means each generation shall leave the planet in no worse condition than it was received, so next generations may equally have access to the planet's resources and benefits⁴⁰. When deciding on the development agenda, states must preserve their environmental capital so future generations can also enjoy it, and, in this sense, it has become one of the most important tenets of international public policy⁴¹.

Intergenerational equity leads to another aspect: the intragenerational equity⁴². A fair and just relationship should also be found within the present generation, for better development opportunities and a more just income distribution around the world⁴³. Development is sustainable when both intergenerational and intragenerational equity are integrated⁴⁴.

Besides the fundamental elements – integration, intergenerational and intragenerational equity – there are several standards and principles essential to sustainable development's consecution. To consolidate them, the International Law Association indicated in the New Delhi Declaration⁴⁵ seven principles commonly deemed

essential to operationalize sustainable development: the duty of states to ensure sustainable use of natural resources; the principle of equality and the eradication of poverty; the principle of common but differentiated responsibilities; the principle of the precautionary approach to human health, natural resources and ecosystems; the principle of public participation and access to information and justice; the principle of good governance; and the principle of integration and interrelationship, in particular in relation to human rights and social, economic and environmental objectives. The list is non-exhaustive and, therefore, other standards and principles could be included; nonetheless it is an excellent starting point to understand sustainable development and to reflect its multidimensional character and its integrative and interrelated nature⁴⁶.

Within this context, sustainable development is certainly not a static concept; on the contrary, it has an evolutive nature. What needs to be done to achieve it evolves according to the time in which the conflicting economic, environmental and social interests emerge (*ratione temporis*), to the characteristics of the state concerned or to whom the referred interests apply (*ratione personae*) and to the type of activity, as the integration of standards will vary from one economic sector to another (*ratione materiae*). Variability is inherent to the concept⁴⁷.

Some vagueness is also intrinsic to sustainable development, as there is no blueprint or framework to how achieve it. Each particular situation must be analyzed through the lens of sustainable development according to its own characteristics. It is not an end point or a state; on the contrary, it is as open-ended concept, a constant consideration of how development must interact with environmental and social concerns, according to each particular situation⁴⁸. It is a process with no fixed recipe.

Some authors suggest the constant evolution and lack of a precise definition would be a kind of fault⁴⁹,

³⁸ FRENCH, Duncan. The Sofia guiding statements on sustainable development principles in the decisions of international tribunals. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 180.

³⁹ Reference is made to intergenerational equity in Rio Declaration, principle 3: "The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations."

⁴⁰ WEISS, Edith Brown. In fairness to future generations and sustainable development. *American University International Law Review*, v. 8, n. 1. p. 19-26, 1992.

⁴¹ HANDL, Gunther. Environmental security and global change: the challenge to international law. *Yearbook of International Environmental Law*, v. 1, n. 1, p. 3-33, 1991.

⁴² Intragenerational equity in Rio Declaration, principle 5: "All States and all people shall co-operate in the essential task of eradicating poverty as an indispensable requirement for sustainable development, in order to decrease the disparities in standards of living and better meet the needs of the majority of the people of the world."

⁴³ SCHRIJVER, Nico. *The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status*. Brill Nijhoff, 2009.

⁴⁴ BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 380, 2012.

⁴⁵ Available at: <http://cisdl.org/tribunals/pdf/NewDelhiDeclaration.pdf>. Last access on: May 4th, 2018.

⁴⁶ SCHRIJVER, Nico. *The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status*. Brill Nijhoff, 2009; SCHWARZ, Priscilla. Sustainable development in international law. *Non-State Actors and International Law*, n. 5, p. 127-152, 2005.

⁴⁷ BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 382, 2012.

⁴⁸ ELLIOT, Jennifer A. *An introduction to sustainable development*. Routledge Perspectives on Development, 2013. p. 24.

⁴⁹ See Lel : "Where the SD movement has faltered is in its in-

others understand these characteristics precisely as sustainable development's greatest strength. We stand with the latter. The concept's malleability not only allow it to be interpreted in the most diverse ways, but it also contributes to the conciliation of divergent interests – economic, environmental and social ones⁵⁰. It is actually open to multiple interpretations⁵¹, hugely contributing to decision-making and to the interpretation of each case according to its own facts and characteristics, with due respect to the particularities of the parties' claims.

In fact, the vagueness of the concept is an opportunity to adjudicators when deciding a case, as it enhances the options of interpretation and enables the court to engage in judicial law or policy-making⁵². A concept such as sustainable development that is in constant flux and is adaptable to multiple situations should not be faced as a challenge to be overcome, but rather as a powerful tool in the hands of arbitrators, who could make use of it to better understand and interpret the parties' claims and to solve conflicting norms issues.

This is exactly what turn sustainable development into such an attractive instrument for decision-making. The fact no definitive concept has been achieved is indeed a positive aspect, as adjudicators may apply it into the concrete facts of litigation in the most flexible way, respecting the case's contours. Moreover, sustainable development's main elements - the integrative nature, intragenerational and intergenerational equity - are widely known and suffice to guide arbitrators into their interpretative function, who should pursue the balance

ability to develop a set of concepts, criteria and policies that are coherent or consistent – both externally (with physical and social reality) and internally (with each other).” (LELÉ, Sharachchandra M. Sustainable development: a critical review. *World Development*, v. 19, n. 6, p. 607-621, 1991). Other authors also point to the vagueness of the concept as an object of criticism: DERNBACH, John C.; CHEEVER, Federico. Sustainable development and its discontents. *Transnational Environmental Law*, v. 4, n. 2, p. 247-287, 2015; FRENCH, Duncan. Sustainable development. In: FITZMAURICE, Malgosia; ONG, David M.; MERKOURIS, Panos. *Research handbook on international environmental law*. Edward Elgar Publishing, 2010. p. 51-68; TARLOCK, A. Dan. Ideas without institutions: the paradox of sustainable development. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 9, n. 1, p. 35-49, 2001.

⁵⁰ BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 383, 2012.

⁵¹ O'NEILL, Kate. *The environment and international relations*. Cambridge University Press, 2009. p. 28-29.

⁵² KULICK, Andreas. From problem to opportunity?: an analytical framework for vagueness and ambiguity in international law. *German Yearbook of International Law*, v. 59, 2016.

of economic, environmental and social aspects of the claims.

The lack of a widely accepted concept to sustainable development or the fact it may contain some vagueness should not disregard it as a legal tool of paramount relevance. If well used by adjudicators to fully understand, balance and integrate conflicting aspects of the case, it could lead to a more responsible and just outcome of the litigation.

From all the above, we understand the concept suggested by Cordonier Segger is simple enough to be extensively adaptable to multiple situations, as well as reflects the main characteristics we mentioned, and, therefore, this is the one we use in this work:

In essence, sustainable development can be defined as a new type of development that does not irreversibly deplete essential natural capital, one that reconciles social, economic and environmental policies to enable improvements in present generations' quality of life, in a way that takes the interests of the future into account.⁵³

The fact no widely agreed concept to sustainable development has been reached does not mean that it has been vulgarized⁵⁴. All the aforementioned aspects, if well integrated, form the basis of a very effective tool, one that has solid legal consequences and which could, in fact, influence the outcome of a litigation. This will be discussed in the next session; we will analyze in depth not only sustainable development's legal nature, but also its function as a tool for legal interpretation.

4 Sustainable development: a much-contested legal nature

Sustainable development's legal nature has been debated through decades. International courts have evidenced little willingness to analyze it in depth and to formalize its legal nature⁵⁵, leaving great room for

⁵³ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 57.

⁵⁴ SCHRIJVER, Nico. *The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status*. Brill Nijhoff, 2009. p. 217.

⁵⁵ FRENCH, Duncan. The Sofia guiding statements on sustainable development principles in the decisions of international tribu-

academic discussion. The debate has been fruitful and resulted in different lines of thoughts with distinct legal consequences, from authors who deny any legal nature to sustainable development, to those who believe the concept has indeed a binding legal one.

Despite some scarce voices who claim understanding sustainable development's legal nature would be unnecessary⁵⁶, or that it would be more useful to focus instead on how law could contribute to the realization of sustainable development⁵⁷, the discussion is still highly opportune. Sustainable development's nature directly influences how parties and decision-makers deal with the case: if legally binding, judges and arbitrators may not avoid to apply and enforce it⁵⁸; if not legally-binding, decision-makers may decide whether to apply it, although, depending on the circumstances, they may be deemed responsible for not taking it into account⁵⁹. The debate on the concept's nature is not purely academic, therefore.

In a very brief summary of a long debate, we identified six main lines of thoughts regarding sustainable development's nature⁶⁰: (i) a political norm; (ii) a gui-

nals. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals*: 1992-2012. Routledge, 2017. p. 177-241; TLADI, Dire. The principles of sustainable development in the case concerning Pulp Mills on the River Uruguay. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals*: 1992-2012. Routledge, 2017. p. 242-243; SZABÓ, Marcel. Sustainable development in the judgements of the International Court of Justice. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals*: 1992-2012. Routledge, 2017. p. 266-280; STEPHENS, Tim. International courts and sustainable development: using old tools to shape new discourse. In: JESSUP, Brad; RUBENSTEIN, Kim (ed.). *Environmental discourses in public and international law*. Cambridge University Press, 2012. p. 195-217.

⁵⁶ BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 378, 2012.

⁵⁷ MARONG, Alhaji B. M. From Rio to Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Emitt. Law Review*, v. 16, p. 76, 2003.

⁵⁸ BODANSKY, Daniel. Customary (and not so customary) international environmental law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 3, p. 117, 1995.

⁵⁹ ROBB, Cairo; SEGGER, Marie-Claire Cordonier; JO, Caroline. Sustainable development challenges in international dispute settlement. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals*: 1992-2012. Routledge, 2017. p. 167-169.

⁶⁰ Note that the categorization is presented for a better understanding of the issue; it is not intended to be exhaustive or to include all and every author who has already discussed the question.

dance for international community; (iii) an international customary law; (iv) a principle of international law; (v) an interstitial norm; and (vi) a complimentary approach that recognizes sustainable development as a field of international law with its own legal principles and treaties, while also acknowledging it as an interstitial norm. Table one summarizes the referred lines of thoughts:

Table 1 - Sustainable development's much-contested legal nature

Political norm	An expectation or a guidance	International customary law	Principle of international law	Interstitial norm (also referred as a modifying or mediating norm)	Two complimentary approaches
"Customary law is a legal instrument, while sustainability is a political norm that is increasingly being transformed into legal rules" (OREBECH; et. al., 2005, p. 20)	"(...) there is a legitimate international expectation that states would behave in furtherance of the objectives of sustainable development" (MARONG, 2003, p. 49)	"Sustainable development has entered the corpus of international customary law, requiring different streams of international law to be treated in an integrated manner." (SANDS, 2003, p. 254)	"(...) a principle accepted not merely by the developing countries, but one which rests on a basis of worldwide acceptance." Separate Opinion of Vice President WEERAMANTRY, p. 95)	"It is a meta-principle, acting upon other legal rules and principles (...)" (LOWE, 1999, p. 34)	"(...) corpus of international legal principles and treaties (...)" + "different type of norm in its own right, one that exerts a certain pull between conflicting international norms (...)" (CORDONIER SEGGER, 2017, p. 92/93)
"(...) the concept largely remains one of rhetoric and policy without clear legal parameters." (PALASSIS, 2011, p. 42)	"(...) sustainable development is somewhat a guidance, objective, a theoretical fundament, we should strive for, and less a legal requisite." (BANDI, 2014, p. 130)	"(...) sustainable development, as an objective, already constitutes a principle of customary law, even if this principle is a very general one, with a high degree of abstraction and which requires case by case substantiation" (BARRAL, 2012, p. 388)	"(...) a guiding general principle for the consideration of environmental and developmental issue." (Pulp Mills on the River Uruguay, Separate Opinion of Judge CANÇADO TRINDADE, p. 187)	"(...) it may be used as a 'meta principle' that exercises an 'interstitial normativity' in reconciling conflicting developmental and environmental norms." (STEPHENS, 2012, p. 211)	"(...) a mediating principle between the right to development and the duty to control sources of environmental harm." (BOYLE, 2014, p. 129)
			"(...) a principle with normative content which is defined by the integration of present and future economic, social and environmental interests (...)" (VOIGT, 2009, p. 186)		

Despite so many distinct views, we have noticed a common feature among several authors. Apart from discussions about legal nature, and, consequently, whether judges and arbitrators are bound to apply and enforce the concept, they seem to agree on the relevance of sustainable development to assist decision-makers in reaching a balanced and integrated decision regarding economic, social and environmental aspects of the claim. At least this island of consensus seems to prevail.

4.1 Different approaches to sustainable development's nature

From the start, note that the fact there is no conclusive answer to sustainable development's legal nature does not mean a compromise may never be reached. The law is under constant evolution⁶¹, and so is sustainable development's legal nature. Hence, the discussion presented is only a contemporary view over the issue.

(i) Sustainable development as a political norm

This view claims sustainable development has not achieved a legal status and is essentially a norm of political character. Orebech⁶² et. al. understand the concept lacks legal nature as sustainable development has neither been widely included into binding multilaterals treaties or resolutions nor has evolved bottom-up into customary law. They claim it is rather a top-down norm of social justice which enjoy political support by the international community and is seen as a *meta-goal* or an aspiration, but no legal obligation can be extract from it so far.

⁶¹ As taught by Fuller, law is inherited and recreated by constant efforts of its participants. It can exist by degrees and besides being a continuous (re)creation, it can also be (re)constructed in parts. It is possible to talk about law under construction and therefore "law is not an all-or-nothing proposition". Normativity is also a continuum, as constant attempts are made to produce norms to provide structure to human existence (BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 39. p. 60, 2000). International law is no different as it is also continuously developing (LOWE, Vaughan. The politics of law-making: are method and character of norm creation changing? In: BYERS, Michael (ed.). *The role of law in international politics: essays in international relations and international law*. Oxford University Press, 2001. p. 207-226).

⁶² OREBECH, Peter et al. *The role of customary law in sustainable development*. Cambridge University Press, 2005.

Departing from a different perspective, but reaching a similar outcome, Palassis⁶³ understands sustainable development remains a concept of rhetoric, reinforcing its political nature. He claims sustainable development lacks legal nature as no legal direction may be drawn out of a concept which has not achieved an agreed definition: neither its goals nor the means to reach them are clear. Such uncertainty would leave no room for legal parameters, but it would be valuable as an *outcome to be reached*.

They both affirm sustainable development's political nature is possibly a transitional phase. The practice of states and the sense of obligation growing out of it may lead sustainable development to eventually become customary international law⁶⁴. However, so far, no normative value could be extract from it and the concept would not have become enforceable law yet.

(ii) Sustainable development as an expectation or a guidance

Some authors focus instead on sustainable development's role as an expectation or a guidance for the international community. For them, the nature of the concept would be closer to what Dworkin has long named as policy: "[...] that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community"⁶⁵.

Bandi⁶⁶ claims sustainable development lack a definite meaning and the complexity of the concept – which includes environmental protection, the fight against poverty and economic development – make it impossible to set up a consistent legal system. Rather, "sustainable development is somewhat a guidance, an objective, a theoretical fundament, we should strive for, and less

⁶³ PALLASSIS, Stathis N. Beyond the global summits: reflecting on the environmental principles of sustainable development. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 22, p. 41-77, 2011.

⁶⁴ OREBECH, Peter et al. *The role of customary law in sustainable development*. Cambridge University Press, 2005. p. 384; PALLASSIS, Stathis N. Beyond the global summits: reflecting on the environmental principles of sustainable development. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 22, p. 73, 2011.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977. p. 22.

⁶⁶ BANDI, Gyulia et al. *Sustainability, law and public choice*. Europa Law Publishing, 2014.

a legal requisite⁶⁷. It could actually influence different policy fields, but it lacks a clear and concrete legal requirement. Schrijver⁶⁸ follows this same path, acknowledging sustainable development as an established objective of the international community.

International community's practice – or, rather, the lack of it – is the main reason why Marong⁶⁹ understands sustainable development has not become yet a binding norm of international law. He claims a mainstream discourse has emerged out of treaties, resolutions and international agreements executed within the last decades recognizing the role of sustainable development, and, consequently, a legitimate international expectation arose that states and non-state actors should behave to further the goals of sustainable development. However, actual practice has not followed up the discourse: there would be a gap between political rhetoric and practical action⁷⁰. For this reason, sustainable development would be a guidance norm that represents a legitimate expectation: “it has come to symbolize the desire and expectation of international society to integrate economic, environmental and social considerations in decision-making process”⁷¹.

These authors do not deny a normative nature to sustainable development; rather, they acknowledge it as a valuable guide to discourse and deliberation, which could, eventually, influence behavior and evolve into hard legal norms⁷². Dworkin also maintained that a

policy, such as Schrijver⁷³, Bandi and Marong have defined sustainable development, has a normative value and could be of a decisive value to decision-making, especially to protect a collective goal⁷⁴. In this context, although sustainable development is an objective, it is arguably one vested with a degree of normative rather than a merely exhortatory status⁷⁵.

(iii) Sustainable development as an international customary law

Crossing the line of a binding legality, some authors understand sustainable development has turned into international customary law, and, therefore, states would be abided by it – to implement measures to this end and/or to promote the concept –, regardless of their participation in the practice from which it sprang⁷⁶. A rule, statutory or customary, is applied in an all-or-nothing fashion and decision-makers must observe it. Rules do not have the dimension of weight or importance, as principles do: either they are applicable to the case and must be observed, or they are not applicable and will not be taken into account. The application of a rule to the facts of a case lead to specific consequences, then⁷⁷. Sands⁷⁸ and Barral⁷⁹ claim this is sustainable development's nature, a binding rule which influences states' behavior and could not be disregarded by decision-makers.

⁶⁷ BANDI, Gyulia *et al.* *Sustainability, law and public choice*. Europa Law Publishing, 2014. p. 130.
⁶⁸ SCHRIJVER, Nico. Advancements in the principles of international law on sustainable development. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 99-108.
⁶⁹ MARONG, Alhaji B. M. From Rio to Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, v. 16, p. 21-76, 2003.
⁷⁰ MARONG, Alhaji B. M. From Rio to Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, v. 16, p. 49, 2003. Bodansky has also been long affirming that states' practice and discourse are disconnected regarding international environmental law: “[i]nternational environmental norms reflect not how states regularly behave, but how states speak to one another” (BODANSKY, Daniel. Customary (and not so customary) international environmental law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 3, p. 115-116, 1995).
⁷¹ MARONG, Alhaji B. M. From Rio to Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, v. 16, p. 52, 2003.
⁷² BANDI, Gyulia *et al.* *Sustainability, law and public choice*. Europa Law Publishing, 2014. p. 141. MARONG, Alhaji B. M. From Rio to

Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, v. 16, p. 52, 2003.
⁷³ SCHRIJVER, Nico. Advancements in the principles of international law on sustainable development. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 99-108.
⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977.
⁷⁵ SCHRIJVER, Nico. Advancements in the principles of international law on sustainable development. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 99-108.
⁷⁶ THIRLWAY, Hugh. *The sources of international Law*. Oxford University Press, 2015. p. 55-56.
⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977. p. 22-28.
⁷⁸ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. 2. ed. Cambridge University Press, 2003.
⁷⁹ BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 377-400, 2012.

Sands categorically maintains that “[t]here can be little doubt that the concept of ‘sustainable development’ has entered the corpus of international customary law [...]”⁸⁰. Barral⁸¹ understands both traditional constituent elements of custom⁸² – state practice and *opinio juris* – have been observed as to sustainable development. She claims the fact it has received wide support through the last decades, being included in countless legal documents such as declarations of states, resolutions of international organizations, *programmes* of actions, codes of conduct, conventions, and international treaties⁸³ evidences both consistent practice of states and their belief they must so behave to respect the law.

Barral does not ignore neither that the concept may be vague and imprecise, nor that it has been widely included into non-binding international instruments (in opposition to multilateral binding treaties). Nonetheless, she supports that softness in the wording of an obligation should not be an obstacle to its validity and binding legal nature. Provisions set out in form of incentives (“to promote”) would still be valid norms of international law, even though such flexibility would increase the margin of appreciation of the parties and decision-makers. The author⁸⁴ concludes:

States are under an obligation to pursue sustainable development; they are bound by an obligation of means, and by implementing these countless treaties they contribute, day after day, to progressively making sustainable development requirements real.

Diniz⁸⁵ reinforces the arguments presented by Bar-

ral. He dialogues with this author to corroborate that sustainable development is indeed a customary law that imposes an obligation of means for states. For him, states are obliged to take the best efforts to promote development in a sustainable fashion; there is not a single expected behavior to reach sustainable development yet all behavior shall be directed at reaching this ultimate goal⁸⁶.

(iv) Sustainable development as a principle of international law

A different view supports sustainable development as a principle of international law. Dworkin defines principle as “[...] a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”⁸⁷. The law is more than rules; it is impossible to consider a system with specific rules to cover every situation⁸⁸. It is precisely because of international law incompleteness⁸⁹ that principles are relevant. They are not specific to a case, their operation is not automatic and they may even conflict⁹⁰, but the idea behind them is that they fill gaps and overlaps of the system and assist decision-makers in weighing and reconciling divergent interests. From this point of view, sustainable development would introduce a sense of justice and dynamism to international law⁹¹.

The case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project⁹² before the International Court of Justice

2, p. 739-766, 2015.

⁸⁶ DINIZ, Pedro I. Natureza jurídica do desenvolvimento sustentável no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 761, 2015.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977. p. 22.

⁸⁸ THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. Oxford University Press, 2015. p. 94-95.

⁸⁹ LOWE, Vaughan. The politics of law-making: are method and character of norm creation changing? In: BYERS, Michael (ed.). *The role of law in international politics: essays in international relations and international law*. Oxford University Press, 2001. p. 207-226.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977. p. 90-96; THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. Oxford University Press, 2015. p. 95.

⁹¹ VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009. p. 164.

⁹² In a nutshell, the case concerns a dispute between Hungary and (then) Czechoslovakia over the construction of dams on the Danube river. The parties executed a treaty in 1977 by means of which they agreed to jointly build and operate some dams. Both parties agreed

⁸⁰ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. 2. ed. Cambridge University Press, 2003. p. 254.

⁸¹ BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 377-400, 2012.

⁸² THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. Oxford University Press, 2015. p. 56-57. As will be seen below, a third element has been added by the award rendered in the North Sea Continental Shelf Cases, before the International Court of Justice (1969): the norm-creating character.

⁸³ Reference to sustainable development in international agreements would be made as an objective to be achieved by the parties and/or in the form of measures to be taken in the operative part of the conventions; although even Barral acknowledges the latter occur in a smaller account (BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 377-400, 2012).

⁸⁴ BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 384-385, 2012.

⁸⁵ DINIZ, Pedro I. Natureza jurídica do desenvolvimento sustentável no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n.

(ICJ or the Court) is paradigmatic. For the first time, the Court made express reference to the concept of sustainable development⁹³; however, the legal nature was not debated. The Court acknowledged sustainable development's normative value⁹⁴ – when stating the need to reconcile economic development to the protection of environment – but rather simply referred to it as a concept⁹⁵. Disagreeing with the award as it was rendered, Vice-President Weeramantry submitted a separate opinion in which he expressly acknowledged sustainable development as a principle of international law⁹⁶ to be used to reconcile norms (especially the right to development and the need to protect the environment, so they do not collide⁹⁷).

Weeramantry highlights the relevance of sustainable development for life as we know it and reinforces that the idea of reconciling development with environmental protection is millennial. He claims sustainable development counts with international community's ample support, due to its inclusion in several international ins-

from the start that the project, among other features, involved diverting the Danube river waters. The construction was initiated, but, in 1989, the works were suspended by Hungary, who claimed that the construction of the dams as agreed would cause a significant negative impact to the environment around the river. Czechoslovakia (from 1993, Slovakia) decided to continue the construction unilaterally. Hungary then requested to terminate the referred treaty, but Slovakia denied such request and referred the matter to the ICJ in 1993. The judgment was rendered in 1997.

⁹³ STEPHENS, Tim. International courts and sustainable development: using old tools to shape new discourse. In: JESSUP, Brad; RUBENSTEIN, Kim (ed.). *Environmental discourses in public and international law*. Cambridge University Press, 2012. p. 210.

⁹⁴ Voigt highlights that the Court acknowledged some normative force to sustainable development, even though it preferred not to define its nature: "The Court acknowledged the legal force and function of sustainable development not only in a procedural manner to 'achieve an accommodation of views and values' but also in a substantive way. Requiring a satisfactory volume of water be released from the channel into the main river clearly indicated the substantive impact of sustainable development" (VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009. p. 174).

⁹⁵ VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009. p. 163-164.

⁹⁶ Some years later, he confirmed that even though sustainable development began in the realm of aspirational ideas, with the progress of time it became a part of the established legal order (WEERAMANTRY, C. G. Achieving sustainable justice through international law. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 109-124).

⁹⁷ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 21.

truments, and, for this reason, it would be a valuable tool to solve environmentally related dispute:

The concept has a significant role to play in the resolution of environmentally related disputes. The components of the principle come from well-established areas of international law-human rights, State responsibility, environmental law, economic and industrial law, equity, territorial sovereignty, abuse of rights, good neighbourliness – to mention a few. It has also been expressly incorporated into a number of binding and far-reaching international agreements, thus giving it binding force in the context of those agreements. It offers an important principle for the resolution of tensions between two established rights. It reaffirms in the arena of international law that there must be both development and environmental protection, and that neither of these rights can be neglected.⁹⁸

In a latter case, the Court once again decided not to face the issue of sustainable development's legal nature. In the case concerning Pulp Mills on the River Uruguay⁹⁹, the Court opted to refer to sustainable development merely as an objective¹⁰⁰. Nonetheless, following Weeramantry's steps, Judge Cançado Trindade in his separate opinion confronts the issue and recognizes sustainable development as a general principle for the consideration of environmental and developmental issues. The inclusion of sustainable development in numerous international instruments and the fact they place people at the center of concerns, calling for the reassessment of traditional concepts such as development vis a vis environmental and social protection, would be strong reasons to recognize the concept as a principle of international law.

In line with Weeramantry and Cançado Trindade, several authors make reference to sustainable development

⁹⁸ The case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, ICJ, separate opinion of Vice-President Weeramantry, 1997, p. 95.

⁹⁹ In a very brief summary, Argentina and Uruguay contended over the construction of pulp mills on Uruguay river. Argentina alleged that Uruguay gave authorization for the construction of the pulp mills without observing the requisites of the former agreements executed by the parties regarding the joint use of the Uruguay river, a boundary between both countries. The requisites cited by Argentina are especially related to the communication processes between the parties as to constructions over the river, including the alleged lack of information from Uruguay regarding the environmental impact study of the pulp mills. The judgment was rendered in 2010.

¹⁰⁰ TLADI, Dire. The principles of sustainable development in the case concerning Pulp Mills on the River Uruguay. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 252-253.

when discussing general legal principles¹⁰¹. Voigt discusses the issue in depth. To emerge a principle of international law, she argues, it suffices a common legal conscience (*opinio juris communis*), a shared understanding of the international community as to the existence of the principle and its implications – in contrast to customary law, no practice of states is needed. Concerning sustainable development, *opinio juris communis* would be evident from numerous international agreements, national legal systems and jurisprudence of national and international courts which refer to the concept¹⁰².

As for the functions of a principle, claims Voigt, sustainable development would also perfectly fit them: filling gaps left open by treaty and customary law and assisting courts to weight and reconcile divergent interests. For her, the breadth of sustainable development – or its (certain degree of) indeterminacy – would be ideal to fill the gaps left open in international law, in a case-by-case analysis. In the same way, the equity, fairness and integrational character intrinsic to the idea of sustainable development, whichever definition is used, would be valuable to assist decision-makers in the search for a balance over conflicting interests¹⁰³.

Principles, concludes Voigt, have normative role not only when determining states' conduct or designing policy measures, but also when influencing the outcome of a case; this is how sustainable development should be understood: “[i]ts normative force, broad scope and support in the international community are indicative of its principled character and make it difficult to argue otherwise.”¹⁰⁴.

(v) Sustainable development as an interstitial norm

A widely known view as to sustainable development's legal nature was initiated by Lowe¹⁰⁵ and has since been

referred by several scholars – even if only to reject it¹⁰⁶. Denying to the concept *opinio juris* and a fundamentally norm-creating character¹⁰⁷, Lowe claims it has not become an international customary law or a general principle yet; it rather is an interstitial norm acting upon other legal rules and principles in order to assist decision-makers to find a balance among them¹⁰⁸.

Lowe acknowledges there may be evidence of state practice, due to the frequent inclusion of sustainable development into international agreements; nonetheless it does not mean there would be general acceptance of the concept as a legal binding rule – in other words, it lacks *opinio juris*. In fact, for him, the concept is so open-ended that there is no clear agreement on what it actually means, what obligations are inferred from it and what are the consequences of its eventual breach; therefore, it does not have a normative constraining behavior over states. For this same reason, the norm-creating character is also missing: “[n]ormativity, by definition, must express itself in normative terms; it must be possible to phrase a norm in normative language. But it is by no means clear that the components of sustainable development can be so phrased”¹⁰⁹. Absent both *opinio juris* (or *a common legal conscience*) and the norm-creating character, sustainable development could not have achieved the status of either a customary law or a general principle.

Moreover, openly discussing Weeramantry's separate opinion in the Gabcikovo-Nagymaros case, Lowe

and sustainable development. Oxford University Press, 1999. p. 19-37.

¹⁰⁶ BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 377-400, 2012; MARONG, Alhaji B. M. From Rio to Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Emnl. Law Review*, v. 16, p. 21-76, 2003; VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009.

¹⁰⁷ In the 1969 North Sea Continental Shelf cases, before the ICJ, the Judges acknowledged that in order to decide whether a provision would constitute international customary law, it was necessary to identify if it would “[...] be of a fundamentally norm-creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law”. If the provision had no norm-creating character, there was no need to continue searching for remaining requisites. It added, then, a new requisite to international customary law: the norm-creating character.

¹⁰⁸ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 24-31.

¹⁰⁹ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 26.

¹⁰¹ KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *International environmental law*. Transnational Publishers, 2004. p. 216-218; BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 7. ed. Oxford University Press, 2008. p. 278; HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. *International environmental law and policy*. 5. ed. Foundation Press, 2015. p. 312.

¹⁰² VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009. p. 152-157.

¹⁰³ VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009. p. 153-170.

¹⁰⁴ VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009. p. 186.

¹⁰⁵ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law*

emphatically states it would not even be necessary to grant sustainable development a status of general principle of law. There would be no logical or systemic need for an independent, extraneous principle of resolution. An eventual conflict between two norms could be overcome by simply delimiting their inherent limits, and, thus, a principle of sustainable development to resolve economic, social and environmental concerns would be redundant.

In the end, Lowe concludes sustainable development is an interstitial norm with normative status as an element of the decision-making process: “[i]t is a meta-principle, acting upon other legal rules and principles – a legal concept exercising a kind of interstitial normativity, pushing and pulling the boundaries of true primary norms when they threaten to overlap or conflict with each other.”¹¹⁰. As all legal systems are indeterminate, the author claims, rules and principles would overlap or conflict when applied to the facts of the claim, and decision-makers constantly find themselves in this kind of situation. An interstitial norm assists them in overcoming this scenario, establishing the relationship between clashing norms, such as the right to development and the protection of environment. It would color the understanding of the norms it modifies, guiding decision-makers when deciding how to establish priorities and to accommodate conflicting norms and principles.

Stephens¹¹¹ follows Lowe’s steps and also acknowledges sustainable development as an interstitial norm, highlighting its relevance in providing a conceptual language to resolve disputes which involve traditional norms of international law that could collide or otherwise be hostile to contemporary concerns. Similarly, Boyle claims sustainable development is better understood as a modifying norm, which could influence the outcome of litigation; it sets limits, it provides guidance, it determines how conflicts between rules or principles could be resolved. Therefore, decision-making would be sustainable development’s main element¹¹².

¹¹⁰ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 31.

¹¹¹ STEPHENS, Tim. International courts and sustainable development: using old tools to shape new discourse. In: JESSUP, Brad; RUBENSTEIN, Kim (ed.). *Environmental discourses in public and international law*. Cambridge University Press, 2012. p. 195-217.

¹¹² BOYLE, Alan. Soft law in international law-making. In: EVANS, Malcolm D. (ed.). *International law*. Oxford University Press,

(vi) Sustainable development under two complementary approaches: *as an objective and an interstitial norm*

Finally, a last view claims sustainable development should be seen through a hybrid approach: a *corpus* by itself of international legal principles and treaties, and an interstitial norm. A single-sided view would be incomplete.

Cordonier Segger claims sustainable development has not emerged yet as neither customary international law nor as a general principle. Even though there is ample, significant and voluminous evidence of state practice committing to sustainable development – substantiated into almost universal treaties, declarations and formal notices by ministers and official representatives of states, votes in international institutions in favor of policies in support of sustainable development, cases in which parties argue about the promotion of sustainable development and tribunals are willing to accept them, and local legislation –, neither *opinio juris* nor a norm-creating character are found. As to *opinio juris*, it is not clear whether international commitments on sustainable development are made by means of an international obligation rather than to a common global objective or to a moral obligation, as the language used in those documents are mostly hortatory and rarely refer to the concept as a binding legal obligation. As to the norm-creating character, lack of consensus regarding the concept and the absence of a virtually uniform practice would hinder the emergence of a specific and normative commitment to sustainable development which could form the base of a legal claim¹¹³.

Sustainable development should rather be viewed under two complimentary approaches. First, due to wide state practice and numerous references in treaties to an international law in the field of sustainable development¹¹⁴, sustainable development would constitute a *corpus* of congruent international legal norms – as treaty rules, customary norms and principles – “[...] which address the areas of intersection between internatio-

2014. p. 118-136.

¹¹³ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 29-98.

¹¹⁴ Such as principle 27 of the Rio Declaration.

nal economic law, international environmental law and international human rights law, in order to achieve the object and purpose of sustainable development”¹¹⁵. It includes substantive and procedural norms which not only contribute to construct the concept but also play a relevant role in its implementation¹¹⁶. Second, sustainable development should also be seen as an interstitial norm, as taught by Lowe, serving as a decision-making concept to assist judges and arbitrators to curb excesses of states in development activities¹¹⁷.

4.2 Best assessment of sustainable development's nature: interstitial norm

Having made a brief presentation of the different views over sustainable development's legal nature, we now take a stand and, within short paragraphs, will present the reasons why we understand it shall be understood as an interstitial norm.

Interstitial norms are a form of secondary rules which act within interstices to contribute to the understanding and precise application of primary rules (these last ones are those that truly regulate and modify behavior). Knowing systems of law are incomplete by nature¹¹⁸ it is just natural the emergence of these interstices; they arise from factors internal to international law – through either the overlap/conflict of norms or the possibility of applying different norms to concrete facts¹¹⁹, leading to lack of consensus on law itself and to emerging multiple possible interpretations – or from social, political and material contextual changes, resulting in

new legal interpretations or the creation of social and political conditions unfamiliar to old laws¹²⁰.

Interstitial rules arise to address this situation¹²¹; they act in the interstices, upon primary rules and principles, directing the interpretation over these spaces of ambiguity, overlap or conflict and the interaction in practice of rules and principles¹²². They conduct interpretation and application of conflicting norms, assisting adjudicators to find a just outcome to the case. Hence, by their own nature, one can conclude interstitial norms are very powerful and may drive more legal change than traditional rules themselves¹²³.

This is precisely how sustainable development must be understood. The open-ended character of the concept makes it widely adaptable, applicable to different situations and suitable to clarify, interpret, modify and distinguish applicable norms according to each particular situation¹²⁴. The inherent vagueness is actually highly adequate to offer guidance on conflicting norms; it acts upon them, helping in their application by adjudicators when there is a threat of collision, and, in this sense, it could actually influence the outcome of litigation¹²⁵.

Sustainable development is more than a political norm, a guide or a mere expectation; it is naive to suggest no legal obligation could be extracted from the concept or that it would miss a concrete legal requirement. Quite the contrary, the use of sustainable development to address interstices evidences that legal obligation and legal requirement may be extract out of it;

¹¹⁵ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 93.

¹¹⁶ As examples of these norms, it could be mentioned the precautionary principle (Principle 15 of the Rio Declaration) and the polluter pays principle (Principle 16 of the Rio Declaration).

¹¹⁷ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 29-98.

¹¹⁸ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 39. p. 60, 2000.

¹¹⁹ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 19-37.

¹²⁰ NEWELL, Michael E. Interstitial rules and the contested application of human rights law and the laws of war in counterterrorism. *Global Constitutionalism*, v. 5, n. 2, p. 207-237, 2016.

¹²¹ LOWE, Vaughan. The politics of law-making: are method and character of norm creation changing? In: BYERS, Michael (ed.). *The role of law in international politics: essays in international relations and international law*. Oxford University Press, 2001. p. 207-226.

¹²² NEWELL, Michael E. Interstitial rules and the contested application of human rights law and the laws of war in counterterrorism. *Global Constitutionalism*, v. 5, n. 2, p. 207-237, 2016; LOWE, Vaughan. The politics of law-making: are method and character of norm creation changing? In: BYERS, Michael (ed.). *The role of law in international politics: essays in international relations and international law*. Oxford University Press, 2001. p. 207-226.

¹²³ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of International law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 39. p. 66, 2000.

¹²⁴ O'NEILL, Kate. *The environment and international relations*. Cambridge University Press, 2009. p. 28-29.

¹²⁵ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 19-37.

adjudicators could refer to the concept to find balance between economic, environmental and social concerns when different applicable norms threaten to conflict. There is clearly a judicial normativity within the concept¹²⁶.

Nonetheless, it has neither achieved the nature of customary law or principle. The same open-ended character that makes sustainable development so suitable to be an interstitial norm is an obstacle for it to become a binding legal obligation¹²⁷. For the emergence of an international customary law, it is necessary to make proof of state practice, *opinio juris* and the norm-creating character of the provision claimed to have become a custom; and it all must be extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked¹²⁸. For the emergence of a general principle, *opinio juris* suffices. Neither *opinio juris* nor the norm-creating character are found.

It is not difficult to evidence state practice, due to the number of international agreements which include sustainable development. However, the uncertainty over the concept and the absence of clear standards of review suggest there is no international agreement as to what would constitute a sustainable development behavior: should states develop in a sustainable way? Should states not develop in an unsustainable manner? Should states promote sustainable development? Or should it be questioned through the lens of a right to promote sustainable development? The answer is that there is no answer. No agreement has been reached as to how sustainable development could constrain behavior, and, therefore, no *opinio juris* nor the norm-creating character could emerge:

¹²⁶ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 92-93; BOYLE, Alan. Soft law in international law-making. In: EVANS, Malcolm D. (ed.). *International law*. Oxford University Press, 2014. p. 118-136; LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 34.

¹²⁷ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 19-37.

¹²⁸ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 70-75.

For a state obligation on sustainable development, it is necessary to define the specific legal norm that States must respect, even if this were simply to be defined in the context of one type of economic activity, or in the exploitation of a particular natural resource. [...] However, there is a lingering lack of clarity as to whether most States undertake such a commitment due to a sense of legal obligation, or simply due to a common commitment to a noble goal. It is not clear, essentially, that a principle of 'sustainable development' has yet emerged in international customary law yet.¹²⁹

From the above, we understand sustainable development fits better as an interstitial norm assisting decision-makers to reach balanced and integrated decisions, taking into account economic, environmental and social interests. We will see below that the relevant role of sustainable development in the decision-making is also highly appraised even among those who disagree with its nature as an interstitial norm.

4.3 A common feature, or, at least, an island of consensus: sustainable development relevance in the decision-making

Despite all views on sustainable development's legal nature, we have found some consensus over the relevance of the concept to the decision-making. Regardless of its standing as political norm, policy, rules or principles; either as *lex lata* or *lex ferenda*, or even as a combination of them¹³⁰, the fact is that several authors with different perspectives converge that the concept is a powerful hermeneutical tool in the hands of judges and arbitrators, assisting them in finding balance among divergent interests.

Not surprisingly, authors who claim sustainable development is an interstitial norm are enthusiastic when stressing its essential role to decision-making. Lowe states sustainable development can be used by a court

¹²⁹ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 71-72.

¹³⁰ ROBB, Cairo; SEGGER, Marie-Claire Cordonier; JO, Caroline. Sustainable development challenges in international dispute settlement. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 147-171; LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International Law and Sustainable Development*. Oxford University Press, 1999. p. 19-37.

to modify the application of norms and principles. For him, an interstitial norm has an immense gravitational pull and acts upon other legal rules and principles, pushing and pulling their boundaries when they threaten to overlap or conflict. This would be the true normativity of sustainable development: assisting decision-makers to find balance among applicable rules, and, in this sense, it could end up affecting the case's outcome¹³¹. Boyle highlights sustainable development would lay down parameters which affect the way courts decide cases, claiming they should balance the three main areas of concern: economic, social and environmental¹³². Cordonier Segger emphasizes that, as a decision-making concept, it assists adjudicators to curb the worst excesses in the implementation of development agendas¹³³.

Even authors who maintain different views on sustainable development's legal nature also emphasize that judges and arbitrators should take the concept into account when deciding the claims presented to them. Marong¹³⁴ highlights sustainable development has come to symbolize the desire and expectation of society as to the integration of economic, environmental and social considerations by judges and arbitrators. In this sense, it would be a guiding norm which provides a framework for the application of legal rules; by means of sustainable development decision-making could be improved and contribute to economic growth with equity, environmental protection and social well-being. It could actually serve as an instrument of development and change when considered in the interpretation process.

For Voigt¹³⁵, sustainable development's normative element is found in judicial reasoning. Based on a holistic approach, it assists decision-makers to examine claims in a broader context, rather than looking at them

in isolation. It does have a normative pull over norms and principles applied to the litigation and it exerts its force from the integrative character of the concept. In cases where reconciliation of competing social, economic and environmental priorities is claimed, sustainable development could be of great relevance to integrate them and reach a just outcome.

Barral¹³⁶ joins this same path, claiming sustainable development influences decision-making and provides adjudicators with a framework to render balanced decisions. She further claims it is a powerful hermeneutical tool in the hands of decision-makers, used to weigh in the interpretation of applicable norms. Resorting to sustainable development as an interpretative guide would legitimize a dynamic interpretation of rules and even lead to the revision of treaties, granting great power and degree of liberty to arbitrators and judges. Diniz¹³⁷ reinforces the ideas furthered by Barral as he makes an express reference to her work while acknowledging that the interpretative function of sustainable development is highly relevant – highlighting that any analysis regarding the concept's legal nature should not ignore its convenient and significant role as a hermeneutical tool.

Voigt¹³⁸ and Marong¹³⁹ emphasize sustainable development's role in decision-making is agreed even among authors with divergent positions. Referring to Lowe and Weeramantry's separate opinion in the *Gabcikovo-Nagymaros* case, Voigt suggests their conflicting points of view would merely be a matter of semantics: "[d]espite their different approaches, their underlying ideas about legal normativity of sustainable development seem essentially the same."¹⁴⁰

The International Law Association, in the 2012 Sofia Guiding Statements on the Principles of International Law on Sustainable Development¹⁴¹, also reinforced

¹³¹ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 34.

¹³² BOYLE, Alan. Soft law in international law-making. In: EVANS, Malcolm D. (ed.). *International law*. Oxford University Press, 2014. p. 130.

¹³³ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 93.

¹³⁴ MARONG, Alhaji B. M. From Rio to Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, v. 16, p. 21-76, 2003.

¹³⁵ VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009.

¹³⁶ BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 377-400, 2012.

¹³⁷ DINIZ, Pedro I. Natureza jurídica do desenvolvimento sustentável no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 739-766, 2015.

¹³⁸ VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009.

¹³⁹ MARONG, Alhaji B. M. From Rio to Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, v. 16, p. 21-76, 2003.

¹⁴⁰ VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009. p. 170-171.

¹⁴¹ The Guiding Statements were elaborated to support the con-

the consensus over sustainable development role in decision-making, namely in interpretation and rule development. The second statement reads: “[t]reaties and rules of customary international law should, as far as possible, be interpreted in the light of principles of sustainable development [...]”

There seems to be, therefore, an agreement in the literature over sustainable development’s function as a hermeneutical tool for judges and arbitrators, who shall use it to reach an integrated decision, balancing economic, social and environmental aspects of the claim. It goes way beyond a simple judicial rhetoric and it shall actually be used to integrate and contemporize legal norms and treaty rules¹⁴². Sustainable development certainly does not provide a formula to how integration and balancing shall occur¹⁴³; in fact, decision-makers should take advantage that the concept has an open-ended character and, thus, is adaptable to multiple situations, to use it to clarify, interpret, modify and distinguish applicable norms according to each particular situation¹⁴⁴. It leaves adjudicators with greater freedom to determine the appropriate balance between the case’s aspects¹⁴⁵, what, ultimately, may lead to more just and complete decisions.

We find evidence in practice that sustainable develop-

continued development of the seven principles of the New Delhi Declaration. A full version of the report is available at: FRENCH, Duncan. The Sofia guiding statements on sustainable development principles in the decisions of international tribunals. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 177-241.

¹⁴² FRENCH, Duncan. The Sofia guiding statements on sustainable development principles in the decisions of international tribunals. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 180.

¹⁴³ CROCKETT, Antony. The integration principle in ICSID awards. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 545; ORTINO, Federico. Investment treaties, sustainable development and reasonableness review: a case against strict proportionality balancing. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 85, 2017.

¹⁴⁴ ELLIOT, Jennifer A. *An introduction to sustainable development*. Routledge Perspectives on Development, 2013. p. 16; O’NEILL, Kate. *The environment and international relations*. Cambridge University Press, 2009, p. 28-29; SCHWARZ, Priscilla. Sustainable development in international law. *Non-State Actors and International Law*, n. 5, p. 139-141, 2005.

¹⁴⁵ ORTINO, Federico. Investment treaties, sustainable development and reasonableness review: a case against strict proportionality balancing. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 86, 2017.

ment has been indeed been used as an interpretation tool in international dispute-resolution. Weeramantry argued in his separate opinion in the Gabčíkovo-Nagymaros case that the principle of sustainable development enables the Court to “hold the balance even between the environmental considerations and the development considerations raised by the Parties”¹⁴⁶. Highlighting the role sustainable development may play to interpret international disputes, he furthers that it is indeed crucial to the determinations of the competing considerations of the case, for it may be used to weight considerations of development against environmental concerns¹⁴⁷. Judge Weeramantry then follows to analyze how to conciliate the right to development of people of both Hungary and Slovakia and the protection of environment – as a right of the whole mankind –, exploring the limits of both rights and debating how to harmonize them.

Cançado Trindade, in his separate opinion in the case concerning Pulp Mills on the River Uruguay, declares sustainable development as a principle of international law; he then declares that “[p]rinciples of international law shed light into the interpretation and application of international law as a whole”¹⁴⁸, acknowledging the relevance of sustainable development to balance the competing interests of the parties.

In spite of this island of consensus, the fact is that judges and arbitrators are not legally bound to use sustainable development as a hermeneutical tool. As seen, there is no agreement over the concept’s legally binding nature; in fact, the best assessment, as we discussed, is to accept it as an interstitial norm, which, by its own nature and definition, is not a binding rule – recalling that Lowe refers to it as a legal concept¹⁴⁹. So far, no court or tribunal has interpreted sustainable development as a binding rule, and the inclusion of the concept into decisions – as an aid to interpretation or as a means of contextualization – was at the discretion of the decision-makers, as we above saw in the separate opinions

¹⁴⁶ The case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, ICJ, separate opinion of Vice-President Weeramantry, 1997, p. 85.

¹⁴⁷ The case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, ICJ, separate opinion of Vice-President Weeramantry, 1997, p. 85.

¹⁴⁸ Pulp Mills on the River Uruguay, Separate Opinion of Judge CANÇADO TRINDADE, p. 199.

¹⁴⁹ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 19-37.

of Judges Weeramantry and Cançado Trindade¹⁵⁰.

However, it is about time judges and arbitrators face the issue from a different angle. Sustainable development as a hermeneutical tool to balance economic, environmental and social concerns shall not be used at the discretion of decision-makers. They must consider it an obligation, they must feel responsible to actually take it into account at all opportunities the parties' claims demand conciliation of conflicting interests. This is so because of the context in which decision-making occurs.

In fact, international courts and tribunals do not sit in isolation, they rather function in the context of an increasingly interdependent world¹⁵¹, whose core concepts' boundaries are becoming more flexible¹⁵². The interdependency of the whole international community becomes even more evident when discussing issues related to the relationship between economic development, environmental protection and social concerns. The modern era of international cooperation – initiated with the 1972 UN Conference on the Human Environment, in Stockholm, and further developed through mega-conferences within the last four decades – is based on the premise that economic development may not mean a threat to environmental and social protection¹⁵³. A balance must be found and decision-makers may not be alien to this process. They are, indeed, part of the solution; they are responsible to decide cases under their jurisdiction taking into account this international community's claim.

Disputes between parties are disputes *inter partes*, in the sense that the decision is only applicable and binding to them. However, this is not true for disputes

regarding the interaction of economic, environmental and social issues. They are not merely *inter partes*, as they may affect other parties besides those who initiated the claim: “[s]o the judge, whether domestically or internationally, has to have his eye also in the impact of the Court’s decision on the community”¹⁵⁴. There is a public interest over these issues, especially regarding the protection of environment, which transgresses the interests of litigators; it goes beyond and becomes part of the whole community concern¹⁵⁵.

A globalizing culture of environmental consciousness has risen and sustainable development has taken over the mainstream discourse, reshaping international order. Within this context, it is emerging a culture that is not dismissive of public interest and which “[...] is likely to result in decision-makers for whom it is the norm to consider the social, environmental and developmental needs [...]”¹⁵⁶. Hence, judges and arbitrators, in the name of public interest and to enhance legitimacy, consistency and predictability of the system¹⁵⁷ shall resort to sustainable development whenever it is applicable¹⁵⁸.

It is in this context we suggest that regardless of sustainable development's legal binding nature, it shall be used by arbitrators and judges as a hermeneutical tool. Tribunals must employ sustainable development not because it is obligatory as a matter of law, but rather because it is how legal reasoning should proceed¹⁵⁹.

¹⁵⁰ FRENCH, Duncan. Sustainable development. In: FITZMAURICE, Malgosia; ONG, David M.; MERKOURIS, Panos. *Research handbook on international environmental law*. Edward Elgar Publishing, 2010. p. 64-65.

¹⁵¹ ROBB, Cairo; SEGGER, Marie-Claire Cordonier; JO, Caroline. Sustainable development challenges in international dispute settlement. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 167-169.

¹⁵² It is no longer accepted that states may act in the way they please, without taking into regard the consequences of their acts to the international community. We are witnessing the transition from a rigid state territory and sovereignty to a more flexible understanding of these concepts, more compatible to global environmental challenges (BOYLE, Alan; FREESTONE, David. Introduction. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 1-18).

¹⁵³ O'NEILL, Kate. *The environment and international relations*. Cambridge University Press, 2009. p. 28.

¹⁵⁴ WEERAMANTRY, C. G. *Universalizing international law*. Brill Academic Publishers, 2004. p. 437-438.

¹⁵⁵ HANDL, Gunther. Environmental security and global change: the challenge to international law. *Yearbook of International Environmental Law*, v. 1, n. 1, p. 3-33, 1991.

¹⁵⁶ MILES, Kate. *The origins of international investment law: empire, environment, and the safeguarding of capital*. Cambridge University Press, 2013. p. 345-346. The referred author refers expressly to investment disputes, nonetheless we understand that her argument may be applicable – with no loss of content – to a broader idea of decision-making.

¹⁵⁷ This is even clearer in a more restrict system of law, such as investment arbitrations under the auspices of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. In this particular case, not rarely arbitral tribunals make reference to past decisions, in a so-called *system of de fact precedent* (CROCKETT, Antony. The integration principle in ICSID awards. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 539-553).

¹⁵⁸ LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 19-37.

¹⁵⁹ LOWE, Vaughan. The politics of law-making: are method and character of norm creation changing? In: BYERS, Michael (ed.).

Economic issues may not be seen in isolation; on the contrary, the dynamic relationship with environmental and social protection must not be disregarded by adjudicators. They are responsible to take sustainable development into account¹⁶⁰. If they close their eyes to this concept, the consequences may be very harmful for the environment and the society.

5 Final conclusions

From the above, sustainable development has arguably found a central place in the global agenda. The last four decades have witnessed the consolidation of the concept into international community's mind and practice, by means of several mega-conferences¹⁶¹ which have placed sustainable development into the core of international agreements and turned it into the object of policy measures aiming at contributing to a better integration of developmental, environmental and social concerns.

Despite all excitement over the issue, and the real intent of state and non-state actors to contribute to the pursue of sustainable development, the fact is that there still remain several grey clouds over it. No agreement has ever been reached to a universal concept of sustainable development, or to a framework with the main roads which could lead to it. On the contrary, the concept remains open and in constant evolution, adaptable to multiple situations, what, under our understanding, is sustainable development's greatest strength from the decision-making point of view.

No consensus has also been found as to the concept's legal nature. From a merely political stand to a bin-

ding legal character, sustainable development has been analyzed through many lenses, but no one has prevailed so far. We stand with those authors who understand sustainable development as an interstitial norm, having great influence over interpretation and application of true primary rules. From this sight, sustainable development gains relevance as a hermeneutical tool.

Nonetheless, even those who claim a different nature to the concept acknowledge and praise sustainable development as a relevant device to be used by judges and arbitrators. In fact, it seems to exist a consensus that whenever parties' claims demand conciliation of conflicting economic, environmental and social interests, adjudicators should analyze the case under sustainable development's lens and find a way to integrate these interests, with no prevalence of any of them; conciliation, integration and some element of justice would be inherent to sustainable development, and, in this sense, it would be of great relevance in the decision-making at the discretion of adjudicators.

Beyond this island of consensus, we understand a further step could be taken and judges and arbitrators should change the way they face the issue; they should actually understand the use of sustainable development as a hermeneutical tool not as a discretion, but rather as an obligation. Tribunals should employ sustainable development not because it is obligatory as a matter of law, but rather because it is how legal reasoning should proceed. The integrated context in which litigation occurs and the public interest over claims involving environmental and social concerns signalize that courts are responsible to take sustainable development into account.

Bibliography

AUBERTIN, Catherine. Repensar o desenvolvimento mundial: o Brasil se coloca em cena na Rio+20. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 15-27, 2012.

BANDI, Gyulia *et al.* *Sustainability, law and public choice*. Europa Law Publishing, 2014.

BARRAL, Virginie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 377-400, 2012.

The role of law in international politics: essays in international relations and international law. Oxford University Press, 2001. p. 207-226. As Lowe said in a different opportunity: "The judges employ these modifying norms because they are judges, not because the law expressly requires them to be employed." (LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 33).

¹⁶⁰ ROBB, Cairo; SEGGER, Marie-Claire Cordonier; JO, Caroline. Sustainable development challenges in international dispute settlement. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 167-169.

¹⁶¹ SEYFANG, Gill. Environmental mega-conferences: from Stockholm to Johannesburg and beyond. *Global Environmental Change*, n. 13, p. 223-228, 2003.

- BODANSKY, Daniel. Customary (and not so customary) international environmental law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 3, p. 105-119, 1995.
- BOYLE, Alan. Soft law in international law-making. In: EVANS, Malcolm D. (ed.). *International law*. Oxford University Press, 2014. p. 118-136.
- BOYLE, Alan; FREESTONE, David. Introduction. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 1-18.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 7. ed. Oxford University Press, 2008.
- BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 39. p. 19-74, 2000.
- SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Commitments to sustainable development through international law and policy. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 29-98.
- CROCKETT, Antony. The integration principle in ICSID awards. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 539-553.
- DERNBACH, John C.; CHEEVER, Federico. Sustainable development and its discontents. *Transnational Environmental Law*, v. 4, n. 2, p. 247-287, 2015.
- DINIZ, Pedro I. Natureza jurídica do desenvolvimento sustentável no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 739-766, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977.
- ELLIOT, Jennifer A. *An introduction to sustainable development*. Routledge Perspectives on Development, 2013.
- FRENCH, Duncan. The Sofia guiding statements on sustainable development principles in the decisions of international tribunals. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 177-241.
- FRENCH, Duncan. Sustainable development. In: FITZMAURICE, Malgosia; ONG, David M.; MERKOURIS, Panos. *Research handbook on international environmental law*. Edward Elgar Publishing, 2010. p. 51-68.
- HANDL, Gunther. Environmental security and global change: the challenge to international law. *Yearbook of International Environmental Law*, v. 1, n. 1, p. 3-33, 1991.
- HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. *International environmental law and policy*. 5. ed. Foundation Press, 2015.
- KANIE, Norichika; BIERMANN, Frank. *Governing through goals: sustainable development goals as governance innovation*. The MIT Press, 2017.
- KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *International environmental law*. Transnational Publishers, 2004.
- KULICK, Andreas. From problem to opportunity?: an analytical framework for vagueness and ambiguity in international law. *German Yearbook of International Law*, v. 59, 2016.
- LELÉ, Sharachchandra M. Sustainable development: a critical review. *World Development*, v. 19, n. 6, p. 607-621, 1991.
- LOWE, Vaughan. The politics of law-making: are method and character of norm creation changing? In: BYERS, Michael (ed.). *The role of law in international politics: essays in international relations and international law*. Oxford University Press, 2001. p. 207-226.
- LOWE, Vaughan. Sustainable development and unsustainable arguments. In: BOYLE, Alan; FREESTONE, David (ed.). *International law and sustainable development*. Oxford University Press, 1999. p. 19-37.
- MANN, Howard. Reconceptualizing international investment law: its roles in sustainable development. *Lewis & Clark Law Review*, n. 17, p. 521-544, 2013.
- MARONG, Alhaji B. M. From Rio to Johannesburg: reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, v. 16, p. 21-76, 2003.
- MILES, Kate. *The origins of international investment law: empire, environment, and the safeguarding of capital*. Cambridge University Press, 2013.
- MORAIS, Dulce Teresinha B. M. de et al. O papel do direito no contexto do desenvolvimento sustentável: uma avaliação qualitativa de programas corporativos de responsabilidade socioambiental. *Revista de Direito Inter-*

nacional, v. 9, n. 3, p. 141-158, 2012.

NEWELL, Michael E. Interstitial rules and the contested application of human rights law and the laws of war in counterterrorism. *Global Constitutionalism*, v. 5, n. 2, p. 207-237, 2016.

NOWROT, Karsten. How to include environmental protection, human rights and sustainability in international investment law. *The Journal of World Investment & Trade*, v. 15, p. 612-644, 2014.

O'NEILL, Kate. *The environment and international relations*. Cambridge University Press, 2009.

OREBECH, Peter *et al.* *The role of customary law in sustainable development*. Cambridge University Press, 2005.

ORTINO, Federico. Investment treaties, sustainable development and reasonableness review: a case against strict proportionality balancing. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 71-91, 2017.

PALLASSIS, Stathis N. Beyond the global summits: reflecting on the environmental principles of sustainable development. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 22, p. 41-77, 2011.

ROBB, Cairo; SEGGER, Marie-Claire Cordonier; JO, Caroline. Sustainable development challenges in international dispute settlement. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 147-171.

SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. 2. ed. Cambridge University Press, 2003.

SCHRIJVER, Nico. Advancements in the principles of international law on sustainable development. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 99-108.

SCHRIJVER, Nico. *The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status*. Brill Nijhoff, 2009.

SCHWARZ, Priscilla. Sustainable development in international law. *Non-State Actors and International Law*, n. 5, p. 127-152, 2005.

SEYFANG, Gill. Environmental mega-conferences: from Stockholm to Johannesburg and beyond. *Global Environmental Change*, n. 13, p. 223-228, 2003.

SOUZA, Leonardo R.; LEISTER, Margareth A. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015.

STEPHENS, Tim. International courts and sustainable development: using old tools to shape new discourse. In: JESSUP, Brad; RUBENSTEIN, Kim (ed.). *Environmental discourses in public and international law*. Cambridge University Press, 2012. p. 195-217.

STERN, Brigitte. The future of international investment law: a balance between the protection of investors and the states' capacity to regulate. In: ALVAREZ, José; SAUVANT, Karl (ed.). *The evolving international investment regime: expectations, realities, options*. Columbia University, 2007. p. 174-192.

SZABÓ, Marcel. Sustainable development in the judgments of the International Court of Justice. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 266-280.

TARLOCK, A. Dan. Ideas without institutions: the paradox of sustainable development. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 9, n. 1, p. 35-49, 2001.

THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. Oxford University Press, 2015.

TLADI, Dire. The principles of sustainable development in the case concerning Pulp Mills on the River Uruguay. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 242-254.

VOIGT, Christina. *Sustainable development as a principle of international law*. Brill, 2009.

WEERAMANTRY, C. G. Achieving sustainable justice through international law. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, C. G. (ed.). *Sustainable development principles in the decisions of international courts and tribunals: 1992-2012*. Routledge, 2017. p. 109-124.

WEERAMANTRY, C. G. *Universalizing international law*. Brill Academic Publishers, 2004.

WEISS, Edith Brown. In fairness to future generations and sustainable development. *American University International Law Review*, v. 8, n. 1. p. 19-26, 1992.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A meta 11 de Aichi e as áreas marinhas protegidas em grande escala: proteção ambiental ou oportunismo político?

Aichi Target 11 and the Large-Scale Marine Protected Areas: environmental protection or political opportunism?

Alexandre Pereira da Silva

A meta 11 de Aichi e as áreas marinhas protegidas em grande escala: proteção ambiental ou oportunismo político?*

Aichi Target 11 and the Large-Scale Marine Protected Areas: environmental protection or political opportunism?

Alexandre Pereira da Silva**

Resumo

Em 2010, durante a 10ª Conferência das Partes (COP-10) da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) realizada em Nagoya, província de Aichi, Japão, foram estabelecidas 20 metas de proteção da biodiversidade, conhecidas como Metas de Aichi. A Meta 11 de Aichi fixa que até 2020 pelo menos 10% de áreas marinhas e costeiras, em especial aquelas de importância particular para a biodiversidade e serviços ecossistêmicos, sejam conservadas por meio do estabelecimento de áreas marinhas protegidas. A despeito de a meta ter sido considerada por muitos como ambiciosa e politicamente inatingível, o percentual de proteção global dos mares e oceanos vem subindo de forma expressiva nos últimos dez anos, mormente devido ao estabelecimento de áreas marinhas protegidas em grande escala (AMPGEs), tanto sob jurisdições nacionais como além das jurisdições nacionais. Entretanto, o estabelecimento de AMPGEs suscita um grande debate entre especialistas que apontam vantagens e desvantagens em termos de proteção da biodiversidade marinha e serviços ecossistêmicos. Outro aspecto recorrente ligado às AMPGEs é a alegação de que a sua utilização está mais voltada para fins políticos do que propriamente para finalidades conservacionistas. Dessa forma, a contribuição original do presente trabalho consiste em analisar o papel que as AMPGEs vêm exercendo com vistas à Meta 11 de Aichi, a fim de demonstrar que há muita atenção no aspecto quantitativo — impulsionado por considerações políticas —, mas consideravelmente menos nos aspectos qualitativos — efetiva proteção ambiental — do objetivo. Para examinar o cenário atual da proteção do meio marinho e o papel exercido pelas AMPGEs, o artigo utilizou os métodos analítico e dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e exame de dados relativos à proteção de áreas marinhas.

Palavras-chave: Meta 11 de Aichi. Áreas Marinhas Protegidas em Grande Escala. Proteção da biodiversidade. Direito do mar.

* Recebido em 01/07/2019
Aprovado em 07/10/2019

** Professor e Pesquisador Associado no China Institute of Boundary and Ocean Studies da Wuhan University, Wuhan, China. Pós-Doutor em Direito pela Schulich School of Law, Dalhousie University, Halifax, Canadá. E-mail: alexandre@whu.edu.cn

Abstract

In 2010, during the 10th Conference of the Parties of the Convention on Biological Diversity (CBD) held in Nagoya, Aichi province, Japan, were

established 20 targets for the protection of biodiversity, known as Aichi Targets. Aichi Target 11 set out by 2020 at least 10% of coastal and marine areas, especially areas of particular importance for biodiversity and ecosystem services, are conserved through the creation of marine protected areas. Although the goal had been considered by many as bold and political unattainable, the percentage of the global protection of the sea and oceans has been increasing dramatically in the last ten years, particularly due to the establishment of large-scale marine protected areas (LSMPAs), either under national jurisdictions either beyond national jurisdictions. However, the establishment of LSMPAs raises a heated debate among the experts that point out advantages and disadvantages concerning the protection of marine biodiversity and ecosystem services. Another recurring aspect in relation to the LSMPAs is the claim that its creation is more oriented to political goals than conservationist aims. Thus, the original contribution of this paper is to analyze the role that the LSMPAs have been making towards the Aichi Target 11, in order to demonstrate that there is great attention to the quantitative aspect – driven by political considerations –, but considerably less to the qualitative aspects – effective environmental protection – of the goal. The current scenario of the protection of the marine environment and the role of the LSMPAs is examined in this paper through the deductive and analytical methods, by bibliographical research and data analysis of the marine area's protection.

Keywords: Aichi Target 11. Large-Scale Marine Protected Areas. Biodiversity Protection. Law of the Sea.

1 Introdução

A despeito de os mares e oceanos cobrirem cerca de 70% da superfície da Terra, englobarem uma imensa biodiversidade e oferecerem um amplo espectro de serviços ecossistêmicos que são fundamentais para a humanidade, o meio ambiente marinho foi por décadas relegado a um papel secundário em termos de proteção jurídica. Esse cenário começou a modificar-se a partir da adoção da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB, 1992), ainda que de maneira incipiente. Atualmente, grande parte da atenção em termos de proteção do meio marinho está voltada para o estabelecimento de áreas marinhas protegidas (AMPs), entendidas como a principal ferramenta para a proteção e conservação da

biodiversidade marinha e serviços ecossistêmicos.

Depois de uma sucessão de esforços para aumentar a proteção da biodiversidade marinha por meio de AMPs, em 2010, durante a 10ª Conferência das Partes (COP-10) da CDB, realizada em Nagoya, foram estabelecidas 20 metas de proteção da biodiversidade, conhecidas como Metas de Aichi. A Meta 11 de Aichi estabelece que até 2020 pelo menos 10% de áreas marinhas e costeiras, em especial aquelas de importância particular para a biodiversidade e serviços ecossistêmicos, sejam conservadas por meio do estabelecimento de AMPs. Portanto, a Meta 11 de Aichi tem um duplo viés: de um lado, estabelece que 10% de áreas marinhas e costeiras devam ser protegidas e, de outro lado, dispõe que essas áreas protegidas sejam importantes em termos de biodiversidade e serviços ecossistêmicos.

Quando a Meta 11 de Aichi foi fixada, pouco mais de 1% dos mares e oceanos estavam protegidos, mas, nesses últimos dez anos, houve um aumento considerável no percentual de proteção global dos oceanos, atingindo, atualmente, 8% da cobertura oceânica.¹ No entanto, esse aumento deve ser considerado com ressalvas.

Em primeiro lugar, um olhar mais atento sobre esse crescimento aponta que grande parte dessa ampliação se deve a um tipo especial de AMP, as áreas marinhas protegidas em grande escala (AMPGEs), cuja constituição vem sendo feita com maior frequência a partir de 2010 tanto em áreas sob jurisdição nacional como em áreas além das jurisdições nacionais. Em segundo lugar, a Meta 11 de Aichi também incorpora aspectos qualitativos que parecem relegados a um papel secundário ou mesmo inexistente no momento de criação de uma área a ser protegida. A análise desses dois aspectos aponta que há uma ênfase no aspecto quantitativo da Meta 11 de Aichi, muito influenciada por considerações políticas, enquanto os aspectos qualitativos, que de fato reforçariam a proteção da biodiversidade marinha e serviços ecossistêmicos, despertam menos atenção.

¹ MARINE Protected Areas. Disponível em: <https://protectedplanet.net/marine>. Acesso em: 2 out. 2019. O *Protected Planet* é um projeto conjunto desenvolvido entre o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP) e a IUCN. Os números de proteção oceânica, no entanto, variam enormemente. Seguindo uma metodologia diferente, os números do *Atlas of Marine Protection* – que incluem apenas as áreas marinhas implementadas e geridas ativamente – indicam 4,8% da cobertura oceânica como protegida, sendo apenas 2,2% em regime de *no-take*, vide em MPATLAS. Atlas of Marine Protection. Disponível em: <http://mpatlas.org/>. Acesso em: 2 out. 2019..

O artigo está estruturado da seguinte maneira. A seção 1 examina a função que as AMPs têm na proteção do meio marinho. A seção 2 traça a evolução dos objetivos de proteção dos mares e oceanos até a fixação da Meta 11 de Aichi. A seção 3 apresenta o desenvolvimento e a prática recente das AMPGEs. A seção 4 avalia os aspectos qualitativos do objetivo por meio da análise das vantagens e desvantagens da AMPGEs. Por fim, a seção 5 pondera o aspecto quantitativo da Meta 11 para argumentar, por meio da análise de dois casos práticos, que considerações políticas exerceram um papel decisivo sobre a área — e o tamanho da área — a ser protegida.

2 O papel das áreas marinhas protegidas na proteção da biodiversidade

A expressão AMP é normalmente empregada para descrever uma região marinha localizada em uma zona sob jurisdição de um Estado costeiro ou mesmo em alto-mar que merece uma condição protetiva especial em razão da sua importância ecológica, biológica, científica ou histórica.² Atualmente, as AMPs são consideradas as melhores ferramentas disponíveis para combater a crescente exploração de recursos marinhos e a degradação dos habitats oceânicos.³

Segundo especialistas, a criação de AMPs traz diversos benefícios, incluindo-se: a conservação da vida marinha em uma época em que os oceanos enfrentam inúmeras ameaças de diferentes impactos; o aumento na biomassa dos peixes; a proteção de habitats críticos utilizados por espécies ameaçadas; o reestabelecimento de ecossistemas em estruturas mais fortes e complexas; a contribuição na segurança alimentar e na subsistência de comunidades costeiras; a resiliência a ameaças como inundações, invasões de pragas e mudanças climáticas, entre outros.⁴

² WOLF, Sarah; BISCHOFF, Jan Asmus. *Marine Protected Areas. Max Planck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>. Acesso em: 2 outubro de 2019.

³ AGARDY, Tundi; DI SCIARA, Giuseppe; CHRISTIE, Patrick. *Mind the gap: Addressing the shortcomings of marine protected areas through large scale marine spatial planning. Marine Policy*, v. 35, 2011. p. 226.

⁴ SMYTH, Chris; HANICH, Quentin A. *Large scale marine protected areas: current status and consideration of socio-economic dimensions*. Washington D.C.: Pew Charitable Trusts, 2019, p. 4.

A despeito de sua inegável importância ecológica, em termos jurídicos, não há, em nenhum tratado internacional, uma definição para a expressão AMP.

Dispositivos pertinentes às AMPs podem ser encontrados em diversos tratados internacionais que versam sobre direito do mar, gerenciamento da pesca, preservação da biodiversidade, proteção de um tipo particular de habitat ou espécie e poluição marinha. Dois desses tratados merecem destaque: a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM, 1982) e a CDB.

Embora a CNUDM não conte com um artigo específico sobre as AMPs, ela estabelece uma moldura jurídica importante para a criação dessas áreas, já que define como deveres dos Estados o de proteger o meio ambiente marinho e seus recursos vivos e a forma como os Estados costeiros podem fazê-lo sem afetar os direitos e interesses dos demais Estados.⁵ Para lidar com essas obrigações, a CNUDM dispõe que os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para proteger e preservar os ecossistemas raros ou frágeis, bem como o habitat de espécies e outras formas de vida marinha em vias de extinção, ameaçadas ou em perigo (artigos 192 e 194.5). No entanto, a CNUDM não menciona quais as medidas específicas a serem utilizadas para cumprir essas obrigações.

Já a CDB estabelece um marco jurídico mais abrangente para as áreas protegidas, incluídas as AMPs. O artigo 2º da CDB dispõe que a área protegida “significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação”. A CDB e a União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) reconhecem seis categorias de gerenciamento de áreas protegidas: reserva natural estrita (Ia); área de vida selvagem (Ib); parque nacional (II); monumento natural (III); área de gestão de espécies e habitat (IV); paisagens protegidas terrestres ou marinhas (V); e, áreas protegidas com uso sustentável dos recursos naturais (VI). A categoria a ser aplicada a uma AMP deve ser baseada nos objetivos de gerenciamento, que devem ser aplicados a pelo menos três quartos da área protegida, conhecida como a “regra dos 75%”.⁶

⁵ DANG, Vu Hai. *Marine protected areas network in the South China Sea: Charting a course for future cooperation*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014. p. 64.

⁶ DUDLEY, Nigel (ed.). *Guidelines for applying protected area manage-*

A ausência de uma definição jurídica ou mesmo de um consenso entre os especialistas sobre a definição de AMP permite que a expressão AMP seja adotada em uma grande variedade de propósitos, como por exemplo, áreas para proteção de espécies ameaçadas de extinção, áreas de nidificação e criação de espécies, áreas de proteção de ecossistemas, habitats críticos ou proteção de áreas de referência. O termo AMP também é empregado em áreas cujo propósito principal é o gerenciamento de determinada atividade e/ou para o desenvolvimento da resiliência contra uma ameaça específica (mudança climática, navegação, pesca).⁷ Assim, as AMPs podem variar amplamente desde áreas marinhas onde a pesca e outras atividades extrativistas são totalmente proibidas (*no-take*) até áreas marinhas “multiuso” que permitem certos níveis de pesca comercial, exploração e outras atividades de aproveitamento dos recursos naturais.⁸

Outro aspecto que deve ser ressaltado é que as AMPs estão sujeitas a diferentes regimes jurídicos dependendo da zona marítima onde for estabelecida. Uma AMP pode ser criada no mar territorial, onde o Estado costeiro goza de soberania; pode ser também estabelecida na zona econômica exclusiva e plataforma continental, onde o Estado costeiro exerce direitos de soberania sobre os recursos naturais, mas os demais Estados têm assegurada a liberdade de navegação e sobrevoo e a liberdade de colocar cabos e dutos submarinos. Uma AMP também pode ser estabelecida além das jurisdições nacionais dos Estados costeiros, isto é, em alto-mar, em que se aplica o princípio da liberdade do alto-mar (artigo 87 da CNUDM), ou na Área, em que vigora o princípio do patrimônio comum da humanidade (artigo 136 da CNUDM). Dessa forma, uma AMP pode ser criada tanto por iniciativa estatal dentro de seus limites jurisdicionais como no âmbito de uma organização internacional competente ou no marco de um tratado internacional, conforme analisado no item 3.

ment categories. Gland: IUCN, 2008, pp. 12-24.

⁷ DE FONTAUBERT, A. Charlotte; DOWES, David R.; AGARDY, Tundy S. *Biodiversity in the Seas: Implementing the Convention on Biological Diversity in Marine and Coastal Habitats*. Gland: IUCN, 1996, p. 15.

⁸ RIFE, Alexis; ERISMAN, Brad; SANCHEZ, Alexandra; ABURTO-OROPEZA, Octavio. When good intentions are not enough... Insights on networks of “paper park” marine protected areas. *Conservation Letters*, v. 6, 2013, p. 200.

3 A Meta 11 de Aichi e a proteção da biodiversidade marinha

A crescente preocupação com os oceanos, que já tinham sido alvo de atenções durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD ou Rio-92), foi incrementada na década seguinte. Em 2002, a COP-6 da CDB, realizada em Haia, adotou o Plano Estratégico com a missão de “alcançar, até 2010, uma redução significativa da taxa anual de perda de biodiversidade nos níveis global, regional e nacional, como uma contribuição para a redução da pobreza e para benefício de toda a vida na Terra”.⁹ Essa meta passou a ser mencionada como Meta de 2010 e foi posteriormente endossada na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, em Johannesburg 2002.

O Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável fixou uma das primeiras metas sobre AMPs ao exortar “o estabelecimento de áreas marinhas protegidas, compatíveis com o direito internacional e baseadas na informação científica, incluindo redes representativas até 2012”.¹⁰

Em 2006, durante a COP-8 realizada em Curitiba, foi adotada a decisão VIII/15 relativa ao monitoramento para a implementação do alcance da Meta de 2010. Com o objetivo precípua de promover a conservação da diversidade biológica dos ecossistemas, habitats e biomas, foram fixadas duas metas: pelo menos 10% de cada região ecológica do mundo deveria ser efetivamente conservada (meta 1.1) e áreas de importância particular para a biodiversidade deveriam ser protegidas (meta 1.2).¹¹

Nos anos seguintes, essas metas dominaram a agenda sobre proteção dos ambientes marinhos, estimulando inúmeras iniciativas e atraindo recursos para alcançar seus objetivos. O foco desses esforços era na proteção de áreas de importância para a biodiversidade, buscando a conservação e a gestão de habitats, espécies ou diversidade genética.¹²

⁹ STRATEGIC Plan for the Convention on Biological Diversity. Disponível em: <https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7200>. Acesso em: 2 out. 2019..

¹⁰ STRATEGIC Plan for the Convention on Biological Diversity. Disponível em: <https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7200>. Acesso em: 2 out. 2019..

¹¹ FRAMEWORK for monitoring implementation of the achievement of the 2010 target and integration of targets into the thematic programmes of work. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-08/cop-08-dec-15-en.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

¹² SPALDING, Mark; MELLIANE, Imèn; MILAN, Amy; FITZGERALD, Claire; HALE, Lynne. *Protecting Marine Spaces:*

No entanto, um estudo avaliativo da IUCN de 2010 apontou que a meta de 10% relativa às AMPs estava muito distante de ser alcançada, mesmo com um aumento de 150% da área oceânica protegida em relação à 2003. Ainda segundo o estudo da IUCN em 2010 existiam aproximadamente 5.880 AMPs abrangendo pouco mais de 4.2 milhões de km² dos oceanos, ou apenas 1,17% da área marinha global. A conclusão inevitável era que a meta de 10% de proteção efetiva das áreas marinhas não seria atingida no prazo estipulado.¹³

Em 2010, durante a COP-10 realizada em Nagoya, as negociações conduziram a elaboração de novas metas para a conservação da biodiversidade, aprovando-se o Plano Estratégico para a Biodiversidade 2011-2020 e as Metas de Aichi para a Biodiversidade, estabelecendo 20 metas a serem implementadas até 2020.¹⁴ Entre todas as metas, a que gerou mais debate foi a relativa às AMPs. As longas negociações deram-se porque alguns Estados queriam reduzir a percentagem da área de proteção oceânica, enquanto outros defendiam a manutenção dos 10% de AMPs.¹⁵

O resultado desse processo negocial está espelhado na Meta 11 de Aichi:

Até 2020 pelo menos 17 por cento de áreas terrestre e de águas continentais e 10 por cento de áreas marinhas e costeiras, especialmente áreas de especial importância para biodiversidade e serviços ecossistêmicos, terão sido conservados por meio de sistemas de áreas protegidas geridas de maneira efetiva e equitativa, ecologicamente representativas e satisfatoriamente interligadas e por outras medidas especiais de conservação, e integradas em paisagens terrestres e marinhas mais amplas.

A ideia subjacente que moveu a adoção da Meta 11 de Aichi é a de que, se bem governadas e efetivamente gerenciadas, as áreas protegidas são comprovadamente eficientes tanto na salvaguarda de habitats e de populações de espécies como na prestação de importantes

serviços ecossistêmicos. Além disso, a disparidade existente entre os níveis de proteção de ecossistemas terrestres e os ecossistemas costeiros e marinhos reforçou a necessidade da adoção do objetivo.¹⁶

Ratificando a Meta 11 de Aichi, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) — sucedâneo dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio e resultante da Agenda 2030 adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 25 de setembro de 2015 —, em especial o Objetivo 14.5 fixa “até 2020, conservar pelo menos 10% das zonas costeiras e marinhas, de acordo com a legislação nacional e internacional, e com base na melhor informação científica disponível”.¹⁷ Entretanto, ainda que os objetivos da Meta 11 de Aichi e do Objetivo 14.5 sejam similares, este não menciona os aspectos qualitativos daquele, o que poderia levar a um cenário em que os níveis de proteção da biodiversidade poderiam ser suprimidos se o foco recair apenas no Objetivo 14.5, ou seja, apenas no aspecto quantitativo da proteção.¹⁸

Embora os cientistas e conservacionistas reconheçam que essas metas sejam, de certa forma, arbitrárias e que fixação de 10% de proteção dos mares e oceanos não seria suficiente para manter a biodiversidade e suprimir novas extinções, muitos acreditam que esse objetivo é muito ambicioso e politicamente inatingível.¹⁹ Outro fator de descontentamento entre os especialistas é o fato de que a Meta 11 não faz uma distinção entre os níveis de proteção, isto é, pode ser tanto uma AMP com um nível alto (áreas *no-take*) ou mais baixo (áreas “multiuso”) de salvaguarda. Essa distinção entre os níveis de proteção das AMPs será analisada adiante.

Global Targets and Changing Approaches. *Ocean Yearbook*, v. 27, 2013. p. 218.

¹³ TOROPOVA, Caitlyn; MELIANE, Imèn; LAFFOLEY, Dan; MATTHEWS, Elizabeth; SPALDING, Mark (eds.), *Global Ocean Protection: Present Status and Future Possibilities*. Gland: IUCN, 2010. p. 7.

¹⁴ THE STRATEGIC Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets. Disponível em: <https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=12268>. Acesso em: 2 out. 2019.

¹⁵ SPALDING, Mark; MELIANE, Imèn; MILAN, Amy; FITZGERALD, Claire; HALE, Lynne. Protecting Marine Spaces: Global Targets and Changing Approaches. *Ocean Yearbook*, v. 27, 2013. p. 218.

¹⁶ QUICK guide to the Aichi Biodiversity Targets. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/strategic-plan/targets/T11-quick-guide-en.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

¹⁷ UNITED NATIONS. *Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>. Acesso em: 2 out. 2019.

¹⁸ REES, Siân E.; FOSTER, Nicola L.; LANGMEAD, Olivia; PITTMAN, Simon; JOHNSON, David E. Defining the qualitative elements of Aichi Biodiversity Target 11 with regard to the marine and coastal environment in order to strengthen global efforts for marine biodiversity conservation outlined in the United Nations Sustainable Development Goal 14. *Marine Policy*, v. 93, p. 241.

¹⁹ WILHELM, Aulani; SHEPPARD, Charles; SHEPPARD, Anne; GAYMER, Carlos; PARKS, John; WAGNER, Daniel; LEWIS, Nai'a. Large marine protected areas – advantages and challenges of going big. *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, v. 24 (Suppl. 2), 2014. p. 25.

Portanto, por um lado, os Estados, cientes da dificuldade de implementar o objetivo de se proteger pelo menos 10% das áreas marinhas até o ano de 2012, decidiram estender o prazo até 2020. Por outro lado, a Meta 11 de Aichi demonstra uma evolução no posicionamento da COP em direção a uma afirmação mais enérgica do papel a ser desempenhado pelas áreas protegidas e pelas redes de áreas protegidas, isso porque em 2006 — apenas quatro anos antes da adoção das Metas de Aichi — a COP-8 considerou as áreas protegidas e as redes de áreas protegidas apenas uma das ferramentas para proteger a biodiversidade. Em 2010, a COP passou a considerá-las como o instrumento principal na proteção biodiversidade marinha. Além disso, a COP passou a reconhecer que as AMPs podem ser utilizadas não somente para proteger a biodiversidade, mas também para salvaguardar serviços ecossistêmicos.²⁰

4 As áreas marinhas protegidas em grande escala: desenvolvimento e prática recente

Quando as Metas de Aichi foram fixadas em 2010, apenas 1,17% da cobertura marinha global estava protegida como AMP, e apenas 12 dos 190 Estados e territórios possuíam AMPs cobrindo 10% ou mais de suas águas jurisdicionais.²¹ Contudo, a partir do estabelecimento da Meta 11 de Aichi, as estatísticas globais começaram a apontar para um acentuado crescimento na cobertura oceânica por AMPs. Segundo os dados do *World Database on Protected Areas* (WDPA), em outubro de 2019, 28.189.691 km² (ou 8% da cobertura global oceânica) estariam protegidos como AMPs.²² Grande parte desse crescimento deveu-se ao estabelecimento de AMPGEs.

Não existe um consenso sobre o que seja uma AMPGE. Alguns especialistas consideram aquelas áreas com tamanho superior a 30.000 km²,²³ outros con-

sideram que uma AMPGE tenha tamanho superior a 100.000 km²,²⁴ outros a 150.000 km²,²⁵ ou mesmo 240.000 km².²⁶ Todos concordam, entretanto, que a primeira AMPGE foi criada pelo governo da Austrália em 1975, a *Great Barrier Reef Marine Park* cobrindo 345.400 km². A segunda, no entanto, só seria estabelecida em 2000 quando o governo dos Estados Unidos designou uma AMPGE na região noroeste do Havaí com uma extensão de 360.000 km²; posteriormente, em 2006, a área protegida foi ligeiramente alargada para 362.074 km² e passou a ser denominada *Papahānaumokuākea Marine National Monument*. Um novo aumento em 2016 elevou sua área proteção para 1.508.870 km².²⁷ Há outros poucos exemplos de AMPGEs antes de 2010.

No entanto, a partir da fixação da Meta 11 de Aichi, diversos Estados costeiros passaram a recorrer às AMPGEs para aumentarem seus números de proteção marinha. Atualmente, apenas as vinte maiores AMPGEs cobrem 17.573.997 km² (cerca de 63,8% da cobertura oceânica protegida). Desse modo, as vinte maiores áreas protegidas — entre as mais de 16.927 AMPs existentes — representam quase dois terços da cobertura total por AMPs.²⁸

Ainda que já existissem algumas AMPGEs antes do estabelecimento da Meta 11 de Aichi, o fato é que houve um aumento expressivo a partir de 2010. Diversos

GARILAO, C.; BAN, N. C. Large marine protected areas represent biodiversity now and under climate change. *Scientific Reports*, v. 7, n. 1, 2017. p. 1.

²⁴ ATLAS of Marine Protection. Disponível em: http://www.mpatlas.org/media/filer_public/d0/b3/d0b3527c-924b-46b4-baaf-d14bab514f74/vlmpa_dec2017.jpg. Acesso em: 2 out. 2019.

²⁵ LEWIS, Nai'a.; DAY, Jon; WILHELM, 'Aulani.; WAGNER, Daniel; GAYMER, Carlos; PARKS, John; FRIEDLANDER, Alan; WHITE, Susan; SHEPPARD, Charles; SPALDING, Mark; SAN MARTIN, Gustavo; SKEAT, Andrew; TAEI, Sue; TEROKO, Tukabu; EVANS, Jacqueline. *Large-scale marine protected areas: guidelines for design and management*. Gland: IUCN, 2017. p. xxi.

²⁶ TOONEN, Robert; WILHELM, 'Aulani; MAXWELL, Sara; WAGNER, Daniel; BOWEN, Brian; SHEPPARD, Charles; TAEI, Sue; TEROKO, Tukabu; MOOFFITT, Russell; GAYMER, Carlos; MORGAN, Lance; LEWIS, Nai'a.; SHEPPARD, Anne; PARKS, John; FRIEDLANDER, Alan. One size does not fit all: The emerging frontier in large-scale marine conservation. *Marine Pollution Bulletin*, v. 77, p. 7-8, 2013.

²⁷ LEWIS, Nai'a.; DAY, Jon; WILHELM, 'Aulani.; WAGNER, Daniel; GAYMER, Carlos; PARKS, John; FRIEDLANDER, Alan; WHITE, Susan; SHEPPARD, Charles; SPALDING, Mark; SAN MARTIN, Gustavo; SKEAT, Andrew; TAEI, Sue; TEROKO, Tukabu; EVANS, Jacqueline. *Large-scale marine protected areas: guidelines for design and management*. Gland: IUCN, 2017. p. 7.

²⁸ MARINE Protected Areas. Disponível em: <https://protected-planet.net/marine>. Acesso em: 2 out. 2019.

²⁰ DANG, Vu Hai, *Marine protected areas network in the South China Sea: Charting a course for future cooperation*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014. p. 66-67.

²¹ TOROPOVA, Caitlyn; MELIANE, Imèn; LAFFOLEY, Dan; MATTHEWS, Elizabeth; SPALDING, Mark (ed.). *Global Ocean Protection: Present Status and Future Possibilities*. Gland: IUCN, 2011, p. 7.

²² MARINE Protected Areas. Disponível em: <https://protected-planet.net/marine>. Acesso em: 2 out. 2019.

²³ DAVIES, T. E.; MAXWELL, S. M.; KASCHNER, K.;

Estados costeiros — desenvolvidos e em desenvolvimento — passaram a recorrer a esse expediente para alcançar de uma forma mais rápida o objetivo dentro do prazo estipulado.

De um lado, a França, que ainda conta diversas possessões ultramarinas, optou por criar AMPGEs em regiões distantes e isoladas, entre outras: a *Réserve Naturelle Nationale des Terres Australes Française*, com 989.787 km² (2017) e o *Parc Naturel de la Mer de Corail*, com 1.292.967 km² (2014). Outros países desenvolvidos, além dos anteriormente mencionados, como Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido também constituíram AMPGEs.

De outro lado, o Chile criou duas AMPGEs nos últimos anos: *Nazca-Desventuradas*, com 300.035 km² (2016) e *Motu-Motiro Hiva*, com 150.000 km² (2010).²⁹ Esses 450.000 km² de proteção em locais distantes da costa chilena representam 27% da área oceânica sob jurisdição do país, um contraste grande com as AMPs em áreas costeiras que somam menos 1% de proteção.³⁰ Também há outros exemplos de países em desenvolvimento, como o Brasil, Equador e México.

Estados insulares no Pacífico também estabeleceram AMPGEs que virtualmente cobrem toda a extensão das suas zonas econômicas exclusivas. Kiribati, por exemplo, criou em 2008 a *Phoenix Islands Protected Area*, com 408.250 km², seguido de Ilhas Cook, Palau e Micronésia.³¹

Em termos ambientais, a criação de AMPGEs representa uma mudança importante na concepção de áreas protegidas, já que historicamente essas eram compreendidas como áreas relativamente pequenas localizadas em águas costeiras. Um traço distintivo das AMPGEs é que estas são criadas em locais distantes e isolados, não raro no entorno de ilhas despovoadas e, sobretudo, sem necessariamente atender aos aspectos qualitativos da Meta 11 de Aichi, em especial a questão da biodiversidade e da representatividade ecológica, como será

discutido na seção seguinte.

O estabelecimento da Meta 11 de Aichi também contribuiu para o debate em torno da constituição de AMPs em áreas além das jurisdições nacionais.³² Motivos para isso não faltam, por um lado, as áreas, além das jurisdições, representam cerca de 64% da cobertura oceânica e 90% da biomassa oceânica, por outro lado, as crescentes atividades humanas em alto-mar impõem uma série de ameaças aos oceanos, tais como, poluição, pesca excessiva e geoengenharia, além da mineração marinha no leito e no subsolo marinho.³³

No entanto, a possibilidade de criação de AMPs, em áreas além das jurisdições nacionais, reveste-se de muitas controvérsias, em especial porque muitos acreditam que a constituição de AMPs, em alto-mar, viola, entre outros, os princípios da liberdade de navegação e a liberdade de pesca (artigo 87 da CNUDM).³⁴ Além disso, as AMPs em alto-mar teriam que ser estabelecidas no âmbito de uma organização internacional ou no marco de um tratado internacional, contudo, em nenhum dos dois casos há previsões explícitas nesse sentido.³⁵

Isso, entretanto, não impediu a constituição de algumas áreas protegidas em alto-mar. Sob a Convenção

²⁹ MARINE Protected Areas. Disponível em: <https://protected-planet.net/marine>. Acesso em: 2 out. 2019.

³⁰ O'LEARY, Bethan C.; BAN, Natalie C.; FERNANDEZ, Miriam; FRIEDLANDER, Alan M.; GARCÍA-BORBOROGLU, Pablo; GOLBUU, Yimmang; GUIDETTI, Paolo; HARRIS, Jean M.; HAWKINS, Julie P.; LANGLOIS, Tim; MCCAULEY, Douglas J.; PIKITCH, Ellen K.; RICHMOND, Robert H.; ROBERTS, Callum M. Addressing Criticism of Large-Scale Marine Protected Areas. *BioScience*, v. 68, n. 5, 2018. p. 365.

³¹ SMYTH, Chris; HANICH, Quentin A. *Large scale marine protected areas: current status and consideration of socio-economic dimensions*. Washington D.C.: Pew Charitable Trusts, 2019, p. 10.

³² A expressão áreas além das jurisdições nacionais (*areas beyond national jurisdiction – ABNJ*) pode ser utilizada tanto para referir-se ao “alto-mar”, ou seja, a coluna de água que não está sob a jurisdição de nenhum Estado costeiro, em que vigora o princípio da liberdade do alto-mar (artigo 87 da CNUDM), como para referir-se a “Área”, isto é, “o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional” (artigo 1.1 da CNUDM), em que se aplica o conceito de patrimônio comum da humanidade (artigo 136 da CNUDM). Além de serem conceitos distintos, esses dois espaços marítimos não são simetricamente idênticos, visto que diversos Estados costeiros têm direito a estenderem suas plataformas continentais além do limite das 200 milhas marítimas, nos termos do artigo 76 da CNUDM, nesse caso, essa parte do solo e subsolo – a plataforma continental estendida – estará sob jurisdição do Estado costeiro, entretanto, a coluna de água sobrejacente à plataforma continental estendida permanecerá sob o regime do alto-mar.

³³ SMITH, Danielle; JABOUR, Julia. MPAs in ABNJ: lessons from two high seas regime. *ICES Journal of Marine Science*, v. 75, n. 1, 2018. p. 417.

³⁴ Nos limites desse trabalho, serão mencionadas somente as AMPs constituídas em alto-mar. O debate sobre a possibilidade de criação de AMPs na “Área” segue em debate no âmbito da conferência intergovernamental sobre um instrumento juridicamente obrigatório sob a CNUDM sobre a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica marinha em áreas além das jurisdições nacionais.

³⁵ SALPIN, Charlotte; GERMANI, Valentina. Marine Protected Areas Beyond of National Jurisdiction: What's Mine is Mine and What You Think is Yours is also Mine. *Review of European Community & International Environmental Law*, v. 19, n. 2, 2010 p. 178.

Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia (1946), a Comissão Internacional da Baleia (IWC) criou dois santuários, em que a caça comercial da baleia está proibida: no Oceano Índico (1979) e no Oceano Antártico (1994).³⁶ No âmbito da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL 1973/78), foram criadas algumas áreas especiais em que as descargas por navios estão limitadas ou mesmo proibidas, por exemplo, no Mar Mediterrâneo. A Organização Marítima Internacional (IMO), por seu turno, detalhou procedimentos para a criação de áreas marítimas particularmente sensíveis (*Particularly Sensitive Sea Areas – PSSAs*).³⁷

Em termos regionais, dois tratados devem ser mencionados. Sob a *Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic* (Convenção OSPAR, 1992), que reúne quinze Estados – doze deles com costas no Oceano Atlântico noroeste – foram criadas dez AMPs em alto-mar, que cobrem cerca 8,9% da região.³⁸ Já no âmbito da Convenção sobre Conservação dos Recursos Vivos Marinhos Antárticos (CCRVMA, 1980), foram estabelecidas duas AMPs, a primeira foi a *South Orkney Islands Southern Shelf* com 94.000 km² em 2009. E, em 2016, a Comissão da CCRVMA criou a primeira AMPGE em alto-mar, a *Ross Sea Marine Protected Area*, por um período de trinta e cinco anos, que se iniciou em 1º de dezembro de 2017, que tem 1.550.000 de km².³⁹

Por fim, é válido mencionar que o tema da criação de AMPs em áreas além das jurisdições nacionais vem sendo debatido no âmbito dos trabalhos da conferência intergovernamental para a elaboração de um instrumento juridicamente obrigatório sob a CNUDM relativo à conservação e uso sustentável da biodiversidade marinha em áreas além das jurisdições nacionais (Resolução 72/249 da Assembleia Geral das Nações Unidas).⁴⁰

³⁶ WHALE Sanctuaries. Disponível em: <https://iwc.int/sanctuaries>. Acesso em: 2 out. 2019.

³⁷ SCOVAZZI, Tullio. Marine Protected Areas on the High Seas: Some Legal and Policy Considerations. *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 19, n. 1, 2004, pp. 8-9.

³⁸ STATUS of the OSPAR Network of Marine Protected Areas in 2017 (published in 2018 using the latest available data). Disponível em: https://www.ospar.org/site/assets/files/1378/assessment_sheet_mpa_status_2017.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

³⁹ JABOUR, Julia; SMITH, Danielle. The Ross Sea Region Marine Protected Area: Can It be Successfully Managed? *Ocean Yearbook*, v. 32, p. 190-192, 2018.

⁴⁰ UNITED NATIONS. Resolution 72/249, International legally binding instrument under the United Nations Convention on the

A questão dos mecanismos de gerenciamento baseados em zonas geográficas (*area based management tools*), inclusive AMPs, é um dos quatro temas principais da conferência intergovernamental, além de recursos genéticos marinhos, incluídas as questões relativas à distribuição dos benefícios; estudos de impacto ambiental; e, criação de capacidade e transferência de tecnologia marinha.⁴¹ As negociações da conferência intergovernamental continuam — ainda haverá uma nova rodada no primeiro semestre de 2020 — e um terceiro acordo de implementação da CNUDM poderá criar um regime jurídico para o estabelecimento de AMPs em alto-mar.⁴²

5 Os aspectos qualitativos da Meta 11 de Aichi: vantagens e desvantagens em ser grande

Com essa tendência pela criação de AMPGEs, surgiram os opositores e os defensores dessa solução, apontando vantagens e desvantagens nessas áreas protegidas.

Aqueles que são favoráveis as AMPGEs acreditam que essas áreas protegidas representam um importante compromisso com a questão da conservação, acrescentando que, a partir de uma perspectiva ecológica, vastas áreas protegidas são melhores na regeneração de populações de peixes do que as áreas menores, já que há um espaço maior para a dispersão de larvas, bem como habitat necessário para os primeiros estágios de vida.⁴³

Outro fator positivo nas AMPGES seria uma possível proteção de ecossistemas interiores e habitats interdependentes, permitindo que ecossistemas biológica-

Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, adopted by the General Assembly on 24 December 2017. Disponível em: <https://undocs.org/en/a/res/72/249>. Acesso em: 2 out. 2019.

⁴¹ TILLER, Rachel; DE SANTO, Elizabeth; MENDEHALL, Elizabeth; NYMAN, Elizabeth. The once and future treaty: Towards a new regime for biodiversity in areas beyond national jurisdiction. *Marine Policy*, v. 99, p. 240-241, 2019.

⁴² Em junho de 2019, o presidente da conferência intergovernamental divulgou um primeiro esboço dos trabalhos (*draft text*). A Parte III (*Measures such as area-based management tools, including marine protected areas*) versa sobre essa temática. Para maiores detalhes sobre os trabalhos da conferência intergovernamental, vide o site oficial na internet: <https://www.un.org/bbnj/>. Acesso em: 2 out. 2019.

⁴³ SANTO, Elizabeth de. Missing marine protected area (MPA) targets: How the push for quantity over quality undermines sustainability and social justice. *Journal of Environmental Management*, v. 124, 2013. p. 138.

mente conectados possam ser incluídos na mesma área de manejo.⁴⁴ Alguns especialistas também indicam que, em muitos casos, as AMPGEs incluem oceano e habitat do mar profundo, que não são usualmente encontrados em áreas marinhas menores. Além disso, muitas AMPGEs englobam parcelas significativas da variedade de espécies grandes e altamente migratórias, possibilitando a proteção a espécies que não são protegidas por pequenas áreas marinhas, em especial espécies altamente migratórias, como atuns, tubarões, cetáceos e tartarugas marinhas.⁴⁵

Um fator adicional vantajoso das AMPGEs seria que como muitas dessas áreas estão em regiões remotas, onde os custos de proteção por unidade de área são relativamente baixos e há menos desafios ou conflitos com atores locais. Assim, especialistas apontam que muitas áreas marinhas distantes ainda são relativamente protegidas das perturbações antropogênicas mais frequentes em locais de desenvolvimento costeiro e, conseqüentemente, têm um importante valor em termos de biodiversidade.⁴⁶

Em sentido contrário, outros especialistas entendem que as AMPGEs têm desvantagens próprias, como: enquanto o custo por unidade de área pode ser menor para uma AMPGE, esta necessita de atividades de vigilância, execução e monitoramento de vastas áreas *offshore* que envolvem altos investimentos (satélites, aeronaves e grandes navios).⁴⁷ Além disso, a designação de AMPGEs é muitas vezes decidida à revelia de qualquer meio de implementação.⁴⁸

⁴⁴ WILHELM, 'Aulani; SHEPPARD, Charles; SHEPPARD, Anne; GAYMER, Carlos; PARKS, John; WAGNER, Daniel; LEWIS, Nai'a. Large marine protected areas – advantages and challenges of going big. *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, v. 24, (Suppl. 2), 2014 p. 26.

⁴⁵ TOONEN, Robert; WILHELM, 'Aulani; MAXWELL, Sara; WAGNER, Daniel; BOWEN, Brian; SHEPPARD, Charles; TAEI, Sue; TEROKO, Tukabu; MOOFFITT, Russell; GAYMER, Carlos; MORGAN, Lance; LEWIS, Nai'a; SHEPPARD, Anne; PARKS, John; FRIEDLANDER, Alan. One size does not fit all: The emerging frontier in large-scale marine conservation. *Marine Pollution Bulletin*, v. 77, 2013. p. 8.

⁴⁶ SPALDING, Mark; MELIANE, Imèn; MILAN, Amy; FITZGERALD, Claire; HALE, Lynne. Protecting Marine Spaces: Global Targets and Changing Approaches. *Ocean Yearbook*, v. 27, 2013. p. 231.

⁴⁷ WILHELM, 'Aulani; SHEPPARD, Charles; SHEPPARD, Anne; GAYMER, Carlos; PARKS, John; WAGNER, Daniel; LEWIS, Nai'a. Large marine protected areas – advantages and challenges of going big. *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, v. 24 (Suppl. 2), 2014. p. 26.

⁴⁸ SANTO, Elizabeth de. Missing marine protected area (MPA)

O fato de diversas AMPGEs serem criadas em lugares remotos e desabitados, em regiões oceânicas com pouca atividade extrativa e distantes das mais sérias ameaças à biodiversidade marinha, é mencionado por outros especialistas como um fator desvantajoso, já que, em muitos casos, o estabelecimento dessas áreas parece atender uma abordagem mais voltada para considerações políticas do que por perspectivas eficazes de maximizar a proteção da biodiversidade (vide *infra*).⁴⁹ Em não raras oportunidades, as AMPGEs são designadas para proteger uma área que enfrenta pouca ameaça, desviando a atenção e os recursos para enfrentar os reais desafios, fornecendo somente uma ilusão da conservação marinha e aliviando a pressão para a preservação em áreas costeiras pequenas e mais ameaçadas.⁵⁰

Jones e De Santo argumentam que diversos elementos da Meta 11 de Aichi, especialmente a representatividade ecológica e o gerenciamento efetivo e equitativo, dificilmente são atingidos pela grande maioria das AMPGEs, concluindo que a corrida para estabelecer a maior AMP acaba por afastar recursos financeiros e vontade política dos esforços para constituir pequenas AMPs que proporcionam uma proteção mais efetiva das áreas marinhas.⁵¹

Por outro lado, aqueles que defendem a importância das pequenas AMPs reconhecem que o crescimento dessas áreas, em termos de cobertura, é limitado e que, para se alcançar a Meta 11 de Aichi até 2020, é preciso combinar com o estabelecimento de áreas mais vastas. Recordam, contudo, que o simples aumento nominal da área protegida não é o objetivo principal da Meta 11, mas a criação de um efetivo e adequado gerenciamento para essas áreas.⁵²

targets: How the push for quantity over quality undermines sustainability and social justice. *Journal of Environmental Management*, v. 124, 2013. p. 138.

⁴⁹ DEVILLERS, Rodolphe; PRESSEY, Robert; GRECH, Alana; KITTINGER, John; EDGAR, Graham; WARD, Trevor; WATSON, Reg. Reinventing residual reserves in the sea: Are we favouring ease of establishment over need for protection? *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, v. 25, 2015. p. 487.

⁵⁰ AGARDY, Tundi; DI SCIARA, Giuseppe; CHRISTIE, Patrick. Mind the gap: Addressing the shortcomings of marine protected areas through large scale marine spatial planning. *Marine Policy*, v. 35, 2011. p. 229.

⁵¹ JONES, P. J. S.; DE SANTO, E. M. Is the race for remote, very large marine protected areas (VLMPPAs) taking us down the wrong track? *Marine Policy*, v. 73, 2016. p. 231.

⁵² LEENHARDT, Pierre; CAZALET, Bertrand; SALVAT, Bernard; CLAUDET, Joachim; FERAL, François. The rise of large-scale marine protected areas: Conservation or geopolitics? *Ocean &*

Para aqueles que defendem a existência de AMPGEs, essas não devem ser vistas como uma panaceia, mas devem ser encaradas no contexto de um conjunto complexo de medidas de proteção a serem implementadas. Mesmo entre os defensores das AMPGEs, há o reconhecimento de que as melhores soluções para o futuro dos oceanos passam pela criação de pequenas e grandes áreas protegidas.⁵³

Não há respostas simples e definitivas, visto que há razoáveis argumentos em ambos os lados ao apontarem vantagens e desvantagens no estabelecimento de AMPGEs. No entanto, há dois fatores nesse debate que parecem incomodar sobretudo os especialistas e conservacionistas.

O primeiro deles é nível de proteção das AMPGEs, já que a enorme parte dessas áreas permite muitas atividades, inclusive pesca comercial, turismo e mesmo mineração marinha, o que ameaçaria uma real proteção, na hipótese de as medidas protetivas não serem efetivamente implementadas. É preciso examinar com atenção, caso a caso, o nível de proteção de determinada área. Por exemplo, quando o presidente de Kiribati Anote Tong anunciou a criação da *Phoenix Islands Protected Area*, não faltaram elogios à iniciativa, no entanto, examinando-se com mais cuidado, constatou-se que, em apenas 3% da área protegida, a pesca estava proibida.⁵⁴ Essas áreas “multiuso” são mais a regra do que a exceção nas recentes AMPGEs.

O segundo fator que incomoda os especialistas e setores conservacionistas é o uso político que é feito por alguns Estados costeiros ao criarem essas áreas protegidas, parece haver uma ideia entre os tomadores de decisão de “quanto maior, melhor”.

6 O aspecto quantitativo da Meta 11 de Aichi: questões políticas em torno das AMPGEs

Como considerado por Dulvy, a constituição de uma AMP é frequentemente mais o resultado de uma oportunidade política do que propriamente de uma avaliação de suas características biológicas e raramente conta com apoio científico suficiente em seu planejamento.⁵⁵

Nessa mesma linha, há aqueles que acrescentam que as metas internacionais de conservação criaram justificativas políticas para que alguns Estados costeiros criassem mecanismos legais para fortalecer seus direitos soberanos sobre espaços marinhos por meio do estabelecimento de AMPGEs.⁵⁶

Nesse cenário a possibilidade de se estabelecer uma AMPGE tem alguns atrativos políticos.

Internacionalmente, o estabelecimento de uma AMPGE possibilita que o Estado costeiro — desenvolvido ou em desenvolvimento — possa reivindicar ter alcançado a meta percentual de conservação da biodiversidade marinha e, conseqüentemente, projetar uma imagem como um Estado comprometido com as questões ambientais e cumpridor do direito internacional. Internamente, a criação de um AMPGE também se mostra uma alternativa interessante, já que essas áreas protegidas são estabelecidas em locais isolados e distantes do litoral e, por isso, o processo de constituição é consideravelmente mais fácil do que em um local próximo a uma área costeira mais populosa, onde há um potencial conflitivo maior com atores locais — pescadores artesanais e recreativos, operadores de turismo, indústria do petróleo e gás, setores de navegação, entre outros.⁵⁷

Dois Estados costeiros, Reino Unido e Brasil, exemplificam iniciativas que parecem mais influenciadas por considerações políticas do que por uma preocupação ambiental.

Coastal Management, v. 85, 2013. p. 487.

⁵³ TOONEN, Robert; WILHELM, Aulani; MAXWELL, Sara; WAGNER, Daniel; BOWEN, Brian; SHEPPARD, Charles; TAEI, Sue; TEROKO, Tukabu; MOOFFITT, Russell; GAYMER, Carlos; MORGAN, Lance; LEWIS, Nai'a; SHEPPARD, Anne; PARKS, John; FRIEDLANDER, Alan. One size does not fit all: the emerging frontier in large-scale marine conservation. *Marine Pollution Bulletin*, v. 77, 2013. p. 10.

⁵⁴ PALA, Christopher. Giant Marine Reserves Post Vast Challenges. *Science*, v. 339, n. 6120, 2011, p. 640. Em 2015, muito em razão das críticas recebidas por fundações doadoras de recursos financeiros, o governo de Kiribati tornou toda a *Phoenix Islands Protected Area* como área *no-take*.

⁵⁵ DULVY, Nicholas K. Super-sized MPAs and the marginalization of species conservation. *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, v. 23, 2011. p. 359.

⁵⁶ LEENHARDT, Pierre; CAZALET, Bertrand; SALVAT, Bernard; CLAUDET, Joachim; FERAL, François. The rise of large-scale marine protected areas: Conservation or geopolitics? *Ocean & Coastal Management*, v. 85, 2013. p. 113.

⁵⁷ LEENHARDT, Pierre; CAZALET, Bertrand; SALVAT, Bernard; CLAUDET, Joachim; FERAL, François. The rise of large-scale marine protected areas: Conservation or geopolitics? *Ocean & Coastal Management*, v. 85, 2011, p. 113.

O Reino Unido priorizou a constituição de AMPGEs em diversas ilhas distantes e remotas que ainda se encontram sob seu controle, por exemplo, na constituição da *South Georgia and South Sandwich Islands Marine Protected Area*, com 1.070.000 km² (2012) e da *Pitcairn Islands Marine Reserve*, com 834.334 km² (2016).⁵⁸ Além dessas, o governo britânico também constituiu AMPGEs em Santa Helena (445.000 km²) e Ascensão (234.291 km²) e, em 2020, em Tristão da Cunha, prometida para ser a maior área protegida no Atlântico Sul, com 750.510 km².⁵⁹ O caso britânico é particularmente interessante porque essas AMPGEs contrastam sobremaneira com os números de proteção ao redor das ilhas britânicas na Europa, que não atingem 10 km², um percentual insignificante de proteção marinha.⁶⁰

Entretanto, o caso mais rumoroso e evidente de uso político é o da *Chagos Marine Protected Area*, uma área de proteção integral que cobre 640.000 km², criada pelo Reino Unido ao redor do arquipélago de Chagos em 2010. O arquipélago de Chagos, parte do *British Indian Ocean Territory*, é reivindicado por Maurício como parte do seu território, já que, durante o processo de descolonização, em meados dos anos 1960, o Reino Unido separou o arquipélago de Maurício e expulsou a população da nativa das ilhas (*Chagossians*). Posteriormente à separação, o Reino Unido cedeu a ilha de Diego Garcia, a maior de Chagos, para que Estados Unidos construíssem uma base militar.⁶¹

A partir dos anos 2000, a reivindicação dos *Chagossians* a um direito de retorno ganhou maior visibilidade no Reino Unido e internacional. Uma série de pleitos de *Chagossians* e seus descendentes foram interpostos em cortes britânicas e na Corte Europeia de Direitos

Humanos.⁶²

Um conjunto de mensagens da embaixada dos Estados Unidos em Londres do final de 2010 e vazado pelo site *Wikileaks*, revelou que o motivo principal da criação da AMPGE em Chagos não fora um objetivo conservacionista, mas restringir o acesso e reduzir as chances de os *Chagossians* reocuparem as ilhas.⁶³

Ao criar uma AMPGE no arquipélago de Chagos de proteção integral, ou seja, vedando qualquer atividade econômica dentro dos limites da área protegida, o Reino Unido praticamente inviabilizava qualquer possibilidade de retorno ao arquipélago. Como reação, em dezembro de 2010, Maurício solicitou a criação de um procedimento arbitral com base no anexo VII da CNUDM.⁶⁴

Além disso, em junho de 2017, o Secretário-Geral das Nações Unidas, atendendo decisão da Assembleia Geral, solicitou da Corte Internacional de Justiça (CIJ) um parecer consultivo sobre o processo de separação do arquipélago de Chagos de Maurício.⁶⁵ Em fevereiro de 2019, a CIJ divulgou seu parecer consultivo que de maneira praticamente unânime impôs uma dura derrota ao Reino Unido:

177. The Court having found that the decolonization of Mauritius was not conducted in a manner consistent with the right of peoples to self-determination, it follows that the United Kingdom's continued administration of the Chagos Archipelago constitutes a wrongful act entailing the international responsibility of that State [...]. It is an unlawful act of a continuing character which arose as a result of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius.

178. Accordingly, the United Kingdom is under an obligation to bring an end to its administration of the

⁵⁸ MARINE Protected Areas. Disponível em: <https://protected-planet.net/marine>. Acesso em: 2 out. 2019.

⁵⁹ UK to ban fishing from a million square kilometres of ocean. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2016/sep/15/uk-to-ban-fishing-from-a-million-square-kilometres-of-ocean>. Acesso em: 2 out. 2019.

⁶⁰ O'LEARY, Bethan C.; BAN, Natalie C.; FERNANDEZ, Miriam; FRIEDLANDER, Alan M.; GARCÍA-BORBOROGLU, Pablo; GOLBUU, Yimmang; GUIDETTI, Paolo; HARRIS, Jean M.; HAWKINS, Julie P.; LANGLOIS, Tim; MCCAULEY, Douglas J.; PIKITCH, Ellen K.; RICHMOND, Robert H.; ROBERTS, Callum M. Addressing Criticism of Large-Scale Marine Protected Areas. *BioScience*, v. 68, n. 5, 2018. p. 365.

⁶¹ GIRAudeau, Géraldine. A Slight Revenge and a Growing Hope for Mauritius and the Chagossians: The UNCLOS Arbitral Tribunal's Award of 18 March 2015 on Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom). *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015. p. 706.

⁶² GIRAudeau, Géraldine. A Slight Revenge and a Growing Hope for Mauritius and the Chagossians: The UNCLOS Arbitral Tribunal's Award of 18 March 2015 on Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom). *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 708-713, 2015.

⁶³ US embassy cables: Foreign Office does not regret evicting Chagos islanders. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/us-embassy-cables-documents/20149>. Acesso em: 2 out. 2019.

⁶⁴ PCA. PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 158.

⁶⁵ SILVA, Alexandre Pereira da. Arbitragem Internacional sob Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e as Controvérsias Mistas: Análise de Casos Recentes. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, 2019. p. 96.

Chagos Archipelago as rapidly as possible, thereby enabling Mauritius to complete the decolonization of its territory in a manner consistent with the right of peoples to self-determination.⁶⁶

O Brasil também seguiu uma linha mais política do que ambiental ao criar suas duas AMGPEs. Até março de 2018, o país tinha apenas 56.734 km² dos seus 3.555.796 km² de área oceânica cobertos por unidades de conservação, ou seja, apenas 1,5% das suas águas jurisdicionais estavam protegidas.⁶⁷ Mas com criação da Área de Proteção Ambiental do arquipélago de Trindade e Martim Vaz e do Monumento Natural das ilhas de Trindade e Martim Vaz e do Monte Columbia (471.532 km²)⁶⁸ e da Área de Proteção Ambiental do arquipélago de São Pedro e São Paulo e do Monumento Natural do arquipélago de São Pedro e São Paulo (454.315 km²)⁶⁹, a proteção marinha no Brasil saltou para mais de 26% de sua área oceânica.⁷⁰

Apesar dos números expressivos, a proteção ambiental ficou em segundo plano. Nos termos da legislação doméstica, as unidades de conservação dividem-se em dois grandes grupos: as unidades de proteção integral (por exemplo, um monumento natural) e as unidades de uso sustentável (por exemplo, as áreas de proteção ambiental). As unidades de proteção integral têm por objetivo principal a preservação da natureza, sendo apenas admitido o uso indireto dos seus recursos naturais. Já as unidades de uso sustentável têm por objetivo básico a compatibilização da conservação da natureza com o uso sustentável dos seus recursos naturais.⁷¹

A principal crítica é que, nos dois casos, cerca de 90% da área protegida foi classificada como de uso sustentável, ou seja, pesca comercial, turismo e atividades econômicas (por exemplo, mineração marinha) não ficam vedadas, desde que sejam “compatíveis com a conservação ambiental”.

⁶⁶ ICJ. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius 1965. Advisory Opinion of 25 February 2019.

⁶⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Cadastro Nacional de Unidades de Conservação*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/cadastro-nacional-de-ucs>. Acesso em: 2 out. 2019.

⁶⁸ BRASIL. Decreto no. 9.312, de 19 de março de 2018. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 20 de março de 2018. p. 1.

⁶⁹ BRASIL. Decreto no. 9.313, de 19 de março de 2018. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 20 de março de 2018. p. 3.

⁷⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Cadastro Nacional de Unidades de Conservação*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/cadastro-nacional-de-ucs>. Acesso em: 2 out. 2019.

⁷¹ BRASIL. Lei no. 9.985, de 18 de julho de 2000. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 19 de julho de 2000. p. 1.

Como mencionado, esse tipo de divisão não é incomum, especialmente em AMPGEs. Na realidade, entre as maiores AMPGEs, a grande maioria é classificada dentro da categoria VI da IUCN (áreas protegidas com uso sustentável dos recursos naturais).

Fatores políticos também foram essenciais para que o Brasil criasse suas AMPGEs nos seus dois arquipélagos mais distantes e isolados. Depois de dois anos de notícias ruins para o meio ambiente (aumento do desmatamento da Amazônia, concessões à bancada ruralista no Congresso Nacional, extinção e posterior relutância em revogar o decreto que abriria a Reserva Nacional do Cobre e Associados – RENCA – para exploração das mineradoras), o governo Temer poderia, enfim, com o estabelecimento das AMPGEs, alardear uma iniciativa ambientalmente importante que geraria um efeito positivo interno e internacional.⁷²

Com a medida, internamente o governo agradaria os setores da sociedade civil ligados à proteção do meio ambiente adotando uma medida vista como importante para o uso e a conservação dos recursos naturais e com um baixo ônus político, já que, como se tratam de duas ilhas oceânicas distantes e sem população, o governo federal não teria que negociar com outros atores interessados, com exceção da Marinha. No âmbito internacional, além da repercussão midiática positiva, a medida adotada permitiria a manutenção da posição de que o país é ambientalmente consciente, cumpridor das metas internacionais de proteção ambiental e uma liderança internacional nas discussões sobre o meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

A criação das AMPGEs em Trindade e Martin Vaz, e em São Pedro e São Paulo foi um típico exemplo de uma decisão tomada de afogadilho, em que todos os prazos foram encurtados ao máximo para que o então presidente pudesse anunciar, em um evento internacional — 8º Fórum Mundial da Água, realizado em Brasília —, o estabelecimento das áreas protegidas. Portanto, a iniciativa foi mais motivada por um oportunismo político do que propriamente por uma real preocupação ambiental.⁷³

⁷² SILVA, Alexandre Pereira da. Brazilian large-scale marine protected areas: Other “Paper Parks”? *Ocean & Coastal Management*, v. 169, 2019. p. 109.

⁷³ MAGRIS, Rafael A.; PRESSEY, Robert L. Marine protected areas: Just for show? *Science*, vol. 360 (6390), 2018, pp. 723-724; GIGLIO, Vinicius J.; PINHEIRO, Hudson T.; BENDER, Mariana G.; BONALDO, Roberta M.; COSTA-LOTUFO, Leticia V.; FER-

7 Considerações finais

Com a fixação em 2010 da Meta 11 de Aichi, diversos Estados costeiros passaram a estabelecer AMPGEs, em locais distantes e isolados, elevando de forma rápida, mas nem sempre eficaz, os números de proteção do meio marinho. Dessa forma, as metas de conservação se concentraram de forma praticamente exclusiva no aspecto quantitativo da Meta 11 de Aichi, enquanto os aspectos qualitativos, mais difíceis de serem aferidos e protegidos, foram relegados a uma posição secundária, quando não inexistente.

Por um lado, a contribuição das AMPGEs para o avanço percentual da cobertura oceânica global é inegável. Por outro lado, o papel das AMPGEs para uma efetiva contribuição em termos de proteção da biodiversidade e serviços ecossistêmicos continua a ser tema de dissenso entre os especialistas. O único consenso parece ser uma combinação entre a constituição de grandes áreas e áreas pequenas protegidas.

Outro fator crucial no debate sobre a Meta 11 de Aichi e a proteção do meio marinho é o uso político por parte de alguns Estados costeiros. A questão política sempre é considerada no momento do estabelecimento de uma área protegida, mas a possibilidade que tem alguns Estados costeiros de criarem AMPGEs em locais distantes e isolados tem contribuído para desviar a atenção de áreas costeiras mais ameaçadas e que necessitam de proteção.

Referências

AGARDY, Tundi; DI SCIARA, Giuseppe; CHRISTIE, Patrick. Mind the gap: Addressing the shortcomings of marine protected areas through large scale marine spatial planning. *Marine Policy*, v. 35, p. 226-232, 2011.

ATLAS of Marine Protection. Disponível em: <http://>

REIRA, Carlos E. L.; FLOETER, Sérgio R.; FREIRE, Andrea; GASPARINI, João L.; JOYEUX, Jean-Cristophe; KRAJEWSKI, João Paulo; LINDER, Alberto; LONGO, Guilherme O.; LOTUFO, Tito M. C.; LOYOLA, Rafael; LUIZ, Osmar J.; MACIEIRA, Raphael M.; MAGRIS, Rafael A.; MELLO, Thayná J.; QUIMBAYO, Juan P.; ROCHA, Luiz A.; SEGAL, Bárbara; TEIXEIRA, João B.; VILANOVA, Daniele A.; VILAR, Ciro C.; ZILBERBERG, Carla; FRANCINI-FILHO, Ronaldo B. Large and remote marine protected areas in the South Atlantic Ocean are flawed and raise concerns: comments on Soares and Lucas (2018). *Marine Policy*, v. 96, p. 13-17, 2018.

mpatlas.org/. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Decreto no. 9.312, de 19 de março de 2018. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 20 de março de 2018. p. 1.

BRASIL. Decreto no. 9.313, de 19 de março de 2018. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 20 de março de 2018. p. 3.

BRASIL. Lei no. 9.985, de 18 de julho de 2000. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 19 de julho de 2000. p. 1.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Cadastro Nacional de Unidades de Conservação*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/cadastro-nacional-de-ucs>. Acesso em: 2 out. 2019

DANG, Vu Hai. *Marine protected areas network in the South China Sea: Charting a course for future cooperation*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014.

DAVIES, T. E.; MAXWELL, S. M.; KASCHNER, K.; GARILAO, C.; BAN, N. C. Large marine protected areas represent biodiversity now and under climate change. *Scientific Reports*, v. 7, n. 1, p. 1-7, 2017.

DE FONTAUBERT, A. Charlotte; DOWES, David R.; AGARDY, Tundy S. *Biodiversity in the Seas: Implementing the Convention on Biological Diversity in Marine and Coastal Habitats*. Gland: IUCN, 1996.

DEVILLERS, Rodolphe; PRESSEY, Robert; GRECH, Alana; KITTINGER, John; EDGAR, Graham; WARD, Trevor; WATSON, Reg. Reinventing residual reserves in the sea: Are we favouring ease of establishment over need for protection? *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, v. 25, p. 480-504, 2015.

DUDLEY, Nigel (ed.). *Guidelines for applying protected area management categories*. Gland: IUCN, 2008.

DULVY, Nicholas K. Super-sized MPAs and the marginalization of species conservation. *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, v. 23, p. 357-362, 2013.

FRAMEWORK for monitoring implementation of the achievement of the 2010 target and integration of targets into the thematic programmes of work. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-08/cop-08-dec-15-en.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

GIGLIO, Vinicius J.; PINHEIRO, Hudson T.; BENDER, Mariana G.; BONALDO, Roberta M.; COSTA-LOTUFO, Leticia V.; FERREIRA, Carlos E. L.; FLOETER, Sérgio R.; FREIRE, Andrea; GASPARINI,

- João L.; JOYEUX, Jean-Cristophe; KRAJEWSKI, João Paulo; LINDER, Alberto; LONGO, Guilherme O.; LOTUFO, Tito M. C.; LOYOLA, Rafael; LUIZ, Osmar J.; MACIEIRA, Raphael M.; MAGRIS, Rafael A.; MELLO, Thayná J.; QUIMBAYO, Juan P.; ROCHA, Luiz A.; SEGAL, Bárbara; TEIXEIRA, João B.; VILA-NOVA, Daniele A.; VILAR, Ciro C.; ZILBERBERG, Carla; FRANCINI-FILHO, Ronaldo B. Large and remote marine protected areas in the South Atlantic Ocean are flawed and raise concerns: comments on Soares and Lucas (2018). *Marine Policy*, v. 96, p. 13-17, 2018.
- GIRAUDEAU, Géraldine. A Slight Revenge and a Growing Hope for Mauritius and the Chagossians: the UNCLOS Arbitral Tribunal's Award of 18 March 2015 on Chagos Marine Protected Area (Mauritius *v.* United Kingdom). *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 704-726, 2015.
- ICJ. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius 1965. *Advisory Opinion*, of 25 February 2019.
- JABOUR, Julia, SMITH, Danielle. The Ross Sea Region Marine Protected Area: Can It be Successfully Managed? *Ocean Yearbook*, v. 32, p. 190-205. 2018.
- JONES, P. J. S.; DE SANTO, E. M. Is the race for remote, very large marine protected areas (VLMPPAs) taking us down the wrong track? *Marine Policy*, v. 73, p. 231-234, 2016.
- LEENHARDT, Pierre; CAZALET, Bertrand; SALVAT, Bernard; CLAUDET, Joachim; FERAL, François. The rise of large-scale marine protected areas: Conservation or geopolitics? *Ocean & Coastal Management*, v. 85, p. 112-118, 2013.
- LEWIS, Nai'a.; DAY, Jon; WILHELM, 'Aulani.; WAGNER, Daniel; GAYMER, Carlos; PARKS, John; FRIEDLANDER, Alan; WHITE, Susan; SHEPPARD, Charles; SPALDING, Mark; SAN MARTIN, Gustavo; SKEAT, Andrew; TAEI, Sue; TEROKO, Tukabu; EVANS, Jacqueline. *Large-scale marine protected areas: guidelines for design and management*. Gland: IUCN, 2017.
- MAGRIS, Rafael A.; PRESSEY, Robert L. Marine protected areas: Just for show? *Science*, v. 360, n. 6390, p. 723-724, 2018.
- MARINE Protected Areas. Disponível em: <https://protectedplanet.net/marine>. Acesso em: 2 out. 2019.
- O'LEARY, Bethan C.; BAN, Natalie C.; FERNANDEZ, Miriam; FRIEDLANDER, Alan M.; GARCÍA-BORBOROGLU, Pablo; GOLBUU, Yimmang; GUIDETTI, Paolo; HARRIS, Jean M.; HAWKINS, Julie P.; LANGLOIS, Tim; MCCAULEY, Douglas J.; PIKITCH, Ellen K.; RICHMOND, Robert H.; ROBERTS, Callum M. Addressing Criticism of Large-Scale Marine Protected Areas. *BioScience*, v. 68, n. 5, p. 359-370, 2018.
- PALA, Christopher. Giant Marine Reserves Post Vast Challenges. *Science*, v. 339, n. 6120, p. 640-641, 2013.
- PCA. *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015.
- QUICK guide to the Aichi Biodiversity Targets. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/strategic-plan/targets/T11-quick-guide-en.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.
- REES, Siân E.; FOSTER, Nicola L.; LANGMEAD, Olivia; PITTMAN, Simon; JOHNSON, David E. Defining the qualitative elements of Aichi Biodiversity Target 11 with regard to the marine and coastal environment in order to strengthen global efforts for marine biodiversity conservation outlined in the United Nations Sustainable Development Goal 14. *Marine Policy*, v. 93, pp. 241-250.
- RIFE, Alexis; ERISMAN, Brad; SANCHEZ, Alexandra; ABURTO-OROPEZA, Octavio. When good intentions are not enough... Insights on networks of "paper park" marine protected areas. *Conservation Letters*, v. 6, p. 200-212, 2013.
- SALPIN, Charlotte; GERMANI, Valentina. Marine Protected Areas Beyond of National Jurisdiction: What's Mine is Mine and What You Think is Yours is also Mine. *Review of European Community & International Environmental Law*, v. 19, n. 2, p. 174-184, 2010.
- SANTO, Elizabeth de. Missing marine protected area (MPA) targets: How the push for quantity over quality undermines sustainability and social justice. *Journal of Environmental Management*, v. 124, p. 137-146, 2013.
- SCOTT, Karen N. Conservation on the High Seas: Developing the Concept of the High Seas Marine Pro-

- tected Areas. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 27, p. 849-857, 2012.
- SCOVAZZI, Tullio. Marine Protected Areas on the High Seas: some Legal and Policy Considerations. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 19, n. 1, p. 1-17, 2004.
- SILVA, Alexandre Pereira da. Arbitragem Internacional sob Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e as Controvérsias Mistas: Análise de Casos Recentes. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 89-106, 2019.
- SILVA, Alexandre Pereira da. Brazilian large-scale marine protected areas: Other “Paper Parks”? *Ocean & Coastal Management*, v. 169, p. 104-112, 2019.
- SMITH, Danielle; JABOUR, Julia. MPAs in ABNJ: lessons from two high seas regime. *ICES Journal of Marine Science*, v. 75, n. 1, p. 417-425, 2018.
- SMYTH, Chris; HANICH, Quentin A. *Large scale marine protected areas: current status and consideration of socio-economic dimensions*. Washington D.C.: Pew Charitable Trusts, 2019.
- SPALDING, Mark; MELIANE, Imèn; MILAN, Amy; FITZGERALD, Claire; HALE, Lynne. Protecting Marine Spaces: Global Targets and Changing Approaches. *Ocean Yearbook*, v. 27, p. 213-248, 2013.
- STATUS of the OSPAR Network of Marine Protected Areas in 2017 (published in 2018 using the latest available data). Disponível em: https://www.ospar.org/site/assets/files/1378/assessment_sheet_mpa_status_2017.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.
- STRATEGIC Plan for the Convention on Biological Diversity. Disponível em: <https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7200>. Acesso em: 2 out. 2019.
- THE STRATEGIC Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets. Disponível em: <https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=12268>. Acesso em: 2 out. 2019.
- TILLER, Rachel; SANTO, Elizabeth de; MENDEHALL, Elizabeth; NYMAN, Elizabeth. The once and future treaty: Towards a new regime for biodiversity in areas beyond national jurisdiction. *Marine Policy*, v. 99, p. 239-242, 2019.
- TOONEN, Robert; WILHELM, ‘Aulani; MAXWELL, Sara; WAGNER, Daniel; BOWEN, Brian; SHEPPARD, Charles; TAEI, Sue; TEROKO, Tukabu; MOOFFITT, Russell; GAYMER, Carlos; MORGAN, Lance; LEWIS, Nai’a; SHEPPARD, Anne; PARKS, John; FRIEDLANDER, Alan. One size does not fit all: the emerging frontier in large-scale marine conservation. *Marine Pollution Bulletin*, v. 77, p. 7-10, 2013.
- UK to ban fishing from a million square kilometres of ocean. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2016/sep/15/uk-to-ban-fishing-from-a-million-square-kilometres-of-ocean>. Acesso em: 2 out. 2019.
- UNITED NATIONS. *Resolution 72/249, International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*. Adopted by the General Assembly on 24 December 2017. Disponível em: <https://undocs.org/en/a/res/72/249>. Acesso em: 2 out. 2019.
- UNITED NATIONS. *Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>. Acesso em: 2 out. 2019.
- US embassy cables: Foreign Office does not regret evicting Chagos islanders. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/us-embassy-cables-documents/207149>. Acesso em: 2 out. 2019.
- WHALE Sanctuaries. Disponível em: <https://iwc.int/sanctuaries>. Acesso em: 2 out. 2019.
- WILHELM, ‘Aulani; SHEPPARD, Charles; SHEPPARD, Anne; GAYMER, Carlos; PARKS, John; WAGNER, Daniel; LEWIS, Nai’a. Large marine protected areas – advantages and challenges of going big. *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, v. 24, (Suppl. 2), p. 24-30, 2014, pp. 24-30.
- WOLF, Sarah; BISCHOFF, Jan Asmus. Marine Protected Areas. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>. Acesso em: 2 out. 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Litigância climática como estratégia jurisdiccional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas

Climate litigation as a jurisdictional strategy to global anthropogenic heating and climate change

Litigancia climática como estrategia jurisdiccional al calentamiento global antropogénico y cambios climáticos

Délton Winter de Carvalho

Kelly de Souza Barbosa

Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas*

Climate litigation as a jurisdictional strategy to global anthropogenic heating and climate change

Litigancia climática como estrategia jurisdiccional al calentamiento global antropogénico y cambios climáticos

Délton Winter de Carvalho**

Kelly de Souza Barbosa***

Resumo

O aquecimento global e as mudanças climáticas decorrentes da interferência antropogênica são pautas universais que clamam uma discussão séria, urgente e eficaz, entre o Poder Público, as organizações internacionais, o setor científico e empresarial e a sociedade. Não há como perseverar a apatia para regulamentação, implementação e fiscalização das emissões de gases de efeito estufa e atenuação às mudanças climáticas. Nesse contexto, diante da omissão ou comedido ímpeto dos principais atores responsáveis pelo aquecimento global antropogênico, como a litigância climática pode contribuir para a mitigação e adaptação das mudanças climáticas? Tendo como objetivo geral apresentar um panorama sobre a litigância climática, foram desenvolvidos dois capítulos utilizando como estratégia metodológica a pesquisa descritiva aliada a investigação bibliográfica e documental. Ademais, a título de exemplo e em atenção a tradição, influência global e quantidade de processos relacionados a essa matéria nos Estados Unidos da América, se refletiu sobre os principais litígios climáticos da jurisdição norte-americana. A litigância climática apresenta-se como uma estratégia promissora para compelir e impulsionar as grandes empresas, indústrias e, principalmente, o Poder Público em sua função legislativa e executiva, a assumirem e se responsabilizarem pelo controle e impactos do aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas.

Palavras-chave: Gases de efeito estufa antropogênicos. Aquecimento global antropogênico. Mudanças climáticas. Litigância climática.

* Recebido em 27/02/2019
Aprovado em 21/08/2019

** Graduado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1999). Mestre (2001) e Doutor (2006) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-Doutor em Direito Ambiental e Direito dos Desastres pela University of California, Berkeley, CA, USA (2013), sob a orientação de Daniel A. Farber. Atualmente é Professor Adjunto I no Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Membro da Associação Brasileira dos Professores de Direito Ambiental - APRODAB e do Instituto o Direito por um Planeta Verde. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental e da Revista Direito Ambiental e Sociedade. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade. E-mail : delton@deltoncarvalho.com.br.

*** Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com bolsa CAPES/PROEX. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, com bolsa CAPES/PRO-SUP (2018). Especialista em Direito Processual Civil e Processo Cautelar pela Universidade Cândido Mendes - UCAM / Instituto Prominas (2017). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, Unidade Passos (2015). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade. Advogada. E-mail : kellydesouza04@gmail.com.

Abstract

Global warming and climate change are resulting to the anthropogenic are universal guidelines that call for a series of urgent, effective actions between the government, international organizations, the scientific and business sector and society. There is no way to persevere apathy in the regulation, implementation, and monitoring of greenhouse gas emissions and attenuation of climate change. In this context, given the omission or moderated impetus of the main actors responsible for anthropogenic global warming, how can climate litigation contribute to the mitigation and adaptation of climate change? Having a general objective to present a panorama on the climatic litigation, two chapters were developed using as a methodological strategy the descriptive research allied to bibliographical and documentary research. In addition, it used as an example and in view of the tradition, global influence and number of processes related to this matter in the United States of America, it was reflected on the main climatic litigations of the North American jurisdiction. Climate litigation presents itself as a promising strategy to compel and impel large corporations, industries, and especially the Public Power in its legislative and executive function, to assume and take responsibility for the control and impacts of anthropogenic global warming and climate change.

Keywords: Anthropogenic greenhouse gases. Global warming. Climate changes. Climate litigation.

Resumen

El calentamiento global y los cambios climáticos derivados de la interferencia antropogénica son pautas universales que claman una discusión seria, urgente, eficaz, entre el Poder Público, las organizaciones internacionales, el sector científico y empresarial y la sociedad. No hay como perseverar la apatía en la regulación, implementación y fiscalización de las emisiones de gases de efecto invernadero y atenuación al cambio climático. En este contexto, ante la omisión o comedido ímpetu de los principales actores responsables del calentamiento global antropogénico, ¿cómo el litigio climático puede contribuir a la mitigación y adaptación del cambio climático? Teniendo como objetivo general presentar un panorama sobre el litigio climático, se han desar-

rollado dos capítulos utilizando como estrategia metodológica la investigación descriptiva aliada a la investigación bibliográfica y documental. Además, a título del ejemplo y teniendo en vista la tradición, la influencia global y el número de juicios relacionados a este asunto en los Estados Unidos de América, se fue reflejado sobre los principales litigios climáticos de la jurisdicción de América del Norte. La lentitud climática se presenta como una estrategia prometedora para obligar a las grandes empresas, industrias y, principalmente, al Poder Público en su función legislativa y ejecutiva, a asumir y responsabilizarse por el control e impactos del calentamiento global antropogénico y los cambios climáticos.

Palavras-chaves: Gases de efecto invernadero antropogénicos. Calentamiento global antropogénico. Cambios climáticos. Litigios climáticos.

1 Introdução

A negação da interferência humana caótica na emissão de gases de efeito estufa e, conseqüente, aquecimento global, é uma mutilação da própria história. O fenômeno das mudanças climáticas deixou de ser uma constatação científica distante, para se tornar um problema cotidiano, global e catastrófico.

No recente relatório publicado pelo *Intergovernmental Panel On Climate Change* – IPCC, constatou-se que o aquecimento global de 1,5°C pode causar alterações climáticas robustas. Cita-se o aumento da temperatura média na maioria das regiões terrestres e oceânicas (*high confidence*), extremos quentes na maioria das regiões habitadas (*high confidence*), precipitação intensa em várias regiões (*medium confidence*) e a probabilidade de déficits de seca e precipitação em algumas regiões (*medium confidence*). Ademais, aumenta os riscos para a saúde, meios de subsistência, segurança alimentar, abastecimento de água, segurança humana e crescimento econômico. Todos esses cenários tornar-se-ão ainda mais graves se a temperatura global alcançar 2°C.¹

A questão climática exige das grandes empresas, indústrias, corporações, e, principalmente, do Poder

¹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Special report: global warming of 1,5°C*. Geneva: World Meteorology Organization, 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

Público (em sua função administrativa e normativa), agirem para a contenção do problema e dos efeitos negativos que ele causou, causa e causará ao meio ambiente e à humanidade. A apatia precisa impreterivelmente ser enfrentada para que o aquecimento global não alcance (e, na pior das hipóteses, ultrapasse) 1,5°C acima dos níveis pré-industriais.

Nesse contexto, diante da omissão ou comedido ímpeto dos principais atores responsáveis pelo aquecimento global antropogênico, como a litigância climática pode contribuir para a mitigação e adaptação das mudanças climáticas?

Para perquirir e refletir sobre a problemática proposta, optou-se por utilizar a estratégia de pesquisa descritiva aliada à investigação bibliográfica (obras e artigos científicos nacionais e internacionais) e documental (tratados e convenções internacionais, relatórios técnico-científicos, precedentes jurisprudenciais, entre outros). Oportuno esclarecer que os *cases* climáticos exemplificativos abordados nesse ensaio pertencem à jurisdição norte-americana, tendo em vista o histórico, a experiência e a grande concentração de processos relacionados com essa temática nos Estados Unidos da América, os quais acabam por influenciar, direta e indiretamente, outras jurisdições e pesquisas científicas (sobretudo, do campo jurídico) ao redor do mundo.

Traçado o objetivo geral de explorar a emergente estratégia da litigância climática como instrumento impulsionador de modificações no tratamento político e jurídico das questões envolvendo o aquecimento global e as mudanças climáticas, foram desenvolvidos dois capítulos.

O primeiro capítulo foi dedicado à contextualização da relação entre a emissão de gases de efeito estufa antropogênicos (ou seja, aqueles emitidos exponencialmente pela atividade humana), o aquecimento global desgovernado, as consequentes mudanças climáticas e os impactos na humanidade.

Na sequência, abordaram-se os principais aspectos da litigância climática (objeto, partes envolvidas, repercussão, entre outros), sendo ainda apresentado, no segundo capítulo, alguns dos mais importantes *cases* norte-americanos sobre a mudança do clima e as perspectivas futuras dessa estratégia.

A litigância climática apresenta-se como uma promissora estratégia impulsionadora de mudanças enérgi-

cas a serem empreendidas pelos principais atores responsáveis pela continuação dos níveis de aumento do aquecimento global e implementação de medidas para a mitigação e adaptação as alterações climáticas.

2 Aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas

A biosfera é um sistema organizado, complexo e inter-relacionado que diferencia o Planeta Terra dos demais astros do sistema solar. Ela corresponde ao conjunto de ecossistemas (via de regra, são identificados a litosfera, hidrosfera e a atmosfera) onde se encontra a diversidade de seres vivos e os meios sobre os quais eles se desenvolvem e interagem. Particularmente, a atmosfera terrestre corresponde à camada de gases que envolve a superfície do Planeta Terra, e, dentre as suas funções, está a regulação da temperatura e clima.

Para que o Planeta Terra não seja uma grande esfera de gelo, a temperatura média global de 14°C surge pela sinergia equilibrada entre a energia da radiação solar (raios ultravioletas) que entra na atmosfera e é absorvida pela superfície terrestre e a energia calorífica liberada pela superfície terrestre aquecida (raios infravermelhos) direcionada ao espaço. Parte dela, retida na atmosfera, é novamente refletida em direção à superfície terrestre pela ação das moléculas dos gases de efeito estufa (GEE). Quanto maior a concentração de gases de efeito estufa, mais quente ficará o sistema climático.²

Os gases de efeito estufa³ podem ser classificados como: (i) naturais, produzidos pela natureza em nível equilibrado e necessário para a manutenção de calor no Planeta, por exemplo, aqueles decorrentes das erupções vulcânicas; ou (ii) antropogênicos, produzidos pela ação humana, por exemplo, queima de combustíveis fósseis, desmatamento, degradação ambiental, aerossóis. Ao longo dos anos, vem se verificando um aumento exponencial da temperatura média do Planeta devido à sobrecarga e concentração de gases de efeito estufa no

² CONTIPELLI, Ernani de Paula. Política internacional climática: do consenso científico à governança global. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 83-94, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/644>. Acesso em: 31 jan. 2019. p. 84.

³ Os principais gases de efeito estufa presentes na atmosfera são: o vapor de água (H₂O), dióxido de carbono (CO₂), óxido nitroso (N₂O), metano (CH₄) e ozônio (O₃).

meio ambiente, sobretudo do gás carbônico (CO₂). É o fenômeno do aquecimento global.

Com a percepção da intensificação do aquecimento global, também foi se verificando que o fenômeno estava provocando alterações negativas no clima. As mudanças climáticas causavam e, caso não sejam controladas, poderão causar, impactos negativos nos sistemas humano, econômico e natural. Podem ser citados o (a/s): aumento da temperatura média global e do nível dos mares e oceanos, derretimento das calotas polares, eventos climáticos extremos (secas, inundações, entre outros), abruptas mudanças no clima (ondas de calor), intensificação de incêndios; aumento da vulnerabilidade social dos mais pobres, crescimento do número de refugiados ambientais, redução da produtividade de alimentos e agricultura, destruição de propriedades costeiras, salinização da água doce, extinção de espécies, limitação ao acesso e uso de recursos naturais pela indústria, crise econômica, aumento de pragas e doenças (humanas e animais), declínio da biodiversidade, entre outros.⁴

Os prejuízos decorrentes das mudanças climáticas são inúmeros. Smith e Shearman citam, em fluxograma, como danos, a propriedade: perdas de imóveis, animais e propriedades; danos à propriedade nacional e pública; danos aos assentamentos a beira-mar e na costa litorânea; perda na produtividade agrícola, pesqueira e pecuária; perda dos meios de sobrevivência, deslocamentos das pessoas e pobreza. E, como danos à saúde (diretos e indiretos): mortes e doenças relacionadas com o estresse térmico, eventos climáticos extremos, proliferação microbiana, deficiência nutricional, bem como pelas alterações na geografia e sazonalidade das doenças

infecciosas (risco de epidemias), entre outros riscos à saúde física e mental.⁵

As razões para o aumento do aquecimento global e a ocorrência das mudanças climáticas oscilavam entre aqueles que acreditavam ser esse um fenômeno predominantemente de causas naturais, aqueles que atribuíam, principalmente, a ação humana e aqueles céticos acerca da ocorrência de mudanças no clima.⁶

Os estudos sobre mudanças climáticas remontam ao século XIX, destacando a obra Teoria Analítica do Calor do matemático e cientista francês Jean Baptiste Joseph Fourier (1768-1830), nela principia a ideia de que a atmosfera exercia influência a temperatura planetária. Em 1896, o vencedor do Nobel de Química Svante Arrhenius (1859-1927) argumentou, em seus estudos sobre a influência do dióxido de carbono na atmosfera e as mudanças climáticas, já prevendo que o aumento da concentração desse gás poderia aumentar a temperatura do planeta.⁷

No entanto, entre 1900-1940, a Teoria do Dióxido de Carbono e a relação entre a concentração desse gás e o aquecimento global perdeu a sua força. Tal advertência pode ser verificada nas conclusões do físico Knut Angström de que toda a radiação infravermelha absorvida pelo gás carbônico também seria realizada pelo vapor de água. Outros cientistas também seguiram essa linha de raciocínio, desacreditando no aquecimento global em razão da alta concentração de gás carbônico. Alguns argumentavam que

⁴ CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CONVENÇÃO SOBRE MUDANÇA DO CLIMA, 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2014/08/convencomudancadoclima.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

FARBER, Daniel A.; CARLARNE, Cinnamon P. The international climate change regime. In: *Climate change law*. St. Paul: Foundation Press, 2018. cap. 3.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Special report: global warming of 1,5°C*. Geneva: World Meteorology Organization, 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

OBSERVATÓRIO DO CLIMA. *Emissões de GEE no Brasil e suas implicações para políticas públicas e a contribuição brasileira para o Acordo de Paris*: documento de análise 2018. Brasil, SEEG, 2018. Disponível em: <http://seeg.eco.br/wp-content/uploads/2018/08/Relatorios-SEEG-2018-Sintese-FINAL-v1.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

⁵ SMITH, Joseph; SHEARMAN, David. An introduction to climate change litigation. In: *Climate Change Litigation*. Australia: Presidential Legal Publications, 2006. cap. 1. p. 9.

⁶ Para aprofundamento do tema vide BRASIL, Alexandre Luis Junges; BRASIL, Neusa Teresinha Massoni. O consenso científico sobre aquecimento global antropogênico: considerações históricas e epistemológicas e reflexões para o ensino dessa temática. *Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 455-491, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/rbpec/article/view/10345>. Acesso em: 02 jan. 2019.

⁷ BRASIL, Alexandre Luis Junges; BRASIL, Neusa Teresinha Massoni. O consenso científico sobre aquecimento global antropogênico: considerações históricas e epistemológicas e reflexões para o ensino dessa temática. *Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 455-491, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/rbpec/article/view/10345>. Acesso em: 02 jan. 2019. p. 463-471.

CONTIPELLI, Ernani de Paula. Política internacional climática: do consenso científico à governança global. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 83-94, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/644>. Acesso em: 31 jan. 2019. p. 86-91.

o CO₂ presente na atmosfera já exerceria a sua plena capacidade de absorção de radiação, de modo que um acréscimo de CO₂ não aumentaria o efeito estufa. Finalmente, outros objetavam que o CO₂ proveniente de emissões humanas ou vulcânicas seria rapidamente absorvido pelos oceanos.⁸

Sem obstar os outros cientistas que contribuíram com pesquisas acerca da existência ou não da relação entre o aumento da concentração de gás carbônico e a elevação da temperatura média global, salienta-se o estudo do oceanógrafo Charles Keeling (1928-2005) para a medição da concentração de gás carbônico na atmosfera. O cientista realizou medições no Polo Sul e nas ilhas havaianas constatando que os oceanos não absorviam os excessos de emissão de gás carbônico (Curva de Keeling). Na década de 1980, novas pesquisas (e em maior número e uso de tecnologia e dados) surgem reforçando a influência antropogênica na temperatura mundial com a emissão de gás carbônico. No ano de 1979, a Organização Meteorológica Mundial (*World Meteorological Organization* – WMO) e o Conselho Internacional de Ciência (*International Council for Science* – ICSU) realizaram, em Genebra, a Primeira Conferência do Clima. Para organizar as pesquisas climáticas e apresentar mais segurança nas informações, a Organização Meteorológica Mundial e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente criaram o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (*Intergovernmental Panel on Climate Change* – IPCC).⁹

Corroborando os relatórios anteriores sobre a influência significativa das emissões de gases de efeito estufa antropogênicos no aquecimento global e mudanças climáticas, o IPCC divulgou em 2018 novo relatório no

qual se estimou que as atividades humanas causaram, aproximadamente, 1,0°C de aquecimento global acima do nível pré-industrial¹⁰, com um intervalo provável (*likely*) de 0,8°C a 1,2°C. Caso continue aumentando a taxa de emissões, a confiança é alta (*high confidence*) de que o aquecimento global provavelmente (*likely*) atinja 1,5°C entre 2030 e 2052.¹¹

Refletindo a tendência de aquecimento de longo prazo desde os tempos pré-industriais, a temperatura da superfície média global observada (GMST) para a década de 2006–2015 foi de 0,87°C (*provavelmente* entre 0,75°C e 0,99°C) maior do que a média durante o período de 1850-1900 (*confiança muito alta*). O aquecimento global antropogênico estimado corresponde ao nível de aquecimento observado a $\pm 20\%$ (faixa *provável*). O aquecimento global antropogênico estimado está aumentando atualmente a 0,2°C (*provavelmente* entre 0,1 ° C e 0,3 ° C) por década devido a emissões passadas e atuais (*alta confiança*).¹²

Ainda, segundo esse relatório, há alta confiança (*high confidence*) de que algumas regiões do mundo já possuem um aquecimento maior do que a média anual global, e essa alteração geralmente é maior na terra do que no oceano. Da mesma forma, existe alta confiança (*high confidence*) de que os sistemas naturais e humanos já sofreram impactos com o aquecimento global. A confiança tam-

⁸ BRASIL, Alexandre Luis Junges; BRASIL, Neusa Teresinha Massoni. O consenso científico sobre aquecimento global antropogênico: considerações históricas e epistemológicas e reflexões para o ensino dessa temática. *Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 455–491, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/rbpec/article/view/10345>. Acesso em: 02 jan. 2019. p. 463-465.

⁹ BRASIL, Alexandre Luis Junges; BRASIL, Neusa Teresinha Massoni. O consenso científico sobre aquecimento global antropogênico: considerações históricas e epistemológicas e reflexões para o ensino dessa temática. *Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 455–491, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/rbpec/article/view/10345>. Acesso em: 02 jan. 2019. p. 463-471.

CONTIPELLI, Ernani de Paula. Política internacional climática: do consenso científico à governança global. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 83-94, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/644>. Acesso em: 31 jan. 2019. p. 86-91.

¹⁰ Segundo o IPCC, o período pré-industrial corresponde ao período de vários séculos antes do início da atividade industrial em grande escala ocorrido por volta do ano de 1750, sendo utilizado o período de referência 1850-1900 para aproximar a temperatura média global da superfície (*Global mean surface temperature* – GMST) pré-industrial. INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Special report: global warming of 1,5°C*. Geneva: World Meteorology Organization, 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹¹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Special report: global warming of 1,5°C*. Geneva: World Meteorology Organization, 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹² Versão original: “Reflecting the long-term warming trend since pre-industrial times, observed global mean surface temperature (GMST) for the decade 2006–2015 was 0.87°C (likely between 0.75°C and 0.99°C) higher than the average over the 1850–1900 period (very high confidence). Estimated anthropogenic global warming matches the level of observed warming to within $\pm 20\%$ (likely range). Estimated anthropogenic global warming is currently increasing at 0.2°C (likely between 0.1°C and 0.3°C) per decade due to past and ongoing emissions (high confidence).” INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Special report: global warming of 1,5°C*. Geneva: World Meteorology Organization, 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

bém é alta (*high confidence*) de que os riscos para os referidos sistemas serão maiores caso o aquecimento global alcance 1,5°C em comparação com a temperatura atual, mas, ainda assim, menores se for considerado o cenário de 2°C acima dos níveis pré-industriais.¹³

Ademais, nas análises mais recentes das observações feitas no âmbito do Programa de Vigilância da Atmosfera Global (Programa VAG) e Organização Meteorológica Mundial, publicadas no Boletim sobre os gases de efeito estufa de novembro de 2018, além do aumento inesperado das emissões mundiais de CFC-11¹⁴, verificou-se que:

[A]s médias mundiais das frações molares em superfície calculadas a partir desta rede *in situ* para o dióxido de carbono (CO₂), o metano (CH₄) e o óxido nitroso (N₂O) alcançaram novos máximos em 2017 ao registrar 405,5 ± 0,1 ppm [partes por milhão] para o CO₂, 1859 ± 2 ppb [partes por bilhão] para o CH₄ e 329,9 ± 0,1 ppb para o N₂O, o que representa, respectivamente, 146 %, 257 % e 122 % dos níveis pré-industriais (antes de 1750).¹⁵

¹³ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Special report: global warming of 1,5°C*. Geneva: World Meteorology Organization, 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹⁴ “As medições da abundância atmosférica de CFC-11 (triclorofluorometano ou CCl₃F), um potente gás de efeito estufa (GEE) e substância que esgota a camada de ozônio estratosférico regulada pelo Protocolo de Montreal sobre as substâncias que destroem a camada do ozono, mostram que, desde 2012, a taxa de diminuição do CFC-11 desacelerou para cerca de dois terços em relação à década anterior. A causa mais provável deste ritmo de diminuição mais lenta é a maior quantidade de emissões ligadas à produção de CFC-11 na Ásia oriental.”

Versão original: “Las mediciones de la abundancia atmosférica de CFC-11 (triclorofluorometano o CCl₃F), un potente gas de efecto invernadero (GEI) y sustancia que agota la capa de ozono estratosférico regulado en el marco del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, muestran que desde 2012 la tasa de disminución de CFC-11 se ha lentificado aproximadamente a dos terceras partes con respecto al decenio anterior. La causa más probable de este ritmo de disminución más lento es la mayor cantidad de emisiones vinculadas a la producción de CFC-11 en Asia oriental”. ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (OMM). *Boletín de la OMM sobre los gases de efecto invernadero*. n. 14. Ginebra: OMM, 22 nov. 2018. Disponível em: https://library.wmo.int/index.php?lvl=notice_display&id=6887#.XFgD0VxKhPY. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁵ Versão original: “[...] los promedios mundiales de las fracciones molares en superficie (1) calculados a partir de esta red *in situ* para el dióxido de carbono (CO₂), el metano (CH₄) y el óxido nitroso (N₂O), alcanzaron nuevos máximos en 2017 al registrar 405,5 ± 0,1 ppm para el CO₂, 1859 ± 2 ppb) para el CH₄ y 329,9 ± 0,1 ppb para el N₂O, lo que representa, respectivamente, el 146 %, el 257 % y el 122 % de los niveles preindustriales (antes de 1750).” ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (OMM).

A constatação científica de que as mudanças climáticas têm como responsável a influência antropogênica na atmosfera, bem como os resultados e prognósticos catastróficos desse fenômeno no mundo, fizeram com que organizações internacionais, Estados-nação e indivíduos se atentassem à temática. Segundo Farber e Carlarne¹⁶, o regime internacional de mudanças climáticas possui três instrumentos primários de lei internacional, são eles: Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, Protocolo de Quioto e Acordo de Paris.

No ano de 1992, na cidade do Rio de Janeiro (Brasil), foi realizada a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (notadamente conhecida como Rio-92, Cúpula da Terra) que reuniu 178 delegações (incluindo chefes de Estado e de Governo) de 115 países para criarem uma agenda global sobre as questões ambientais mundiais. Criada durante a Rio-92, entrou em vigor no dia 21 de março de 1994 a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima¹⁷. Tal Convenção foi ratificada por 196 Partes (Estados) que assumiram o compromisso de estabilizarem a concentração de gases de efeito estufa antropogênicos na atmosfera, a fim de evitarem a interferência humana danosa no sistema climático do mundo.¹⁸

Boletín de la OMM sobre los gases de efecto invernadero. n. 14. Ginebra: OMM, 22 nov. 2018. Disponível em: https://library.wmo.int/index.php?lvl=notice_display&id=6887#.XFgD0VxKhPY. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁶ FARBER, Daniel A.; CARLARNE, Cinnamon P. The international climate change regime. In: *Climate change law*. St. Paul: Foundation Press, 2018. cap. 3. p. 57.

¹⁷ Segundo Biato na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima “[a]dotou-se uma Convenção geral que estabelece princípios e instituições, e permite o início de um processo de negociação. Depois, à medida que os conhecimentos científicos fossem aprofundados, as Partes adotariam protocolos e ajustes para aperfeiçoar os procedimentos.” BIATO, Márcia Fortuna. Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 166, p. 233-252, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22129-22130-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019. p. 239.

¹⁸ BIATO, Márcia Fortuna. Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 166, p. 233-252, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22129-22130-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Conferência das Nações Unidas sobre mudança do clima*. Brasil, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>. Acesso em: 26 fev. 2019.

CONVENÇÃO SOBRE MUDANÇA DO CLIMA, 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2014/08/convencaomudanca>

Quioto (Japão) foi o local escolhido para serem discutidas e negociadas no ano de 1997 metas mais efetivas para a redução da emissão de gases de efeito estufa a fim de combater e aliviar os impactos do aquecimento global. No ano de 2005, o Protocolo de Quioto¹⁹ (1997) entrou em vigor após a ratificação dos 55 países que juntos produziam 55% das emissões antropogênicas mundiais. Dentre os compromissos, destacam-se a obrigação das Partes, principalmente aquelas tidas como desenvolvidas, para a redução ao menos de 5% dos níveis de emissão de gases de efeito estufa em comparação aos níveis de 1990, no período de 2008-2012, e a adoção pelos países em desenvolvimento aos Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL)²⁰.

Em 2015, na 21ª Conferência das Partes (COP) da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática realizada em Paris (França), foi adotado um novo acordo entre as Partes para manter o aumento da temperatura média global em menos de 2°C acima dos níveis pré-industriais e promover esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C. O Acordo de Paris 2015²¹ também reforça a necessidade do aumento nos

esforços para a mitigação²² e adaptação²³, bem como para o financiamento climático, considerando o “princípio da igualdade e responsabilidades comuns, porém diferenciadas e respectivas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais”.²⁴

Pesquisas científicas de distintas áreas, cientistas e organizações científicas renomadas de diversas partes do mundo, relatórios técnicos de ponta desenvolvidos sob critérios científicos rígidos e alta tecnologia, documentos internacionais e nacionais, entre outros, atestam e entram em consenso acerca da influência antropogênica no aquecimento global e nas mudanças climáticas.²⁵

²² O IPCC define a mitigação (da mudança climática) como a intervenção humana para reduzir as emissões de gases de efeito estufa ou melhorar a forma de retirada (sumidouros, *sinks*) desses gases da atmosfera. INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Special report: global warming of 1,5°C*. Geneva: World Meteorology Organization, 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

²³ O conceito de adaptação, segundo o IPCC: “Nos sistemas humanos, o processo de ajuste real ou esperado ao clima e seus efeitos, a fim de moderar danos ou explorar oportunidades benéficas. Nos sistemas naturais, o processo de ajuste ao clima atual e seus efeitos; a intervenção humana pode facilitar o ajuste ao clima esperado e seus efeitos.” (Tradução Nossa).

Versão original: “In *human systems*, the process of adjustment to actual or expected *climate* and its effects, in order to moderate harm or exploit beneficial opportunities. In natural systems, the process of adjustment to actual climate and its effects; human intervention may facilitate adjustment to expected climate and its effects.” INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Special report: global warming of 1,5°C*. Geneva: World Meteorology Organization, 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

²⁴ ACORDO DE PARIS, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

²⁵ A *National Aeronautics and Space Administration* (NASA), agência norte-americana responsável por projetos de exploração espacial, acompanha o entendimento científico de que os gases de efeito estufa emitidos pelas atividades humanas é uma das principais causas para as mudanças climáticas globais. Para ilustrar o consenso científico a respeito da interferência antropogênica no clima mundial, a agência elenca as seguintes organizações: (a) Associações científicas norte-americanas: Academias de Ciência respectivamente: *American Association for the Advancement of Science*, *American Chemical Society*, *American Geophysical Union*, *American Medical Association*, *American Meteorological Society*, *American Physical Society*, *The Geological Society of America*; (b) Academia de ciências: *U.S. National Academy of Sciences*; (c) Agência do Governo dos EUA: *U.S. Global Change Research Program*; (d) Órgão intergovernamental: *Intergovernmental Panel on Climate Change*. NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION (NASA). *Scientific consensus: Earth's climate is warming*. California: Earth Science Communications Team at NASA's Jet Propulsion Laboratory; California Institute of Technology, 2019. Disponível em: <https://climate.nasa.gov/scientific-consensus/>. Acesso

do clima.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.

¹⁹ Fonseca explica em nota de rodapé que “[e]mbora os protocolos sejam aplicados para interpretar ou implementar os objetivos do acordo principal, são instrumentos ratificados separadamente. Assim, há Estados que se vinculam ao acordo principal, sem, no entanto, se vincularem aos protocolos.” FONSECA, Fúlvio Eduardo. A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 1, p. 121-138, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v50n1/a07v50n1>. Acesso em: 26 fev. 2019. p. 126.

²⁰ PROTOCOLO DE QUIOTO, 1997. Disponível em: http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Protocolo_Quioto.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.

²¹ Os Estados Unidos da América é um dos maiores emissores de gases de efeito estufa antropogênicos do mundo. Embora tenha assinado o Acordo de Paris, no ano de 2017 o Presidente Donald Trump anunciou que o país sairia do acordo. Farber e Carlane pontuam que a decisão não tem efeito imediato, haja vista a previsão constante no artigo 28 do Acordo de Paris e as datas da próxima eleição presidencial. Ademais, outras partes do Acordo (como China e União Europeia) assinalam que a saída do Estado norte-americano não afetará o compromisso, no entanto, é o futuro que dirá se a vitalidade do Acordo de Paris foi ou não afetada. FARBER, Daniel A.; CARLARNE, Cinnamon P. The international climate change regime. In: *Climate change law*. St. Paul: Foundation Press, 2018. cap. 3. p. 72.

Negar isso é desconsiderar a própria história e as investigações científicas desenvolvidas ao longo dos últimos séculos e que estão em progresso²⁶.

Como assevera Nobre, a diferença entre a atual geração e a geração pós-guerra (momento em que houve um exponencial crescimento econômico, industrialização, exploração dos recursos naturais, aumento populacional) é a posse do conhecimento sobre as mudanças climáticas.

E por isso a responsabilidade maior de quem está construindo agora o planeta que será deixado para nossos descendentes. Se a trajetória não for alterada, a experiência humana relegará às gerações futuras um planeta num grau incomparavelmente maior de crise ambiental em relação às condições ambientais que recebemos de nossos pais.²⁷

Todavia, a realidade demonstra que essa conscientização ainda é pequena diante da magnitude do problema e ela não deve estar concentrada apenas ao âmbito nacional ou internacional (transnacional), ou aos atores privados ou públicos.²⁸ A atuação deve ser conjuntal

em: 27 fev. 2019.

A *Office of Planning and Research* (OPR), criada em 1970 e que integra o Escritório do Governador do Estado da Califórnia (EUA), também disponibiliza no link <http://www.opr.ca.gov/facts/list-of-scientific-organizations.html> uma lista com cerca de 200 (duzentas) organizações científicas mundiais que defendem a posição de que a ação humana interferiu no equilíbrio climático do mundo. OFFICE OF PLANNING AND RESEARCH (OPR). *List of worldwide scientific organizations*. California, 2019. Disponível em: <http://www.opr.ca.gov/facts/list-of-scientific-organizations.html>. Acesso em: 27 fev. 2019.

Ademais recomenda-se a leitura da obra US NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES; THE ROYAL SOCIETY. *Climate change: evidence & causes*. Washington: National Academy of Sciences, 2014. Disponível em: <https://www.nap.edu/read/18730/chapter/1>. Acesso em: 27 fev. 2019.

²⁶ Sobre o ensino das mudanças climáticas vide BRASIL, Alexandre Luis Junges; BRASIL, Neusa Teresinha Massoni. O consenso científico sobre aquecimento global antropogênico: considerações históricas e epistemológicas e reflexões para o ensino dessa temática. *Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 455-491, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/rbpec/article/view/10345>. Acesso em: 02 jan. 2019.

²⁷ NOBRE, C. A. Mudanças climáticas e o Brasil: contextualização. *Parcerias Estratégicas*, Brasília, v. 27, p. 7-17, 2008. Disponível em: http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/326/320. Acesso em: 30 jan. 2019. p. 14.

²⁸ Saint-Geniès explica que: “de qualquer forma, unidas ou fragmentadas, as soluções privadas para a crise climática nunca poderão substituir totalmente a ação pública coletiva, pois a resolução da crise climática é antes de mais nada uma questão de interesse geral. [...] Ao mesmo tempo, na ausência de uma ação pública coletiva suficientemente ambiciosa e eficaz, a contribuição das normas privadas internacionais sobre o clima parece, mais do que nunca, necessária

Logo mostra-se importante o uso de novas estratégias para impulsionar (todos) os atores a verdadeiramente controlarem a emissão antropogênica de gases de efeito estufa e implementarem medidas de mitigação e adaptação climática, por exemplo, utilizando o processo judicial.

3 Panorama da litigância climática

A mudança do clima causada pelas emissões antropogênicas de gases de efeito estufa impõe ao indivíduo, sociedade, organizações, entidades e, principalmente, Poder Público a releitura de seus respectivos papéis e funções na melhoria do meio ambiente e/ou contenção das interferências nefastas a existência de vida.

Bernando alerta quanto à presença de uma certa resistência à implementação de medidas de mitigação da produção “humana” de gases de efeito estufa e adaptação aos novos cenários decorrentes da mudança climática. Ela pode ser verificada em alguns segmentos da sociedade e do setor econômico, uma vez que as medidas de mitigação e adaptação climática demandam interferências significativas nessas esferas (*v.g.* restrições ao padrão de consumo, na emissão de gases de efeito estufa), bem como podem ameaçar seus interesses (*v.g.* crescimento econômico, empregabilidade). Ademais, nota-se o comedimento na tomada de decisões drásticas por representantes eleitos aos poderes legislativo e executivo que possuem a legitimidade para a implementação dessas medidas, a fim de não desagradarem parte do eleitorado e garantir a reeleição.²⁹

Nesse contexto, para romper a inércia e/ou indiferença de certos governantes, parlamentares e empresas privadas no real enfrentamento das ações potencialmente colaboradoras do aquecimento global, nota-se que o debate vem sendo transferido ao Poder Judiciário com a emergente litigância climática (*climate change litigation*),

para substituir um direito estatal cuja credibilidade frequentemente deixa a desejar.” SAINT-GENIÈS, Géraud de Lassus. Direito transnacional e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 49-61, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4377/pdf>. Acesso em: 07 jul. 2019. p. 60.

²⁹ BERNARDO, Vinicius Lameira. Mudanças climática: estratégia de litigância e o poder do judiciário no combate às causas do aquecimento global no contexto brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, Porto Alegre, a. 22, v. 88, p. 517-548, out./dez. 2017. p. 518-519.

também denominada como litigância do clima.

A litigância climática visa impulsionar ações de controle e diminuição da emissão antropogênica de gases de efeito estufa, e demais medidas de contenção às mudanças climáticas. Pela via jurisdicional³⁰, os atores públicos e privados (nacionais e internacionais) que emitem (ou permitem) significativamente esses gases poluentes seriam responsabilizados e/ou constrangidos a adotarem comportamentos mais ativos para o alcance do compromisso global de redução do efeito estufa.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente destaca como causas para o crescente reconhecimento e uso da litigância climática, como estratégia contra as mudanças climáticas, o aumento da legislação sobre o tema e o Acordo de Paris. Vide abaixo o trecho transcrito que explica tal posicionamento.

Isso se deve em grande medida ao crescente número de legislação nacional que aborda a mudança climática, o que proporciona pontos de apoio para que os litigantes persigam atores governamentais e privados para que assumam suas responsabilidades e deveres de mitigar ou adaptar. Também se deve ao papel coerente que desempenha o Acordo de Paris, que coloca em um contexto global as leis e políticas nacionais e, por fim, permite que os litigantes interpretem os compromissos e ações governamentais como adequados ou inadequados. (Tradução nossa).³¹

³⁰ Não obstante o foco desse trabalho esteja no papel do Poder Judiciário nas decisões em litígios climáticos, em estudo recente publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente em cooperação com o Sabin Center for Climate Change Law da Columbia Law School, verifica-se a ampliação da ideia de quais seriam as esferas decisórias nos *cases* climáticos, como se depreende do trecho transcrito a seguir. “Considera como ‘litígio de mudança climática’ aqueles casos que têm sido levados às instâncias administrativas, judiciais ou investigativas, que apresentam questões de fato ou de direito de aspectos científicos da mudança climática ou esforços de mitigação e adaptação a mudança climática.” (Tradução nossa). Versão original: “Considera como ‘litigios del cambio climático’ aquellos casos que han sido llevados ante instancias administrativas, judiciales o investigativas, que presentan cuestiones de hecho o de derecho de aspectos científicos del cambio climático o esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático.” PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. *El estado del litigio en materia de cambio climático: una revisión global*. Nairobi: División Jurídica ONU Medio Ambiente, mayo 2017. p. 10.

³¹ Versão original: “La litigación ha surgido como una característica destacada de los esfuerzos en curso para fomentar las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático. Esto se debe en gran medida al creciente número de legislación nacional que aborda directamente el cambio climático, lo que proporciona puntos de apoyo para que los litigantes persigan que actores gubernamentales y privados asuman su responsabilidad y deber de mitigar o adaptar. También se debe al papel coherente que desempeña el Acuerdo de

Carvalho caracteriza a litigância climática como uma forma de governança, pois estimula alterações no comportamento das instituições públicas e privadas e na forma como as decisões são tomadas, mesmo que a ação não seja procedente. Isso porque a simples propositura da ação repercute (in)diretamente na mudança de comportamento dos envolvidos³²; por colocar em evidência questões basilares à existência de vida no planeta, ela atrai o apelo midiático, popularizando a ação e o debate; por influenciar em outras políticas governamentais e corporativas para a adoção de medidas de redução dos impactos que suas atividades podem causar ao clima, tendo em vista a litigância em si e a expectativa de futuras demandas.³³

Resenhando Jolene Lin, Boixareu e Calvó mencionam que, no contexto da litigância climática, os tribunais com frequência

se vêm forçados a determinar quais questões climáticas podem ser julgadas e sobre quais devem se inibir em favor dos outros poderes do Estado. Isso precisamente porque grande parte da litigação climática surge dos limites e fracassos da política institucional como método cidadão de pressão política.³⁴

Destarte, importante o alerta de Bernardo quanto aos limites do Poder Judiciário ao exercer sua função

París, que coloca en un contexto global a leyes y políticas nacionales y, por ende, permite que los litigantes interpreten los compromisos y acciones gubernamentales como adecuados o inadecuados.” PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. *El estado del litigio en materia de cambio climático: una revisión global*. Nairobi: División Jurídica ONU Medio Ambiente, mayo 2017. p. 40.

³² Analogicamente vide a mudança de comportamento da indústria tabagista, com as ações de responsabilização em razão dos problemas de saúde causados pelo uso do produto (*n. g.* câncer).

³³ CARVALHO, Délton Winter de. Uma incursão sobre a litigância climática: entre mudança climática e responsabilidade civil. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa; OH! Multimídia, 2017. v. 6, p. 95-118. Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_dialogoambiental_6_3-18.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019. p. 101.

³⁴ Versão original: “[...] se ven forzados a determinar qué cuestiones climáticas pueden entrar a juzgar y sobre cuáles deben inhibirse en favor de otros poderes del Estado. Ello precisamente porque gran parte de la litigación climática surge de los límites y fracasos de la política institucional como método ciudadano de presión política”. BOIXAREU, Isabel Vilaseca; CALVÓ, Jordi Serra. Litigación climática y separación de poderes: una aproximación a la cuestión a través de decisiones judiciales de los Estados Unidos. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Catalunya, v. 9, n. 2, p. 01-42, 2018. Disponível em: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/2182/2452>. Acesso em: 26 jan. 2019. p. 5-6.

institucional no âmbito da litigância climática³⁵, uma vez que o Princípio da Separação dos poderes deve ser respeitado na tomada de decisão e, acrescenta-se. Por exemplo, “estabelecer limites as emissões obrigatórias³⁶ para grandes poluidores ou setores específicos da sociedade vai além de suas capacidades, e deve ser deixado para os demais poderes da república.” O que não obsta que o magistrado pressione os governantes e parlamentares a tomarem medidas efetivas e mais elaboradas contra as alterações climáticas e que no processo de tomada de decisão desses poderes a questão climática seja levada em consideração. Ademais, parafraseando Brian Preston, o autor explica que, mesmo quando o cidadão se sintia excluído no processo de tomada de decisão legislativa e executiva, as decisões judiciais podem criar um espaço para que o debate entre o Poder Público, sociedade civil e empresários seja feito em igualdade de condições.³⁷

A litigância climática não é uma estratégia altruísta, espontânea e sem regras. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente adverte que nos litígios de mudanças climáticas os envolvidos (partes do processo e o juiz) devem estar atentos às condições de justiciabilidade, direito de ação e separação dos poderes.³⁸

Os potenciais autores da demanda climática são os indivíduos, grupos de interesse público e governos, que

buscam, com a propositura da ação (i), a compensação³⁹ pelos prejuízos que as mudanças climáticas causaram ou (ii) a maior prevenção ou redução do aquecimento global.⁴⁰ E os potenciais demandados (réus), geralmente, pertencem a um desses grupos:

- (1) entidades que queimam fóssil no processo de fornecimento de um produto ou serviço (por exemplo, fornecedores de eletricidade); (2) entidades que fornecem combustíveis fósseis (por exemplo, companhias petrolíferas); (3) entidades que criam produtos que queimam combustíveis fósseis ou emitem gases de efeito estufa (por exemplo, fabricantes de carros e frigoríficos); e (4) governos e agências que não cumpram as obrigações ambientais.⁴¹

Ponto fulcral envolvendo a litigância climática é o nexo causal. Nesse contexto, destaca-se a importância da prova documental e técnica, pois a litigância climática requer um conjunto probatório confiável que consiga demonstrar ou correlacionar que o demandado contribuiu, significativamente, com o aquecimento global e, por conseguinte, com os danos/prejuízos suportados ou em risco pela demandante. Por isso, esse tipo de ação tem estreita relação com pesquisas científicas, como os Relatórios do IPCC, que acompanham a influência antropogênica nas mudanças climáticas.

Conforme Banda e Fulton, nota-se, nos tribunais nacionais, que os litígios climáticos estão estendendo a abordagem. A discussão vai além dos limites tradicio-

³⁵ Os Estados Unidos da América concentram o maior número de litígios climáticos no mundo, de modo que seus precedentes inspiram (e influenciam) as jurisdições não norte-americanas. Por certo, isso também repercute nas discussões em torno dos limites e da competência jurisdicional em matéria climática. Logo recomenda-se a leitura da monografia BOIXAREU, Isabel Vilaseca; CALVÓ, Jordi Serra. Litigación climática y separación de poderes: una aproximación a la cuestión a través de decisiones judiciales de los Estados Unidos. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Catalunya, v. 9, n. 2, p. 01-42, 2018. Disponível em: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/2182/2452>. Acesso em: 26 jan. 2019.

³⁶ Vide o caso *Connecticut v. American Electric Power Corporation*.

³⁷ BERNARDO, Vinicius Lameira. Mudanças climática: estratégia de litigância e o poder do judiciário no combate às causas do aquecimento global no contexto brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, Porto Alegre, a. 22, v. 88, p. 517-548, out./dez. 2017. p. 522-523.

³⁸ Sem olvidar das particularidades dos sistemas jurídicos no mundo, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente aponta que em relação a justiciabilidade verifica-se que em comum o demandante deve ter o direito de ação (existência de uma controvérsia real e de normas que tutelam o direito envolvido) para que apresente o caso e a resolução judicial não deve violar as divisões funcionais entre os poderes legislativo, executivo e judiciário. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. *El estado del litigio en materia de cambio climático: una revisión global*. Nairobi: División Jurídica ONU Medio Ambiente, mayo 2017. p. 27-30.

³⁹ Às vezes, há nas demandas climáticas que visam à compensação relação com responsabilidade civil (frisa-se extracontratual), nesse sentido, Carvalho projeta que o instituto poderá passar por inovações, como “tratamento de danos massivos, teoria das probabilidades em termos de nexo de causalidade, utilização de estudos científicos como prova indiciária, entre outros.” Segundo autor, a Teoria das Probabilidades é “uma teoria da causalidade sensível às informações probabilísticas acerca das possíveis causas do dano. Há, assim, a atribuição de profunda relevância jurídica para as prováveis consequências decorrentes de determinadas atividades, atenuando a carga probatória necessária para a caracterização da causalidade jurídica.” CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 337.

⁴⁰ SMITH, Joseph; SHEARMAN, David. An introduction to climate change litigation. In: *Climate change litigation*. Australia: Presidian Legal Publications, 2006. cap. 1. p. 12-15.

⁴¹ Versão original: “(1) entities that burn fossil in the course of providing a product or service (eg. electricity suppliers); (2) entities that supply fossil fuels (eg. oil companies); (3) entities that create products that burn fossil fuels or otherwise emit greenhouse gases (eg. car and fridge manufacturers); and (4) governments and agencies that fail to comply with environmental obligations.” SMITH, Joseph; SHEARMAN, David. An introduction to climate change litigation. In: *Climate change litigation*. Australia: Presidian Legal Publications, 2006. cap. 1. p. 17.

nais do litígio ambiental (*v. g.* poluição dos recursos naturais, avaliações de impacto ambiental) a fim de incluir questões variadas relacionadas (in)diretamente com as mudanças climáticas (*v. g.* direito das gerações futuras, direito fundamental à vida, regulamentação das zonas de resiliência climática). Nesse sentido, os autores categorizam as disputas climáticas como:

(a) litígios envolvendo medidas de mitigação — esforços destinados a reduzir ou prevenir emissões de gases de efeito estufa (GEEs), e (b) litígios envolvendo medidas de adaptação ao clima — esforços projetados para construir resiliência e reduzir os impactos negativos das mudanças climáticas nas comunidades e ecossistemas.⁴²

Inequívoco o estrito da matéria discutida em litígios climáticos, com aqueles caracterizados como ambientais. Dado que a litigância climática tem por cerne impulsionar os atores (nacionais e internacionais, públicos e privados) a adotarem medidas eficazes e efetivas contra o aumento da temperatura global, em razão da emissão antropogênica de gases de efeito estufa, bem como para a mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Ou seja, há uma relação direta na obrigação dos atores em manter e preservar o meio ambiente sadio, seja por imposição legal, administrativa ou judicial. Desse modo, o que diferencia uma demanda ambiental de uma demanda climática?

Conforme Smith e Sheraman, há duas principais características que distinguem a litigância climática dos demais tipos de litígios, “em primeiro lugar, a cadeia causal envolvida é significativamente mais longa e complexa e, em segundo lugar, os tipos de danos causados são consideravelmente mais generalizados.”⁴³ (Tradução nossa). Logo, a causalidade se prolonga no tempo, que pode ou não ter um evento extremo (*v. g.* Furacão Katrina, branqueamento dos corais), e os prejuízos e danos causados

atingem um extenso grupo de pessoas e ambiente (*v. g.* população americana, recifes de corais em Fernando de Noronha).

Nesse sentido, inspirado em Robert Verchick, Carvalho adiciona como característica da litigância climática o *distanciamento geográfico entre as atividades e os resultados lesivos*.

As dimensões difusas das mudanças climáticas e dos diversos tipos de desastres ambientais impõem a reconfiguração das tradicionais noções de tempo e espaço, sendo passível a demonstração do nexo causal sempre que houver a condição de demonstrar a *previsibilidade e a causa determinante*.⁴⁴

Os Estados Unidos da América concentram o maior número de demandas judiciais em matéria climática do que em qualquer outro país e, mesmo no caso de serem contabilizadas todas essas demandas fora de sua jurisdição, elas não conseguem alcançar seu patamar quantitativo. O Banco de Dados de Litigância Climática (*Climate Change Litigation Databases*), criado em 2007 no projeto conjunto entre o Sabin Center for Climate Change Law da Columbia Law School e o escritório de advocacia internacional Arnold & Porter, contabilizou, até o mês de dezembro de 2018, 978 *cases*⁴⁵ envolvendo mudança climática somente nos Estados Unidos.⁴⁶

Desde 2011, o grupo responsável pelo Banco de Dados de Litigância Climática começou também a catalogar os casos de litigância climática fora da jurisdição norte-americana e, até dezembro de 2018, verificou-se a existência de 275 *cases*. As jurisdições dos países e órgãos internacionais não norte-americanos e, respectivamente, a quantidade de *cases* atualmente catalogados neste estudo, são: Austrália, 97; Bélgica, 1; Canadá, 15; República Checa, 1; União Europeia, 41; Alemanha, 5; Índia,

⁴² Versão original: “(a) litigation involving climate mitigation measures — efforts designed to reduce or prevent emissions of greenhouse gases (GHGs), and (b) litigation involving climate adaptation measures — efforts designed to build resilience and reduce the negative impacts of climate change on communities and ecosystems.” BANDA, Maria L.; FULTON, C. Scott. Litigating climate change in national courts: recent trends and developments in global climate law. *Environmental Law Reporter*, Washington, v. 47, p. 10121-10134, jan. 2017. Disponível em: <https://www.eli.org/sites/default/files/elr/featuredarticles/47.10121.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019. p. 10121.

⁴³ Versão original: “firstly, the causal chain involved is significantly longer and more complex and, secondly, the types of harm caused are considerably more widespread.” SMITH, Joseph; SHEARMAN, David. An introduction to climate change litigation. In: *Climate change litigation*. Austrália: Presidian Legal Publications, 2006. cap. 1. p. 11.

⁴⁴ CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 337-338.

⁴⁵ Os coordenadores do projeto advertem que o termo “cases”, na tabela de litígios climáticos, compreende ações e processos judiciais e quase-judiciais administrativos, petições de regulamentação, pedidos de reconsideração de regulamentos, avisos de intenção de processar e intimações. Ademais, um único caso pode incluir outras queixas ou petições que foram consolidadas, bem como ter incluídas outras decisões nos níveis de apelação e avaliação. SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climatecasechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁴⁶ SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climatecasechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

2; Indonésia, 1; Países Baixos, 1; Nigéria, 1; Paquistão, 2; Polónia, 1; Espanha, 13; Suíça, 1; Ucrânia, 2; Áustria, 1; Brasil, 4; Colômbia, 2; Equador, 1; França, 4; Grécia, 0; Irlanda, 2; Micronésia, 1; Nova Zelândia, 17; Noruega, 1; Filipinas, 1; África do Sul, 3; Suécia, 1; Uganda, 1; Reino Unido, 47; Comité Europeu dos Direitos Sociais, 1; Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2; Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, 1; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1; Tribunal Internacional de Justiça, 1.⁴⁷

Dado o exponencial número de *cases* climáticos norte-americanos, essa situação reflete a quantidade de centros de estudos de referência e prática forense sobre litígio de mudança climática. Na maioria das jurisdições não norte-americanas, elas ainda estão começando a incorporar o assunto no sistema jurídico e nas pesquisas científicas.

Logo, sem olvidar das diferenças institucionais, legais e jurídicas entre os países, tendo em vista a experiência e a multiplicidade de abordagens, os precedentes que inspiram e instruem os processos de litigância climática e as pesquisas sobre a matéria no mundo se reportam, corriqueiramente, à jurisdição norte-americana.

Carvalho elenca como principais *cases* de litigância climática nas Cortes norte-americanas: (i) *Connecticut v. American Electric Power*, (ii) *Comer v. Murphy Oil*; (iii) *California v. General Motors Corporation*.⁴⁸ Importante advertir que referidos *cases* fazem parte de uma primeira geração de litigância climática, logo torna-se extremamente relevante compreendê-los haja vista que externalizam as discussões introdutórias desta estratégia judicial de combate ao aquecimento global. Atualmente⁴⁹, outros

⁴⁷ SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climate-casechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁴⁸ Vide CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Délton Winter de. Uma incursão sobre a litigância climática: entre mudança climática e responsabilidade civil. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa; OHI Multimídia, 2017. v. 6. p. 95-118. Disponível em: http://www.icjpt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_dialogoambiental_6_3-18.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁴⁹ Embora não pertença a jurisdição norte-americana, mostra-se oportuno evidenciar o *case Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*. No dia 09 de outubro de 2018, o Tribunal de Apelação de Haia confirmou a decisão do Tribunal Distrital, concluindo a favor do pleito da *Urgenda Foundation*, fundação ambiental holandesa que também representava 886 indivíduos, contra o governo holandês

cases que se destacam são (iv) *Massachusetts v. E.P.A.*, (v) *Juliana v. United States*.

No ano de 2004, 8 Estados e a cidade de Nova York ajuizaram ação contra American Electric Power, American Electric Power Service, Southern Company, TVA, Xcel Energy, Cinergy Corp., para que elas limitassem a emissão de gases de efeito estufa relativos à geração de energia elétrica pela queima de combustíveis fósseis, dado que os réus estavam contribuindo para o aquecimento global, resultando em incômodo público decorrente da mudança climática. O *case* (i) *Connecticut v. American Electric Power* foi rejeitado, em primeira instância (2005), sob a alegação de que as reivindicações eram questões políticas que não deveriam ser resolvidas pelo judiciário. O Tribunal de Apelação do Segundo Circuito reverteu a decisão (2009) ponderando pela legitimidade dos autores e da demanda. Em 2011, a Suprema Corte norte-americana extinguiu a ação, pois entendeu que não caberia ao judiciário decidir de forma a regulamentar a emissão dos gases de efeito estufa, uma vez que tal atribuição foi destinada pelo Congresso ao EPA.⁵⁰

para que ele se empenhasse mais na prevenção da mudança climática global. Ou seja, a questão não estava no reconhecimento de que o Estado precisaria empreender esforços para reduzir a emissão de gases de efeito estufa antropogênicos, mas sim no ritmo ou nível de empenho que o mesmo deveria ter nessas medidas de redução e, por conseguinte, de mitigação das mudanças climáticas. A promessa do Estado Holandês de reduzir em 17% as emissões de gases de efeito estufa antropogênicos até 2020 apresentava-se insuficiente para combater o aquecimento global. Isso porque a Corte concluiu que a meta de redução holandesa estava “abaixo do padrão considerado necessário pela ciência climática e pela política climática internacional, o que significa que, para evitar mudanças climáticas perigosas, os países do Anexo I [do Protocolo de Quito] (incluindo os Países Baixos) devem reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 25% a 40% para alcançar a meta de 2°C.” Assim a Corte determinou que os Países Baixos deverão limitar as emissões desses gases em pelo menos 25% abaixo dos níveis de 1990 até o final de 2020. O governo holandês anunciou que pretende recorrer da decisão.

Versão original: “below the standard deemed necessary by climate science and the international climate policy, meaning that in order to prevent dangerous climate change Annex I countries (including the Netherlands) must reduce greenhouse gas emissions by 25-40% by 2020 to realise the 2°C target”. SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climatecasechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019. *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, C/09/456689/HA ZA 13-1396 (24 June 2015). *Hague District Court*.

⁵⁰ *Connecticut v. American Elec. Power Co. (AEP)*, 406 F. Supp. 2d 265, 35 ELR 20186 (S.D.N.Y. 2005).

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climate-casechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Inconformados com as decisões proferidas pelo Tribunal Distrital do Distrito Sul do Mississippi (2007), Tribunal de Apelação do Quinto Circuito (2009) e Suprema Corte dos Estados Unidos (2011) que não deram procedência ao pleito, o grupo de 11 residentes e proprietários do Mississippi apresentou, no ano de 2011, uma nova ação coletiva no Tribunal Distrital, contra 11 companhias petrolíferas, 66 companhias carvoeiras e 3 companhias químicas. Muito similar a primeira ação proposta em meados de 2005, no *case (ii) Comer v. Murphy Oil*⁵¹, a demanda consistia em responsabilizar os réus pelos inúmeros prejuízos e danos que os demandantes tiveram com a ocorrência do furacão Katrina e das mudanças climáticas. Os demandantes alegam que os réus, no exercício de suas atividades industriais, contribuíram para o aquecimento global, refletindo a intensificação do furacão Katrina, em causas de incômodo público e privado, trespassasse e negligência de ações sob a lei do Mississippi. A ação foi igualmente extinta em primeira (2012) e segunda instância (2013).⁵²

O *case (iii) California v. General Motors Corporation* iniciou em 2006 quando o Estado da Califórnia ajuizou a ação no Tribunal Distrital do Norte da Califórnia contra as empresas General Motors Corporation, Toyota Motor North America, Ford Motor Company, Honda North America, Chrysler Motors Corporation, Nissan North America. A demandante alega que as empresas automobilísticas eram responsáveis pelos prejuízos que o Estado e a população californiana estavam sofrendo em decorrência das mudanças climáticas, tendo em vista que os veículos produzidos pelos réus emitiam gases de efeito estufa que contribuíam substancialmente para o aquecimento global. No ano seguinte, o Tribunal entendeu por conceder a *motion* (moção) das empresas, pontuando que as formulações levantadas no pleito eram “questões políticas” e que pela doutrina constitucional da separação dos poderes, deveriam ser analisadas pelo Congresso e pelo Presidente. Como na Administração Obama, verificavam-se mudanças políticas progressivas nas questões envolvendo os gases de efeito estufa, no ano de 2009, a Procuradoria-Geral da Califórnia desis-

tiu, voluntariamente, de recorrer da decisão judicial.⁵³

Em 2007 iniciou o *case (iv) Massachusetts v. Environmental Protection Agency (E.P.A)*, no qual 12 estados, 3 cidades, 11 organizações não-governamentais e 2 organizações privadas, peticionaram contra a *Environmental Protection Agency* (EPA). Os peticionantes alegam que a omissão da agência de proteção ambiental para regulamentação sobre os gases de efeito estufa (frisa-se, estabelecer os padrões de emissão), em conformidade com a Lei do ar limpo (*Clean Air Act*) estaria contribuindo com o aquecimento global. Considerando-se os estudos científicos que atestavam os prejuízos potenciais aos demandantes com a intensificação das mudanças climáticas (ressalta-se o aumento do nível do mar), a Suprema Corte norte-americana deu procedência em favor dos peticionantes e obrigou que a EPA regulamentasse a matéria.⁵⁴ Segundo Carvalho, “este precedente tem sido visto como uma possível mudança na percepção judicial de legitimidade, dos riscos de danos catastróficos e da causalidade, fazendo menção expressa a um padrão de probabilidade”.⁵⁵

Atualmente, um dos casos mais emblemáticos em solo norte-americano e fora dele é *(v) Juliana v. United States*. O Tribunal Distrital de Oregon, divisão Eugene, recebeu em 2015 a petição conjunta de 21 crianças e jovens norte-americanos, da organização sem fins lucrativos Earth Guardian e das “gerações futuras” (*Future Generations*), esta representada pelo Dr. James Hansen⁵⁶. Como parte contrária consta os Estados Unidos da América, o presidente e vários cargos e agências da administração do governo federal (gestão Barack Oba-

⁵³ *California v. General Motors Corp.*, No. C06-05755 MJJ, 2007 WL 2726871, 37 ELR 20239 (N.D. Cal. Sept. 17, 2007)

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climate-casechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁵⁴ *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 525-26, 37 ELR 20075 (2007). SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climate-casechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁵⁵ CARVALHO, Délton Winter de. Uma incursão sobre a litigância climática: entre mudança climática e responsabilidade civil. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa; OH! Multimédia, 2017. v. 6. p. 95-118. Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_dialogoambiental_6_3-18.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019. p. 60.

⁵⁶ Cientista do clima e ex-diretor do Instituto Goddard de Estudos Espaciais da NASA.

⁵¹ Ressalta Carvalho que esta nova demanda também é conhecida como Comer II.

⁵² *Comer v. Murphy Oil USA*, No. 05-cv-436, 2007 WL 6942285 (S.D. Miss. Aug. 30, 2007). SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climate-casechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

ma e passadas), tendo em vista o fracasso dos réus na redução das emissões de dióxido de carbono. Os petionários alegam que os réus, ao permitirem a produção e consumo de combustíveis fósseis em níveis perigosos, prejudicaram o “sistema climático da nação”, o qual é essencial para exercícios dos direitos constitucionais de vida, liberdade e propriedade. Diante disso, o pleito consiste em que o Tribunal obrigue os réus a tomarem medidas de redução da emissão de dióxido de carbono, para que as concentrações atmosféricas de gás carbônico não excedam 350 partes por milhão até 2100. O processo ainda está sob julgamento.⁵⁷

Em estudo conjunto feito pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente com o *Sabin Center for Climate Change Law* da *Columbia Law School*, foi verificado que pelas recentes demandas e decisões judiciais relacionadas com as alterações no clima existem 5 tendências aos propósitos perseguidos pela litigância climática, são eles:

- 1) Exigir que os governos cumpram com seus compromissos legislativos e de políticas; 2) [Vincular] o impacto da extração de recursos com a mudança climática e a resiliência; 3) Estabelecer que emissões particulares são a causa imediata de impactos adversos das mudanças climáticas; 4) Estabelecer responsabilidades pelas falhas (ou esforços) de adaptação a mudança climática; 5) Aplicar a doutrina do fideicomisso público a mudança climática⁵⁸. (Tradução nossa).

Para os próximos anos, o referido estudo apontou como tendências emergentes na litigância climática:

- 1) um crescente número de casos relativos a população que precisa emigrar em busca de realocação temporária ou permanente fora de seu país ou região de origem, devido, pelo menos em parte, a mudança climática [refugiados ambientais];

⁵⁷ *Juliana v. United States*, No. 6:15-CV-01517-TC, 2016 WL 6661146, 46 ELR 20175 (D. Or. Nov. 10, 2016).

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climate-casechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁵⁸ Versão original: “(1) Exigir que los gobiernos cumplan con sus compromissos legislativos y de políticas; 2) El impacto de la extracción de recursos y su vínculo con el cambio climático y la resiliencia; 3) Establecer que emisiones particulares son la causa inmediata de impactos adversos del cambio climáticos; 4) Establecer responsabilidades por las fallas (o esfuerzos) de adaptación al cambio climático; 5) Aplicar la doctrina del fideicomiso público al cambio climático.” PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. *El estado del litigio en materia de cambio climático: una revisión global*. Nairobi: División Jurídica ONU Medio Ambiente, mayo 2017. p. 14.

e 2) maior número de litígios relacionados com a mudança climática no Sul mundial.⁵⁹ (Tradução nossa).

Outra tendência apontada por Peel e Osofsky é a dos petionários, em litígios climáticos, utilizarem como base argumentativa a violação aos direitos humanos⁶⁰ no contexto de mudanças climáticas e a receptividade dos Tribunais utilizarem tais direitos como ferramenta interpretativa na litigância climática. Não obstante os Tribunais já decidirem acerca das mudanças climáticas sob contornos de direitos humanos, o sucesso desse argumento tem sido mais elusivo (vago).⁶¹

Todavia ao analisarem alguns *cases* climáticos nos quais foram desenvolvidos argumentos baseados em violações aos direitos humanos, os referidos autores observaram uma mudança, uma “virada”, na proemi-

⁵⁹ Versão original: “(1) un creciente numero de casos relativos a poblacion que tiene que emigrar y buscan reubicacion temporal o permanente fuera de su pais o region de origen, debido, por lo menos en parte, al cambio climatico, y 2) mayor numero de litigaciones relacionadas con el cambio climatico en el Sur mundial.” PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. *El estado del litigio en materia de cambio climático: una revisión global*. Nairobi: División Jurídica ONU Medio Ambiente, mayo 2017. p. 25.

⁶⁰ A estratégia processual argumentativa pautada na violação ao sistema climático sadio derivado do mandamento universal de proteção ao meio ambiente inserto na gama de direitos humanos fundamentais encontra desafios substanciais. Isso porque, precede à discussão inter partes o fato de que “a consideração do direito ao meio ambiente sadio como um direito humano, em sede global e regional, ou como um direito fundamental, pelos Estados, ainda encontra óbices de efetividade. As inter-relações entre os sistemas internos e internacionais, que deveriam sinergicamente promovê-lo, encontram obstáculos que se entrecruzam centrípeta e centrifugamente, vale dizer, da comunidade internacional para os Estados e destes para aquela.” Mas há de se ressaltar que “direito e política ambientais tendem a avançar, quando há o envolvimento da sociedade civil e, ao mesmo tempo, quando os Estados se propõem a colaborar mais do que a competir. Os dois fatores se estimulam reciprocamente e são os instrumentos mais eficazes para superar os óbices, as forças dissipadoras de integração dos sistemas de proteção.” Esse envolvimento mútuo da sociedade civil e dos Estados nacionais na promoção e proteção do meio ambiente e sistema climático equilibrados podem ser exteriorizados, por exemplo, pela via das demandas climáticas e suas repercussões na governança (ambiental, regional e global). SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA, Beatriz Souza. As complicadas inter-relações entre os sistemas internos e internacionais de proteção do direito ao meio ambiente sadio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 785-803, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3748/pdf>. Acesso em: 07 jul. 2019. p. 798.

⁶¹ PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, Cambridge, v. 7, n. 1, p. 37–67, mar. 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/rights-turn-in-climate-change-litigation/0E35456D7793968F37335429C1163EA1>. Acesso em: 27 jan. 2019. p. 38-39; 60-67.

nentemente alegação de os governos não levarem em consideração e, de forma adequada, a mudança do clima em suas decisões (modo mais convencional de litígio climático). Essa abordagem vem de encontro com a crescente atenção internacional na relação entre direitos humanos e mudanças climáticas (endossado no Acordo de Paris). A virada argumentativa na litigância climática, baseada na violação dos direitos humanos, impacta o direcionamento da atenção pública e política às consequências prejudiciais que as mudanças climáticas podem causar à humanidade. O que pode revelar-se, em última instância, ser uma abordagem mais expressiva para a motivação de uma ação forte à solução do problema, do que argumentos científicos e técnicos.⁶²

Dada a amplitude, complexidade e autoridade que a questão climática impõe, reforça-se a necessidade de os Poderes Legislativo e Executivo desempenharem com energia suas atribuições e, caso não o façam, valioso torna-se o estímulo (obrigação) propiciado pelo Poder Judiciário.

Aliás, no recente trabalho publicado por McCormick *et. al.* no qual foram analisadas decisões judiciais norte-americanas, os pesquisadores apontaram que a litigância climática pode ser uma abordagem eficaz para proteger a saúde e bem-estar humanos no contexto das mudanças climáticas e insuficiência nas ações legislativa e executiva.

Os Tribunais podem desempenhar um papel fundamental na condução da mudança, exigindo que as agências [governamentais] levem em consideração as mudanças climáticas sob leis como do NEPA [*National Environmental Policy Act*] e leis estaduais similares.⁶³

Portanto, a litigância climática é uma estratégia promissora para compelir os grandes causadores do aquecimento global e, principalmente, os responsáveis pela

⁶² PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, Cambridge, v. 7, n. 1, p. 37–67, mar. 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/rights-turn-in-climate-change-litigation/0E35456D7793968F37335429C1163EA1>. Acesso em: 27 jan. 2019. p. 38-39; 60-67.

⁶³ Versão original: “Courts can play a key role in driving change by requiring agencies to take climate change into account under laws such as NEPA and similar state laws.” MCCORMICK, Sabrina; SIMMENS, Samuel J.; GLICKSMAN, Robert; PADDOCK, LeRoy; KIM, Daniel; WHITED, Brittany. The role of health in climate litigation. *American Journal of Public Health. AJPH Law & Ethics*, Washington, v. 108, n. S2, suppl. 2, p. S104-S108, apr. 2018. Disponível em: <https://ajph.aphapublications.org/doi/pdf/10.2105/AJPH.2017.304206>. Acesso em: 03 jan. 2019.

regulamentação e fiscalização das emissões de gases de efeito estufa antropogênicos a enfrentarem, efetivamente, e eficazmente as mudanças climáticas.

4 Considerações finais

A intensificação na emissão de gases de efeito estufa pelas atividades humanas, ao longo dos séculos (tendo como marco inicial a revolução industrial), interferiu no equilíbrio da atmosfera terrestre, causando grandiosos e prolongados danos à biosfera e a própria existência digna do ser humano.

A regulamentação e fiscalização da emissão de gases de efeito estufa antropogênicos deve ser empreendido pelos Poderes Executivo e Legislativo, pois, como representantes legítimos dos interesses do povo, no âmbito de suas funções institucionais, assegurar o bem-estar coletivo não é uma escolha, mas sim uma obrigação. E, considerando todas as conquistas de direitos humanos, função social e ambiental da empresa, e compreensão da finitude dos recursos naturais, impossível que na atualidade o setor empresarial/industrial mantenha o cabresto do capitalismo selvagem.

Não obstante as experiências daqueles que já foram lesionados pelas mudanças climáticas, os relatos dos que estão sob risco e os estudos científicos praticamente unânimes sobre o aquecimento global antropogênico e o papel do Poder Público e das grandes empresas para minorar a situação, se tem vivenciado medidas pouco enérgicas para a solução do problema (frisa-se: de escala mundial e intergeracional).

Para romper com a omissão e comedimento relativo à redução da emissão de gases de efeito estufa a fim de que o aquecimento global não alcance 1,5°C acima dos níveis pré-industriais e sejam realmente implementadas e aprimoradas medidas de mitigação e adaptação a mudança no clima (inclusive deferindo maior atenção àqueles em vulnerabilidade social), a litigância climática apresenta-se como uma estratégia promissora e esperançosa.

A litigância climática é uma abordagem em ascensão no cenário internacional, mas, nos Estados Unidos da América, já apresenta uma tradição e precedentes que inspiram e influenciam os outros sistemas jurisdicionais do planeta. Diante dos impactos potencialmente irre-

paráveis, causados pelas mudanças climáticas, colocar o clima no centro da discussão judicial demonstra a importância e urgência com que o problema precisa ser enfrentado.

As decisões judiciais na litigância climática robustecem o papel e a responsabilidade dos atores cruciais à emissão de gases de efeito estufa antropogênicos para alterarem a lógica e o *modus operandi* descomprometido com as causas globais e perpetuação digna dos seres vivos. De nada adianta o progresso (econômico, científico e tecnológico) se não existir um mundo em que se possa usufruí-lo.

A procedência do pleito em uma ação judicial climática trará resultados positivos de controle e responsabilização que extrapolam as partes envolvidas, tendo em vista a natureza pública da matéria. E, mesmo na negativa do pleito, a litigância climática repercute, politicamente, nas ações governamentais e privadas, bem como na atenção pública ao assunto, sendo um valioso instrumento de governança e real mudança.

Referências

- ACORDO DE PARIS, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- BERNARDO, Vinicius Lameira. Mudanças climática: estratégia de litigância e o poder do judiciário no combate às causas do aquecimento global no contexto brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, Porto Alegre, a. 22, v. 88, p. 517-548, out./dez. 2017.
- BANDA, Maria L.; FULTON, C. Scott. Litigating climate change in national courts: recent trends and developments in global climate law. *Environmental Law Reporter*, Washington, v. 47, p. 10121-10134, jan. 2017. Disponível em: <https://www.eli.org/sites/default/files/elr/featuredarticles/47.10121.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- BIATO, Márcia Fortuna. Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 166, p. 233-252, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22129-22130-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BOIXAREU, Isabel Vilaseca; CALVÓ, Jordi Serra. Litigación climática y separación de poderes: una aproximación a la cuestión a través de decisiones judiciales de los Estados Unidos. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Catalunya, v. 9, n. 2, p. 01-42, 2018. Disponível em: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/2182/2452>. Acesso em: 26 jan. 2019.
- BRASIL, Alexandre Luis Junges; BRASIL, Neusa Terezinha Massoni. O consenso científico sobre aquecimento global antropogênico: considerações históricas e epistemológicas e reflexões para o ensino dessa temática. *Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 455-491, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/rbpec/article/view/10345>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CARVALHO, Délton Winter de. Uma incursão sobre a litigância climática: entre mudança climática e responsabilidade civil. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa; OH! Multimídia, 2017. v. 6. p. 95-118. Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_dialogoambiental_6_3-18.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.
- CONTIPELLI, Ernani de Paula. Política internacional climática: do consenso científico à governança global. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 83-94, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/644>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- CONVENÇÃO SOBRE MUDANÇA DO CLIMA, 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2014/08/convencaomudancadoclima.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- FARBER, Daniel A.; CARLARNE, Cinnamon P. The international climate change regime. In: *Climate change law*. St. Paul: Foundation Press, 2018. cap. 3.
- FONSECA, Fúlvio Eduardo. A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 1, p. 121-138, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v50n1/a07v50n1>. Acesso em: 26 fev. 2019.

- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Summary for policymakers. In: *Special report: global warming of 1,5°C*. Geneva: World Meteorology Organization, 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/>. Acesso em: 29 jan. 2019.
- MCCORMICK, Sabrina; SIMMENS, Samuel J.; GLICKSMAN, Robert; PADDOCK, LeRoy; KIM, Daniel; WHITED, Brittany. The role of health in climate litigation. *American Journal of Public Health: AJPH Law & Ethics*, Washington, v. 108, n. S2, suppl. 2, p. S104-S108, apr. 2018. Disponível em: <https://ajph.aphapublications.org/doi/pdf/10.2105/AJPH.2017.304206>. Acesso em: 03 jan. 2019.
- NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION (NASA). *Scientific consensus: Earth's climate is warming*. California: Earth Science Communications Team at NASA's Jet Propulsion Laboratory; California Institute of Technology, 2019. Disponível em: <https://climate.nasa.gov/scientific-consensus/>. Acesso em: 27 fev. 2019.
- NOBRE, C. A. Mudanças climáticas e o Brasil: contextualização. *Parcerias Estratégicas*, Brasília, v. 27, p. 7-17, 2008. Disponível em: http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/326/320. Acesso em: 30 jan. 2019.
- PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, Cambridge, v. 7, n. 1, p. 37-67, mar. 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/rights-turn-in-climate-change-litigation/0E35456D7793968F37335429C1163EA1>. Acesso em: 27 jan. 2019.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. *El estado del litigio en materia de cambio climático: una revisión global*. Nairobi: División Jurídica ONU Medio Ambiente, mayo 2017.
- OBSERVATÓRIO DO CLIMA. *Emissões de GEE no Brasil e suas implicações para políticas públicas e a contribuição brasileira para o Acordo de Paris*: documento de análise 2018. Brasil, SEEG, 2018. Disponível em: <http://seeg.eco.br/wp-content/uploads/2018/08/Relatorios-SEEG-2018-Sintese-FINAL-v1.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- OFFICE OF PLANNING AND RESEARCH (OPR). *List of worldwide scientific organizations*. California, 2019. Disponível em: <http://www.opr.ca.gov/facts/list-of-scientific-organizations.html>. Acesso em: 27 fev. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Protocolo de Quioto*, 1997. Disponível em: http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Protocolo_Quito.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Conferência das Nações Unidas sobre mudança do clima*. Brasil, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (OMM). *Boletín de la OMM sobre los gases de efecto invernadero*. n. 14. Ginebra: OMM, 22 nov. 2018. Disponível em: https://library.wmo.int/index.php?lvl=notice_display&id=6887#.XFgD0VxKhPY. Acesso em: 04 jan. 2019.
- SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate change litigation databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2019. Disponível em: <http://climatecasechart.com/>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA, Beatriz Souza. As complicadas inter-relações entre os sistemas internos e internacionais de proteção do direito ao meio ambiente sadio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 785-803, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3748/pdf>. Acesso em: 07 jul. 2019.
- SAINT-GENIÈS, Géraud de Lassus. Direito transnacional e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 49-61, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4377/pdf>. Acesso em: 07 jul. 2019.
- SMITH, Joseph; SHEARMAN, David. An introduction to climate change litigation. In: *Climate Change Litigation*. Australia: Presidian Legal Publications, 2006. cap. 1.
- US NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES; THE ROYAL SOCIETY. *Climate change: evidence & causes*. Washington: National Academy of Sciences, 2014. Disponível em: <https://www.nap.edu/read/18730/chapter/1>. Acesso em: 27 fev. 2019.

Agradecimento

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Programa de Excelência Acadêmica (Proex).

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Assessment and challenges of
carbon markets**

**Avaliação e desafios dos
mercados de carbono**

Louise Pigeolet

Arnaud Van Waeyenberge

Assessment and challenges of carbon markets*

Avaliação e desafios dos mercados de carbono

Louise Pigeolet**

Arnaud Van Waeyenberge***

Abstract

Global warming, with its harmful effects, is one of the most crucial issues of the 21st century. States of the international community have responded to this challenge by resorting to an original instrument: tradable emissions permits for carbon and, as a direct consequence, the pollution rights markets. This article deals with the study of this hybrid instrument and is divided into three parts. The first part concerns the description and an assessment of the initial framework enshrined in the Kyoto Protocol (I). The second part provides an overview of the reactions triggered by the consecration of the approach put forward in the Protocol (II). On the basis of the various adopted measures, an outline of the alternative and feasible solutions will be drawn in the last section. In this regard, we will recommend an approach that would start from the carbon markets as they exist today but which would integrate them and coordinate the available social and institutional actors (civil society, NGOs, federated and local entities, etc.) through a mechanism of fungibility that would make the markets compatible with each other. From an operational point of view, this fungibility could occur by using new technologies such as blockchain (III).

Keywords: Global Warming, Kyoto Protocol, Paris Agreement, Carbon Markets, EU-ETS, blockchain, civil society.

Resumo

O aquecimento global, com seus efeitos nocivos, é uma das questões mais cruciais do século XXI. Os Estados da comunidade internacional responderam a esse desafio recorrendo a um instrumento original: licenças de emissões negociáveis de carbono e, como consequência direta, os mercados de direitos de poluição. Este artigo trata do estudo deste instrumento híbrido e está dividido em três partes. A primeira parte diz respeito à descrição e avaliação do quadro inicial consagrado no Protocolo de Kyoto (I). A segunda parte fornece uma visão geral das reações desencadeadas pela consagração da abordagem proposta no Protocolo (II). Com base nas várias medidas adotadas, será delineado um esboço das soluções alternativas e viáveis na última seção. Nesse sentido, recomendamos uma abordagem que começaria a partir dos mercados de carbono como eles existem hoje, mas que os inte-

* Recebido em 27/02/2019
Aprovado em 21/08/2019

** Graduado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1999). Mestre (2001) e Doutor (2006) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-Doutor em Direito Ambiental e Direito dos Desastres pela University of California, Berkeley, CA, USA (2013), sob a orientação de Daniel A. Farber. Atualmente é Professor Adjunto I no Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Membro da Associação Brasileira dos Professores de Direito Ambiental - APRODAB e do Instituto o Direito por um Planeta Verde. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental e da Revista Direito Ambiental e Sociedade. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecomplexidade. E-mail : delton@deltoncarvalho.com.br.

*** Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com bolsa CAPES/PROEX. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, com bolsa CAPES/PROSUP (2018). Especialista em Direito Processual Civil e Processo Cautelar pela Universidade Cândido Mendes - UCAM / Instituto Prominas (2017). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, Unidade Passos (2015). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecomplexidade. Advogada. E-mail : kellydesouza04@gmail.com.

graria e coordenaria os atores sociais e institucionais disponíveis (sociedade civil, ONGs, entidades federadas e locais, etc.) por meio de um mecanismo de fungibilidade que tornaria os mercados compatíveis entre si. Do ponto de vista operacional, essa fungibilidade pode ocorrer usando novas tecnologias, como blockchain (III).

Palavras-chave: Aquecimento Global, Protocolo de Kyoto, Acordo de Paris, Mercados de Carbono, EU-ETS, blockchain, sociedade civil.

1 Introduction

According to the United Nations (“the UN”), global warming has numerous dramatic environmental, social, and economic consequences. Among these, the main concerns are undoubtedly those associated with the rise in sea levels that will lead to multiple floods and the displacement of populations. This increase in temperature will also accelerate the hydrological cycle and reduce the quantity and quality of freshwater supplies. Finally, this progression will particularly affect the living conditions of the poorest amongst the Earth’s population to the extent that they will be the ones most exposed to the impacts of climate change, as they have fewer resources to allocate to the prevention and mitigation of its effects¹.

According to the Intergovernmental Panel on Climate Change (“the IPCC”)², human activities represent the main cause of global warming, and are particularly responsible for greenhouse gas emissions (“GHG”), including carbon; they are said to have caused the rise of temperatures to 1°C above pre-industrial levels. Therefore, the fight against global warming is demonstrably one of the most crucial global challenges of the 21st century in that the harmful consequences of global warming are innumerable and the solution to mitigate its effects requires a change in our production methods and lifestyles.

To date, to meet this unprecedented challenge, States of the international community and the European

Union, as well as some sub-state actors, have chosen to resort to a newly devised regulatory instrument: tradable emissions permits for carbon and, as a direct consequence, the pollution rights markets. In other words, our political decision-makers have deemed this hybrid rights-market instrument, a true unidentified legal object (ULO)³, as the best method for attempting to tackle one of the great challenges of our time on which depends the survival of humanity and our planet. The study of this little-known mechanism (even though it is more than twenty years old) is the core of this article.

Although original at first glance, the system of pollution rights markets is not new. It was developed by the Canadian economist John Dales⁴, echoing the idea of Thomas Crocker (1966), who believed that “unless gross error on [his] part, markets *can be* used to implement any anti-pollution policy [one can] dream of”⁵. The Kyoto Protocol, and later the Paris Agreement—in addition to European Union law—have legally recognized this economic theory.

On the legal front, today we find ourselves in a pivotal period for the international fight against global warming: the Kyoto Protocol set targets for the initial period of 2008-2012, which was then extended until 2020, while the Paris Agreement, which entered into force in 2016, will have to take over for the post-2020 period. The Kyoto Protocol’s track record is unsatisfactory. The figures speak for themselves: according to the available data, GHG emissions covered by the Kyoto Protocol have increased by 30%⁶ to 50%⁷ since 1990. 2018 is said to have been a record year in terms of emitted CO₂ levels⁸. However, the protocol has had the merit of jump-starting a global process of carbon pricing and providing a legal framework within which to develop carbon markets. Since this instrument consists

³ For an analysis of the legal nature of quotas, see CHENEVIERE (C.), *Le système d’échange de quotas d’émission de gaz à effet de serre. Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, Brussels, Bruylant, 2018, p. 193 to 243.

⁴ DALES (J. H.), *Pollution, Property & Prices*, Université de Toronto, 1968.

⁵ *Ibid.*, p. 100.

⁶ VIRLOUVET (G.), *Vingt ans de lutte contre le réchauffement climatique en France : bilan et perspectives des politiques publiques*, http://www.eesc.europa.eu/ceslink/resources/docs/2015_12_lutte_rechauffement_climatique1.pdf, April 2015, p. 13.

⁷ International Energy Agency.

⁸ <http://www.lefigaro.fr/sciences/2018/12/05/01008-20181205ARTFIG00331-nette-reprise-des-emissions-de-co2-en-2018.php>

¹ For more details, see <http://www.un.org/fr/climatechange/consequences.shtml>

² The IPCC is an intergovernmental body, open to all member countries of the United Nations, established in 1988 in order to provide detailed assessments of the state of scientific, technical and socio-economic knowledge of climate change, its causes, its potential impacts, and response strategies - <https://www.ipcc.ch>

of time-bound commitments, subsequent COPs were organized to play a significant role in renewing them. Still, these conferences have led to no substantial improvement in the carbon market; it was not until COP 21 in Paris (eighteen years later) that a new agreement was reached, whose ambition and concrete contribution to the fight against climate change extended the Kyoto system without actually bringing real innovation in this area.

In order to understand the current situation of the carbon markets and to find solutions for the future, this article will be divided into three parts. The first part concerns the description and an assessment of the initial framework enshrined in the Kyoto Protocol (I). The second part provides an overview of the reactions triggered by the consecration of the approach put forward in the protocol (II)⁹. On the basis of the various adopted measures, an outline of the alternative and feasible solutions will be drawn in the last section. In this regard, we will recommend an approach that would start from the carbon markets as they exist today but which would integrate them and coordinate the available social and institutional actors (civil society, NGOs, federated and local entities, etc.) through a mechanism of fungibility that would make the markets compatible with each other. From an operational point of view, this fungibility could occur by using new technologies such as blockchain (III).

2 The Kyoto Protocol

When the international community decided to tackle global warming as a whole, negotiations first focused on the reality of global warming, its intensity, causes, consequences, and extent. These matters, which are at the heart of the IPCC's work, are extensively discussed in the literature¹⁰ and will be only indirectly addressed in

⁹ These first two parts (I and II) update and complete certain sections of the article VAN WAEYENBERGE (A.) « Lutter contre le réchauffement climatique : le cas des marchés carbone », in C. Bricteux et B. Frydman (dir.), *Les grands défis du droit global*, Brussels, Bruylant, 2017, p. 115 to 147.

¹⁰ For detailed studies on these topics, see, *inter alia*, the work of the IPCC (http://www.ipcc.ch/home_languages_main_french.shtml) but also ENCINA DE MUNAGORRI (R.) (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Paris, LGDJ, 2009 ; MASLIN (M.), *Climate Change: a very short introduction*, Oxford, OUP, 2014, 5th edition.

this article, which takes a look at the fight against global warming through the prism of the regulatory mechanisms proposed to remedy it.

It was not until the international community became aware of the gravity of the situation in the early 1990s, when the Earth Summit was held in Rio de Janeiro (1992), for a new dynamic to take hold. From amongst the adopted texts, two deserve special attention in the context of the fight against global warming. Firstly, the Rio Declaration, which advanced the concept of States' rights and responsibilities in the areas of environment and development by establishing the principle of "common but differentiated responsibilities"¹¹ (Principle 7). Secondly, the Framework Convention signed in Rio, which laid the foundation for international cooperation in the face of climate change and established an institutional framework with a very specific type of governance: the Conferences of the Parties ("COP"). However, the only accepted coordination measure was the setting of quantified targets which did not make it a clear obligation for industrialized countries to stabilize, and even more so reduce, their GHG emissions, but merely established a legal and institutional framework for the gradual development of a more operational international system.¹²

2.1 An agreement on quantified targets but with flexibility to meet them

On the basis of the achievements of the Framework Convention¹³ and inspired by the principle of "common but differentiated responsibilities", the International Conference held in Kyoto in 1997 put forward the specific objectives to be attained: industrialized countries (the United States, Canada, Japan, Member States

¹¹ The principle of "common but differentiated responsibilities" can be defined "as a legal technique that consists of modulating the conventional obligations of States according to the level and needs of their development" and is justified "by their unequal contribution to the degradation of the environment on the one hand, and the acknowledgement that their respective economic situation must be taken into account on the other"; see BADABI (G.), *Le principe de responsabilités communes mais différenciées dans les conventions de droit international de l'environnement*, 2016, <https://www.village-justice.com/articles/principe-des-responsabilites-communes-mais-differenciees-dans-les-Conventions,23303.html>

¹² PALLEMAERTS (M.), *La Communauté européenne comme partie contractante au Protocole de Kyoto*, Am-Env., 2003, special number, p. 16 ; OUHARON (A.), *Les négociations sur le climat : un bref retour sur l'histoire*, Flux 2002/2-3, N° 48-49, p. 100.

¹³ This Convention is currently comprised of 197 Parties (including the European Union).

of the European Union and countries of the former Eastern Bloc – referred to as “Annex I Parties”) committed themselves to reducing their GHG emissions by an average of 5.2% compared with 1990 reference levels¹⁴. Reaching this agreement, which was originally scheduled to end in 2012, but was extended until 2020, was only made possible through the establishment of three flexibility mechanisms¹⁵. Concurrently with the internal policy measures to reduce GHG emissions, these allow States subject to the obligations of the protocol to execute in another State the requirements imposed on it.

Firstly, the *Emission Trading Scheme* (Article 17 of the Kyoto Protocol), where each committed State is allocated, according to its emission reduction target, a certain amount of international emission allowances. Countries that do not use all their rights will be able to sell them. In this way, some countries will be able to buy the allowances they lack from other countries that have less difficulty meeting their emission reduction targets. This exchange mechanism is in the hands of the States and leads to the creation of a carbon market and the setting of a carbon price.

Secondly, the *Joint Implementation Mechanism* (Article 6 of the Kyoto Protocol) allows an industrialized country that has ratified the Kyoto Protocol to acquire emission credits from another State by financing reduction of GHG emissions projects not on its national territory, but on the territory of other industrialized countries which are also Parties to the Kyoto Protocol where reduction costs are lower.

Thirdly, the *Clean Development Mechanism* (Article 12 of the Kyoto Protocol) is a mechanism regulated and overseen by the United Nations that is greatly different from the Joint Implementation Mechanism. First of all, the investments are made by countries that have ratified the Kyoto Protocol on the territory of developing countries that are not subject to any mandatory reduction of GHG emissions. Furthermore, these investments create

new rights that can be added to the emission allowances of the “financing” country and thus increase its emission rights. The operation of allocation of emission rights “is not a zero-sum game because in this case there is no exchange between the countries concerned, but only the creation of new emission credits the ‘financing’ country benefits from without a subtraction of credits from the financed country”¹⁶. In other words, this mechanism thus generates a “net inflation”, that is to say, beyond the “cap” on the number of emission credits. The 2016 Paris Agreement provides a new one intended to replace it, but since the discussions on this subject held in Poland last winter were unsuccessful, the matter was postponed to the next COP in 2019¹⁷ (see below).

The Kyoto Protocol thus creates a cap-and-trade system, by limiting the quantities of authorized emissions, with emissions allowance trading¹⁸. It should also be noted that with this market-oriented approach, it is mainly the American vision that is retained. This vision is strongly influenced by the business communities, which are not in favor of taxes and rely on the previous experience (since the 1990s) of the introduction of sulfur dioxide (SO₂) and nitric oxide (NO) emission allowances by the US energy sector in order to reduce acid rain. This situation is paradoxical as the United States has gone from being a leader in this field and a repository of conclusive experience to being a country that refused to ratify the Kyoto Protocol¹⁹.

2.2 A mixed record: an inefficient system and minimal political progress

In the words of a specialist on the subject, Christian de Perthuis: “in hindsight, it is clear that the [Kyoto] protocol has not delivered the expected results. [...] The emission trading scheme did not work [...]”²⁰

Commentators agree on the two main causes of

¹⁴ 8% for the European Union, 7% for the United States, and 6% for Japan.

¹⁵ HAUSER (J.) and MIGEOT (C.), *Les fonds d'investissement carbone ou de la commercialisation du droit de l'environnement*, ACE, November 2006, p. 22. For a detailed study, see DELAISSE (P.), SEPULCHRE (P.), WINZEN (R.), FREESTONE (D.) and STRECK (D.), *Legal aspects of implementing the Kyoto Protocol mechanisms: making Kyoto work*, New York, OUP, 2005 ; DENIS (B.), *La procédure de validation du 'mécanisme pour un développement propre' comme instrument de la gouvernance du climat*, Encina de Munagorri (R.) (dir.), *op. cit.*; from p. 131.

¹⁶ HAUSER (J.) and MIGEOT (C.), *op. cit.*, p. 22.

¹⁷ <https://www.carbonbrief.org/cop24-key-outcomes-agreed-at-the-un-climate-talks-in-katowice> (consulted on March 16, 2019)

¹⁸ In this regard, see COUPRY (P. M.), *Réduction des pluies acides aux USA: succès du marché*, available on the website www.novethic.fr ;

¹⁹ The federal Waxman-Markey Bill (2009) opened new perspectives and brought the United States closer to the Kyoto Protocol. Although it had received a majority of favorable votes in the House of Representatives, the Senate voted against it and the Protocol was never ratified.

²⁰ DE PERTHUIS (C.) and TROTIGNON (R.), *Le climat, à quel prix? La négociation climatique*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 78.

this less than thrilling record: the lack of incentives for developing or non-Kyoto protocol countries to reduce their emissions and the lack of a long-term project²¹. The lack of incentives for non-Annex I countries is the result of the application of the principle of common but differentiated responsibility, which leads to the exemption of developing countries from any obligation concerning the reduction of emissions. This situation is particularly problematic in the case of China, especially as it is now the second-largest country in the world by its nominal gross domestic product (GDP), possessing a very high growth rate (almost 7% in 2017) and it is the most important generator of CO₂. However, China is not subject to any obligation under the Protocol, it has benefited greatly from the clean development mechanism by receiving nearly 60% of flows²² and was the scene of numerous cases of fraud²³. It should be noted however that the situation has changed recently. Since 2017, the country has developed the largest carbon market covering more than three billion tons of GHG emissions²⁴.

The second cause, the lack of a long-term vision, pushed the actors into permanent negotiations—often-times hurried—which undermined the process because the negotiators lost sight of the most important and vital matter (global warming) and instead argued over the ancillary (such as financial transfers) during their numerous marathon meetings (COPs). It also pushed away the civil society that was not involved in these labyrinths of negotiations and texts with an unclear status (only at the UN level there were, in early 2015, more than 7,700 documents, a figure that has only grown after the Paris Agreement). This feeling is reflected in the United Nations' major global consultation, called *My World*, which aims to identify priorities for a better world. About 10 million people have completed the survey and it is striking to see that the fight against global warming is only 16th on the list of priorities²⁵.

Since the Protocol consists of time-bound commitments, it was necessary to renew and amplify the ones made in Kyoto. Let us briefly revisit the achievements

and failures of the COPs that followed the ratification of the Kyoto Protocol.

The COP 15 in Copenhagen (2009), which was intended to find a solution for the post-Kyoto period, was negotiated under a cloud of confusion and led to the establishment of a system of “à la carte” commitments. The only positive outcome was that rich countries agreed to annually (from 2020 to 2100) devote US\$100 billion to developing countries. At COP 16 in Cancun²⁶ in 2010, an agreement was adopted but its only purpose was to give the Kyoto Protocol an extension²⁷ as soon as possible, without setting deadlines or deciding on its binding nature. The COP 17 in Durban the following year only allowed for an agreement on the commitment periods (2013-2020), while leaving the details to be determined, including the Parties' reduction objectives²⁸. The Doha Conference in December 2012 (COP 18) decided on an extension of the Kyoto Protocol until 2020. However, three G8 countries (Japan, Russia, and Canada) refused to continue their reduction efforts within a framework that did not apply to China and the United States²⁹. The COP 19 in Warsaw and COP 20 in Lima mainly prepared the ground for COP 21 in Paris (see below).

3 Reactions to the Kyoto Protocol

The Kyoto Protocol's GHG reduction targets were ambitious; therefore, it was necessary to rely on other actors than States to even have a chance of achieving them. At the regional level, the European Union took the lead in establishing an emissions trading scheme through which European companies could exchange emission allowances (1). At the local level, numerous initiatives put forward by federated entities and cities have attempted to counterbalance the inaction of cer-

²¹ *Ibid.*, p. 79.

²² *Ibid.*, p.78.

²³ See, *inter alia*, <http://www.blogueaqlpa.com/2015/12/10/mecanisme-de-developpement-propre-mdp-en-quete-dun-nouveau-modele/>

²⁴ http://www.fondation-tuck.fr/upload/docs/application/pdf/2017-09/vf_panoramamondialoutilseconomiques_bat.pdf

²⁵ <http://data.myworld2015.org>

²⁶ BUCHNER (B.), *Le retour des négociations à Cancún*, Tendances Carbone, January 2011, n° 54.

²⁷ United Nations, Report on the sixth session of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol, held in Cancún from November 29 to December 10, 2010, United Nations Framework Convention on Climate Change, FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1, Cancún, 2010.

²⁸ United Nations, Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its seventh session, held in Durban from November 28 to December 11, 2011; United Nations Framework Convention on Climate Change, FCCC/KP/CMP/2011/10/Add.1, Durban, 2011.

²⁹ DE PERTHUIS (C.) and TROTIGNON (R.), *op. cit.*, p. 79.

tain States (2). All this eventually influenced the States in the negotiations leading up to the Paris Agreement, the successor to the Kyoto Protocol (3).

3.1 The European Union, its directives and its trading scheme

Although initially opposed to the pollution rights market system, the European Union, eager to reach an agreement by any means necessary but divided and unable to propose a serious political alternative to the American position, resigned itself and adopted the approach by fixing quantities (cap-and-trade) to the detriment of the tax in order to put a price on carbon emissions³⁰. The initial American proposal became that of the Europeans, whereas it was abandoned on the other side of the Atlantic. Therefore, the European Commission had to devise and put in place the “Kyoto without the United States” plan³¹ in order to meet international commitments to reduce GHG emissions.

As part of its international obligations under the Kyoto Protocol³², the European Community (at that time) adopted a directive³³ in 2003 to set up an emissions trading scheme (“EU-ETS”). A new directive was passed in 2009³⁴ with the aim of improving and extending it. Recently, another directive – Directive 2018/410³⁵

– was adopted after lengthy negotiations with the Council and the European Parliament and came to modify the “original” 2003 directive. The adoption of this European system in March of last year is a testament to the Commission’s ever-growing ambition, while also reminding States that they should keep increasing their efforts in order to reach their international goals regarding climate change.

Overall, the Union’s system is based on two specific features. Firstly, since the Kyoto Protocol comprises objectives that vary depending on the socio-economic situation of each of the Member States³⁶, during the Marrakech Accords (COP 7 in 2001) the Union succeeded in obtaining the establishment of a “European bubble” that fits directly into the internal market-oriented approach. Indeed, with this “bubble”, the Union’s Member States pool their own obligations and set themselves a common objective (-8% compared to 1990)³⁷. Secondly, the EU-ETS introduced by the Directive mainly creates a market for emission allowances *between economic operators* and no longer between States³⁸. So, we move from a public international law approach to a market-oriented one. It is no longer a case of confining the matter to interstate relations but of transposing, as if by translation, the States’ international obligations directly to the issuing companies. More particularly, European legislation limits the emissions of more than 11.000 energy-intensive plants (power plants and the most polluting industries such as oil refineries or steel but also some aircraft operators) thus covering about 40% of GHG emissions³⁹.

Driven by a desire to make its market as fungible as possible, the Union adopted the Linking Directive

to enhance the cost-effectiveness of emission reductions and to encourage low-carbon investments and Decision (EU) 2015/1814 (OJ L 76, p. 3).

³⁰ This way, Germany must reduce its emissions by 21% while Spain is allowed to increase them by 15%.

³¹ See PALLEMAERTS (M.), *La Communauté européenne comme partie contractante au Protocole de Kyoto*, Am-Env., 2003, special number, from p. 16.

³² The Directive also provides for the possibility for ‘private persons’ to participate in the European carbon market by opening an account in the registers in order to buy, sell, or cancel the allowances acquired.

³³ The inclusion of certain sectors of activity in the European carbon market and the exclusion of others has been the subject of political choices that were unsuccessfully challenged before the European Court of Justice: C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorrain* e.a., ECLI:C:2008:728.

³⁰ CRIQUI (P.), FARACO (B.) and GRANDJEAN (A.), *Les Etats Carbone*, Paris, PUF, 2009, pp. 182 and 183.

³¹ BIAVA (A.), *L’Union européenne face aux défis de l’énergie et du changement climatique : bilan du Conseil européen des 8-9 mars 2007*. Revue du Marché commun et de l’Union européenne, May 2007, n° 508, p. 286 to 293 ; CRIQUI (P.), *Au cœur du futur régime climatique international: taxes ou quotas CO2*, Working paper, n°4/2009, p. 3, available on the website of the laboratory for the economics of production and international integration lepii.upmf-grenoble.fr/IMG/pdf/NT4_PC_au-coeur_2009.pdf ; KURKOWSKI (S.), *Distributing the right to pollute in the European Union: efficiency, equity, and the environment*, New York University Environmental Law Journal, 2006, from p. 701.

³² Council Decision 2002/358/EC, April 25, 2002, on the approval, on behalf of the European Community, of the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Joint Implementation of the ensuing commitments (OJ L 130, p. 1).

³³ Directive 2003/87/EC of the European Parliament and the Council, October 13, 2003, establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending the 96/61/EC Council Directive (OJ L 275, p. 32), respectively.

³⁴ Directive 2009/29/EC of the European Parliament and the Council, April 23, 2009, amending Directive 2003/87/EC to improve and extend the Community system for the trading of greenhouse gas emission allowances (OJ L 140, p. 63).

³⁵ Directive (EU) 2018/410 of the European Parliament and the Council, March 14, 2018 amending Directive 2003/87/EC in order

(2004)⁴⁰ in order to join the mechanisms of the Kyoto Protocol with the Community scheme. In addition, since 2009, the scheme has been ultimately and primarily a system of auctioning allowances⁴¹ by the public authority⁴², a change from the initial free allocation. The revenues resulting from auctions must, in part, go towards meeting the objectives of the fight against global warming⁴³.

The 2018 directive finally set a target to reduce GHG emissions by at least 40% by 2030 compared to 1990 levels and enhanced the Union's ambitions for renewable energy sources and energy efficiency. This scheme also reinforced the market stability reserve created by the Council and the European Parliament in 2015 by inputting around 265 million allowances for the January to August 2019 period, which corresponds to a reduction of approximately 40% in the supply of allowances compared to the same period in 2018⁴⁴, thereby increasing the price.

These measures clearly signal the ambition and political will of the Commission in terms of global leadership⁴⁵ and the conquest of larger markets⁴⁶. Nevertheless, their concrete implementation still suffers from

some imperfections. The European system has mainly been disseminated on the basis of the emission allowances exchange model, but neither the Kyoto protocol nor the European directives set a specific legal framework for the emissions trading scheme (for example, sales by mutual agreement, through a broker, a bank, the creation of a financial center, etc.). This lack of direction has allowed market actors to control this policy through exchanges and the complexity of the mechanisms laid down in the directives has led buyers of carbon assets to turn to these exchanges in order to make the purchases and sales of allowances⁴⁷. This demonstrates a real financialization of the fight against global warming system. Within these exchanges, the price of the carbon allowance has fallen from €26 to less than €5 during the first phases of implementation of the EU-ETS.

Faced with this fall in prices and the negative consequences it has on the fight against global warming (facilitating the purchase of allowances and lack of economic incentives to resell them), the European institutions took action. They decided to reform the EU ETS and to create and strengthen the market stability reserve where unallocated or surplus allowances can be frozen. These measures seem to have succeeded—for now—in countering the weakness identified above. Since the adoption of the 2018 directive, carbon prices have indeed increased steeply, reaching around €20 in March 2019⁴⁸. Despite this, the carbon price has still not yet reached a high-enough level that would help effectively reduce the GHG emission rate. In fact, the High-Level Commission on Carbon Prices estimates that only a price between US\$40 and US\$80 per ton of CO₂ emitted would be likely—if reached in 2020—to have the required impact on the different economic actors to maintain the rise of temperatures below 2°C compared to pre-industrial levels⁴⁹.

⁴⁰ Directive 2004/101/EC of the European Parliament and the Council, October 27, 2004, amending Directive 2003/87/EC under the Kyoto Protocol project mechanisms (OJ L 338, p. 18).

⁴¹ For an analysis of the auction process in the European context, see CRIQUI (P.), FARACO (B.) and GRANDJEAN (A.), *Les États Carbone*, Paris, PUF, 2009 *op. cit.*, p. 195 et 196 ; DE SADELEER (N.), *Environnement et marché intérieur*, Commentary by J. Mégret, Les Éditions de l'Université de Bruxelles, 2010, from p. 307. See also the numerous preparatory documents for the establishment of this auction system on the website http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/auctioning/third/documentation_en.htm. Free allowances will however exist for sectors where there are risks of carbon leakage - 2014/746/EU: Commission Decision of October 27, 2014 establishing, in accordance with Directive 2003/87/EC of the European Parliament and the Council, the list of sectors and sub-sectors considered to be at significant risk of carbon leakage for the period 2015-2019, the validity of which has been extended until 2020 by the 2018 Directive. The current list can be consulted at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014D0746>

⁴² This auctioning decision therefore leads to the disappearance of the NAPs, which will be replaced by a single Union-wide cap, which will be revised downwards according to a linear trend that will continue beyond the end of the third exchange period (2013-2020).

⁴³ Such as the creation of a Global Fund for the promotion of efficiency and renewable energies or the development of energy efficiency and insulation (article 10, paragraph 3 of the Directive 2009/29).

⁴⁴ *Report on the functioning of the European carbon market*, COM(2018), 842 final, p. 5

⁴⁵ Recital 24.

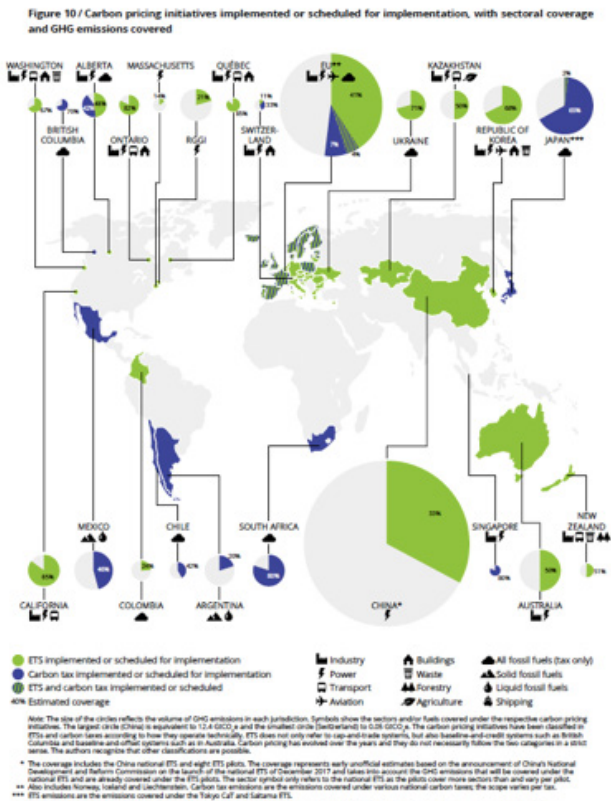
⁴⁶ Recitals 41 and 42.

⁴⁷ HAUSER (J.) and MIGEOT (C.), *op. cit.*, November 2006, p. 26.

⁴⁸ <https://www.theice.com/products/197/EUA-Futures/data?marketId=5115274&span=3> (consulted on March 16, 2019)

⁴⁹ Report of the High-Level Commission on Carbon Prices, May 2017, p. 50.

3.2 Local initiatives



Faced with the inaction of certain States' governments, multiple "bottom-up" initiatives have emerged throughout the years. In its 2018 report, the World Bank lists 25 trading schemes implemented or planned at the sub-state level⁵⁰.

Among the several initiatives, there is significant activity from federated entities consisting of federal States. Certain American, Canadian or Australian federated entities have decided to carry out their own actions to help the fight against global warming, given the apathy of their respective constituent states⁵¹. For the United States alone, a total of 28 states have developed climate plans and set targets for reducing their carbon emissions.

It is in this context that the pioneering *Regional Greenhouse Gas Initiative*⁵² ("RGGI") was born in the 2000s. This mandatory program for power plants in nine states in the Northeast of the United States created an emissions market with the aim to reduce CO₂ emissions. Since 2008, allowances have been auctioned off and

profits have been reinvested in energy efficiency projects and the development of renewable energies. A reform of the system⁵³ and a timetable for reducing quantities by 2.5% per year until 2020 have been undertaken to revitalize this project⁵⁴. In 2017, a new reform raised the RGGI's level of ambition in two respects. On the one hand, it planned for a linear annual decrease in capped quantities⁵⁵. On the other hand, it established an "Emissions Containment Reserve" that should start operating from 2021, which is reminiscent of the European market stability reserve. However, the US mechanism is based on a trigger price system and therefore demands for allowances to be withdrawn from circulation in the event of the carbon price falling below US\$6 by 2021 (amount that will gradually increase after that)⁵⁶. New Jersey decided to join the initiative in 2018 and Virginia seems to be in the process of doing so, while Massachusetts, already a member of this program, has concurrently developed and implemented its own system of allowances exchange⁵⁷.

Resting upon regional carbon market initiatives, a transnational allowance system in this case, the *Western Climate Initiative* intended to bring together California, British Columbia, and Quebec, as well as a few other American states and Canadian provinces as observers. This market is aimed primarily at companies in the industrial and electricity sectors, as well as those operating in the fuel and fossil fuels sector. After experiencing some difficulties⁵⁸, the cap-and-trade system was established and the auctioning finally started in 2013, but only for Quebec⁵⁹ and California⁶⁰, with British Colum-

⁵⁰ *State and Trends of Carbon Pricing 2018*, a report of the World Bank, Washington DC, May 2018, p. 39.

⁵¹ NB: Canada and Australia have recently become more active and are showing political will towards carbon pricing.

⁵² <http://www.rggi.org>

⁵³ For a presentation of the reforms, see https://www.rggi.org/docs/PressReleases/PR130207_ModelRule.pdf; for an overview of the RGGI policy since 2017, see https://www.rggi.org/sites/default/files/Uploads/Design-Archive/Model-Rule/2017-Program-Review-Update/2017_Model_Rule_revised.pdf

⁵⁴ AYKUT (S.) and DAHAN (A.), *Gouverner le climat ? 20 ans de négociations internationales*, Paris, Presses de SciencesPo, 2014, p. 203 and 204.

⁵⁵ <http://www.c2es.org/content/regional-greenhouse-gas-initiative-rggi/> (consulted on March 16, 2019)

⁵⁶ <https://www.rggi.org/program-overview-and-design/elements> (consulted on March 16, 2019)

⁵⁷ *State and Trends of Carbon Pricing 2018*, a report of the World Bank, Washington DC, May 2018, p. 51.

⁵⁸ AYKUT (S.) and DAHAN (A.), *op. cit.*, p. 204.

⁵⁹ For a description of the evolution of the situation viewed through the lens of the Quebec authorities, see <http://www.mdelcc.gouv.qc.ca/changements/carbone/WCI.htm>

⁶⁰ The most successful domestic initiative was setup in California in 2006 through the *Global Warming Solutions Act*. This carbon market, launched in 2013, aims to meet the objective of the Kyoto

bia preferring to play the carbon tax card to reduce its emissions. Finally, in May 2018, Nova Scotia joined California, Quebec, and Ontario in this initiative⁶¹, albeit the latter decided to withdraw in July⁶², after elections. This event still demonstrates the weakness of regional trading systems: their dependence on entities that agree to link their markets (and thus on the political figures that govern them) increases the risk of price volatility in the common market. A quick comparison raises the question of the impact of the United Kingdom's exit from the Union on the EU-ETS and on the price of the emission allowance.

At the local level, let us highlight the *Mayors in action*⁶³ program, which brings together thousands of municipalities representing hundreds of millions of people. In May 2014, these cities signed an agreement (*Covenant of Mayors*)⁶⁴ through which they commit themselves to developing and promoting renewable energy at their level of power. By February 2017, no less than 7200 municipalities representing more than 228 million inhabitants had signed this agreement. This program is not solely focused on this political ambition. It also offers a platform for best practices sharing, as well as technical and scientific assistance for the municipalities that request it.

Far from drawing up an exhaustive list, this section aims to demonstrate the extent of the actions undertaken by sub-state actors. It is proof of the scope of their influence.

Protocol, i.e. to reduce the emission levels to those of 1990 for 2020. For California, it would be a reduction of 15% from the 2006 levels. For a study of California's policies, see, MALACZINSKI (J.) and DUANE (T.), *Reducing Greenhouse Gas Emissions from Vehicle Miles Traveled: Integrating the California Environmental Quality Act with California Global Warming Solutions Act*, 36 Ecology L.Q., 2009, p. 71 to 135 and AYKUT (S.) and DAHAN (A.), *op. cit.*, p. 205.

⁶¹ <https://icapcarbonaction.com/en/news-archive/552-nova-scotia-joins-the-western-climate-initiative-inc>

⁶² <https://californiacarbon.info/tag/western-climate-initiative-wci/>. For other situations in which policy changes have impacted the trading scheme, see *State and Trends of Carbon Pricing 2018*, a report of the World Bank, Washington DC, May 2018, pp. 25 and 26.

⁶³ <http://www.mayorsinaction.eu/home/> - a relatively similar action of more than 200 mayors was born in the USA and was in line with the objectives of the Kyoto protocol.

⁶⁴ For an analysis of this commitment, see RANGONE (N.), *The Nature and Role of SEAPS for Environmental Regulation in the Multilevel Planning System*, N. Rangone and J. Ziller (dir.), *Policies and Regulations for Local Sustainable Development. The Covenant of Mayors*, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 65-82.

3.3 The 2016 Paris Agreement

Given the world's major polluting powers' lack of enthusiasm and the European Union's inability to play a leadership role in international negotiations, the COP 21 in Paris was intended to be their last chance to reach an agreement on the issue. The text of the agreement thus reached⁶⁵ is, in our opinion, not as ambitious as what the organizers declared triumphantly. Let us return to its most prominent features.

The *objective* of this agreement, which will lead the fight against global warming for the post-2020 period, is now to limit the increase in the global average temperature to “*well below 2°C above pre-industrial levels*” and “*to pursue efforts to limit the temperature increase to 1.5°C*”, which would “*significantly reduce the risks and impacts of climate change*”.

The agreement calls for the establishment of national commitments to combat global warming (“*nationally determined contributions*”, Article 4). These commitments will be reviewed every five years, so for the first time in 2025. Their verification and sanction of non-compliance is based primarily on a transparency and reputation mechanism⁶⁶. In concrete terms, a committee of experts will have to check the information provided by the countries in terms of monitoring their emissions and publish the results. Peer and civil society pressure should encourage states to keep their promises⁶⁷. The Paris Agreement therefore lacks any other mechanism of control and sanction than that of “*naming and shaming*”.

With regard to carbon markets, Article 6 provides a basis for international cooperation to achieve the objective set by the Parties. This cooperation can take various forms, *including* that of a carbon market. Indeed, Article 6 can be divided into four parts, the last three corresponding to as many possible methods of cooperation. The importance of this “*new climate architecture*”⁶⁸

⁶⁵ For an excellent analysis of the stakes of COP 21, see DE PERTHUIS (C.) and TROTTIGNON (R.), *op. cit.*, p. 65 to 120.

⁶⁶ On this matter, see BARNETT (M.) and DUVALL (R.) (dir.), *Power in Global Governance*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2005.

⁶⁷ Find out more on http://www.lemonde.fr/cop21/article/2015/12/14/cop21-un-compromis-guide-par-la-justice-climatique_4831575_4527432.html#RpipVvSHhXDxrFq.99

⁶⁸ *Decoding article 6 of the Paris Agreement*, document of the Asian Development Bank, April 2018, <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/418831/article6-paris-agreement.pdf>, p. vii.

makes it necessary to dwell on Article 6 and the mechanisms it identifies and establishes in order to better understand the impact of the Paris Agreement on carbon markets.

The first paragraph sets out the scope of Article 6 as a whole. It states that: “Parties recognize that some Parties choose to pursue voluntary cooperation in the implementation of their nationally determined contributions to allow for higher ambition in their mitigation and adaptation actions and to promote sustainable development and environmental integrity”⁶⁹. There are two points that we should look at here. First, the bottom-up approach characteristic of the Paris Agreement is clearly asserted in this paragraph: international cooperation is recognized (and not approved) and it operates on a voluntary (and non-binding) basis. Then, the procedures and mechanisms to which the article is referring target both the already existing cases of cooperation (such as the EU-ETS) and those that may emerge in the future. Article 6 of the Paris Agreement therefore does not focus exclusively on market mechanisms and provides a broader basis for action by States parties wishing to revise their rising climate ambitions.

The second and third paragraphs deal with Internationally Transferrable Mitigation Outcomes (ITMOs). They state: “Parties shall, where engaging on a voluntary basis in cooperative approaches that involve the use of internationally transferred mitigation outcomes towards nationally determined contributions, promote sustainable development and ensure environmental integrity and transparency, including in governance, and shall apply robust accounting to ensure, *inter alia*, the avoidance of double counting, consistent with guidance adopted by the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Agreement [...] The use of internationally transferred mitigation outcomes to achieve nationally determined contributions under this Agreement shall be voluntary and authorized by participating Parties”⁷⁰.

Once again, the Parties emphasized the purely voluntary nature of the potential cooperation between them. In addition, several clarifications are necessary, but we will pay particular attention to the following three. First, these provisions do not create a carbon market or carbon pricing as such, but provide the opportunity for Parties to create such an international market if they so wish⁷¹. It should thus be noted that States are re-

quired to promote sustainable development, guarantee environmental integrity and transparency in accordance with the CMA transparency guidelines and establish an accounting system to avoid double counting. In this respect, following the adoption of the agreement, Andrei Marcu already judiciously raised the question of “whether the CMA, or a designated body, is foreseen as playing an active (regulatory?) role in [...] the transfer of mitigation outcomes”⁷². Finally, it is important to highlight the lack of any indication as to how cooperation at the regional or sub-national levels should be integrated, even though this type of cooperation was explicitly featured in the Preamble of the Paris Agreement⁷³. Once again according to Andrei Marcu, who participated in the negotiations of Article 6 of the agreement, there is no reason to conclude that the latter does not allow such cooperation “as long as they are coordinated/synchronized with the respective Party in accounting towards its NDC”. In concrete terms, these paragraphs provide a framework for the accounting of transfers of mitigation results between Parties that are free to make such transfers if and as they wish to. Only in this context would they help with the establishment of a carbon market.

Paragraph 4 of Article 6 creates a “new flexibility mechanism”⁷⁴ often referred to as the successor of the Kyoto Protocol’s Clean Development Mechanism: the Mechanism for Sustainable Development which aims to “contribute to the mitigation of greenhouse gas emissions and support sustainable development”⁷⁵. Several more specific aspects are expanded on in paragraphs 5 and 6.

The seventh paragraph states that “the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Agreement shall adopt rules, modalities and procedures for the mechanism referred to in paragraph 4 of this Article at its first session” (i.e. at COP 22). According to the Institute for Climate Economics, this mechanism “could allow for the emergence of a compensation mechanism that offers Parties the flexibility to use emission reductions achieved

title 6), research paper for the International Center for Climate Governance, February 2016, p. 6.

⁷² *Ibid.*, p. 8.

⁷³ Paris Agreement, recital 15: “Recognizing the importance of the engagements of all levels of government and various actors, in accordance with respective national legislations of Parties, in addressing climate change”.

⁷⁴ BULTHEEL (C.), MOREL (R.) and ALBEROLA (E.), *Gouvernance du climat & Accord de Paris : le pari audacieux de la coopération transnationale*, climate point n° 40 of the Institute for Climate Economics (I4CE), November 2016, p. 5.

⁷⁵ Paris Agreement, art. 6, §4.

⁶⁹ Paris Agreement, art. 6, §1.

⁷⁰ Paris Agreement, art. 6 §§2 and 3.

⁷¹ MARCU (A.), *Carbon Market provisions in the Paris Agreement (Ar-*

outside their jurisdiction, which could lead to the extension of this carbon price signal to other sectors and countries”⁷⁶.

Finally, *the last two paragraphs of Article 6* provide a framework for Parties wishing to cooperate on the basis of non-market approaches, in contrast to the 1997 Protocol which relied exclusively on market mechanisms to meet the needs for cooperation⁷⁷.

In conclusion, even though it does not in itself establish a carbon market, the Paris Agreement, and more specifically Article 6 (detailed above), is likely to play a facilitating and catalytic role in “the emergence of transnational approaches that directly or indirectly put a price on carbon”⁷⁸. In this respect, it follows the market-oriented approach that was legally recognized in 1997, while making certain changes that we should briefly highlight.

What most distinguishes the Kyoto Protocol from the Paris Agreement⁷⁹ also partially explains why the latter could be adopted at COP 21 and entered into force just as quickly⁸⁰. It is the fact that the agreement was elaborated using a bottom-up and more decentralized approach, while the Protocol operated on the basis of a top-down system and in a more centralized manner⁸¹. Therefore, the main issue at COP 21 was to find a way to ensure the long-term pursuit of GHG emission reduction targets. As a result, the Paris Agreement marks a major change from previous texts adopted by the Parties. It focuses more on developing methods and tools that can be mobilized to act in the long term. In other words, the Paris Agreement provides a structure in and

through which stakeholders can develop their climate policy and action in order to achieve the common goal of limiting the increase of temperatures. This overlaps with the flexibility of the agreement. It should be noted, however, that although it does not explicitly mention sanctions, this instrument remains a treaty of international law (more specifically an additional protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change) to be executed in good faith by the Parties⁸².

In addition to this, while the Protocol provides that only industrialized countries are required to pursue a quantified GHG emission target, the Agreement requires all Contracting Parties to determine at the national level their contribution to the common goal of reducing GHG emissions. In the same vein, the two instruments display a desire for flexibility in the mechanisms put in place to enable the Parties to fulfill their obligations to the best of their ability, but it appears that the latter responds to this requirement more by offering the possibility to cooperate to all States Parties, regardless of their degree of development.

One thing is certain, as noted by the Institute for Climate Economics: “*On the whole, this new approach moves away from the binding framework advocated by the Kyoto Protocol and has the advantage of having promoted a number of commitments without precedent by state and non-state actors*”⁸³. Let us not forget, however, that this cooperative approach alone is not sufficient to achieve the objective of limiting the temperature increase to the 2°C set in the Paris Agreement. It will be necessary to pay a great deal of attention to the concrete actions undertaken by the different actors involved in order to evaluate the effectiveness of the process—more acknowledged rather than actually implemented—of Article 6.

Before concluding this section, we should take note of the outcome of the last COP in Poland that took place at the end of 2018: the technical complexity and lack of political consensus on the issue of carbon markets and, more specifically, regarding the transferable emissions accounting system created to ensure the avoidance of double counting, led States to defer this delicate matter until the next COP⁸⁴.

⁷⁶ DAHAN (L.), VAIDYULA (M.), AFRIAT (M.) and ALBEROLA (E.), « L’Accord de Paris : un nouveau cadre international visant à faciliter l’adoption de politiques de tarification du carbone », climate point n°39 of the Institute for Climate Economics (I4CE), April 2016, p. 6.

⁷⁷ BULTHEEL (C.), MOREL (R.) and ALBEROLA (E.), *op. cit.*, p. 7.

⁷⁸ DAHAN (L.), VAIDYULA (M.), AFRIAT (M.) and ALBEROLA (E.), *op. cit.*, p. 5.

⁷⁹ In this regard, see *Decoding article 6 of the Paris Agreement*, document of the Asian Development Bank, April 2018, <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/418831/article6-paris-agreement.pdf>, pp. 5 and 6.

⁸⁰ It entered into force in November 2016 when the required double majority was reached (ratification, acceptance, approval or compliance by at least 55 countries representing at least 55% of global emissions).

⁸¹ *Decoding article 6 of the Paris Agreement*, document of the Asian Development Bank, April 2018, <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/418831/article6-paris-agreement.pdf>, p. 6.

⁸² Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), art. 26.

⁸³ BULTHEEL (C.), MOREL (R.) and ALBEROLA (E.), *op. cit.*, p. 1.

⁸⁴ <https://www.carbonbrief.org/cop24-key-outcomes-agreed-at-the-un-climate-talks-in-katowice>

In conclusion, on a global scale, the Protocol never truly worked because very few States were ready to *truly* play the game. The industrialized countries did not want to risk weakening their national economies and the less industrialized ones did not have sufficient incentives to pursue a less carbon-intensive development. The repeated major international negotiations made it possible to achieve a handful of limited agreements but above all demonstrated the inability of States to commit to quantified objectives whose violation would be accompanied by real punitive measures. By sanctioning the bottom-up regulatory process, the Paris Agreement marks a further step in the direction of the legally non-binding. Not all is doom and gloom, however, as evidenced by the evolution of the world situation in recent years. It is very obvious that it is increasingly difficult for leaders to explain to the civil society their opposition to a serious plan to fight global warming. The Kyoto Protocol, although it has not kept its promises, has the merit of existing, of setting in motion a dynamic and making it possible to set a price for carbon. As evidence, the Paris Agreement, its successor for the post-2020 period, attests to the relevance and preservation of this dynamic as it explicitly recognizes the existence and possibility of developing “cooperative approaches” that involve the use of transferred “mitigation outcomes”.

4 Active cooperation for better fungibility by means of new technologies

The Kyoto Protocol and its direct result, the carbon markets, have not kept their promises. Currently the vast majority of carbon at the global level is not tariffed (only 20% of global GHGs priced in 2018)⁸⁵ or is underpriced. The fight against global warming concerns everyone and therefore requires a joint effort. We believe that the only truly possible solution lies in the close collaboration between actors from different levels of government, the civil society, and the business community. Without this cooperation, the fight against rising temperatures is doomed to fail or make very little progress. Social actors exist and the challenge is now to channel them to act as a real force for change. The aim

⁸⁵ *State and Trends of Carbon Pricing 2018*, a report of the World Bank, Washington DC, May 2018, p. 17.

of this last part is not to re-examine the fight against global warming using an idealistic and utopian approach, but to identify the beginnings of existing and promising solutions in order to correct current international and European systems by making them more efficient.

Better market fungibility is a necessary and indispensable step towards the improvement of the existing system. In other words, it is imperative to improve the interchangeability between this ensemble of carbon markets by ensuring the full preservation and inseparability of the benefits and obligations of emission rights as such or certificates covering them. This is a principle that ultimately posits the total legal equivalence of emission rights within a range of GHG emission trading systems⁸⁶. This idea is gaining further and further ground⁸⁷. It is based on the axiom of economic theory where the larger the market the more attractive it is. Finally, the various carbon markets should form a single global carbon market. For companies, linking would allow them to use allowances from other systems in order to achieve compliance. Once linked, prices in these different systems will converge until they are identical.

This increased fungibility will only be possible if an actor has the political will to coordinate the proliferation of existing initiatives by linking the markets. It takes a great deal of time to negotiate agreements between systems, as well as money to create the necessary market infrastructures, alongside a solid dose of diplomacy to convince the various stakeholders. The UN is the most natural actor, although the different COPs since the Kyoto Protocol, the lack of enthusiasm for the carbon markets issue in the Paris Agreement, and what could be described as procrastination of the States Parties in this regard at the last COPs, have raised concerns regarding the lack of efficiency and effectiveness of the current inter-state system. If the UN is not up to the task, then hopefully the European Union, which certainly has the means as well as the ambition, is able to impose itself on the international scene to play this role.

Whatever the resource actor, this coordination would in any case take the form of a progressive linka-

⁸⁶ LEBLANC (B.), *Le Protocole de Kyoto et le marché du carbone : vers une fungibilité asymétrique à l'échelle internationale*, 2005, Master's thesis available at www.archipel.uqam.ca/1982/1/M9160.pdf

⁸⁷ A discussion forum promoting the search for means to link the different markets has recently been created. It brings together a group of national and international civil servants, as well as university professors – www.icapcarbonaction.com

ge between the carbon markets which could happen via the use of new technologies such as *distributed ledgers* (“distributed registers”), of which the most known type is that of the blockchain, used in particular for the creation of the *Bitcoin* cryptocurrency. The blockchain is indeed an interesting tool whose mobilization seems necessary for the implementation of the political and legal framework of the fight against global warming.

The blockchain can be defined as “an information storage and transmission technology that is transparent, secure, and operates without a central control body. [This chain of blocks] constitutes a database that contains the history of all the exchanges made between its users since its creation. This database is secure and distributed: it is shared by its users, without intermediaries, which allows everyone to verify the validity of the chain”⁸⁸. Its distributed nature sets it apart from the “traditional” Internet that has developed around platforms and third-party control. Instead of having to go through an intermediary, contributors involved in creating a shared registry between different computers interact directly via the blockchain. The verification of the transferred content no longer takes place via a central actor but through a peer-to-peer network.

It should be noted that this characteristic of the *blockchain* is also what makes it a tool of choice for the implementation of the Paris Agreement. The Louis Bachelier Institute (“LBI”) in France thus promotes the use of blockchain and distributed ledger technology (DLT) to facilitate the implementation of the reporting framework provided by the Paris Agreement (based on the use of monitoring, reporting and verification tools). This project aims to facilitate the development of a strong framework for Nationally Determined Contributions and a two-degree pathway alignment strategy for non-state actors. According to *The Climate Chain* website, the use of this technology “will build capital market confidence and help reach the Paris Accord target at both local and global levels through consensus methods and technical interoperability”⁸⁹. Although still in the research phase, this reflection has the merit of highlighting the ability of the blockchain to serve as an infrastructure in which the various mechanisms involved in the fight against climate change, such as but not solely carbon markets,

could develop.

It is also particularly interesting to see that this idea has also made its way into the field of climate governance, thanks to the leadership of the UNFCCC Secretariat. The latter has actually encouraged and facilitated the creation of the *Climate Chain Coalition*, which currently includes more than one hundred member organizations⁹⁰. This is an open global initiative that was launched during the 2017 One Planet Summit and which resulted in the adoption of a Charter comprised of nine principles, including one on technological neutrality and one on the harmonization of the actions of the coalition with the long-term goals of the Paris Agreement⁹¹.

Finally, we should also mention the practical benefits of the blockchain for effective climate action. Massamba Thioye, who is leading UN Climate Change’s work exploring blockchain, believes that this technology and DLTs could “strengthen monitoring, reporting and verification of the impacts of climate action; improve transparency, traceability and cost-effectiveness of climate action; build trust among climate actors; make incentive mechanisms for climate action accessible to the poorest [and] support mobilization of green finance”⁹².

Specifically, the blockchain could be used to improve carbon trading; some argue for the free use of *digital ledgers* as a platform for networking carbon markets so as to achieve the objectives of the Paris Agreement⁹³. This type of usage is not purely hypothetical: IBM and the *Energy Blockchain Lab* are collaborating on the development of an emission allowances trading platform in China. The blockchain also facilitates, as the Belgian experiment has demonstrated⁹⁴, the peer-to-peer exchange of renewable energy within a decentralized system whereby the consumer and inefficiency costs are reduced. Particularly relevant when it comes to the carbon market, blockchain technology and *smart contracts* that can be concluded by making use of it make it possible to convert the generated low-carbon energy into carbon

⁸⁸ <https://blockchainfrance.net/decouvrir-la-blockchain/c-est-quoi-la-blockchain/>

⁸⁹ <http://www.theclimatechain.org>

⁹⁰ <https://www.climatechaincoalition.io/membership-list> (consulted on 29th of October 2019)

⁹¹ <https://unfccc.int/news/un-supports-blockchain-technology-for-climate-action>

⁹² Idem..

⁹³ See JACKSON, (A.), LLOYD, (A.), MACINANTE, (J.) and HUWENER (M.), *Networked Carbon Markets: Permissionless Innovation with Distributed Ledgers?*, 2017; online at: <https://ssrn.com/abstract=2997099>

⁹⁴ This is the NRGcoin concept developed by the Free University of Brussels (VUB), as part of the European Scanenergy project; see <http://nrgcoin.org/about>

credits and to sell them or, conversely, buy them on the market so as to offset a polluting activity. In this way, the blockchain would make possible the implementation of allowance trading and allow for better fungibility. This technology would also promote the development of *crowdfunding* and disintermediated financial transactions (peer-to-peer) in support of climate action. Finally, the use of blockchain is likely to help with the monitoring and reporting of GHG emissions and the avoidance of double counting, thereby contributing to the establishment of a strong transparency mechanism, as envisaged in the Paris Agreement⁹⁵.

5 Final conclusions

A realistic approach is needed: a unique, fast and easy solution to counter the effects of global warming does not exist. The problem of climate change is global, and as such its solution must also be developed on a global scale.

In terms of available solutions, we believe that it would be unrealistic to suddenly break with the market-oriented approach which the international community has employed for the past twenty years. As imperfect as it may be, this system has the merit of already existing and is something that has never been done before. This sentiment is reinforced by the observation that the actors aspire to a clear and sustainable system which they can trust so that they can invest their energy in these carbon markets. In our opinion, the key to the success of this global public policy therefore rests more upon the improvement of the existing system.

We believe that it is necessary for this improvement to involve both the coordination and the linking of various existing initiatives, of which we have briefly presented the most noteworthy. Fungibility would be the legal equivalent. However, even if this solution appears to be the most realistic, a political decision is necessary to link the markets and an arbitrator must be chosen, one who will have to guarantee that the rules of the game are being followed and who will also vouch for the integrity of the allowance: the common currency. The European example of linkage with the flexibility mechanisms resulting from the Kyoto Protocol and the

countries of the European Economic Area is in this respect enlightening and demonstrates the feasibility of the operation, but also illustrates the numerous difficulties encountered in its concrete implementation. Concurrently, the efforts of the civil society and the rise of new technologies such as the blockchain represent a solution, if not alternative then at least complementary, to the traditional interstate approach.

The strengthening of existing carbon markets, the development of new allowance trading systems and the combination of all these, aided by the use of new technologies and controlled by a globalized civil society whose political power can no longer be overlooked, constitute, in our view, the way forward in the fight against global warming.

Indicative bibliography

CHENEVIÈRE (C.), *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, Brussels, Bruylant, 2018 ;

CRIQUI (P.), FARACO (B.) and GRANDJEAN (A.), *Les Etats Carbone*, Paris, PUF, 2009 ;

DALES (J. H.), *Pollution, Property & Prices*, Université de Toronto, 1968 ;

DELAISSE (P.), SEPULCHRE (P.), WINZEN (R.), FREESTONE (D.) and STRECK (D.), *Legal aspects of implementing the Kyoto Protocol mechanisms: making Kyoto work*, New York, OUP, 2005 ;

DE PERTHUIS (C.) and TROTIGNON (R.), *Le climat, à quel prix? La négociation climatique*, Paris, Odile Jacob, 2015 ;

JACKSON (A.), LLOYD (A.), MACINANTE (J.) and HUWENER (M.), *Networked Carbon Markets: Permissionless Innovation with Distributed Ledgers?*, 2017; online at: <https://ssrn.com/abstract=2997099>;

KURKOWSKI (S.), *Distributing the right to pollute in the European Union: efficiency, equity, and the environment*, New York University Environmental Law Journal, 2006, from p. 701;

LANG (S.) and BLUM (M.), "What future for the voluntary carbon offset market after Paris? An explorative study based on the Discursive Agency Approach", Climate Policy, 2019, n°19/3, p. 414 to 426;

⁹⁵ *How Blockchain Technology Could Boost Climate Action*, June 2017, <https://unfccc.int/news/how-blockchain-technology-could-boost-climate-action>

PALLEMAERTS (M.), *La Communauté européenne comme partie contractante au Protocole de Kyoto*, Am-Env., 2003, special number ;

SCHNEIDER (L.) and LA HOZ THEUNER (S.), “Environmental integrity of international carbon market mechanisms under the Paris Agreement”, *Climate Policy*, 2019, n°19/4, p. 386 to 400, online at: <https://doi.org/10.1080/14693062.2018.1521332> ;

VAN WAEYENBERGE (A.) “Lutter contre le réchauffement climatique : le cas des marchés carbone”, in C. Bricteux et B. Frydman (dir.), *Les grands défis du droit global*, Brussels, Bruylant, 2017 ;

WRIGH (A.) and DE FILIPPI (P.), “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia”, *SSRN Electronic Journal*, 2015.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

As abordagens dos países da América Latina e Caribe sobre a mobilidade humana provocada pelas mudanças climáticas
Latin America and Caribbean countries' approaches on human mobility caused by climate change

Diogo Andreola Serraglio

Heline Sivini Ferreira

As abordagens dos países da América Latina e Caribe sobre a mobilidade humana provocada pelas mudanças climáticas*

Latin America and Caribbean countries' approaches on human mobility caused by climate change

* Recebido em 17/07/2019
Aprovado em 04/09/2019

Diogo Andreola Serraglio**

Helene Sivini Ferreira***

** Pós-Doutorando em Direito na Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE) por meio de bolsa da Alexander von Humboldt Foundation. Doutor em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), tendo realizado seu estágio de doutoramento na Elisabeth Haub School of Law – Pace University, em White Plains, EUA (setembro 2017 - maio 2018) e na United Nations University – Environment and Human Security (UNU-EHS), em Bonn, Alemanha (Março - Junho 2017). Mestre em Direito pela PUCPR. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Internacional do Meio Ambiente pela United Nations Institute for Training and Research (UNITAR); Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Membro pesquisador da Comissão Mundial de Direito Ambiental da International Union for Conservation of Nature (IUCN) e da Rede Sul-Americana para as Migrações Ambientais (RESAMA). Advogado. E-mail: diogo.aserraglio@gmail.com

*** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), tendo realizado seu estágio de doutoramento no Centre for Environmental Law, da Macquarie University, em Sidney, Austrália. Mestre em Direito pela UFSC. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Professora Adjunta do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (UFSC) e do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR). Diretora de Assuntos Internacionais do Instituto O Direito por um Planeta Verde (IDPV). Coordenadora Regional da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB-Sul). Membro da Commission on Environmental Law da International Union for Conservation of Nature (IUCN). Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: hzivini@yahoo.com.br

Resumo

O presente estudo visa examinar em que medida os países que compõem a América Latina e o Caribe vem integrando a *mobilidade humana no contexto dos efeitos adversos das mudanças climáticas* às suas políticas públicas. Para tanto, fazendo-se uso do método de abordagem dedutivo e da revisão bibliográfica como técnica de pesquisa, buscou-se, inicialmente, compreender a mobilidade humana com base na ocorrência de adversidades ambientais, particularmente do aquecimento do sistema climático global. Na sequência, analisou-se os fluxos migratórios sob a perspectiva do regime climático internacional, com enfoque nas disposições que sucederam o Acordo de Paris e culminaram no estabelecimento da *Força-Tarefa sobre Deslocamento*, por meio do Mecanismo Internacional de Varsóvia sobre Perdas e Danos. Por fim, considerou-se a mobilidade humana no contexto das políticas públicas climáticas dos países latino-americanos e caribenhos. Nessa oportunidade, além dos *Planos Nacionais de Adaptação* (PNAs) e das *Contribuições Nacionalmente Determinadas* (CNDs), estudou-se a legislação nacional que regulamenta a mitigação e a adaptação às mudanças do clima no âmbito interno dos 34 países que compõem a região. Não obstante o reconhecimento da urgência que o tema encerra, são poucos os países que abordam a mobilidade humana em suas políticas públicas, indicando que os instrumentos jurídicos estabelecidos até o momento não são suficientemente aproveitados e/ou explorados. Diante da inexistência de mecanismos que permitam o enfrentamento adequado da questão, comunidades inteiras permanecem com a dignidade da pessoa humana ameaçada.

Palavras-chave: Mudanças climáticas. Mobilidade humana. Regime climático internacional. Políticas Públicas. América Latina e Caribe.

Abstract

The study aims at examining to what extent Latin American and Caribbean countries have integrated *human mobility in the context of the adverse effects of climate change* and related topics in their policies. For this purpose, through de-

ductive research approach and literature review, human mobility patterns related to environmental misfortunes in contemporary society, especially the ones associated with global warming, are initially understood. Likewise, the topic is then analyzed from the international climate regime, with focus on the provisions that followed the Paris Agreement and resulted in the establishment of the *Task-Force on Displacement*, through the *Warsaw International Mechanism on Loss and Damage*. Finally, it is intended to evaluate climate change-related policies in Latin American and Caribbean countries. Thus, in addition to the *National Adaptation Plans* (NAPs) and *Nationally Determined Contributions* (NDCs), national legislation regulating climate change mitigation and adaptation within the 34 countries of the region were studied. Notwithstanding the acknowledgment of the urgency of the topic, only few countries address human mobility in their policies thus far, indicating that the legal instruments established are not sufficiently harnessed. Given the lack of specific mechanisms, communities remain with their human dignity at risk.

Keywords: Climate change. Human mobility. International climate regime. Policies. Latin America and the Caribbean.

1 Introdução

As mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global deixaram de ser uma questão meramente ambiental, também ganhando destaque em razão das suas implicações econômicas, políticas e sociais. Essas acabam por acentuar desigualdades e injustiças em inúmeras regiões do globo, como a América Latina e o Caribe. A variabilidade dos padrões climáticos nessas localidades do continente americano, os contrastes socioeconômicos, a falta de capacidade adaptativa, bem como o alto grau de vulnerabilidade, expõem comunidades inteiras aos seus efeitos adversos, obrigando-as, às vezes, a abandonar seus locais de residência habitual.

A relevância do estudo das relações existentes entre fluxos populacionais forçados por razões ambientais mostra-se evidente, principalmente sob a perspectiva das mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global, as quais têm intensificado a incidência e a recorrência de infortúnios ao redor do globo. Ainda que ninguém se desloque por um único motivo e as pesquisas

sobre o tema apresentem dificuldades em decodificar todas as particularidades que se conjugam às causas ambientais para compelir o movimento de pessoas, os riscos a que se submetem diversos aglomerados humanos exigem respostas eficazes da sociedade contemporânea.

À vista disso, objetiva-se examinar em que medida os países que compõem a América Latina e o Caribe integram a *mobilidade humana no contexto dos efeitos adversos das mudanças do clima* em suas políticas públicas de cunho climático, contribuindo para a redução, prevenção e melhor gerenciamento dos deslocamentos desse gênero em âmbito regional.

Por meio do método dedutivo, busca-se, inicialmente, a contextualização da temática: além da multicausalidade dos processos migratórios, os dados disponibilizados pelo *Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno* (IDMC) e a multiplicidade de nomenclatura utilizadas para descrever aqueles que se deslocam em razão dos efeitos adversos das mudanças climáticas são analisados.

Na sequência, avalia-se o aparato normativo que aborda a mobilidade humana no regime climático internacional, com especial enfoque para disposições das Conferências das Partes (COPs) que sucederam o Acordo de Paris, em 2015, e culminaram na instituição do *Mecanismo Internacional de Varsóvia sobre Perdas e Danos* (WIM) e no estabelecimento da *Força-Tarefa sobre Deslocamento* (TFD).

Por fim, as políticas públicas de cunho climático dos países latino-americanos e caribenhos são investigadas com o intuito de verificar em que medida as conexões entre mudanças climáticas e mobilidade humana vêm sendo incorporadas e assimiladas pelas agendas nacionais. Para tanto, os *Planos Nacionais de Adaptação* (PNAs) e as *Contribuições Nacionalmente Determinadas* (NDCs) submetidas ao sistema da *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática* (CQNUMC) até o momento, assim como as legislações nacionais que regulamentam a mitigação e a adaptação às mudanças do clima em âmbito interno dos 34 países da região foram devidamente esmiuçados.

Verifica-se, em que grau a região encontra-se alinhada e em consonância com as diretrizes e recomendações internacionais que abordam o tema, possibilitando, também, a identificação de lacunas e inconsistências. Em verdade, a complexidade dos processos migratórios na atualidade impõe a reconsideração das bases que estruturam os instrumentos normativos existentes com

o intuito de captar os novos desafios da mobilidade humana, respondendo às demandas dos movimentos desencadeados por adversidades de cunho climático. Sem essa estrutura jurídica, as lacunas que permeiam a problemática têm o potencial de exacerbar crises humanitárias e instabilidades políticas.

2 A mobilidade humana a partir dos efeitos adversos das mudanças climáticas

A mobilidade humana por motivos ambientais opera em uma diversidade de escalas de tempo e espaço, não sendo um fato inédito na história¹. Deslocamentos não ocorrem somente diante de fenômenos que se desdobram ao longo de décadas ou até mesmo séculos para modificar a habitabilidade de uma determinada região, como as oscilações naturais do clima em razão de períodos geológicos; acontecem também em face de atividades geofísicas próprias do sistema terrestre, assim como da interferência antropogênica no meio ambiente. Além de alterar as condições de sobrevivência, tais transformações sempre desafiaram a adaptação de aglomerados humanos em novas localidades².

O acelerado processo de desenvolvimento em busca de maior crescimento econômico, apesar de ter possibilitado a expansão da capacidade de produção, armazenamento e circulação de bens de consumo, tem sido, em grande medida, responsável pela alteração dos padrões climáticos. Em verdade, a queima desenfreada de combustíveis fósseis e a consequente emissão de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera tem contribuído de forma significativa para o aquecimento global. Como consequência do aumento da temperatura do sistema climático, houve também a modificação e a intensificação de processos migratórios³.

À vista disso, considerando a variedade de abordagens jurídicas que circundam o tema, além de delimitar

algumas das particularidades que permitem a melhor compreensão dos fluxos populacionais de cunho climático, o presente tópico relaciona o fenômeno aos preceitos do regime climático internacional contemporâneo no intento de facilitar a identificação de respostas eficazes.

2.1 Compreendendo os fluxos populacionais que decorrem das alterações induzidas do clima

Apesar do Primeiro Relatório de Avaliação (AR1) do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), publicado em 1990, ter sido categórico ao afirmar que “[...] um dos efeitos mais graves das mudanças climáticas poderia ser a migração forçada de milhares de pessoas em razão da erosão e de inundações costeiras, assim como de secas severas”⁴, esse tema só voltou a ser mencionado pelo IPCC em 2014, quando da publicação do Quinto Relatório de Avaliação (AR5). De acordo com o AR5, no período compreendido entre os anos de 1951 e 2010, houve uma elevação da temperatura média global entre 0.5° C e 1.3° C. Diante desse aumento, cujas causas são reconhecidamente antropogênicas, estimou-se que haveria o deslocamento de um maior número de pessoas, sobretudo daquelas expostas a eventos climáticos extremos nos países em desenvolvimento⁵.

Em outubro de 2018, o IPCC divulgou o relatório especial *Aquecimento Global de 1,5° C* (SR15)⁶. No que tange especificamente à mobilidade humana, o documento ressaltou a dificuldade de se estabelecer um nexo de causalidade entre os efeitos das alterações induzidas do clima e os processos de migração. Isso porque, na

¹ HETHERINGTON, Renée. *Living in a dangerous climate: climate change and human evolution*. Nova Iorque, EUA: Cambridge University Press, 2012. p. 13.

² MCLEMAN, Robert A. *Climate and human migration: past experiences, future challenges*. Nova Iorque, EUA: Cambridge University Press, 2014. p. 15.

³ BRADBROOK, Adrian J.; OTTINGER, Richard L. *Energy law and sustainable development*. Geneva, Switzerland: IUCN, 2003. p. 13-14.

⁴ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate change: The 1990 and 1992 IPCC Assessments*. IPCC First Assessment Report Overview and Policymaker Summaries and 1992 IPCC Supplement. Canada, 1990. p. 103. Traduzido a partir de: “[...] the gravest effects of climate change may be those on human migration as millions are displaced by shoreline erosion, coastal flooding and severe drought.”

⁵ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Working Group I Contribution To The IPCC Fifth Assessment Report*. Climate Change 2013: the Physical Science Basis. Sweden: 2013. p. 16.

⁶ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Global Warming of 1,5° C: an IPCC special report on the impacts of global warming of 1,5° C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*. República da Coreia: Summary for Policymakers, 2018. p. 04.

maioria dos casos, esses complexos processos decorrem de fatores múltiplos, inviabilizando um vínculo isolado. Diante disso, percebe-se que as mudanças climáticas não podem ser apontadas como causa única de fluxos populacionais⁷. Ainda que o desequilíbrio do sistema climático possa operar como um gatilho, as motivações que ensejam a mobilidade humana são, via de regra, interdependentes, evidenciando a combinação de fatores que se agravam mutuamente⁸.

À vista disso, abordar a mobilidade humana no contexto das mudanças climáticas vai além da análise de como indivíduos reagem aos seus efeitos adversos. Há de se falar na melhor compreensão dos desafios que raramente são definidos como climáticos ou, ainda, relacionados a outros infortúnios ambientais⁹. Revela-se, diante disso, que “a complexidade das decisões de migrar [...] torna quase que impossível o fornecimento de estimativas precisas das pessoas que se movem apenas por conta das mudanças climáticas”¹⁰.

As primeiras estimativas vinculando fluxos populacionais a adversidades ambientais resultaram dos prognósticos de Norman Myers¹¹. Na obra *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena*, publicada em 1995, o autor destaca que, naquele ano, o número total de deslocados por questões ambientais somava pelo menos 25 milhões de indivíduos, ao passo que os chamados *refugiados tradicionais*¹² totalizavam não mais que 27 milhões de pessoas¹³. Dez anos mais tarde, ao

concluir que a questão poderia servir “como poderoso fundamento para a adoção de medidas voltadas ao refreamento do aquecimento global”¹⁴, Myers afirmou que a quantidade de indivíduos obrigados a migrar de sua terra natal em razão de infortúnios ambientais, incluindo os que decorrem das alterações induzidas do clima, poderia alcançar 200 milhões até 2050¹⁵. Tais dados foram citados por meios de comunicação, organizações não governamentais (ONGs) e documentos oficiais, fazendo com que o tema despontasse nos debates públicos¹⁶.

Na atualidade, são os dados do Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno (IDMC) que merecem destaque¹⁷. Em seu último relatório, intitulado *2019 Global Report on Internal Displacement* (GRID), veiculado em maio de 2019, o IDMC aponta que, no período compreendido entre 2008 e 2018, uma média anual de 7.4 milhões de indivíduos tornaram-se deslocados internos em razão de conflitos armados e 24 milhões em virtude da iminência de desastres de cunho ambiental. Somente em 2018, 28 milhões de novos deslocamentos no interior de fronteiras nacionais foram registrados em 148 países: 10.8 milhões decorreram de conflagrações e 17.2

global arena. Washington: Project of the Climate Institute, 1995. p. 1.

¹⁴ MAYER, Benoît. Who are ‘climate refugees? Academic engagement in the post-truth era. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the Legal Impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018. p. 92.

¹⁵ MYERS, Norman. *Environmental refugees: an emergent security issue*. Praga: Oxford University, U.K., 2005. p. 23.

¹⁶ Vale mencionar que, em alguns casos, as estimativas têm sido manipuladas com o intuito de chamar a atenção para o assunto, justificar a adoção de medidas que permitam o fechamento de fronteiras nacionais, ou possibilitar a aquisição de auxílio financeiro para projetos de adaptação. Como consequência, não é de se surpreender que essas conjecturas sejam ainda imprecisas. Ainda que todas as previsões tenham tido um impacto duradouro nos debates públicos que versam sobre a chamada *migração ambiental*, elas não foram fundamentadas em métodos científicos robustos e várias de suas questões ainda permanecem sem repostas, o que dificulta sobremaneira a adoção de medidas que possam suavizar ou contornar o problema de forma adequada. NICHOLSON, Calum T. M. Climate-induced migration: ways forward in the face of an intrinsically equivocal concept. In: MAYER, Benoît; CRÉPEAU, François. *Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 51.

¹⁷ Estabelecido pelo Conselho Norueguês para Refugiados (CNR), os dados produzidos pela organização não governamental não incluem deslocamentos que resultam de eventos de início lento, ou seja, processos que se desenrolam de forma gradativa — no decorrer de anos ou até mesmo décadas —, tampouco contabilizam o deslocamento de pessoas que ocorre para além de suas fronteiras nacionais.

⁷ MCADAM, Jane. *Climate change, forced migration and international law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 20.

⁸ RAMOS, Erika Pires. Refugiados, migrantes ou deslocados ambientais: uma abordagem inspirada na proteção do meio ambiente e nos direitos humanos. In: LEITE, José Rubens Morato (coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 750.

⁹ HASTRUP, Kirsten; OLWIG, Karen F. Introduction: Climate change and human mobility. In: HASTRUP, Kirsten; OLWIG, Karen F. *Climate change and human mobility: Global Challenges to the Social Sciences*. Londres, UK: Cambridge University Press, 2012. p. 03.

¹⁰ MCADAM, Jane. *Climate change, forced migration and international law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 5. Traduzido a partir de: “The complexity of migration decisions [...] make it virtually impossible to provide an accurate estimate of people who move because of climate change.”

¹¹ MAYER, Benoît. Who are ‘climate refugees? Academic engagement in the post-truth era. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the Legal Impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018. p. 92.

¹² O termo refugiado encontra-se definido no §2º do artigo 1º da Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

¹³ MYERS, Norman. *Environmental exodus: an emergent crisis in the*

milhões derivaram de infortúnios ambientais¹⁸. Isso significa que 61% de todo o fluxo populacional interno e forçado do ano em tela teve uma adversidade ambiental como estopim. Desse montante, apenas 1.1 milhões de habitantes foram obrigados a abandonar suas residências em consequência de atividades geofísicas: 915.000 em razão de terremotos e 186.000 por conta de erupções vulcânicas¹⁹.

Nesse contexto, os deslocamentos registrados no ano de 2018 foram desencadeados, sobretudo, por circunstâncias climatológicas: 5.4 milhões de pessoas foram removidas em razão de inundações e transbordamentos de corpos d'água; 9.3 milhões em razão de ciclones tropicais e tempestades de menor intensidade; 764.000 em virtude de períodos de estiagem prolongados; 424.000 por força de incêndios; 165.000 por efeito de deslizamentos de terras; e 24.000 por conta de ondas de calor²⁰.

O continente americano, dentro do qual se delimita o foco desta pesquisa, foi responsável por 9.8% dos deslocamentos oriundos de desastres. É dizer, aproximadamente 1.7 milhões de pessoas foram forçadas a migrar dentro de suas fronteiras nacionais em decorrência de adversidades ambientais nas Américas ao longo de 2018. Esse número é cerca de quatro vezes maior que os 404.000 indivíduos que fugiram de conflitos armados²¹. Apesar da incidência de períodos prolongados de estiagem e de inundações, foram os ciclones tropicais que geraram boa parcela dos fluxos populacionais associados a desastres na região²².

Dito isso, deve-se considerar que as discussões so-

bre os processos migratórios decorrentes das mudanças climáticas permanecem essencialmente focadas na urgência de se estabelecer uma terminologia adequada e consensual para descrever o fenômeno. As expressões *refugiado ambiental*, *migrante ambiental* e *deslocado ambiental* vêm sendo comumente utilizadas com o intuito de fazer referência a pessoas ou grupos humanos que, diante da iminência de adversidades ambientais no local de seu *habitat* tradicional, sejam eles provocados por eventos de ordem natural ou induzidos pela ação humana, compõem a onda migratória tanto no âmbito interno de cada Estado quanto na esfera internacional, de forma voluntária ou forçada, em caráter temporário ou permanente, com vistas ao resguardo das garantias fundamentais da pessoa humana²³.

O uso de diferentes expressões reflete as divergências existentes entre os grupos de interesses envolvidos e as escolas de pensamento que se debruçam sobre o assunto²⁴. Apesar das terminologias propostas terem oportunizado “uma ampla nebulosa de discursos e argumentos políticos que construíram um *momentum* significativo recentemente”²⁵, está-se diante de “vocábulos extremamente controversos”²⁶.

Por essa razão, opta-se pelo uso da locução *mobilidade humana*, restringindo-a aos *efeitos adversos das mudanças climáticas*: “além de ser mais consensual, ela inclui diferentes formas de movimento”²⁷, abarcando as nuances das diversas situações inerentes ao tema. Compreendida como “um termo guarda-chuva que se refere a todos os

¹⁸ INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. *2019 Global Report on Internal Displacement (GRID 2019)*. Genebra, Suíça: IDMC/NRC, 2019. p. 2.

¹⁹ INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. *2019 Global Report on Internal Displacement (GRID 2019)*. Genebra, Suíça: IDMC/NRC, 2019. p. 7.

²⁰ INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. *2019 Global Report on Internal Displacement (GRID 2019)*. Genebra, Suíça: IDMC/NRC, 2019. p. 7.

²¹ Dentre os cinco países com o maior número de novos deslocamentos – tanto por conflitos armados quanto por adversidades ambientais – em 2018, estão: Estados Unidos da América (EUA), com 1.247.000 pessoas; El Salvador, com 250.700 indivíduos; Colômbia, com 212.000 habitantes; Brasil, com 86.000 cidadãos; e Cuba, com 52.000 deslocados. INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. *2019 Global Report on Internal Displacement (GRID 2019)*. Genebra, Suíça: IDMC/NRC, 2019. p. 39.

²² INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. *2019 Global Report on Internal Displacement (GRID 2019)*. Genebra, Suíça: IDMC/NRC, 2019. p. 39.

²³ RAMOS, Erika Pires. Refugiados, migrantes ou deslocados ambientais: uma abordagem inspirada na proteção do meio ambiente e nos direitos humanos. In: LEITE, José Rubens Morato (coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 739.

²⁴ MCADAM, Jane. *Climate change, forced migration and international law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 05

²⁵ MAYER, Benoît. *The concept of climate migration: advocacy and its prospects*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2016. p. 38. Traduzido a partir de: “[...] a broad nebula of political discourses and arguments which have built a significant momentum in recent years, hence, possibly, creating opportunities for reforms in global governance.”

²⁶ SAAD, Aaron. Climate change, compelled migration and global social justice. In: SANDBERG, L. Anders; SANDBERG, Tor (ed.). *Climate change. Who's carrying the burden? The chilly climates of the global environmental dilemma*. Ottawa, Canadá: Our School/Our Selves (OS/OS), 2010. p. 107. Traduzido a partir de: “[...] but the terms are extremely problematic for several reasons.”

²⁷ IONESCO, Dina; MOKHNACHEVA, Daria; GEMENE, François. *The Atlas of environmental migration*. London and New York: Routledge - Taylor and Francis Group, 2017. p. 2. Traduzido a partir de: “Mobility, a more consensual term, includes different forms of movement and refers to the ability to migrate.”

aspectos do movimento de pessoas, a *mobilidade humana* abrange processos de migração e de deslocamentos (in) voluntários internos e transfronteiriços, assim como a realocação planejada e consentida de populações²⁸.

Nessa esteira, haveria de se falar em três modalidades de fluxos populacionais, aplicadas independentemente da temporalidade e da transposição de fronteiras nacionais: *migração*, manifestada de forma voluntária; *deslocamento*, identificado a partir de seu caráter forçado; e *realocação planejada*, expressa a partir de processos de reassentamentos programados de indivíduos ou grupo de pessoas para uma nova localidade²⁹.

Em síntese, enquanto a *migração* implicaria o total controle sobre a decisão de migrar, o *deslocamento* seria caracterizado pela falta de opção alternativa à saída do espaço de vida habitual. A *migração*, portanto, envolve sujeitos que deixam seus locais de residência por motivações pessoais e/ou por entender que os meios garantidores da dignidade da pessoa humana foram, de alguma forma, colocados em risco. O *deslocamento*, em contrapartida, refere-se a indivíduos compelidos a abandonar suas moradias, sendo essa a única alternativa viável à manutenção de condições adequadas de sobrevivência. Ambas as modalidades colocam as garantias elementares do ser humano em risco e, à vista disso, é a possibilidade de escolha que acaba por diferenciar uma da outra. É dizer, são as condições do meio ambiente que definem a mobilidade humana como processo migratório ou deslocamento³⁰.

Em que pese a relevância da distinção acima, as controvérsias persistem³¹. Isso porque se deve ter em mente

que os fluxos populacionais costumam ter início de forma espontânea e, com o esgotamento dos recursos que permitem a subsistência e a permanência em uma localidade específica, revertem-se em compulsórios. Logo, a divisão entre *migração* e *deslocamento* acaba por se desfazer com frequência, emperrando o estabelecimento de mecanismos que se voltem à regulamentação da questão. Ou seja, “na prática, é difícil distinguir claramente movimentos de caráter forçado e voluntário, o que complica a implementação de respostas políticas apropriadas”³².

Por sua vez, a *realocação planejada* pressupõe assistência estatal e encontra-se relacionada a pessoas que não poderão ou farão a opção de não retornar aos seus locais de residência habitual. No contexto climático, esse processo está associado a eventos de início lento, como a desertificação e a elevação do nível do mar. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) define a expressão nos seguintes termos:

[...] processo planejado no qual pessoas ou grupos de pessoas se mudam ou são auxiliados a deixar suas casas ou locais temporários de residência, sendo acomodados em localidades que lhes permitam o recebimento das condições necessárias para a reconstrução de suas vidas. Além da transferência ser previamente programada sob a autoridade do Estado, ocorrendo dentro das fronteiras nacionais, é realizada com o intuito de proteger seres humanos de riscos e impactos relacionados a desastres e outras mudanças ambientais, incluindo os efeitos adversos das mudanças climáticas³³.

Trata-se, pois, do movimento permanente — ou de longo prazo — de aglomerados humanos de um local para outro, em que características relevantes, como a estrutura social, sistemas políticos, aspectos culturais e

²⁸ ADVISORY GROUP ON HUMAN MOBILITY AND CLIMATE CHANGE. *Human mobility in the context of climate change*. Elements for the UNFCCC Paris Agreement. Suíça: IOM, 2015. Traduzido a partir de: “[...] an umbrella term that refers to all aspects of the movement of people: human mobility is understood to encompass (in)voluntary internal and cross-border displacement of populations, voluntary internal and cross-border migration and planned and consented relocation.”

²⁹ EXECUTIVE COMMITTEE OF THE WARSAW INTERNATIONAL MECHANISM FOR LOSS AND DAMAGE ASSOCIATED WITH CLIMATE CHANGE IMPACTS. *Technical Meeting*. Action Area 6 – Migration, Displacement and Human Mobility. Casablanca, Marrocos: IOM, 2016.

³⁰ GEMENE, François. Environmental Migration. In: MARTINIELLO, Marco; RATH, Jan. *An introduction to international migration studies: European Perspectives*. Amsterdam, Holanda: Amsterdam University Press, 2012. p. 238-257.

³¹ GEMENE, François. Environmental Migration. In: MARTINIELLO, Marco; RATH, Jan. *An introduction to international migration studies: European Perspectives*. Amsterdam, Holanda: Amsterdam

University Press, 2012. p. 238-257. Traduzido a partir de: “[...] it is also highly controversial, and not as clear-cut as it might seem.”

³² IONESCO, Dina; MOKHNACHEVA, Daria; GEMENE, François. *The Atlas of environmental migration*. London and New York: Routledge - Taylor and Francis Group, 2017. p. 18. Traduzido a partir de: “[...] it is difficult to clearly distinguish between forced and voluntary migration, which complicates the implementation of appropriate political responses.”

³³ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *A Toolbox: planning relocations to protect people from disasters and environmental changes*. Suíça: UNHCR e IOM, 2015. p. 3. Traduzido a partir de: “[...] a planned process in which persons or groups of persons move or are assisted to move away from their homes or places of temporary residence, are settled in a new location, and provided with the conditions for rebuilding their lives. Planned Relocation is carried out under the authority of the State, takes place within national borders, and is undertaken to protect people from risks and impacts related to disasters and environmental change, including the effects of climate change.”

visões de mundo, devem ser mantidas: “a comunidade permanece unida no destino final de tal forma que se assemelha à de origem. Considera-se a realocação planejada, sobretudo a de longa distância, uma das formas mais radicais de adaptação às mudanças climáticas”³⁴.

Desse modo, programas de realocação planejada não se restringem à provisão de novas residências e, eventualmente, de estruturas destinadas à prestação de serviços básicos em locais apropriados. Eles também precisam se ocupar da manutenção dos meios de subsistência, bem como de aspectos econômicos e sociais adjacentes: “sua viabilidade deve se basear em fatores sociais e culturalmente adequados, e não apenas na sua exequibilidade econômica”³⁵, mantendo o impacto sociocultural intacto.

Pelo exposto, por se tratar de uma temática cujos fundamentos ainda se encontram em fase de desenvolvimento pela agenda internacional contemporânea, torna-se compreensível o por que da inexistência de um regime jurídico próprio, com normas e princípios que reconheçam e tutelem aqueles que são compelidos a abandonar seus locais de origem por conta das mudanças climáticas. Por outro lado, não se pode permitir que a sociedade contemporânea continue ignorando a espinhosa realidade enfrentada por esses indivíduos. Assim, verifica-se, na sequência, a abordagem do tema com base no regime climático internacional.

2.2 A mobilidade humana sob a perspectiva do regime climático internacional

Ainda que as pesquisas científicas sobre as alterações induzidas do clima tenham sido iniciadas ao final do século XIX, a emergência das mudanças climáticas como uma questão política ocorreu tão somente ao final da década de 1980. A divulgação de estudos científicos³⁶

evidenciando a intensificação da temperatura terrestre levou a comunidade internacional a buscar respostas adequadas por meio da formulação de um regime climático internacional³⁷.

O ápice desse processo aconteceu na década de 1990, diante dos debates políticos que conduziram à realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), organizada no Brasil em 1992³⁸. Coube a esse evento “examinar o estado do meio ambiente e as mudanças ocorridas desde 1972, após a Conferência de Estocolmo, [...] levando ainda em conta as atividades desenvolvidas pelos países e organizações intergovernamentais para proteger e melhorar o meio ambiente”³⁹. Da CNUMAD, decorreram três documentos juridicamente vinculantes: a *Convenção sobre Diversidade Biológica*, a *Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca* e a *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima* (CQNUMC).

Feita essa breve introdução, são os desdobramentos da CQNUMC que interessam para esta pesquisa. Em vigor desde 1994, com a ratificação de 192 Estados, a Convenção-Quadro é o primeiro acordo formal a reconhecer os efeitos adversos das mudanças climáticas e suas causas antropogênicas. Conforme estabelece o seu artigo 2º, o principal objetivo do documento consiste em “[...] alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático”⁴⁰. Sem metas quantificadas, uma regulamentação mais detalhada do acordo acaba sendo postergada para um momento futuro, funcionando esse “como um ponto de partida para a inclusão definitiva do tema no centro das negociações internacionais”⁴¹.

bém chamado de *Relatório Brundtland*, publicado em 1987, assim como o primeiro Relatório de Avaliação do IPCC (AR1), em 1990.

³⁷ BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya. The history of the global climate change regime. In: LUTERBACHER, U.; SPRINZ, D. F. (edit.). *International relations and global climate change*. Cambridge: MIT Press, 2001. p. 24.

³⁸ RIVERA, M. T. C. El cambio climático: análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, v. 31, n. 156, p. 1209-1235, 1997.

³⁹ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Internacional Ambiental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002. p. 36.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. 1992. Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional*

³⁴ CAMPBELL, John. Climate-induced community relocation in the Pacific: the meaning and importance of land. In: MCADAM, Jane. *Climate change and displacement: Multidisciplinary Perspectives*. Portland, EUA: Hart Publishing, 2010. p. 59. Traduzido a partir de: “[...] the community stays together at the destination in a social form that is similar to the community of origin. Community relocation, especially over long distances, may be considered as among the most radical forms of adaptation to climate change.”

³⁵ KAZMI, Shakeel. *Climate change: human rights in the times of climate displacement*. Tese (Doutorado) – Elisabeth Haub School of Law, Pace University, White Plains, EUA, 2012. p. 191. Traduzido a partir de: “Their feasibility should be based on socially and culturally appropriate factors rather than their economic viability.”

³⁶ Dentre eles, destaca-se o documento *Our Common Future*, tam-

Atendendo ao *Princípio das Responsabilidades Comuns, mas Diferenciada*⁴², os países signatários da CQNUMC foram divididos em dois grupos: os países industrializados e responsáveis pela emissão de grandes proporções de dióxido de carbono (CO₂) na atmosfera ao longo da história — listados no Anexo I; e os demais países que, para atender às necessidades básicas de desenvolvimento, precisariam aumentar a sua oferta energética e, conseqüentemente, suas emissões⁴³.

Com o intuito de definir, coordenar e implementar medidas consensuais sobre os esforços a serem feitos para combater as mudanças climáticas, uma complexa estrutura de órgãos foi criada. Dentre eles, destaca-se a Conferência das Partes (COP), que é responsável pelo exame periódico do desenvolvimento do acordo e pela tomada das decisões necessárias para promover o seu efetivo funcionamento. Nesse contexto, ressalta-se que são as decisões tomadas nas COPs que “vão formando o tecido normativo internacional para o enfrentamento das causas e efeitos das mudanças climáticas”⁴⁴.

Oportuno individualizar a 3ª Conferência das Partes (COP3), realizada no Japão em 1997, da qual resultou a aprovação do Protocolo de Quioto⁴⁵. Por meio do referido acordo, determinou-se aos integrantes do Anexo I a redução de suas emissões totais de GEE em, pelo menos, 5% abaixo dos níveis de 1990 no período compreendido entre 2008 e 2012⁴⁶. Para o alcance de

tais metas, três arranjos operacionais, denominados *mecanismos de flexibilização*⁴⁷, foram disponibilizados. Já os países em desenvolvimento comprometeram-se com a implantação voluntária de sistemas de desenvolvimento sustentável⁴⁸.

O Protocolo de Quioto entrou em vigor apenas em 2005, após a ratificação da Rússia. O primeiro período de compromisso do acordo, entretanto, expirou em 2012, “em contexto de indefinição sobre ações futuras”⁴⁹. Diante das dificuldades em se estabelecerem novas metas tangíveis de mitigação, designou-se um segundo período de vigência do acordo (2013-2020), a depender da ratificação de três quartos dos signatários do Protocolo, o que ainda não aconteceu. Em verdade, “a decisão da COP18, que ocorreu em 2012, em Doha, prevê a extensão do Protocolo de Quioto até 2020, mas, pela governança climática internacional atual, parece improvável que ações efetivas de mitigação sejam adotadas”⁵⁰.

Nesse contexto, a alteração da perspectiva de abordagem do tema fez-se necessária para que as causas das alterações induzidas do clima pudessem ser abordadas adequadamente⁵¹. Em 2015, chega-se, então, ao Acordo de Paris. Resultado da 21ª Conferência das Partes (COP21), o Acordo foi adotado com o propósito de fortalecer o regime climático internacional, tendo como objetivo principal “[...] manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1.5°C em relação aos níveis pré-industriais”⁵².

A partir de uma releitura do *Princípio das Responsabilidades Comuns, Mas Diferenciadas*, o Acordo de Paris requer

Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 884.

⁴² Ao reconhecerem que a maior parte das emissões globais — históricas e atuais — de GEE advém dos países desenvolvidos, assim como “que as emissões per capita dos países em desenvolvimento ainda são relativamente baixas e que parcela das emissões globais originárias dos países em desenvolvimento crescerá para que eles possam satisfazer suas necessidades sociais e de desenvolvimento”, os Estados-membros anuem com a imprescindibilidade de se garantir maior equidade no tratamento das nações em diferentes níveis de progresso industrial. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. 1992. Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁴³ FERNANDES, Elizabeth Alves. *Meio ambiente e direitos humanos: o deslocamento de pessoas por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 144.

⁴⁴ FERNANDES, Elizabeth Alves. *Meio ambiente e direitos humanos: o deslocamento de pessoas por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 143.

⁴⁵ LEAL-ARCAS, Rafael. *Climate change and international trade*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 190.

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. 1992. Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁴⁷ São eles: o *Comércio Internacional de Emissões (CIE)*, o *Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL)* e a *Implementação Conjunta (IC)*. Ver Artigos 06, 12 e 17 do Protocolo de Quioto.

⁴⁸ VINUALES, Jorge E. *El régimen jurídico internacional relativo al cambio climático: perspectivas y prospectivas*. Disponível em: <http://www.oas.org/>. Acesso em: 15 dez. 2018. p. 269.

⁴⁹ FERNANDES, Elizabeth Alves. *Meio ambiente e direitos humanos: o deslocamento de pessoas por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 145.

⁵⁰ FERNANDES, Elizabeth Alves. *Meio ambiente e direitos humanos: o deslocamento de pessoas por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 147.

⁵¹ BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya. *International climate change law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017. p. 12.

⁵² UNITED NATIONS. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática*. 2015. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/....>. Acesso em: 15 jun. 2019.

o envolvimento de todos os governos nacionais na edificação de seus próprios compromissos a partir das chamadas *Contribuições Nacionalmente Determinadas* (NDCs)⁵³. Por meio das NDCs, cada nação apresenta suas colaborações no que diz respeito à redução de emissões de GEE, “segundo o que cada governo considera viável a partir do cenário social e econômico local”⁵⁴.

Assim, enquanto o Protocolo de Quioto enunciava obrigações de resultado, impondo metas específicas que poderiam ser alcançadas por meio de um dos mecanismos de flexibilização, o Acordo de Paris desenvolveu-se a partir de obrigações de conduta, não estabelecendo objetivos de mitigação particulares a serem cumpridos pelos Estados-membros⁵⁵. Como cabe a cada um quantificar a redução das emissões de GEE que está ao seu alcance por meio das NDCs, permitindo um maior engajamento e participação efetiva das Partes: “muito embora estejam atreladas a uma perspectiva progressiva de metas, as NDCs são, em última análise, autodeterminadas, possibilitando a participação dos países independentemente das diferentes circunstâncias nacionais”⁵⁶.

Traçado esse breve panorama sobre o regime climático internacional, retoma-se a CQNUMC, que nada menciona sobre a proteção de pessoas cuja subsistência resta ameaçada em razão das mudanças climáticas. Verdade seja, “a Convenção do Clima não foi estruturada para lidar com a questão migratória das populações afetadas, nem no âmbito interno dos países, nem daqueles casos mais graves em que os migrantes cruzam as fronteiras de seu país de origem”⁵⁷.

A mobilidade humana no contexto das alterações induzidas do clima só foi abordada expressamente no

regime climático internacional em 2010, durante a 16ª Conferência das Partes (COP16), realizada em Cancun. Em suma, a COP16 permitiu a inclusão definitiva da adaptação na pauta das negociações climáticas. A instituição do *Marco de Adaptação de Cancun*, criado para fomentar ações adaptativas nos países em desenvolvimento por meio da cooperação internacional, tornou possível a elaboração e a implementação dos chamados *Planos Nacionais de Adaptação* (PNAs), os quais almejam “a redução das vulnerabilidades aos impactos das mudanças do clima por meio do fortalecimento de capacidades adaptativas e resiliência, facilitando a integração, de forma coerente, da adaptação a políticas e processos de desenvolvimento”⁵⁸.

É no contexto do planejamento de estratégias de adaptação, portanto, que a mobilidade humana passa a integrar essa esfera da governança global. Nesse sentido, o parágrafo 14(f) do relatório final da COP16 prevê a necessidade de se reforçarem as ações em matéria de adaptação, compreensão, coordenação e cooperação no que tange a processos migratórios, deslocamentos e realocações planejadas induzidos pelas alterações climáticas nos níveis nacional, regional e internacional⁵⁹. No entanto, ainda que tenha havido o reconhecimento das Partes em relação à importância da adoção de medidas para lidar com as questões ligadas aos deslocamentos induzidos pelo câmbio climático, nenhum compromisso de caráter cogente foi assumido com essa finalidade⁶⁰.

Dois anos mais tarde, durante a 18ª Conferência das Partes (COP18), propôs-se a facilitação de medidas compensatórias aos prejuízos ocasionados pelos efeitos adversos das mudanças climáticas, sobretudo para as nações mais vulneráveis do globo, por meio de um instrumento jurídico de perdas e danos, adotado na COP subsequente. Por meio da Decisão 3/CP.18, reconheceu-se, expressamente, “a necessidade de melhorar a compreensão da maneira pela qual os impactos

⁵³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Acordo de Paris*. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris> Acesso em: 15 dez. 2018.

⁵⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Acordo de Paris*. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris> Acesso em: 15 dez. 2018.

⁵⁵ BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya. *International climate change law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017. p. 24-25.

⁵⁶ BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya. *International climate change law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017. p. 25. Traduzido a partir de: “[...] although these are subject to expectations of ‘progression’ [...] they are ultimately self-determined, making it possible for countries across the entire spectrum of differing national circumstances to participate.”

⁵⁷ MATTOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; MONT’ALVERNE, Tarim Cristino Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da COP21? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, 2016. p. 60.

⁵⁸ CARVALHO, Fernanda Viana de. *Assuntos estratégicos: adaptação à mudança do clima: o quadro das negociações internacionais*. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014. p. 15.

⁵⁹ UNITED NATIONS. *Report of the Conference of the Parties to its sixteenth Session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010*. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶⁰ BURKETT, Maxine. Justice and climate migration: the importance of nomenclature in the discourse on twenty-first-century mobility. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the legal impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018. p. 198.

das mudanças climáticas estão afetando a migração, o deslocamento e a mobilidade humana”⁶¹.

Como resultado, a 19ª Conferência das Partes (COP19), realizada em 2013, instituiu o Mecanismo Internacional de Varsóvia sobre Perdas e Danos (WIM), “com o objetivo de prestar assistência técnica e financeira e apoio aos países mais pobres que são desproporcionalmente afetados pelas mudanças climáticas”⁶². Frisa-se que,

[...] politicamente, o Mecanismo de Varsóvia pode ser considerado uma vitória relevante, dado que fez prevalecer a visão dos países em desenvolvimento a respeito do tema (como algo distinto da agenda de adaptação, merecendo tratamento específico), enquanto os países desenvolvidos prefeririam tratar o tema como parte dos tradicionais trilhos de mitigação e adaptação⁶³.

O WIM conta com um Comitê Executivo, “com representação equilibrada entre países desenvolvidos e em desenvolvimento”⁶⁴. Esse Comitê inseriu a mobilidade humana induzida pelo clima entre os temas a serem analisados no seu plano de trabalho inicial de dois anos. A Área de Ação n. 06 do plano visa promover uma melhor compreensão, assim como produzir conhecimentos “sobre como os impactos das mudanças climáticas estão afetando os padrões de migração, deslocamento e mobilidade humana”⁶⁵.

No tocante a essa temática, o Comitê Executivo preliminarmente buscou aprimorar o conhecimento que se tem a respeito das relações existentes entre mobilidade

humana e mudanças climáticas a partir de dados científicos consistentes, abarcando as peculiaridades das comunidades vulneráveis que podem vir a abandonar seus habitats em razão do aquecimento global. Semelhantemente, sintetizou “as informações coletadas relevantes, as lições aprendidas e as boas práticas das atividades desempenhadas por organizações e especialistas”⁶⁶.

Os resultados desse processo foram vistos no Acordo de Paris, que, enfim, previu “uma medida concreta para o desenvolvimento da mobilidade humana no contexto das mudanças do clima”⁶⁷. O parágrafo 49 do texto acordado fez constar um pedido direcionado ao Comitê Executivo do WIM no sentido de que fossem estabelecidas “recomendações para abordagens integradas visando prevenir, minimizar e tratar dos deslocamentos relacionados aos impactos adversos das alterações climáticas”⁶⁸. Para tanto, deveria ser estabelecida uma força-tarefa com o envolvimento de órgãos e grupos de especialistas vinculados à Convenção-Quadro ou externos a ela.

Ainda que a menção ao tema por meio do “estabelecimento de uma força-tarefa tenha sido vaga, essa oportunizou um novo leque de oportunidades”⁶⁹. De acordo com Behrman e Kent⁷⁰, enfrentar os desafios inerentes

⁶¹ UNITED NATIONS. *Report of the Conference of the Parties on its Eighteenth Session, held in Doha from 26 November to 8 December 2012*. 2013. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2012/cop18/eng/08a01.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019. Traduzido a partir de: “7. Acknowledges the further work to advance the understanding of and expertise on loss and damage, which includes, inter alia, the following: [...] (a) Enhancing the understanding of: [...] (vi) How impacts of climate change are affecting patterns of migration, displacement and human mobility; [...]” In:

⁶² MATTOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; MONT’ALVERNE, Tarim Cristino Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da COP21? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, 2016. p. 62.

⁶³ CARVALHO, Fernanda Viana de. *Assuntos estratégicos: adaptação à mudança do clima: o quadro das negociações internacionais*. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014. p. 12.

⁶⁴ CARVALHO, Fernanda Viana de. *Assuntos estratégicos: adaptação à mudança do clima: o quadro das negociações internacionais*. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014. p. 12.

⁶⁵ UNITED NATIONS. *Report of the Conference of the Parties on its Nineteenth Session*. 2014. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁶⁶ MATTOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; MONT’ALVERNE, Tarim Cristino Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da COP21? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, 2016. p. 63.

⁶⁷ CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. A mobilidade humana na agenda global do clima: uma questão de justiça climática. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (org.). *Estado de Direito Ecológico: Conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 493.

⁶⁸ UNITED NATIONS. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015*. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019. Traduzido a partir de: Conforme o item 49 da Decisão 1/CP. 21: “[...] to develop recommendations for integrated approaches to avert, minimize and address displacement related to the adverse impacts of climate change; [...]”

⁶⁹ JAKOBSSON, Elin. Norm formalization in International Policy Cooperation. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the Legal impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018. p. 65. Traduzido a partir de: “The mention of displacement in the outcomes from Paris and the establishment of a task-force is vague, but it comes with a number of different possibilities.”

⁷⁰ BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. Overcoming the legal impasse? Setting the scene. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the legal impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018. p. 9. Traduzido a partir de: “In our view addressing the challenge of climate refugees via the international environmental regime is indeed the most attractive

à mobilidade humana no contexto dos efeitos adversos das mudanças climáticas “a partir do regime ambiental — climático — internacional designa-se, de fato, como o caminho mais promissor” para a adoção de medidas concretas, visto que “os princípios dessa esfera de governança mostram-se como os mais adequados para a formulação de uma estrutura jurídica futura”.

Trata-se, pois, de “uma indicação de que, finalmente, a CQNUMC passou a assumir algum tipo de responsabilidade pela infeliz situação dos chamados *refugiados climáticos*. Ademais, a aprovação da *força-tarefa* sugere que a CQNMUC seja tida como *líder* desse processo pela comunidade internacional, sem afastar o apoio de outras organizações”⁷¹.

Assim, desde então, a força-tarefa do Comitê Executivo do WIM passou a ser a arena de discussões a lidar com o tema na agenda global do clima. Tendo em vista o prazo de dois anos para a apresentação dos resultados, a implementação e o início das atividades da *Força-Tarefa sobre Deslocamento* (TFD) foram organizados a partir de três eixos principais: o aprimoramento do conhecimento e da compreensão da mobilidade humana em razão das mudanças climáticas; o fortalecimento do diálogo, da coordenação, da coerência e da sinergia entre os diferentes atores; e o estabelecimento de ações futuras para o devido manejo das perdas e danos associados às alterações induzidas do clima⁷².

Os resultados obtidos pela TFD foram publicados na 24ª Conferência das Partes (COP24), realizada em Katowice, no fim de 2018⁷³. O relatório apresentado reconhece que os impactos das alterações induzidas do clima repercutem entre os fatores que levam a proces-

os migratórios, deslocamentos e realocações planejadas, destacando a necessidade de “se aprimorar as pesquisas sobre a influência das mudanças climáticas sobre outros fatores de deslocamento (incluindo conflitos), bem como suas interconexões”⁷⁴. A TFD aponta, ademais, que a carência de informações concretas e metodologias robustas atrapalham governos nacionais e outras organizações no monitoramento, na medição e no gerenciamento de fluxos populacionais que decorrem do aquecimento do sistema climático terrestre⁷⁵. Por fim, recomenda o uso do termo *mobilidade humana* para designar as diferentes modalidades de movimentos no contexto dos efeitos adversos das mudanças climáticas — migração, deslocamento e realocação planejada —, englobando o maior número possível de pessoas nas medidas protetivas a serem desenvolvidas⁷⁶.

A delegação estruturada para a força-tarefa incumbiu-se, ainda, da análise de como a mobilidade humana no contexto das mudanças climáticas tem sido integrada a processos políticos em andamento no âmbito internacional. Após o mapeamento de estruturas jurídicas relevantes, concluiu-se que a inclusão da mobilidade humana e as preocupações com as alterações induzidas do clima cresceram de forma considerável a partir de 2015, diante da homologação do Acordo de Paris⁷⁷. Ainda segundo o relatório apresentado pela TFD, trata-se de uma tendência visível nas mais variadas esferas de governança, e particularmente significativa nas agendas que abordam mobilidade humana, de um lado, e as alterações climáticas e o meio ambiente, de outro⁷⁸.

future pathway. The principles of this regime are the most suitable for the design of a future framework.”

⁷¹ BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. Overcoming the legal impasse? Setting the scene. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the legal impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018. p. 9. Traduzido a partir de: “[...] an indication that at long last, the UNFCCC is taking some sort of responsibility for the unfortunate situation of climate-refugees. Also the ‘membership’ of this task force suggests that the international community is viewing the UNFCCC as the ‘leader’ of such process, and with other organizations fulfilling more supportive and complementary roles.”

⁷² UNITED NATIONS. *Task Force on Displacement at a glance*. 2017. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/TFD_brochure.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁷³ UNITED NATIONS. *Report of the Task Force on Displacement*. 2018. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/2018_TFD_report_17_Sep.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁷⁴ UNITED NATIONS. *Report of the Task Force on Displacement*. 2018. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/2018_TFD_report_17_Sep.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 17. Traduzido a partir de: “Improve research on impacts of slow onset on other drivers of displacement (including conflicts) and inter-relationship of these drivers [...]”

⁷⁵ UNITED NATIONS. *Report of the Task Force on Displacement*. 2018. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/2018_TFD_report_17_Sep.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 09.

⁷⁶ UNITED NATIONS. *Report of the Task Force on Displacement*. 2018. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/2018_TFD_report_17_Sep.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 09.

⁷⁷ UNITED NATIONS. *Report of the Task Force on Displacement*. 2018. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/2018_TFD_report_17_Sep.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 23.

⁷⁸ UNITED NATIONS. *Report of the Task Force on Displacement*. 2018. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/2018_TFD_report_17_Sep.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 23.

Contudo, as recomendações ora mencionadas apenas sugerem que os embates que permeiam o assunto continuarão sendo discutidos, sem garantias de que medidas concretas serão adotadas em um futuro próximo. Levando-se em consideração experiências do passado, frisa-se que “a CQNUMC nunca foi de entregar resultados rápidos e significativos. Assim sendo, ao que tudo indica, a jornada poderá ser longa, tortuosa e, possivelmente, infrutífera”⁷⁹.

Indaga-se, desde logo, se a força-tarefa foi realmente criada como um primeiro passo para a instituição de respostas adequadas ou tão somente como uma estratégia política para postergar a adoção de ações indispensáveis. Quando se está diante da formulação de novas diretrizes internacionais, “sugestiona-se que tomadores de decisão abordam questões sensíveis a partir de respostas que lhes permitam mostrar que estão fazendo algo relacionado ao assunto, sendo essas fracas o bastante para afastá-los de quaisquer obrigações vinculantes”⁸⁰.

Ao prorrogar o prazo da TFD por cinco anos para continuar aprimorando a compreensão acerca do fenômeno, o WIM pode desempenhar papel fundamental para a futura implementação de medidas efetivas. Em verdade, como os trabalhos “da força-tarefa encontram-se em estágio de desenvolvimento, torna-se difícil avaliar seu direcionamento no futuro”⁸¹.

Em que pese o trabalho realizado pela TFD nos seus dois anos iniciais tenha sido primordial para a consagração do tópico em âmbito internacional, “a tarefa a seguir permanece sendo desafiadora, uma vez que nações costumam ser representadas por diferentes en-

tidades nas negociações climáticas globais”⁸². Faz-se necessário, diante disso, a coordenação não somente a nível global, mas também nas esferas regionais e nacionais. Diante disso, torna-se oportuno examinar como os avanços constatados pela TFD a partir do regime climático internacional vêm sendo integrados pelos países que compõem a América Latina e o Caribe, estimulando o reconhecimento da urgência de medidas a fim de se conferir um tratamento adequado para o tema.

3 A integração da mobilidade humana na agenda climática dos países latino-americanos e caribenhos

De acordo com o AR5 do IPCC, a América Latina⁸³ e o Caribe⁸⁴ estão dentre as áreas mais suscetíveis às mudanças climáticas em âmbito internacional, visto que a maior incidência de eventos extremos na região tem sido acompanhada de perdas humanas e econômicas significativas. A variabilidade dos padrões climáticos, somada às desigualdades socioeconômicas, à falta de capacidade adaptativa, bem como ao alto grau de vulnerabilidade, expõem comunidades inteiras aos seus efeitos adversos, obrigando-as, às vezes, a abandonar seus locais de residência habitual⁸⁵.

À vista disso, e diante da ausência de instrumentos jurídicos capazes de proteger indivíduos que estão sujeitos à mobilidade humana no contexto das alterações induzidas do clima, examina-se a seguir como as reco-

⁷⁹ BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. Overcoming the legal impasse? Setting the scene. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the legal impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018. p. 9. Traduzido a partir de: “*The developments described above provides so far only a promise in this respect, and based on past experience the UNFCCC was never one to deliver quick and meaningful results. The journey, so it seems, is expected to be long and bumpy, and possibly fruitless.*”

⁸⁰ JAKOBSSON, Elin. Norm formalization in International Policy Cooperation. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the Legal impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018. p. 66. Traduzido a partir de: “[...] has suggested that a strategy for policy makers to address sensitive issues is to create a response that allows them to show that they are doing something about the issue, but that, at the same time, is weak enough to relive them of any binding promises.”

⁸¹ IONESCO, Dina; MOKHNACHEVA, Daria; GEMENE, François. *The Atlas of environmental migration*. London and New York: Routledge - Taylor and Francis Group, 2017. p. 109.

⁸² IONESCO, Dina; MOKHNACHEVA, Daria; GEMENE, François. *The Atlas of environmental migration*. London and New York: Routledge - Taylor and Francis Group, 2017. p. 109.

⁸³ Nela habitam cerca de 570 milhões de pessoas espalhadas em 21 países: Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Guiana Francesa, Guiana, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

⁸⁴ A faixa de mar aberto – por vezes caracterizada como uma sub-região da América Latina – é constituída por 13 nações, quais sejam: Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Cuba, Dominica, Granada, Haiti, Jamaica, República Dominicana, Santa Lucia, São Cristóvão e Nevis, São Vicente e Granadinas, e Trinidad e Tobago; sem mencionar os inúmeros departamentos ultramarinos pertencentes aos Estados Unidos da América (EUA), França e Reino Unido.

⁸⁵ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Working Group I Contribution To The IPCC Fifth Assessment Report*. Climate Change 2013: the Physical Science Basis. Sweden: 2013.

mendações oriundas do regime climático internacional contemporâneo vêm sendo integradas pelos 34 países que compõem a América Latina e o Caribe. Para tanto, além dos Planos Nacionais de Adaptação (PNAs) e das Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDCs) submetidas à CQNUMC, as legislações nacionais de cunho climático de cada um desses países também foram analisadas.

3.1 A incorporação do tópico a partir dos Planos Nacionais de Adaptação (PNAs)

Não obstante as evidências indicando que os impactos associados às alterações induzidas do clima influenciam a vida na superfície terrestre, a inclusão efetiva da adaptação na pauta das negociações climáticas só ocorreu em 2010, durante a COP16, por meio da instituição do *Marco de Adaptação de Cancun*, documento que recomenda aos países em desenvolvimento a elaboração e a implementação dos chamados *Planos Nacionais de Adaptação* (PNAs), conforme mencionado previamente⁸⁶.

Até o momento, dos 37 países que apresentaram seus PNAs ou estratégias similares de adaptação aos efeitos adversos das mudanças climáticas, apenas quatro pertencem aos países que compõem a América Latina e o Caribe. São eles: Brasil, Chile, Colômbia e Santa Lúcia.

De início, o PNA do Brasil, disponibilizado em maio de 2016, menciona que “os impactos das mudanças do clima já são observados na atualidade”, reconhecendo a incidência de eventos climáticos extremos cada vez mais frequentes e, conseqüentemente, “deslocamentos populacionais das regiões atingidas”. No mesmo sentido, dentre os “possíveis impactos — *desse fenômeno* — para o Brasil e a América Latina”, o documento elenca “o deslocamento e migração de populações”⁸⁷.

O plano anseia a promoção “da gestão e redução do risco climático no país frente aos efeitos adversos das mudanças climáticas, de forma a aproveitar as oportunidades emergentes, evitar perdas e danos e construir instrumentos que permitam a adaptação dos sistemas

naturais, humanos, produtivos e de infraestrutura”⁸⁸. Para tanto, visa assegurar a implementação de medidas de adaptação que devem ser desenvolvidas a partir de estratégias setoriais e temáticas de gestão de risco pelo período de quatro anos (2016-2020). Dentre essas, destaca-se a *Estratégia de Povos e Populações Vulneráveis*, categórica ao afirmar que:

[...] a intensificação dos eventos climáticos extremos, associados às mudanças do clima, poderá afetar diversas atividades cotidianas das populações humanas. [...] Poderá influenciar no aumento de fluxos migratórios, resultando em deslocamentos de contingentes populacionais inteiros impactados pelas mudanças do clima ou como estratégia de adaptação. Contudo, tais impactos ocorrerão de forma desigual no território e afetarão grupos socioeconômicos distintos⁸⁹.

Além de fazer menção expressa ao conceito de *migrante ambiental* estabelecido pela Organização Internacional para as Migrações (OIM) em 2007⁹⁰, o documento sublinha que “migração e mobilidade são estratégias de adaptação em todas as regiões do mundo que experimentam a variabilidade climática”⁹¹. Ou seja, quando relacionada a infortúnios ambientais, sustenta-se que a *migração* deve ser adotada como recurso viável diante do esgotamento de todas as outras opções possíveis de adaptação no local de origem, funcionando como uma ferramenta programada para refrear eventuais prejuízos no futuro.

Por sua vez, o PNA do Chile, publicado em se-

⁸⁶ CARVALHO, Fernanda Viana de. *Assuntos estratégicos: adaptação à mudança do clima: o quadro das negociações internacionais*. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014. p. 15.

⁸⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima: Volume 1 – Estratégia Geral*. 2016. Disponível em: <http://www.pbmc.coppe.ufrj.br/documentos/PNA-Volume1.pdf> Acesso em: 20 jun. 2019.

⁸⁸ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima: Volume 2 – Estratégia Setoriais e temáticas*. 2016. p. 18. Disponível em: https://www.mma.gov.br/images/arquivo/80182/LIVRO_PNA_Plano%20Nacional_V2.pdf Acesso em: 20 jun. 2019.

⁸⁹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima: Volume 2 – Estratégia Setoriais e temáticas*. 2016. p. 18. Disponível em: https://www.mma.gov.br/images/arquivo/80182/LIVRO_PNA_Plano%20Nacional_V2.pdf Acesso em: 20 jun. 2019. Disponível em: [<http://www.mma.gov.br/>]. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁹⁰ A OIM define *migrantes ambientais* como “[...] pessoas ou grupo de pessoas que, em razão de mudanças imperiosas ou súbitas no ambiente, as quais afetam negativamente suas vidas ou condições de vida, obrigam-se a deixar suas residências habituais, ou optam por fazê-lo, temporária ou permanentemente, e que se movem tanto no seu país ou no estrangeiro”. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Migration, environment and climate change: Assessing the evidence*. Suíça: IOM, 2009. p. 19.

⁹¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima: Volume 2 – Estratégia Setoriais e temáticas*. 2016. p. 143. Disponível em: https://www.mma.gov.br/images/arquivo/80182/LIVRO_PNA_Plano%20Nacional_V2.pdf Acesso em: 20 jun. 2019.

tembro de 2017, centra-se na adoção de medidas que priorizem indivíduos, comunidades e infraestruturas vulneráveis às alterações induzidas do clima, servindo de “complemento e apoio a outras políticas ambientais e/ou setoriais que maximizem benefícios mútuos, tais como: a gestão da redução de risco desastres, a redução de emissões de GEE, a redução da poluição atmosférica local, dentre outros”⁹².

No que tange à mobilidade humana no contexto das mudanças climáticas, ao mencionar os possíveis efeitos adversos desse fenômeno no território chileno, o plano não somente reconhece que a maior frequência e intensidade de eventos climáticos extremos pode “impactar negativamente” os “padrões populacionais, a urbanização e as condições socioeconômicas”, sem abordar o tópico em seus planos setoriais⁹³. A implementação de medidas adaptativas a serem adotadas pelo país deve, desse modo, primar pela redução do grau de vulnerabilidade a que diversas comunidades encontram-se expostas⁹⁴.

Semelhantemente, o PNA da Colômbia, submetido à CQNUMC em fevereiro de 2018, enfatiza que os impactos das alterações induzidas do clima afetam, sobretudo, as camadas mais pobres da sociedade. Como essas costumam habitar áreas de riscos, como locais suscetíveis a inundações e/ou deslizamentos, a ocorrência de fenômenos climáticos extremos “pode gerar situações de deslocamento e migração”⁹⁵.

Apesar de citar duas das modalidades da *mobilidade humana* como possíveis consequências de eventos climáticos extremos, o plano colombiano não oferece medidas específicas para solucionar questões relacionadas

⁹² CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático*. 2017. p. 8. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/...> Acesso em: 10 jun. 2019. Traduzido a partir de: “[...] complemento y soporte de otras políticas ambientales y/o sectoriales, que maximicen los beneficios mutuos tales como: la gestión de desastres, la reducción de las emisiones de gases efecto invernadero, la reducción de la contaminación atmosférica local, las políticas de fomento al riesgo, entre otros”.

⁹³ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático*. 2017. p. 14. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/...> Acesso em: 10 jun. 2019. Traduzido a partir de: “[...] impactar negativamente [...]” e “[...] los patrones de la población, la urbanización y los cambios en las condiciones socioeconómicas [...]”.

⁹⁴ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático*. 2017. p. 52. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/...> Acesso em: 10 jun. 2019

⁹⁵ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático*. 2017. p. 38. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/...> Acesso em: 10 jun. 2019. Traduzido a partir de: “[...] Estos eventos pueden generar situaciones de desplazamiento y migración.”

ao tema. A estratégia frisa, contudo, que o levantamento do número de pessoas deslocadas, seja em caráter temporário ou permanente, pode ser utilizado para a quantificação dos impactos socioeconômicos relacionados às mudanças climáticas, favorecendo, assim, a adoção de ações adaptativas apropriadas⁹⁶.

Por fim, tem-se o PNA de Santa Lúcia, apresentado em setembro de 2018. Trata-se de um plano de ação de dez anos (2018-2028) que visa ao aprimoramento da capacidade adaptativa em âmbito nacional a partir do desenvolvimento de 08 planos setoriais específicos⁹⁷. Em verdade, a ocorrência de eventos extremos tem acentuado a vulnerabilidade do país aos riscos climáticos, suscitando discussões acerca das perdas que os efeitos adversos das alterações induzidas do clima podem vir a ocasionar na ilha⁹⁸.

Além de revelar que “o custo da inércia à rápida mudança climática em Santa Lúcia foi calculado em 12.1% do PIB até o ano de 2025, subindo para 24.5% até 2050 e 49.1% até 2100”⁹⁹, o PNA do país insular sublinha, ainda, que

[...] as despesas ocasionadas pelos impactos do furacão Tomas (2010) corresponderam o montante de 43.4% do PIB da ilha naquele ano. [...] De igual modo, em 2013, um sistema de baixa pressão atravessou o território e resultou em mais de 224 milímetros (mm) de chuva em um período de duas a três horas. O evento afetou diretamente 2.600 pessoas, levou 06 indivíduos a óbito, destruiu 47

⁹⁶ Nesse contexto: “[...] se identifican y caracterizan los elementos que integran el sistema sobre el cual se va a planear una estrategia de adaptación al cambio climático, con miras a generar métricas para cuantificar los impactos que se pueden presentar en caso de que se materialicen los eventos amenazantes”. COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático*. 2018. p. 90. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/Colombia...> Acesso em: 20 jun. 2019.

⁹⁷ Os 08 planos setoriais específicos abordam, respectivamente, medidas de adaptação relacionadas à recursos hídricos, à agricultura, à pesca, à infraestrutura e planejamento urbano, ao gerenciamento de recursos naturais, à educação, à saúde e ao turismo.

⁹⁸ SANTA LUCIA. Department of Sustainable Development, Ministry of Education, Innovation, Gender Relations and Sustainable Development. *Saint Lucia's National Adaption Plan: 2018-2028*. 2018. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/SLU-NAP-May-2018.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁹⁹ SANTA LUCIA. Department of Sustainable Development, Ministry of Education, Innovation, Gender Relations and Sustainable Development. *Saint Lucia's National Adaption Plan: 2018-2028*. 2018. p. 18. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/SLU-NAP-May-2018.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019. Traduzido a partir de: “The cost of inaction on climate change in Saint Lucia has been calculated to be at 12.1% of GDP by 2025, rising to 24.5% by 2050 and 49.1% by 2100.”

residências e provocou prejuízos na monta de US\$ 89.2 milhões¹⁰⁰.

Além da intensificação dos eventos de início súbito, o plano apresentado por Santa Lúcia indica que a elevação do nível do mar também está entre as consequências das mudanças climáticas, o que levará a processos migratórios por conta de sucessivas inundações e gradativa erosão da zona costeira. Por se tratar de um Pequeno Estado Insular em Desenvolvimento (PEID), essas consequências propiciarão “a realocação de infraestruturas e comunidades em situação crítica, assim como custos e problemas adicionais associados à limitação de áreas adequadas. Isso ensejará o aumento das despesas com a realocação, a substituição e/ou a reparação da infraestrutura danificada ou deslocada”¹⁰¹.

Ao estabelecer seu plano de adequação às alterações induzidas do clima, o governo de Santa Lúcia inovou, ao consignar os chamados *limites à adaptação*, reconhecendo que tais processos nem sempre evitarão que os efeitos adversos das mudanças climáticas aconteçam¹⁰². À vista disso, o PNA refere-se à necessidade de implementação de mecanismos de *perdas e danos*¹⁰³ e cita o trabalho

que vem sendo desenvolvido pelo Comitê Executivo do WIM com o intuito de melhor compreender não apenas o gerenciamento de riscos de cunho climático, mas também perdas econômicas e não econômicas, eventos de início lento, assim como processos de mobilidade humana relacionados ao fenômeno das alterações induzidas do clima. Nesse contexto, faz referência expressa à *Força-Tarefa sobre Deslocamento*¹⁰⁴.

Assim posta a questão, percebe-se que os PNAs são instrumentos fundamentais para a integração da mobilidade humana nas estratégias nacionais de adaptação relacionadas aos efeitos adversos das mudanças climáticas, visto que “o delineamento de medidas pátrias de adaptação oportuniza que a migração, o deslocamento e a realocação planejada sejam devidamente abordados, levando-se em consideração possíveis desafios e oportunidades”¹⁰⁵.

Nesse sentido, observa-se que todos os PNAs apresentados pelos países latino-americanos e caribenhos reconhecem, ainda que de forma genérica, as interconexões existentes entre os efeitos adversos das mudanças climáticas e fluxos populacionais em âmbito regional e/ou nacional¹⁰⁶. Destaca-se, aqui, o documento publicado por Santa Lúcia, o qual faz menção expressa não apenas à TFD, mas também ao trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Comitê Executivo do WIM.

Apesar disso, ainda que o PNA do Brasil equipare processos migratórios à possíveis *estratégias de adaptação*, nenhum deles propõe medidas efetivas para a abordagem da temática, o que significa que desafios ainda persistem. Além da necessidade de envolvimento de assessoria técnica especializada sobre como a incorporação

¹⁰⁰ SANTA LUCIA. Department of Sustainable Development, Ministry of Education, Innovation, Gender Relations and Sustainable Development. *Saint Lucia's National Adaption Plan*. 2018-2028. 2018. p. 18. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/SLU-NAP-May-2018.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019. Traduzido a partir de: “[...] *the impact of Hurricane Tomas (2010) had a total cost of 43.4% of the island's GDP. [...] Also, in 2013, an unseasonal low-level trough system passed over the island and produced greater than 224 mm of rainfall in a matter of two to three hours. The system impacted 2,600 persons directly, killed 6, destroyed 47 homes and caused USD 89.2 million in damages.*”

¹⁰¹ SANTA LUCIA. Department of Sustainable Development, Ministry of Education, Innovation, Gender Relations and Sustainable Development. *Saint Lucia's National Adaption Plan*. 2018-2028. 2018. p. 18. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/SLU-NAP-May-2018.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019. Traduzido a partir de: “*Relocation of critical infrastructure and communities, and associated costs and problems related to limited suitable areas. Increased costs of relocating, replacing and/or repairing infrastructure, which has been destroyed, dislocated or damaged.*”

¹⁰² SANTA LUCIA. Department of Sustainable Development, Ministry of Education, Innovation, Gender Relations and Sustainable Development. *Saint Lucia's National Adaption Plan*. 2018-2028. 2018. p. 126. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/SLU-NAP-May-2018.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁰³ SANTA LUCIA. Department of Sustainable Development, Ministry of Education, Innovation, Gender Relations and Sustainable Development. *Saint Lucia's National Adaption Plan*. 2018-2028. 2018. p. 126. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/SLU-NAP-May-2018.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁰⁴ SANTA LUCIA. Department of Sustainable Development, Ministry of Education, Innovation, Gender Relations and Sustainable Development. *Saint Lucia's National Adaption Plan*. 2018-2028. 2018. p. 126. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/SLU-NAP-May-2018.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁰⁵ WARNER, Koko *et al.* National adaptation plans and human mobility. *FMR Review*, n. 49, maio 2015. Disponível em: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/climate-change-disasters/warner-kaelin-martin-nassef.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019. Traduzido a partir de: “*The national adaptation planning process provides an opportunity to ensure that migration, displacement and planned relocation are fully addressed, as well as potential challenges and potential opportunities.*”

¹⁰⁶ YAMAMOTO, Lilian *et al.* Human mobility in the context of climate change and disasters: a South American approach. *International Journal of Climate Change Strategies and Management*, v. 10, n. 1, p. 65-85, 2018. p. 77.

da mobilidade humana deve ser realizada em programas de adaptação formuladas por governos nacionais, o fornecimento de dados que precisem como as mudanças climáticas levam à processos migratórios — garantindo o estabelecimento de estratégias efetivas — também se mostram imprescindíveis¹⁰⁷.

3.2 A incorporação do tópico a partir das Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDCs)

As Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDCs), chamadas de *Contribuições Nacionalmente Determinadas Pretendidas* (INDCs) até a ratificação do Acordo de Paris, descrevem, sobretudo, medidas de mitigação e adaptação propostas pelos Estados-Partes com vistas à redução de GEE na superfície terrestre, refletindo as ambições de cada país em âmbito doméstico¹⁰⁸.

De acordo com o repositório da CQNUMC, 184 Estados-Partes oficializaram a submissão de suas NDCs até o momento¹⁰⁹: desse total, 21 países integram a América Latina¹¹⁰ e 13 fazem parte do Caribe¹¹¹. A *mobilidade humana no contexto dos efeitos adversos das mudanças climáticas*, entretanto, foi mencionada, de forma expressa, por apenas 05 nações latino-americanas — Equador,

Colômbia, México, Suriname e Uruguai¹¹² — e por 1 estado caribenho — Haiti.

O primeiro registro do tema advém da NDC do México, submetida em 2016. O documento apresenta como uma de suas prioridades a proteção de comunidades vulneráveis às mudanças climáticas por meio do fortalecimento da *capacidade adaptativa*. Para tanto, inclui ações concretas de adaptação a serem implementadas entre 2020 e 2030, tais como a “realocação de assentamentos humanos irregulares situados em áreas propensas a desastres por meio da regulamentação e uso adequado da terra”¹¹³.

Por sua vez, o Haiti, cuja NDC foi apresentada à CQNUMC em 2017, insere a mobilidade humana em razão das alterações induzidas do clima como uma *estratégia de adaptação*. O governo haitiano evidencia não apenas a necessidade de integração entre pessoas que se deslocam tanto dentro quanto fora de suas fronteiras nacionais, mas também a imprescindibilidade de se estabelecerem projetos de realocação planejada, os quais reduziriam o risco de desastres em áreas vulneráveis. Outrossim, almeja o “desenvolvimento e implementação de planejamento urbano” capazes de evitar o fluxo temporário de indivíduos expostos a inundações¹¹⁴.

No mesmo ano, a carta de intenções do Uruguai fez referência ao *Plano Nacional de Realocação*, programa adotado em 2010 pelo país com o intuito de reassentar famílias desprovidas de recursos financeiros e que habitam áreas de risco. Segundo a NDC, o plano nacional realocou 1.715 famílias entre 2010 e 2016, prevendo, ainda, a transferência de outras 2.500 até 2020. Para além disso, o governo uruguaio pretende, até 2025,

¹⁰⁷ WARNER, Koko *et al.* Integrating human mobility issues within National Adaptation Plans. *Policy Brief*, n. 9, jun. 2014. Disponível em: <http://collections.unu.edu/eserv/UNU:1838/pdf11800.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019.

¹⁰⁸ Convém mencionar que as INDCs foram apresentadas pelos Estados-Partes da CQNUMC anteriormente à COP21 com o intuito de apoiar o estabelecimento de metas de mitigação legalmente vinculantes em âmbito internacional. Ou seja, a soma das contribuições nacionais inicialmente apresentadas serviria de base para a formulação de compromissos globais para o combate das mudanças climáticas. Com a adoção do Acordo de Paris, em dezembro de 2015, as INDCs tornam-se automaticamente NDCs quando da ratificação pelo Estado-Membro, a menos que esse decida submeter novas metas no momento da assinatura. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Migration in INDCs/NDCs*. Suíça: IOM, 2016. Disponível em: <https://environmental-migration.iom.int>. Acesso em: 24 jun. 2019.

¹⁰⁹ UNITED NATIONS. *NDC Registry*. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹¹⁰ São eles: Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Guiana, Guiana Francesa, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

¹¹¹ São eles: Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Cuba, Dominica, Granada, Haiti, Jamaica, República Dominicana, Santa Lúcia, São Cristóvão e Nevis, São Vicente e Granadinas, Trindade e Tobago.

¹¹² Apesar de a INDC apresentada pela Venezuela em dezembro de 2015 ter feito menção ao programa *Gran Misión Vivienda* como resposta às chuvas excessivas que inundaram largas extensões de terras e afetaram milhares de habitantes de regiões vulneráveis em 2010, a NDC apresentada pela nação em 2018 nada menciona quanto ao assunto. REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Contribuciones Previstas Nacionalmente Determinadas de la República Bolivariana de Venezuela para la lucha contra el Cambio Climático y sus efectos*. 2015. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019.

¹¹³ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Intended Nationally Determined Contribution*. 2016. p. 6. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019. Traduzido a partir de: “[...] relocate irregular human settlements in zones prone to disasters through land use regulations.”

¹¹⁴ REPUBLIQUE D’HAÏTI. *Contribution Prévue Déterminée au niveau National*. 2017. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 05 jul. 2019. Traduzido a partir de: “[...] élaboration et mise en œuvre de Plans d’urbanisme.”

[...] realocar entre 3.500 e 6.000 famílias localizadas em zonas propensas à inundações e/ou contaminações e que foram previamente identificadas pelo *Plano Nacional de Realocação* ou por outros instrumentos nacionais, garantindo a essa população o acesso a serviços básicos e atribuindo novos usos às zonas de inundação¹¹⁵.

Já a NDC colombiana, disponibilizada em 2018, aborda fluxos migratórios a partir do processo de pacificação que vem sendo conduzido no país. Nesses termos, tem-se que:

O desenvolvimento da paz na Colômbia apresenta desafios econômicos, sociais e ambientais para o país. [...] No passado, processos de pacificação em diversas regiões do globo têm sido associados a impactos negativos no meio ambiente, devido, dentre outros, a processos migratórios que acentuam a pressão sobre recursos naturais em áreas vulneráveis¹¹⁶.

Em fevereiro de 2019, por meio da sua NDC, o Suriname reconhece a vulnerabilidade de sua zona costeira, assim como o aumento significativo da população que se encontra exposta aos efeitos adversos das mudanças climáticas em tais localidades. À vista disso, ressalta a necessidade de investimentos para a realocação de comunidades ameaçadas pela possível elevação do nível do mar e, concomitantemente, expressa sua preocupação com os impactos que tais processos migratórios podem ocasionar, como o desmatamento de áreas florestadas¹¹⁷.

Por fim, o Equador tornou sua NDC pública em março de 2019. Em síntese, essa almeja o estabelecimento de parâmetros que permitam o desenvolvimento de políticas que lidem com processos migratórios rela-

cionados às mudanças climáticas — sejam eles de caráter temporário ou permanente — de modo a enquadrá-los como *estratégias adaptativas*¹¹⁸.

Isso posto, percebe-se que as referências à *mobilidade humana* feitas nas NDCs apresentadas pelos países da América Latina e do Caribe, resguardadas as suas peculiaridades, refletem os debates internacionais sobre o tema, concentrando-se em dois aspectos principais.

Além do reconhecimento de que fluxos populacionais podem resultar dos efeitos adversos das mudanças climáticas, destaca-se que a mobilidade humana decorrente de tais fenômenos precisa ser enfrentada de forma preventiva. Nesse sentido, com exceção da Colômbia, as demais nações que abordam o tópico apresentam e/ou salientam a necessidade de programas de reassentamento para melhor gerenciar o deslocamento forçado de indivíduos¹¹⁹. Isto é, processos migratórios são incentivados como *estratégias adaptativas* e materializar-se-iam com base em programas de realocação planejada, pressupondo, portanto, a assistência dos governos locais¹²⁰.

Haja vista que essa categoria de mobilidade humana requer fundos substanciais, indaga-se como tais processos são e/ou serão financiados: sabe-se que as nações mais afetadas pela deterioração do meio ambiente acabam sendo aqueles com alto grau de vulnerabilidade e, logo, com menor poder político. Ademais, ainda que a realocação de aglomerados humanos que habitam regiões vulneráveis aos efeitos adversos das mudanças climáticas possa parecer óbvia, inúmeras questões práticas e éticas permanecem sem respostas, tais como “de que forma lida com a remoção de populações que não consentem com tal processo? Que porções de terra devem ser alocadas para esses indivíduos? Quais os critérios de escolha e tais áreas? Quando a transferência deve ocorrer?”¹²¹.

¹¹⁵ ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY. *First Nationally Determined Contribution to the Paris Agreement*. 2017. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019. Traduzido a partir de: “To have relocated, by 2025, between 3500 and 6000 of the households in flood or contaminated zones identified through the National Relocation Plan and other national and departmental instruments, enabling access to basic services to relocated population and assigning new uses to give a different significance to flood zones.”

¹¹⁶ COLOMBIA. *Intended Nationally Determined Contribution*. 2018. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019. Traduzido a partir de: “Building peace in Colombia presents economic, social and environmental challenges for the country. [...] In the past, peace processes elsewhere in the world have been associated with negative impacts on the environment, due to, among other things, migration patterns that increase pressure on natural resources in the most vulnerable areas.”

¹¹⁷ REPUBLIC OF SURINAME. *Intended Nationally Determined Contribution Under UNFCCC*. 2015. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019.

¹¹⁸ REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Primera Contribución Determinada a Nivel Nacional para el Acuerdo de París bajo la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático*. 2019. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹¹⁹ YAMAMOTO, Lilian *et al.* Human mobility in the context of climate change and disasters: a South American approach. *International Journal of Climate Change Strategies and Management*, v. 10, n. 1, p. 65-85, 2018. p. 77.

¹²⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Migration in INDCs/NDCs*. Suíça: IOM, 2016. Disponível em: <https://environmentalmigration.iom.int>. Acesso em: 24 jun. 2019.

¹²¹ IONESCO, Dina; MOKHNACHEVA, Daria; GEMENE,

As respostas variam de caso a caso e os programas colocados em prática até o momento apresentam resultados mistos: “apesar de reduzir o número de seres humanos expostos a riscos ambientais, outras fragilidades emergem, como o esfacelamento de redes sociais e a perda de recursos econômicos”¹²². Resta saber, diante disso, como o tema deste estudo é abordado com base em políticas nacionais de cunho climático.

3.3 A incorporação do tópico a partir de políticas nacionais de cunho climático

Inúmeras leis nacionais que regulamentam questões associadas às mudanças climáticas podem ser identificadas nos países que compõem a América Latina e a região do Caribe. Contudo, convém mencionar que, em relação as 34 nações cujas legislações pátrias foram analisadas¹²³, apenas 5 apresentam disposições relacionadas à temática da presente pesquisa: Costa Rica, México, Ni-

François. *The Atlas of environmental migration*. London and New York: Routledge - Taylor and Francis Group, 2017. p. 27. Traduzido a partir de: “[...] *should populations be displaced against their wishes? What kind of compensation should be envisaged? What land can be allocated to those relocated? How should the relocation site be chosen? When should relocation take place?*”

¹²² IONESCO, Dina; MOKHNACHEVA, Daria; GEMENE, François. *The Atlas of environmental migration*. London and New York: Routledge - Taylor and Francis Group, 2017. p. 27. Traduzido a partir de: “[...] *while they have indeed helped to reduce the number of people exposed to environmental risks, other weaknesses have appeared, linked to the dislocation of social networks and to the loss of economic resources [...]*.”

¹²³ As legislações nacionais voltadas às alterações induzidas do clima dos seguintes países foram verificadas: Bahamas (*Política Nacional para a Adaptação à Mudança Climática* de 2005), Brasil (*Política Nacional sobre Mudança Climática* – Lei n. 12.187 de 2009), Colômbia (*Política Nacional sobre Mudança Climática* de 2017), Costa Rica (*Política Nacional sobre Adaptação à Mudança Climática 2018-2030* – Decreto n. 20 de 2018), Guatemala (*Política Nacional sobre Mudança Climática* – Acordo Governamental n. 329 de 2009 e *Lei Marco para a regularização da redução da vulnerabilidade, da adaptação aos efeitos da mudança climática e da mitigação de GEE* – Decreto n. 07 de 2013), Honduras (*Lei sobre Mudança Climática* – Decreto n. 297 de 2013), Jamaica (*Política e Plano de Ação sobre Mudança Climática* de 2013), Panamá (*Política Nacional sobre Mudança Climática* – Decreto n. 35 de 2007), Paraguai (*Política Nacional sobre Mudança Climática* e *Lei Nacional sobre Mudança Climática* – Lei n. 5.875 de 2017), República Dominicana (*Política Nacional sobre Mudança Climática* – Decreto n. 278 de 2013 e Decreto n. 269 de 2015), Santa Lúcia (*Política sobre Adaptação à Mudança Climática* de 2015) e Trindade e Tobago (*Política Nacional sobre Mudança Climática* de 2011). Antígua e Barbuda, Argentina, Barbados, Belize, Bolívia, Chile, Cuba, Dominica, El Salvador, Equador, Granada, Guiana, Guiana Francesa, Haiti, São Cristóvão e Nevis, São Vicente e Granadinas, Suriname e Venezuela possuem apenas estratégias nacionais ou planos de ação para lidar com os efeitos adversos das mudanças do clima, sem dispor de políticas nacionais devidamente regulamentadas pelo Poder Legislativo pátrio.

carágua, Peru e Uruguai.

Inicialmente, tem-se a *Política Nacional sobre Mudança Climática* do Uruguai, regulamentada pelo Decreto n. 310 de 2017. Ao instituí-la, buscou-se “contribuir para o desenvolvimento sustentável do país, com uma perspectiva global, pautada na equidade e nos direitos humanos intra e intergeracionais, almejando uma sociedade mais resiliente e menos vulnerável, com uma maior capacidade adaptativa”¹²⁴.

Além de trazer uma abordagem pautada em garantias que permeiam a dignidade da pessoa humana, a Política uruguaia, ao dispor sobre os aspectos sociais, sublinha a necessidade da elaboração de programas capazes de promover a realocação de comunidades que habitam “zonas de risco climático”, assim como de formulação de mecanismos capazes de “capacitar a sociedade, em particular as populações mais vulneráveis, para conhecer os riscos das mudanças e variabilidades climáticas, possibilitando a interpretação adequada dos sistemas de alerta antecipados”¹²⁵. Verifica-se, portanto, um enfoque nas capacidades adaptativa e de resiliência.

É, no entanto, a *Lei-Marco sobre Mudança Climática* do Peru, promulgada 2018, por meio do Decreto Legislativo n. 30.754, merece destaque nesta pesquisa. Isso porque se trata da primeira lei de cunho climático a abordar, de forma efetiva, a mobilidade humana no contexto das variações induzidas do clima em âmbito regional.

O governo peruano adotou uma terminologia particular para representar tais indivíduos, usando o termo *migrante ambiental* para designar quaisquer pessoas ou grupo de pessoas que, “em virtude de alterações ambientais inevitáveis, repentinas ou progressivas, que afetam negativamente as condições de vida, são forçados a abandonar seus locais de residência habitual, ou fazem-no de forma voluntária”. A definição acrescen-

¹²⁴ REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. *Política Nacional de Cambio Climático*. 2017. Disponível em: <https://www.undp.org/>... Acesso em: 05 jul. 2019. Traduzido a partir de: “*La Política debe contribuir al desarrollo sostenible del país, con una perspectiva global, de equidad intra e intergeneracional y de derechos humanos, procurando una sociedad más resiliente, menos vulnerable, con mayor capacidad de adaptación al cambio y a la variabilidad climática.*”

¹²⁵ REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. *Política Nacional de Cambio Climático*. 2017. Disponível em: <https://www.undp.org/>... Acesso em: 05 jul. 2019. Traduzido a partir de: “*Profundizar las estrategias de relocalización de población vulnerable que habita en zonas de riesgos climáticos.*” e “*Incrementar la capacidad de la sociedad, en particular de la población más vulnerable de conocer los riesgos del cambio y la variabilidad climática y de acceder e interpretar adecuadamente a los sistemas de alerta temprana.*”

ta, ainda, que o “deslocamento poderá ser temporário ou permanente, dentro de seu país ou no exterior”¹²⁶, aproximando-se do conceito disponibilizado pela OIM em 2007, anteriormente mencionado.

Além disso, a Lei-Marco chama atenção para os fluxos populacionais provocados por adversidades ambientais e prevê a elaboração de um plano de ação, ainda em fase de elaboração, para prevenir e lidar com os impactos negativos das alterações induzidas do clima. Caberá, desse modo,

ao Poder Executivo emitir um plano de ação para prevenir e responder aos processos migratórios forçados causados pelos efeitos das mudanças climáticas, evitando a sobrecarga da infraestrutura e de serviços urbanos, o aumento de conflitos sociais, bem como o declínio de indicadores sociais relacionados à educação e à saúde¹²⁷.

Por sua vez, ao estabelecer a *Política Nacional sobre Adaptação à Mudança Climática 2018-2030*, por meio do Decreto n. 20 de 2018, a Costa Rica salientou que a interferência do homem na superfície terrestre “envolve inúmeros riscos que podem prejudicar os direitos humanos, desde ameaças à saúde até danos à propriedade privada, incluindo os meios de subsistência e a cultura de grupos mais vulneráveis”. À vista disso, aduz que a “adaptação às mudanças do clima só será alcançada se o direito à saúde, à água potável, à alimentação adequada e à habitação digna forem garantidos”¹²⁸.

O documento destaca duas modalidades que compõem o conceito de *mobilidade humana*, conforme ana-

lisado previamente: “as mudanças climáticas também afetarão as populações que serão forçadas a se *deslocar* no interior do país ou, ainda, a *migrar* fora desse, acarretando consequências em termos humanitários”¹²⁹.

Não menos importante, em 2018, o governo mexicano aprovou reformas na sua *Lei Geral sobre Mudança Climática*, em vigor desde 2012. Além de declarar que o Estado deverá observar os direitos humanos dos migrantes ao lidar com questões de natureza climática¹³⁰, a Lei Geral realça que a ocorrência de fluxos migratórios deve ser considerada para elaboração de todas as políticas públicas que envolvem as alterações induzidas do clima, possibilitando a prevenção, pelas entidades administrativas da federação, de deslocamentos internos causados por eventos extremos¹³¹.

Nesse contexto, programas de reassentamento planejado estariam dentre as estratégias adaptativas a serem implementadas pelo México, havendo que se falar no estabelecimento de “mecanismos de coleta e obtenção de recursos — ainda em fase de regulamentação — a serem utilizados para a proteção e a realocação dos assentamentos humanos que são mais vulneráveis aos efeitos adversos das mudanças climáticas”¹³².

Como último país a ser analisado, tem-se a Nicarágua, que instituiu, a partir da publicação do Decreto Presidencial n. 27 de 2019, a *Política Nacional sobre Mitigação e Adaptação à Mudança Climática e a Criação do Sistema Nacional de Resposta à Mudança Climática*. Ao elencar os principais avanços nacionais em matéria de adaptação, o documento descreve a assistência concedida às famí-

¹²⁶ PERU. *Ley Marco sobre Cambio Climático*. 2018. Disponível em: <https://www.undp.org/>... Acesso em: 05 jul. 2019. Traduzido a partir de: “*Personas o grupos de personas que por culpa de cambios medioambientales ineludibles, súbitos o progresivos, que afectan de forma negativa sus vidas o sus condiciones de vida, se ven obligadas a dejar sus hogares habituales, o deciden hacerlo voluntariamente. El desplazamiento puede ser temporal o permanente, en el interior de su país o en el extranjero.*”

¹²⁷ PERU. *Ley Marco sobre Cambio Climático*. 2018. Disponível em: <https://www.undp.org/>... Acesso em: 05 jul. 2019. Traduzido a partir de: “*El Poder Ejecutivo emitirá un plan de acción para prevenir y atender la migración forzosa causada por los efectos del cambio climático, a fin de evitar el incremento de la presión sobre las infraestructuras y servicios urbanos, el aumento de la posibilidad de conflictos sociales y, entre los mismos migrantes, el detrimento de los indicadores sanitarios, educativos y sociales.*”

¹²⁸ COSTA RICA. *Política Nacional de Adaptación al Cambio Climático de Costa Rica (2018-2030)*. 2018. Disponível em: <http://www.pgrweb.go.cr/DocsDescargar/Normas/>... Acesso em: 05 jul. 2019. Traduzido a partir de: “[...] *conlleva diversos riesgos que pueden afectar los derechos humanos, desde las amenazas para la salud hasta los daños sobre propiedades, medios de subsistencia e incluso culturas de los grupos más vulnerables.*” e “*Desde un enfoque de derechos humanos, la adaptación al cambio climático solo se logrará si se aseguran los derechos a la salud, al agua potable, a una alimentación adecuada y a una vivienda digna.*”

¹²⁹ COSTA RICA. *Política Nacional de Adaptación al Cambio Climático de Costa Rica (2018-2030)*. 2018. Disponível em: <http://www.pgrweb.go.cr/DocsDescargar/Normas/>... Acesso em: 05 jul. 2019. Traduzido a partir de: “*El cambio climático también afectará a poblaciones que se verán obligadas a desplazarse en el interior del país, o a migrar fuera de este, con consecuencias en materia de derecho humanitario.*”

¹³⁰ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Ley General de Cambio Climático*: Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de Junio de 2012. 2018. Disponível em: <https://www.gob.mx/>. Acesso em: 05 jul. 2019.

¹³¹ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Ley General de Cambio Climático*: Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de Junio de 2012. 2018. Disponível em: <https://www.gob.mx/>. Acesso em: 05 jul. 2019.

¹³² ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Ley General de Cambio Climático*: Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de Junio de 2012. 2018. Disponível em: <https://www.gob.mx/>. Acesso em: 05 jul. 2019. Traduzido a partir de: “*Proponer e impulsar mecanismos de recaudación y obtención de recursos, para destinarlos a la protección y reubicación de los asentamientos humanos más vulnerables ante los efectos del cambio climático; [...]*”

lias afetadas por eventos extremos. Em resposta às adversidades ambientais que assolaram o país no período compreendido entre 2007 e 2011, o governo afirma ter amparado cerca de 131.700 famílias, isto é, aproximadamente 697.008 indivíduos que representam 11.6% de toda a população nicaraguense¹³³.

Pelo exposto, denota-se que, aos poucos, os países latino-americanos e caribenhos começam a reconhecer e a integrar em suas agendas nacionais do clima a mobilidade humana decorrente das mudanças climáticas. Ao passo que a reformulação da política nacional mexicana sobre as alterações induzidas do clima possibilitou o reconhecimento e a assimilação da temática, a instituição de uma nova política climática peruana já estava ciente da necessidade de abordá-la, trazendo, inclusive, uma definição para os chamados *migrantes ambientais*.

Isso não significa, contudo, que soluções efetivas — como o estabelecimento de planos de ação e de estratégias de prevenção e proteção — tenham sido propostas e/ou implementadas, ainda que haja indicação expressa dessa necessidade em alguns contextos nacionais, como verificado acima.

Por fim, deve-se mencionar que grande parte da legislação analisada antecede o Acordo de Paris, momento em que o tema da mobilidade humana no contexto das mudanças climáticas foi oficialmente incorporado pelo regime climático internacional. Todos os cinco países que incorporaram a questão até o momento — Costa Rica, México, Nicarágua, Peru e Uruguai — estabeleceram ou reformularam suas políticas nacionais climáticas a partir de 2017, ou seja, após a implementação e o início das atividades da *Força-Tarefa sobre Deslocamento*. A expectativa a partir de agora é que outros países, com base na constatação de que mobilidade humana decorrente do aquecimento global pode gerar significativos distúrbios sociais, econômicos e ambientais, passem a também considerar o tema em suas respectivas políticas nacionais.

4 Considerações finais

Atentou-se, de início, para o fato de que a alteração da composição da superfície do planeta não significa que as mudanças climáticas possam ser descritas como uma nova causa de mobilidade humana. Ao contrário, as alterações induzidas do clima não se caracterizam como o único responsável pela constante redistribuição geográfica na atualidade.

Além de se enfatizar os dados apresentados pelo IDMC com o intuito de dimensionar a problemática, diante da multiplicidade de nomenclaturas utilizadas para descrever aqueles que se deslocarão em razão dos efeitos adversos das mudanças climáticas, a presente pesquisa optou pelo uso do termo *mobilidade humana*, concepção mais consensual e capaz de abranger as nuances das diversas situações que se apresentam em âmbito internacional.

A contextualização das particularidades que permeiam o tema possibilita a melhor compreensão da razão pela qual inexistente um regime jurídico próprio, com normas e princípios que reconheçam e tutelem todos aqueles sujeitos à mobilidade humana.

Quanto à análise do tema a partir do regime climático internacional, observou-se que, apesar dos avanços observados no decorrer da última década, essa esfera de governança não dispõe de instrumentos jurídicos capazes de lidar com os fluxos populacionais que decorrem dos efeitos adversos das mudanças climáticas. Até o momento, há, apenas, o reconhecimento da urgência de medidas a fim de se conferir um tratamento adequado e digno a essas pessoas.

Ao correlacionar as evidências que conectam mobilidade humana às mudanças climáticas a partir das recomendações formuladas pela TFD, observou-se que a agenda internacional do clima pode vir a oportunizar reformas na governança global contemporânea, trazendo maior visibilidade à questão.

Ainda que de forma lenta, sublinhou-se que o sistema da CQNUMC começa não apenas a reforçar a imprescindibilidade da adoção de medidas concretas para o tema, mas também a moldar as bases para uma futura estrutura jurídica. Nesse sentido, o WIM pode vir a fornecer ferramentas valiosas para resolver o embate: resta aguardar o direcionamento dos debates políticos sobre o assunto nos próximos cinco anos.

¹³³ REPÚBLICA DE NICARAGUA. *Decreto para establecer la Política Nacional de Mitigación y Adaptación al Cambio Climático y de creación del Sistema Nacional de Respuesta al Cambio Climático*. 2019. Disponível em: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/>. Acesso em: 05 jul. 2019.

No que tange à assimilação do tópico pelas nações que compõem a América Latina e a região do Caribe, averiguou-se que os PNAs e as NDCs submetidos até o momento não são suficientemente aproveitados e/ou explorados. Não obstante mencionem a mobilidade humana no contexto das variações induzidas do clima, tais instrumentos não consideram os desafios inerentes ao tópico de forma adequada, é dizer, esses não estabelecem providências capazes de prevenir e responder ao problema de forma eficaz.

Em relação aos 04 PNAs analisados, destacou-se o plano do Brasil por equiparar processos migratórios à possíveis *estratégias de adaptação*, assim como o documento publicado por Santa Lúcia, o qual faz menção expressa não apenas à TFD, mas também ao trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Comitê Executivo do WIM em matéria de migração, deslocamentos e realocações planejadas associados às mudanças do clima.

Muito embora os 34 países latino-americanos e caribinhos tenham submetido suas NDCs à CQNUMC, contatou-se que a *mobilidade humana no contexto dos efeitos adversos das mudanças climáticas* foi mencionada, de forma expressa, por apenas 06 deles. Resguardadas as suas peculiaridades, todas refletem os debates internacionais sobre o tema, enfatizando dois aspectos principais: além do reconhecimento de que fluxos populacionais podem ser provocados pelas variações induzidas do clima, tais deslocamentos devem ocorrer de forma preventiva e/ou antecipatória. Com a exceção da Colômbia — que relaciona o tema ao processo de pacificação no território nacional —, processos migratórios são incentivados como *medidas adaptativas* e materializar-se-iam com base em programas de reassentamento.

Apurou-se, ainda, que, a respeito das 34 nações cujas legislações pátrias de cunho climático foram analisadas, apenas 05 apresentam disposições relacionadas à temática desta pesquisa. Percebeu-se que a incorporação da matéria nas políticas climáticas em âmbito nacional passou a ser verificada, somente, a partir da assinatura do Acordo de Paris, em 2015, momento em que ações concretas para a melhor compreensão da mobilidade humana por essa esfera de governança foram determinadas.

Notou-se que, em geral, tratam-se de referências abstratas, sem especificar planos que possam gerenciar e assistir àqueles que integram fluxos populacionais engendrados pelos efeitos adversos das mudanças climáticas. Além da assimilação do tema a partir da refor-

mulação da *Lei Geral sobre Mudança Climática* do México, destacou-se a *Lei-Marco sobre Mudança Climática* do Peru, a qual define *migrante ambiental* e prevê a elaboração de um plano de ação para lidar com a temática, ainda em fase de elaboração.

Pelo exposto, sugere-se a revisão das legislações existentes ou, ainda, a elaboração de novas normas voltadas às mudanças climáticas que levem em consideração as interconexões existentes entre os impactos negativos desse fenômeno e a mobilidade humana, possibilitando o fortalecimento de políticas nacionais a partir da sua aproximação a diretrizes e recomendações internacionais sobre a questão. Além do suporte jurídico, há de se falar, ainda, na assistência institucional e no apoio financeiro por parte dos governos nacionais, garantindo, desse modo, a efetivação de tais estratégias normativas.

Referências

- ADVISORY GROUP ON HUMAN MOBILITY AND CLIMATE CHANGE. *Human mobility in the context of climate change*. Elements for the UNFCCC Paris Agreement. Suíça: IOM, 2015.
- BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. Overcoming the legal impasse? Setting the scene. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the legal impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018.
- BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya. *International climate change law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017.
- BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya. The history of the global climate change regime. In: LUTERBACHER, U.; SPRINZ, D. F. (edit.). *International relations and global climate change*. Cambridge: MIT Press, 2001.
- BRADBROOK, Adrian J.; OTTINGER, Richard L. *Energy law and sustainable development*. Geneva, Switzerland: IUCN, 2003.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Acordo de Paris*. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris> Acesso em: 15 dez. 2018.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano Nacional*

- de *Adaptação à Mudança do Clima*: Volume 1 – Estratégia Geral. 2016. Disponível em: <http://www.pbmc.coppe.ufrj.br/documentos/PNA-Volume1.pdf> Acesso em: 20 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima*: Volume 2 – Estratégia Setoriais e temáticas. 2016. Disponível em: https://www.mma.gov.br/images/arquivo/80182/LIVRO_PNA_Plano%20Nacional_V2.pdf Acesso em: 20 jun. 2019.
- BURKETT, Maxine. Justice and climate migration: the importance of nomenclature in the discourse on twenty-first-century mobility. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the legal impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018.
- CAMPBELL, John. Climate-induced community relocation in the Pacific: the meaning and importance of land. In: MCADAM, Jane. *Climate change and displacement: Multidisciplinary Perspectives*. Portland, EUA: Hart Publishing, 2010.
- CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. A mobilidade humana na agenda global do clima: uma questão de justiça climática. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (org.). *Estado de Direito Ecológico*: Conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.
- CARVALHO, Fernanda Viana de. *Assuntos estratégicos: adaptação à mudança do clima: o quadro das negociações internacionais*. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014.
- CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático*. 2017. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/...> Acesso em: 10 jun. 2019.
- COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático*. 2018. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/Colombia...> Acesso em: 20 jun. 2019.
- COLOMBIA. *Intended Nationally Determined Contribution*. 2018. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- COSTA RICA. *Política Nacional de Adaptación al Cambio Climático de Costa Rica (2018-2030)*. 2018. Disponível em: <http://www.pgrweb.go.cr/DocsDescargar/Normas/...> Acesso em: 05 jul. 2019.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Intended Nationally Determined Contribution*. 2016. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Ley General de Cambio Climático*: Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de Junio de 2012. 2018. Disponível em: <https://www.gob.mx/>. Acesso em: 05 jul. 2019.
- EXECUTIVE COMMITTEE OF THE WARSAW INTERNATIONAL MECHANISM FOR LOSS AND DAMAGE ASSOCIATED WITH CLIMATE CHANGE IMPACTS. *Technical Meeting*: Action Area 6 – Migration, Displacement and Human Mobility. Casablanca, Marrocos: IOM, 2016.
- FERNANDES, Elizabeth Alves. *Meio ambiente e direitos humanos: o deslocamento de pessoas por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas*. Curitiba: Juruá, 2014.
- GEMENE, François. Environmental Migration. In: MARTINIELLO, Marco; RATH, Jan. *An introduction to international migration studies: European Perspectives*. Amsterdam, Holanda: Amsterdam University Press, 2012. p. 238-257.
- HASTRUP, Kirsten; OLWIG, Karen F. Introduction: Climate change and human mobility. In: HASTRUP, Kirsten; OLWIG, Karen F. *Climate change and human mobility: Global Challenges to the Social Sciences*. Londres, UK: Cambridge University Press, 2012.
- HETHERINGTON, Renée. *Living in a dangerous climate: climate change and human evolution*. Nova Iorque, EUA: Cambridge University Press, 2012.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate change: The 1990 and 1992 IPCC Assessments*. IPCC First Assessment Report Overview and Policymaker Summaries and 1992 IPCC Supplement. Canada, 1990.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Global Warming of 1,5° C: an IPCC special report on the impacts of global warming of 1,5° C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening*

- the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty. República da Coréia: Summary for Policymakers, 2018.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Working Group I Contribution To The IPCC Fifth Assessment Report*. Climate Change 2013: the Physical Science Basis. Sweden: 2013.
- INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. *2019 Global Report on Internal Displacement (GRID 2019)*. Genebra, Suíça: IDMC/NRC, 2019.
- IONESCO, Dina; MOKHNACHEVA, Daria; GEMENE, François. *The Atlas of environmental migration*. London and New York: Routledge - Taylor and Francis Group, 2017.
- JAKOBSSON, Elin. Norm formalization in International Policy Cooperation. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the Legal impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018.
- KAZMI, Shakeel. *Climate change: human rights in the times of climate displacement*. Tese (Doutorado) – Elisabeth Haub School of Law, Pace University, White Plains, EUA, 2012.
- LEAL-ARCAS, Rafael. *Climate change and international trade*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.
- MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; MONT'ALVERNE, Tarim Cristino Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da COP21? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, 2016.
- MAYER, Benoît. *The concept of climate migration: advocacy and its prospects*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2016.
- MAYER, Benoît. Who are ‘climate refugees? Academic engagement in the post-truth era. In: BEHRMAN, Simon; KENT, Avidan. *Climate Refugees: beyond the Legal Impasse?* EUA: Routledge Studies in Environmental Migration, Displacement and Resettlement, 2018.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MCADAM, Jane. *Climate change, forced migration and international law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.
- MCLEMAN, Robert A. *Climate and human migration: past experiences, future challenges*. Nova Iorque, EUA: Cambridge University Press, 2014.
- MYERS, Norman. *Environmental exodus: an emergent crisis in the global arena*. Washington: Project of the Climate Institute, 1995.
- MYERS, Norman. *Environmental refugees: an emergent security issue*. Praga: Oxford University, U.K., 2005.
- NICHOLSON, Calum T. M. Climate-induced migration: ways forward in the face of an intrinsically equivocal concept. In: MAYER, Benoît; CRÉPEAU, François. *Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. 1992. Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. 1997. Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Migration in INDCs/NDCs*. Suíça: IOM, 2016. Disponível em: <https://environmentalmigration.iom.int>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Migration, environment and climate change: Assessing the evidence*. Suíça: IOM, 2009.
- ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY. *First Nationally Determined Contribution to the Paris Agreement*. 2017. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- PERU. *Ley Marco sobre Cambio Climático*. 2018. Disponível em: <https://www.undp.org/...> Acesso em: 05 jul. 2019.
- RAMOS, Erika Pires. Refugiados, migrantes ou deslocados ambientais: uma abordagem inspirada na proteção do meio ambiente e nos direitos humanos. In: LEITE, José Rubens Morato (coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REPUBLIC OF SURINAME. *Intended Nationally Determined Contribution Under UNFCCC*. 2015. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019.

- REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Contribuciones Previstas Nacionalmente Determinadas de la República Bolivariana de Venezuela para la lucha contra el Cambio Climático y sus efectos*. 2015. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- REPÚBLICA DE NICARAGUA. *Decreto para establecer la Política Nacional de Mitigación y Adaptación al Cambio Climático y de creación del Sistema Nacional de Respuesta al Cambio Climático*. 2019. Disponível em: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/>. Acesso em: 05 jul. 2019.
- REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Primera Contribución Determinada a Nivel Nacional para el Acuerdo de París bajo la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático*. 2019. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. *Política Nacional de Cambio Climático*. 2017. Disponível em: <https://www.undp.org/...> Acesso em: 05 jul. 2019.
- REPUBLIQUE D'HAÏTI. *Contribution Prévue Déterminée au niveau National*. 2017. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx> Acesso em: 05 jul. 2019.
- RIVERA, M. T. C. El cambio climático: análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, v. 31, n. 156, p. 1209-1235, 1997.
- SAAD, Aaron. Climate change, compelled migration and global social justice. In: SANDBERG, L. Anders; SANDBERG, Tor (ed.). *Climate change: Who's carrying the burden? The chilly climates of the global environmental dilemma*. Ottawa, Canadá: Our School/Our Selves (OS/OS), 2010.
- SANTA LUCIA. Department of Sustainable Development, Ministry of Education, Innovation, Gender Relations and Sustainable Development. *Saint Lucia's National Adaptation Plan: 2018-2028*. 2018. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NAPC/Documents/Parties/SLU-NAP-May-2018.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Internacional Ambiental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *A Toolbox: planning relocations to protect people from disasters and environmental changes*. Suíça: UNHCR e IOM, 2015.
- UNITED NATIONS. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática*. 2015. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/...> Acesso em: 15 jun. 2019.
- UNITED NATIONS. *NDC Registry*. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- UNITED NATIONS. *Report of the Conference of the Parties on its Eighteenth Session, held in Doha from 26 November to 8 December 2012*. 2013. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2012/cop18/eng/08a01.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- UNITED NATIONS. *Report of the Conference of the Parties on its Nineteenth Session*. 2014. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- UNITED NATIONS. *Report of the Conference of the Parties on its sixteenth Session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010*. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- UNITED NATIONS. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015*. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- UNITED NATIONS. *Report of the Task Force on Displacement*. 2018. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/2018_TFD_report_17_Sep.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018.
- UNITED NATIONS. *Task Force on Displacement at a glance*. 2017. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/TFD_brochure.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
- VIÑUALES, Jorge E. *El régimen jurídico internacional relativo al cambio climático: perspectivas y prospectivas*. Disponível em: <http://www.oas.org/> Acesso em: 15 dez. 2018.
- WARNER, Koko et al. Integrating human mobility issues within National Adaptation Plans. *Policy Brief*, n. 9, jun. 2014. Disponível em: <http://collections.unu.edu/eserv/UNU:1838/pdf11800.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019.

WARNER, Koko *et al.* National adaptation plans and human mobility. *FMR Review*, n. 49, maio 2015. Disponível em: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/climatechange-disasters/warner-kaelin-martin-nassef.pdf> Acesso em: 01 jul. 2019.

YAMAMOTO, Lilian *et al.* Human mobility in the context of climate change and disasters: a South American approach. *International Journal of Climate Change Strategies and Management*, v. 10, n. 1, p. 65-85, 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Implementation of legal
mechanisms of environmental
protection by the South Pacific
regional organizations**

**Implementação de mecanismos
legais de proteção ambiental
pelas organizações regionais do
Pacífico Sul**

Joanna Siekiera

Implementation of legal mechanisms of environmental protection by the South Pacific regional organizations*

Implementação de mecanismos legais de proteção ambiental pelas organizações regionais do Pacífico Sul

Joanna Siekiera**

Abstract

Objective of the article is to present a multitude of the South Pacific regional organizations, whose one of the most vital issue is to implement legal mechanisms of environmental protection. As the Pacific countries and territories are the most affected by the climate change effects, the goal of the politicians, diplomats, representatives of private sector and civil society organizations is to protect their islands. The islanders have been trying to achieve that through multilateral gathering, seminars and other so-called soft law instruments, but also, recently, through hard law mechanism, which can be de iure executed. There are however many obstacles which come from both structural and social barriers of the South Pacific nations. The methodology, which has been used to write this article, is the legal analysis of the documents made on both national and transnational lever, mainly by the regional intergovernmental organizations, as well as non-binding communiqués after summits and further political declarations. The value author wishes to bring is first of all publicising the Pacific region, as it is not anymore isolated or dependent on the bigger global actors. Secondly, environmental protection made by the grass roots initiatives, being de facto the regional organizations, can shed new light on this matter. Conclusion shall, nonetheless, present still a long way before the South Pacific microstates on their way to achieving both better regional cooperation, as well as mechanisms of more effective implementation of the regional norms.

Key words: implementation of norms, legal mechanisms, environmental protection, South Pacific, Pacific, regional organizations

Resumo

O objetivo do artigo é apresentar uma multidão de organizações regionais do Pacífico Sul, cuja questão mais vital é a implementação de mecanismos legais de proteção ambiental. Como os países e territórios do Pacífico são os mais afetados pelos efeitos das mudanças climáticas, o objetivo dos políticos, diplomatas, representantes do setor privado e das organizações da sociedade civil é proteger suas ilhas. Os ilhéus têm tentado conseguir isso por meio

* Recebido em 17/08/2019
Aprovado em 29/10/2019

** International lawyer at the Univeristy of Bergen, Norway; PhD at the Warsaw School of Economics, Poland; PhD scholar at the Victoria Univeristy of Wellington, New Zealand. Email: joanna.axe@gmail.com

de reuniões multilaterais, seminários e outros instrumentos chamados soft law, mas também, recentemente, por meio de mecanismos de hard law, que podem ser executados. No entanto, existem muitos obstáculos que surgem das barreiras estruturais e sociais das nações do Pacífico Sul. A metodologia utilizada para redigir este artigo é a análise jurídica dos documentos elaborados com alavanca nacional e transnacional, principalmente pelas organizações intergovernamentais regionais, bem como comunicados não vinculativos após cúpulas e declarações políticas adicionais. O valor que o autor deseja trazer é antes de tudo divulgar a região do Pacífico, pois não está mais isolada ou dependente dos maiores atores globais. Em segundo lugar, a proteção ambiental feita pelas iniciativas de base, sendo de fato as organizações regionais, pode lançar uma nova luz sobre esse assunto. No entanto, a conclusão ainda apresentará um longo caminho até que os microestados do Pacífico Sul estejam no caminho de alcançar uma melhor cooperação regional, bem como mecanismos de implementação mais eficazes das normas regionais.

Palavras-chave: implementação de normas, mecanismos legais, proteção ambiental, Pacífico Sul, Pacífico, organizações regionais

1 Introduction

The Pacific region has long been neglected by the global actors and scientists due to many reasons. The motives of leaving the Pacific basin aside were varied, firstly because of the long geographic distance, logistical problems to get to the islands, but most importantly, because of the poor conditions of undeveloped postcolonial countries, totally dependent on their metropolis. After two bursts of decolonisation of the South Pacific (namely 1962-1970 and 1974-1980), microstates from the subregions of Micronesia, Polynesia and Melanesia began to develop their own nationhood. They started to gain more and more importance in geopolitics, but also in the scientific area. Also, what needs to be emphasized at the beginning of this article, is the fact that both western politicians and scientists do not call the Pacific as the region of future for no reason. Even the name was forged for the times we live in: the 21st century is called as “the Pacific century”¹. It all comes from the fact of

the huge geographical, cultural and political specificity of the Pacific entities. Here, the legal and economical aspects cannot be left unsaid. The eventually independent governments of the Pacific countries were de facto and de iure able to build own legal systems along with the free markets.

Similarly, the Pacific basin is the most complex region through out the world. In the close neighbourhood, there are varied international law entities. The subjective analysis of implementation of environmental protection legal mechanisms by the South Pacific regional organizations shall be closed up to the following countries: 1. sovereign states: Australia, Fiji, Kiribati, Nauru, New Zealand, Papua New Guinea (PNG), Samoa, Tonga, Tuvalu, Vanuatu, the Solomon Islands; 2. free associated states: Niue and the Cook Islands (with New Zealand), the Federated States of Micronesia (FSM), Palau and the Marshall Islands (with the United States); 3. dependent territories of other larger and more influential states. Here such legal diversification is indeed needed to present. It comes from the fact that not every country in the Pacific can be treated as a state, due to the Montevideo Convention from 1933². Therefore, not every party of regionalisation, willing to act for the sake of environmental legal changes, can de iure act independently. Also, International organizations law, which is based on the Vienna Convention on the Law of Treaties from 1969³, says clearly that only states can be a full (meaning acting with unlimited international legal personality, exercising all rights and duties on the international arena) member of an intergovernmental organization (IGO), which in turn has to be based on an international agreement⁴.

That being said, the very useful term when dealing with the members of the Pacific regionalism is “the Pacific countries and territories” (PICT). As the free-associated states (FAS) are not fully independent states, but

11.11.2011; SCOTT David, *The 21st Century as Whose Century?*, “Official Journal of the Political Economy of the World-System Section of the American Sociological Association”, 2007/XIII(2); TERRY Sarah, *Where the wave of the future will crest?*, “The Christian Science Monitor”, 28.09.1982.

² Montevideo Convention on the Rights and Duties of States from 26 December 1933, art. 1 enumerated the conditions to be fulfilled by an entity to become a state. However, after that the international recognition is also required.

³ Vienna Convention on the Law of Treaties from 22 May 1969.

⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties from 22 May 1969, art. 2, paragraph 1, letter a.

¹ See: CLINTON Hilary, *America's Pacific Century*, “Foreign Policy”,

theirs external policy is being held by the partner state⁵, the whole process of engaging of FSA in the regional climate change initiatives is de iure limited. As the Pacific region already possesses its significant influence on development of various branches of science, including the climate change discussion, the questions of the Oceania regionalism and/or regionalisation⁶, the South Pacific cooperation and establishing of regional relations, mainly through the regional IGO, are not enough touched upon in the Euroatlantic zone, including the South America. Those issues thus require further analysis and certainly need to be explored also in the Brazilian literature.

Finally, a few words on the methodology used when writing this article have to be given. As this is strictly legal analysis, the research process was based on non-reactive researches. These studies take into account the method of analysing the content of the literature on the subject (mainly in English, but also in Polish) and legal regulations (international, regional and internal law in the original English). Then, the method of analysing official data (including international organization bodies) was used in order to examine existing strategic and program documents. The secondary source of data included statistical compendia of IGO, as well as the analyses of the level of development and the rule of law prepared by the non-governmental organizations (NGO). Finally, it was necessary to trace the heritage of the UN, the same as selectively chosen treaties establishing regional organizations. This fragment of the work has a Comparative law dimension.

2 South Pacific regionalisation

As PICT are the most affected by the climate change effects, the common goal of the politicians, diplomats, representatives of private sector and civil society orga-

nizations (CSO) is to protect their islands. The islanders have been trying to achieve that through multilateral gathering, seminars and other so-called soft law instruments, but also, recently, through hard law mechanism, which can be de iure executed. There are however many obstacles which come from both structural and social barriers of the South Pacific nations. To understand better such regional phenomenon in the South Pacific one needs to realise the characteristic of the region in its legal frameworks.

After the extended and complex process of decolonisation, and then launching own, sovereignly driven governments and microeconomies, PICT were able to establish their national, regional and global politics. For the purpose of this article, the most interesting is the second stage of cooperation - at the regional level⁷. The 80s of the 20th century have brought many social and political changes to the nations of the South Pacific. This period is also called as the breaking point of regionalisation worldwide. Regionalisation started to be seen as an alternative, a response on ineffective and very often unfair and devastating process of globalisation for the smaller and less developed countries. The widespread membership in regional institutions, regional trade agreements (RTA) brought a new phenomenon in both international law and political science – regionalism. It can be understood as political and economic values, ideas and objectives, which contribute to establish and provide a creation of a particular region. Very often such formal policy leads to institution building, exactly through the regional organizations⁸. All difficulties in reaching agreements through multilateral trade negotiations, between so varied states struggling with different civilisation problems had led to development of local programs. The most obvious example tends to be the European Union (EU). Here we could have observed the phenomenon of regionalisation - “the process of region formation by which regions come into existence and are consolidated”⁹.

Other regions, after becoming aware of own local

⁵ Just compare the American agreements, called COFA: Compact of Free Association Agreement between the United States of America and the Marshall Islands Treaties and other International Acts (Series 04-501) from 30 April 2003 (amended version of the initial 1986 agreement), Compact of Free Association Agreement between the United States of America and the Micronesia Treaties and other International Acts (Series 04-625) from 14 May 2003 (amended after 1986); Compact of Free Association between the Government of the United States of America and the Government of Palau (48 USC 1931 note; Public Law 99-658) from 1 October 1994.

⁶ Those terms will be clarified in the next part of the article.

⁷ As a region exists between the state and the global level.

⁸ BADIE Bertrand, BERG-SCHLOSSER Dirk, MORLINO Leonardo (ed.), *International Encyclopedia of Political Science*, vol. 2, Los Angeles: SAGE, 2011. p. 2238-2248; HAFEZ Zakir, *The Dimensions of Regional Trade Integration in Southeast Asia*, Ardsley: Transnational Publishers, 2004. p. 5

⁹ BADIE Bertrand, BERG-SCHLOSSER Dirk, MORLINO Leonardo (ed.), *International Encyclopedia of Political Science*, vol. 2, Los Angeles: SAGE, 2011. p. 2238-2248.

identity and thus more effective and quicker way of reaching compromise locally than on the global level, started to develop their regional cooperation mechanism, through regionalisation. Then, there was an evident expansion of other regional projects. The examples of these state-led regional frameworks are now the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), the African Union (AU), the North American Free Trade Agreement (NAFTA), and the Southern Common Market (MERCOSUR)¹⁰.¹¹ Regionalisation and regionalism became important phenomena in International law. Hence, one can assume regionalisation as regional cooperation *de facto*, with long-term intensification and deepening of relations through the economic, social, cultural and political linkages. While regionalism is perceived as regional cooperation *de iure*, through the institutions building, and eventually creating common norms, which do harmonize the whole region.¹² Such neighbourly integration can be observed in many exchange mechanisms and free market instruments, such as free trade zone, customs union, common market, monetary union, or even political union—federation.

The South Pacific regionalism is very complex, as it additionally comprise of three subregions, varied in culture, languages and attachment to own history, mainly colonial, but also legal orders, which are very often perceived as “imposed law”¹³ after the European invaders. According to the author’s calculation, there are over 30 regional organizations, status of which sometimes is hard to find. Either it is an IGO or a NGO, it will further affect creation of the possible legal norms for their member states¹⁴. Likewise, there are a dozen or so in-

formal regional forums at the South Pacific Ocean territory. What seems to be essential here is the fact that the Pacific organizations quite often change their names. It is mainly due to expanding the scope of their territorial activity, and thus also membership. Here it is worth giving some examples: the Pacific Regional Environment Programme was previously called the South Pacific Regional Environment Programme, while the Secretariat of the South Pacific (SPC) was officially renamed as the Pacific Community. However, due to being the longest functioning Pacific IGO, SPC is still recognised under its old name. Additionally, some other regional bodies have been incorporated by largest or newest institutions. It was the case with the South Pacific Board of Educational Assessment, which was incorporated by the previously mentioned SPC. Finally, some organizations create further, specialised smaller institutions, just like it was with the Pacific Islands Forum Fisheries Agency (FFA) established by the Pacific Islands Forum (PIF). Consequently, we can observe a so-called “spaghetti effect”, where singular states are parties to some regional treaties or agreements establishing regional organizations, and/or members of numerous formal organizations and/or informal gatherings, whose activities become less effective or simply blur at the end.

3. Implementation of norms by the Pacific states

Implementation of norms, created both at the national level, through the regional IGO and arrangements, or agreed at the global, mostly the UN level, does not go smoothly in the South Pacific. We have to bear in mind the constant and deeply rooted struggles, which PICT share with the newly adopted terms of democracy, transparency, accountability, human rights and equality. Those notions are in fact not known in the autochthons’ island heritage, which is strongly related to the hierarchical tribal society¹⁵. Implementation of

hoc types of regional networks, their characteristic pluralism and multidimensionality give rise to a variety of new entities participating in the whole process of regionalisation too.

¹⁵ MOALA Kalafi, *Why Pacific reformers find it difficult* (21.07.2015). Available at: <<http://pacificpolicy.org/2015/07/why-pacific-reformers-find-it-difficult>> Assess on: 15.08.2019; TAU-MOEFOLAU Melenaité, *Why Tongan has no word for human rights* (8.04.2019). Available at: <<https://www.newsroom.co.nz/@ideas-room/2019/04/08/521574/when-are-human-rights-a-right-for-to>>

¹⁰ Spanish: *Mercado Común del Sur*.

¹¹ BORKOWSKI Paweł Janusz, *Polityczne teorie integracji międzynarodowej* (Political Theories of International Integration), Warsaw: Difin, 2007. p. 190; KLABBERS Jan, *An Introduction to International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 29; SUŁEK Mirosław, SYMONIDES Janusz (ed.), *Państwo w teoriach i praktyce stosunków międzynarodowych* (The State in the Theories and Practice of International Relations), Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 2009. p. 297.

¹² ORŁOWSKA Renata, ŻOŁĄDKIEWICZ Krystyna, *Globalizacja i regionalizacja w gospodarce światowej* (*Globalisation and regionalisation in the world economy*), Warsaw: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, 2012. p. 169-171.

¹³ HUGHES Bob, *Report on the South Pacific countries* “New Zealand Yearbook of International Law” 2005/2. p. 274.

¹⁴ It has to be marked that not only a state can become a member of an organization. As the 21st century is a unique time when so-called “non-states actors” (NSA) become more and more influential, they do participate in creating and functioning of global and regional organizations. Simultaneously, the informal character of many ad

newly ordered laws of any legal mechanisms is being disturbed by the social features. Those features have both formal and merit nature. In the overwhelming majority of the Pacific islands, there can be observed two key issues: 1. inefficiency of the state administration bodies carrying out reforms, and 2: parliamentary structures with no real effect. First problem appears already at the stage of implementing reforms into the legal orders. PICT, as the former colonies, did not establish any legal colleges or administrative “breeding grounds for human resources”, who could build independent state apparatus. Pacific politicians, coming from local tribes or clans, did not have any vocal education (not mentioning tertiary one) to introduce the standards necessary to perform reforms in postcolonial states¹⁶. In addition, the procedural reconstruction of the former colony’s state system required establishment of an appropriate public body. Yet, the only equivalent in the Pacific appeared to be the governor institution - introduced however by the metropolis themselves, staffed with the European officials. Hence, PICT were forced to take over (adopt) the legal orders after their former administrators. Such way of transition of any process, especially legal transformation, could not, and still do not, reach social acceptance¹⁷.

Regarding the mentioned fact that the national Pacific parliamentary structures have no real effect on law making, it should be stated that this is due to both insufficient training (or its complete absence) of public officials, as well as the lack of adequate competence of particular legal organs and institutions, including enforcement of established principles. Indeed, when the law cannot be exercised, it becomes a dead letter. Some countries are in fact aware of these structural problems. They have created separate offices aimed at controlling implementation of reforms. For example, a special commission in Fiji deals with the legal and political evaluation of the effectiveness of changes. It watches over the correctness of merging two legal orders - local and postcolonial¹⁸.

Finally, the obstacles in full and effective implementation of legal norms on both national and regional level have the social and cultural base. First of all, it is because of the bureaucracy - adamant, rigid, detached from any local realities. Secondly, features of the society of traditionalists and their static culture are strongly noticeable in any attempt to change the status quo. Indeed islanders, both average citizens, as well as officials or politicians, effectively oppose the introduction of any changes that, in their opinion, could further worsen the status quo of public administration. Thirdly, but no less importantly, some researches mention the impact of institutionalized religion, along with its misinterpretation, instead of experiencing authentic faith by a significant rate of the Pacific population¹⁹.

Unfortunately, from the legal point of view, the imperfect democracies from the South Pacific create imperfect regional bodies and institutions. The same obstacles, formal and merit problems in forming, implementing and executing norms are being transferred from the national level onto the regional, and then global one. We tend to forget that politicians, officials and representatives of various private and public sector branches are only humans, coming and brought by the same society, as the rest of the citizens.

4 Legal mechanisms of environmental protection

Environmental protection, next to the tuna fishery,

Environmental protection, next to the tuna fishery,

nga?fbclid=IwAR2itIEjda1KpTwmhZSOt2YHBIzIedH-hM-MA8HNxP0HJt0zfVCDfL61M0#> Assess on: 15.08.2019.

¹⁶ Of course, that situation has been changing, as the previously there was the only Faculty of Law at the Univeristy of South Pacific, based in Vanuatu. Nonetheless, students are being sent to the closest faculties in New Zealand and Australia, what requires capital and time. This phenomenon of such education tourism within the South Pacific could be observed by the author during her staying at the Victoria Univeristy of Wellington.

¹⁷ VAN TREASE Howard, *The Politics of Land in Vannatu: From Colony to Independence*, Suva: Institute of Pacific Studies of the University of the South Pacific, 1987; HUGHES Bob, *Report on the South Pacific countries* “New Zealand Yearbook of International Law” 2005/2.

¹⁸ Fijian Law Reform Commission, a special public agency that oversees reforms, as well as their effectiveness and impact on society, operates under the Fiji Law Reform Commission Act from 6 April 6 1979, which had two amendments in 1986 and the latest in 2016. Office of the Attorney General. Available at: <<https://laws.gov.fj/Acts/DisplayAct/2295#>> Assess on: 15.08.2019.

¹⁹ ALLERFELDT Kristofer, *Race, Radicalism, Religion, and Restriction: Immigration in the Pacific Northwest 1890-1924*, London: Greenwood Publishing Group, 2003. p. 33; HERDA Phyllis, REILLY Michael, HILLIARD David, *Vision and Reality in Pacific Religion: Essays in Honour of Niel Gunson*, Canberra: University of Canterbury, 2005. p. 346; MOALA Kalafi, *Why Pacific reformers find it difficult* (21.07.2015). Available at: <<http://pacificpolicy.org/2015/07/why-pacific-reformers-find-it-difficult>> Assess on: 15.08.2019; LANGA’OI Palenitina, *The Roots of Instability: Administrative and Political Reform in Tonga*, „Ritsumeikan Journal of Asia Pacific Studies” 25/2009. p.21-35.

tourism, and economic exchanges, takes one of the most important places at the regional gatherings' agenda. Not surprisingly, climate change along with its disastrous effects on the Pacific islands appears to be another key factor, which is able to bring the head of states from Melanesia, Micronesia and Polynesia together - to the same table as equally treated parties. The differences, which are noticeable on the daily basis cooperation (mainly in the aspects of humanitarian, social and economical development, foreign investments ratios and openness on interactions with the Pacific Rim global players) suddenly become less visible when it comes to the joint problem of the ocean raising. The predicted lose of most or all of the land of especially Kiribati, the Marshall Islands, Tuvalu and Tokelau by the late 21st century²⁰ is the most effective factor to launch and maintain proper regionalism ever.

As global climate change is affecting already not only the sea level rise, but also is responsible for flooding, droughts and recurrent extreme weather, being painfully visible especially in the Pacific Ring or Fire²¹. All of this will make coastal areas (literally almost 100% of the PICT territories) gradually uninhabitable, leading to submersion of urban centres, migrations of displaced people, becoming now called as "ecological refugees"²², and finally economic and political upheaval²³. The previously presented the Pacific regional specificity, will,

²⁰ According to United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) 2009. *Climate Change and Statelessness: an Overview*. Submitted to the UNFCCC 15 June 2009; BECKER Melanie, MEYSSIGNAC Benoît, LETRETREL Camille, LLOVEL William, CAZENAVE Anny, DELCROIX Thierry, *Sea level variations at tropical Pacific islands since 1950*, "Global & Planetary Change" 2012/80-81. p. 80-81, 85-98.

²¹ This phenomenon overlaps the Pacific Rim itself. The Pacific Ring of Fire is an area where there have been occurred a great number of fatal natural disasters, mostly earthquakes, volcanic eruptions, tsunamis and cyclones. More on this: RINARD HINGA Bethany, *Ring of Fire: An Encyclopedia of the Pacific Rim's Earthquakes, Tsunamis, and Volcanoes*, Santa Barbara: ABC-CLIO, 2015.

²² Until now, however, there is no legal definition of this group of asylum seekers under International law. BLACK Richard, *Environmental refugees: myth or reality?*, University of Sussex, Working Paper No. 34, March 2001. p.1. The definition suggested by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD): is such: "An environmental refugee is a person displaced owing to environmental causes, notably land loss and degradation, and natural disaster." Assess on: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=839>> Available at: 15.08.2019.

²³ NICHOLLS Robert J. and CAZENAVE Anny, *Sea-Level Rise and Its Impact on Coastal Zones*, "Science" 2010/328(18). p. 1517-1520; VIDAS Davor, *The Anthropocene and the international law of the sea*, "Philosophical Transactions of the Royal Society", 2011/369. p. 909-925.

and already do, attain global relevance, first for other island states, then for the coastal regions of the world at large.

Multitude and complexity of the climate change problem indeed bring closer the largest and most influential Pacific IGO (SPC, Pacific Islands Forum, PIF and the newest platform – the Pacific Islands Development Forum, PIDF). The Pacific response to the global lack of activity (in the legal context being lack of implementation of any legal norms and mechanisms of environmental protection) was expressed significantly in 2015. Before analysing those two declaration signed in September 2015, here is worth mentioning the down root initiative of the Pacific island developing stated (PIDS), which made attention globally. PSIDS are an unofficial structure within the UN, which are trying to improve their tragic situation and finally speak the common voice on the international arena, previously being unheard as single islands. It is PSIDS who successfully introduced and popularize the term of "blue economy", as a contrast, or rather a supplement, to well-known and widely promoted "green economy" (developing sustainable sources of energy and reducing environmental risks for the climate). Therefore by creating a simple notion, not even a legal definition, the Pacific governments have given a clear signal of their unity when it comes to their separate problems coming from the strictly maritime environment²⁴.

The adoption in 2015 two soft law instruments by the regional IGO can be seen as an important step towards environmental protection in the South Pacific. PIF issued its Declaration on Climate Change Action on 10 September 2015²⁵, while PIDF signed its own Declaration on Climate Change a few days earlier, on 4 September 2015²⁶. Both Forums do consider themselves as the key political and economic regional organization, being responsible for harmonization the local politics and holding legal reforms. Both of them have in their agendas climate protection as one of the most vital issues to work on. Unsurprisingly, PIF and PIDF were willing to present their own version of a regional document in advance of the annual UN Conference

²⁴ CLAUDIO Cora, *From green to blue economy*, "Philippine Daily Inquirer" (23.06.2013).

²⁵ Pacific Islands Forum Leaders Declaration on Climate Change Action from 10 September 2015.

²⁶ Pacific Islands Development Forum Suva Declaration on Climate Change from 4 September 2015.

of Parties (COP)²⁷, which took place on 7- 8 December 2015 in Paris. Both declarations, being however not hard law agreements and therefore not legally binding international treaties, but “only” political declaration of a good will, emphasising the pressing need for transition of energy from fossil fuels to renewable energy, as well as other blue-green technologies. The common denominator was likewise a call for establishment of the new legal instrument during the 21st COP, being in turn equipped with the executive mechanisms, to reverse global warming. The Paris Agreement²⁸, despite its ambitious norms, has not changes anything either. The lack of implementation, its eventual partiality or even intentional neglect of many universal agreements by the larger signatories does present a sad and hopeless feedback for PSIDS. If the Pacific states cannot rely on the more developed states in their joint legal and political fight for the climate change, they become left alone.

Implementation of legal mechanisms of international environmental protection agreements is as complex as the whole Public International Law execution. Nonetheless, the Pacific, being so specific and unique, suffers from both ineffective systems – universal and regional. Regional mechanisms are mainly soft law mechanisms, achieved through traditionally accepted gatherings of politicians, social activists and ecological NGO. The results of those forums, conferences or summits are only declarations, communiqués, statements for the future, where the signatories only ineffectively “call for”. Those tools do not possess, as they cannot possess, any legal binding for the signatures. They could, though, become legally valid norms, if only PICT decided to incorporate those declarations to own national legal orders at the first place, and then to execute their national norms at the regional level. In other words, the simplest and most effective method, at least in theory, appears to be codification of the environmental protection norms. Any articles of regional declarations, agreements, treaties should be therefore equipped in legal force, and after

that, any state, organization or citizen could invoke the rights and duties derived from those norms.

However in practise, as it was presented in the beginning of this article, PICT struggle with many substantial obstacles in their legal orders, what prevent them from full and effective implementation of any regional arrangements. Not to become over pessimistic though, it should be stated a few suggestions to improve the current state of fact. The new institutional-merit changes need to be executed, but constantly stressing the Pacific heritage of the strong linkage between the Mother land and her children. Such terminology, deeply embedded in the autochthonous culture of the islanders can make them feel important and help understanding that the legal changes are not being made against them, but in order to protect their beloved maritime nature. The competence-importance competition between the largest IGO in the Pacific has speeded up the process of regionalism, but also its level of representing the members on the broader scene, including the UN. By issuing newest declarations and communiqués²⁹, suddenly the world has noticed huge determination of the previously unheard microstates.

5 Final conclusions

Regionalism in the South Pacific takes place mainly through multilateral agreements. Multilateral agreements, on the other hand, usually take the form of acts constituting international intergovernmental organizations, through which states implement their regional policy, also environmental policy. It should be noted here that the regional IGO were not created solely to carry out their integration functions. It cannot be forgotten that they are a “derivative material” from the relatively newly created entities – states. Those postcolonial,

²⁷ Conference of the Parties is a governing body of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), the international environmental treaty adopted by the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) on 4 June 1992.

²⁸ Paris Agreement under the United Nations Framework Convention on Climate Change was signed on 22 April 2016 and entered into force on 4 November 2016. Its effectiveness along with the lack of binding enforcement mechanism will not be analysed here, though.

²⁹ Only mentioned a few which headline the urgent need of the environmental protection changes: Framework for Pacific Regionalism Pacific Islands Forum Leaders, July 2014; Pacific Islands Forum Secretariat Pacific Plan for Strengthening Regional Cooperation and Integration, November 2007; Pacific Community Strategic Plan 2016–2020, Sustainable Pacific development through science, knowledge and innovation (2015); Explanatory Notes on the PIDF Charter from the PIDF3 Leaders’ Summit 2-4 September 2015; Third PIDF Leaders Summit, Building Climate Resilient Green Blue Pacific Economies, 2-4 September 2015; Polynesian P.A.C.T. (Polynesia Against Climate Change) Taputapuataea Declaration on Climate Change, Polynesian Leaders Group from 16 July 2015.

finally sovereign states thereby wanted to emphasize their international legal personality, which is realized, among others, by maintaining diplomatic relations and establishing other entities, just like organizations. This is where the second, unofficial reason for establishment of the regional groupings by PICT comes from. This allows their members to create and conserve international identity³⁰. Thanks to such continuity and effectiveness of their activities on the international arena, the newly formed PICT classify themselves as active players having a real impact on the form of international relations, at the same time underlining the importance of environmental protection.

There can be suggested a few methods of improving implementation of legal mechanisms in the South Pacific by the main drivers of regionalism, that is by IGO: 1. Creation of non-binding forums for discussion of expert and advisory groups, which would consist of scientists, businessmen and NGO activists who, thanks to their daily practice, could express opinions on key issues for their governments, so often lacking the experts; 2. Underlining respect for the principle of sovereignty during the competence transfer to supranational bodies, in order to emphasize independence of the regionalism parties, so fragile on any colonialism features; 3. Shaping complementarity in economic relations between variously prospering Pacific countries, as well as the equal division of labour in joint institutions; 4) Need for the regionally binding norms, being executed in every Pacific state. Another aspect is the spaghetti effect of misrepresentation of the Pacific IGO, NGO, and other subregional initiatives, like transnational bodies and declarations³¹.

Overall, it does appear that implementation of legal mechanisms of environmental protection by the South Pacific regional organizations is as weak as globally. However, the Pacific small island states rely fully

on their maritime environment, while any of their numerous internal struggles, postcolonial problems and structural legal obstacles cannot prevent them from the effective and successful reforms. Newly independent, developing own meaning of imposed democracy, they are not able to force implementation of any kind of norms by themselves. They do need role models, advisers and supporters in maintaining the global initiative, which is now combating the climate change effects. Nonetheless, unity indeed makes strength, so the joint activities, through both soft and hard law methods, can lead the Pacific island governments to achieve their common goal. In the most possible globalised worlds, they just cannot be left alone.

References

- ALLERFELDT Kristofer, *Race, Radicalism, Religion, and Restriction: Immigration in the Pacific Northwest 1890-1924*, London: Greenwood Publishing Group, 2003. p. 33.
- BADIE Bertrand, BERG-SCHLOSSER Dirk, MORLINO Leonardo (ed.), *International Encyclopedia of Political Science*, vol. 2, Los Angeles: SAGE, 2011. p. 2238-2248.
- BECKER Melanie, MEYSSIGNAC Benoît, LETRETREL Camille, LLOVEL William, CAZENAVE Anny, DELCROIX Thierry, *Sea level variations at tropical Pacific islands since 1950*, "Global & Planetary Change" 2012/80-81. p. 80-81, 85-98.
- CLARKE Melisa, Pacific leaders, Australia agree to disagree about action on climate change (16.08.2019), Assess on: <<https://www.abc.net.au/news/2019-08-15/no-endorsements-come-out-of-tuvalu-declaration/11419342>> Available at: 16.08.2019
- BLACK Richard, *Environmental refugees: myth or reality?*, University of Sussex, Working Paper No. 34, March 2001. p.1
- BORKOWSKI Pawel Janusz, *Polityczne teorie integracji międzynarodowej* (Political Theories of International Integration), Warsaw: Difin, 2007. p. 190.
- CLINTON Hilary, *America's Pacific Century*, "Foreign Policy", 11.11.2011.
- Compact of Free Association Agreement between the United States of America and the Marshall Islands Treaties and other International Acts (Series 04-501) from

³⁰ FRY Greg, TARTE Sandra, *The New Pacific Diplomacy*, Canberra: Anu Press, 2015. p. 468.

³¹ The latest example is another failure to reach an agreement on climate change among PICT during the PIF summit held in Tuvalu, on 14.08.2019. LYONS Kate, *Australia waters down Pacific Islands plea on climate crisis* (15.08.2015), Assess on: <<https://www.theguardian.com/world/2019/aug/15/australia-waters-down-pacific-islands-plea-on-climate-crisis>> Available at: 16.08.2019; CLARKE Melisa, *Pacific leaders, Australia agree to disagree about action on climate change* (16.08.2019), Assess on: <<https://www.abc.net.au/news/2019-08-15/no-endorsements-come-out-of-tuvalu-declaration/11419342>> Available at: 16.08.2019

- 30 April 2003. Compact of Free Association Agreement between the United States of America and the Micronesia Treaties and other International Acts (Series 04-625) from 14 May 2003.
- Compact of Free Association between the Government of the United States of America and the Government of Palau (48 USC 1931 note; Public Law 99-658) from 1 October 1994.
- Fiji Law Reform Commission Act. Available at: <<https://laws.gov.fj/Acts/DisplayAct/2295#>> Assess on: 16.08.2019.
- FRY Greg, TARTE Sandra, *The New Pacific Diplomacy*, Canberra: Anu Press, 2015. p. 468.
- HAFEZ Zakir, *The Dimensions of Regional Trade Integration in Southeast Asia*, Ardsley: Transnational Publishers, 2004. p. 5.
- HERDA Phyllis, REILLY Michael, HILLIARD David, *Vision and Reality in Pacific Religion: Essays in Honour of Niel Gunson*, Canberra: University of Canterbury, 2005. p. 346.
- HUGHES Bob, *Report on the South Pacific countries* "New Zealand Yearbook of International Law" 2005/2. p. 274.
- KLABBERS Jan, *An Introduction to International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 29.
- LANGA'OI Palenitina, *The Roots of Instability: Administrative and Political Reform in Tonga*, „Ritsumeikan Journal of Asia Pacific Studies" 25/2009. p.21-35.
- LYONS Kate, Australia waters down Pacific Islands plea on climate crisis (15.08.2015), Assess on: <<https://www.theguardian.com/world/2019/aug/15/australia-waters-down-pacific-islands-plea-on-climate-crisis>> Available at: 16.08.2019.
- MOALA Kalafi, *Why Pacific reformers find it difficult* (21.07.2015). Available at: <<http://pacificpolicy.org/2015/07/why-pacific-reformers-find-it-difficult>> Assess on: 16.08.2019.
- Montevideo Convention on the Rights and Duties of States from 26 December 1933.
- NICHOLLS Robert J. and CAZENAVE Anny, *Sea-Level Rise and Its Impact on Coastal Zones*, "Science" 2010/328(18). p. 1517-1520.
- Paris Agreement under the United Nations Framework Convention on Climate Change from 22 April 2016.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. Assess on: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=839>> Available at: 16.08.2019.
- ORŁOWSKA Renata, ŻOŁĄDKIEWICZ Krystyna, *Globalizacja i regionalizacja w gospodarce światowej (Globalisation and regionalisation in the world economy)*, Warsaw: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, 2012. p. 169-171.
- RINARD HINGA Bethany, *Ring of Fire: An Encyclopedia of the Pacific Rim's Earthquakes, Tsunamis, and Volcanoes*, Santa Barbara: ABC-CLIO, 2015.
- SCOTT David, *The 21st Century as Whose Century?*, "Official Journal of the Political Economy of the World-System Section of the American Sociological Association", 2007/XIII(2).
- SULEK Mirosław, SYMONIDES Janusz (ed.), *Państwo w teoriach i praktyce stosunków międzynarodowych (The State in the Theories and Practice of International Relations)*, Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 2009. p. 297.
- TAUMOEOFOLAU Melenaite, *Why Tongan has no word for human rights* (8.04.2019). Available at: <<https://www.newsroom.co.nz/@ideasroom/2019/04/08/521574/when-are-human-rights-a-right-for-tonga?fbclid=IwAR2itIEjda1KpTwmhZSOt2YHBIzIedH-hM-MA8HNxP0HlJtofzfVCdFL61M0#>> Assess on: 16.08.2019.
- TERRY Sarah, *Where the wave of the future will crest?*, "The Christian Science Monitor", 28.09.1982.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Climate Change and Statelessness: an Overview*. Submitted to the UNFCCC 15 June 2009.
- VAN TREASE Howard, *The Politics of Land in Vanuatu: From Colony to Independence*, Suva: Institute of Pacific Studies of the University of the South Pacific, 1987.
- VIDAS Davor, *The Anthropocene and the international law of the sea*, "Philosophical Transactions of the Royal Society", 2011/369. p. 909-925.
- Vienna Convention on the Law of Treaties from 22 May 1969.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Conciliating the overlap of protected areas and traditional territories: legal innovations for biological diversity conservation in brazilian parks

Conciliando a sobreposição de áreas protegidas e territórios tradicionais: inovações legais para a conservação da diversidade biológica em parques brasileiros

Nathalia Fernandes Lima

Solange Teles Silva

Conciliating the overlap of protected areas and traditional territories: legal innovations for biological diversity conservation in Brazilian parks*

Conciliando a sobreposição de áreas protegidas e territórios tradicionais: inovações legais para a conservação da diversidade biológica em parques brasileiros

Nathalia Fernandes Lima**

Solange Teles Silva***

Abstract

The National System of Conservation Units was introduced as part of the normative framework that regulates the creation of protected areas implemented by the Convention of Biodiversity. Here we analyze particularly protected areas, specifically those that do not allow the direct use of natural resources and predict that the traditional populations residing within its boundaries should be relocated. However, until you can perform this resettlement, the government may take action in order to reconcile the permanence of these populations for the purposes of the unit. Our goal was to identify and analyze the legal innovation adopted by the management bodies of Brazilian Parks of State and Federal in order to ensure the rights of traditional population living in these areas. First, we conducted an exploratory study using the Citizen Information System to raise the cases of overlapping full protection conservation units to traditional lands and territories. After this step, we conducted a cutout in the research object to analyze only the Park category and we chose the empirical research methodology with application of documentary research method in the field of official public documents, namely, the management plans of federal parks and state approved and available on the website of the Chico Mendes Institute for Biodiversity Conservation and state Departments of the Environment of all federal entities. We note that other solutions are adopted and not included resettlement as the first solution in all cases. In reality, there are several compositions using different legal instruments.

Keywords: Protected areas. Cultural heritage. Intangible assets. Lands and Traditional

* Recebido em 01/07/2019
Aprovado em 21/10/2019

** Mestre em Direito Político e Econômico; Assessora Jurídica na Secretaria Verde e do Meio Ambiente do Município de SP e professora de Direito Ambiental e de Metodologia de pesquisa no Centro universitário Brazcubas Educação. E-mail : Nathalia.flima1@gmail.com.

*** Professora do Programa da Graduação (Desenvolvimento e Sustentabilidade) e do Pós-Graduação Strito Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), Pesquisadora do CNPq (2007-2010) (2012-...), Coordenadora do Comitê de Ética em Pesquisa em Humanos da Universidade Presbiteriana Mackenzie (CEP/UPM) (2016-2019). Diploma de Estudos Aprofundados (D.E.A.) em Direito Ambiental pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) (1994/1995), especialização na Rhodes Academy of Oceans Law and Police - Rhodes Academy (1998), Doutorado em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) (2001) e Pós-doutorado pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) (2005). E-mail : solange.teles@terra.com.br.

Resumo

Objetivo do artigo foi mapear e analisar as soluções adotadas pelos órgãos gestores das unidades de conservação de proteção integral, estaduais e federais, sobrepostas aos territórios tradicionais. Primeiro, realizamos uma pesquisa exploratória com a utilização do Sistema de Informação ao Cidadão para levantar os casos de sobreposição das unidades de conservação de proteção integral às terras e territórios tradicionais. Após essa etapa, realizamos um recorte no objeto de pesquisa para analisarmos a categoria Parque e optamos pela metodologia de pesquisa empírica, com aplicação do método de pesquisa documental no campo de documentos públicos oficiais, quais sejam, os planos de manejo dos parques federais e estaduais aprovados e disponibilizados no site do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e das Secretarias estaduais do Meio Ambiente de todos os entes federativos. Constatamos que outras soluções são adotadas e o reassentamento não figura como a primeira solução em todos os casos. Em realidade, há composições diversas que utilizam diferentes instrumentos jurídicos. Além disso, essa diversidade de soluções foi identificada quando analisamos separadamente aquelas adotadas nos casos de sobreposições de parques às terras indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, o que pode indicar a influência do regime jurídico de reconhecimento dos direitos territoriais que se difere para cada um desses povos e comunidades. Por fim, constatamos ainda a existência de soluções diversas em cada uma dessas esferas da federação, o que pode representar o respeito à autonomia político-administrativa, bem como a complexidade de cada caso envolvendo múltiplas dimensões, desde as características socioculturais e espaciais até as questões econômicas em cada região.

Palavras-chave: Áreas Protegidas; Patrimônio Cultural; Patrimônio Natural; Sobreposição e Territórios Tradicionais.

1 Introduction

The Convention on Biological Diversity (CBD), an internationally legally binding treaty, that covers biodiversity at tree levels – ecosystems, species and genetic resources – has three main goals: conservation of biodiversity; sustainable use of biodiversity; fair and equi-

table sharing of the benefits arising from the use of genetic resources. This convention determine that each Contracting Party shall establish a system of protected areas to conserve biodiversity (Article 8, a). As a strategy for biodiversity conservation, the CBD recognized the importance to preserve, respect and apply the traditional knowledge associated with the sustainable use of natural resources in the system of protected areas (Articles 8, j and 10, c). This perspective adopted by the Convention aims to promote the right to an ecologically balanced environment through respect of indigenous peoples and other traditional communities' rights.

Brazil has ratified this convention and in order to achieve these commitments has adopted the National System of Conservation Units (Federal Law No. 9,985 / 00), a system of protected areas – conservation units – to regulate the way that the government create and manage them. This Federal Law establishes two management categories: the full protection conservation units¹, only admitting the indirect use of its natural attributes and, sustainable use conservation units², which allow environmental exploitation, but in a manner that ensures the preservation of the environmental resources and biodiversity in a socially just and economically viable way.

Although full protection conservation units not allow the direct use of natural resources, various units of this category, such as national and state parks³ have been created overlapping⁴ the lands and territories⁵ oc-

¹ Art. 8 - The group of Integral Protection Units consists of the following categories of protected areas: I - Ecological Station; II - Biological Reserve; III - National Park; IV - Natural Monument; V - Wildlife Refuge

² Art. 14 - They are the Group of Sustainable Use Units the following categories of protected areas: I - Environmental Protection Area; II - Area of Relevant Ecological Interest; III - National Forest; IV - Extractive Reserve; V - Wildlife Reserve; VI - Sustainable Development Reserve; and VII - Private Natural Heritage Reserve.

³ In topic 2 we will present the collected data.

⁴ LEUZINGER, Márcia Dieguez et al. **Espaços territoriais especialmente protegidos: extensão, limites e oportunidades**. Brasília: Uniceub, 2015. LEUZINGER, Márcia Dieguez; LINGARD, K. The Land Rights of Indigenous and Traditional Peoples in Brazil and Australia. *Revista de Direito Internacional*, v.13, p.60-80, 2016. LEUZINGER, Márcia Dieguez **Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

⁵ The traditional lands and territories terms are considered in this work as necessary space for the cultural, social and economic reproduction of traditional people and communities, whether used permanently or temporarily, noted, with regard to indigenous peoples and *quilombolas* respectively, available in the Articles 231 of the Constitution of 1988, also 68 of the Constitutional Provisions (Decree

cupied by indigenous people⁶, *quilombolas*⁷ and others traditional communities⁸.

Studies have been made analyzing this overlap focus on social and environmental conflicts considering the expropriation of community's land and case studies. Nevertheless, we do not found studies considering a quantitative analyze mapping the legal solutions that have been brought to this kind of overlapping. In one hand, the Law No. 9,985/00 establishes that traditional populations living in protected areas which does not allowed people residing inside its border shall be relocated and compensated by the government (Article 42, § 2). However, until this resettlement is not realized, specific rules and actions must be adopted to reconcile the presence of traditional populations⁹ with the unit's objectives, without prejudice to their ways of life, sources of subsistence and their dwelling places. A temporary alternative, till the resettlement is carried out, has been established by Decree No. 4.340 / 02 (which

No. 6,040 / 07, Article 3-II).

⁶ Article 1 of the Convention 169 of the International Labor Organization (incorporated by Decree No. 5,150 / 04) distinguished indigenous people of other communities termed as tribal because of their descent from the populations which inhabited the country at the time of conquest or colonization.

⁷ *Quilombola* communities were defined by the Brazil *Quilombola* Program of the National Secretariat for the Promotion of Racial Equality of the Ministry of Human Rights as "groups with their own historical trajectory, whose origin refers to different situations, like land donations from the breakdown monocultures; purchase of land by the individuals themselves, with the end of the slave system; land obtained in exchange for the provision of services; or occupied areas in the resistance process to the slave system". The Brazil *Quilombola* Program also recognizes that, in all cases, the territory is the basis of physical reproduction, social, economic and cultural life of the community these groups

⁸ Article 1 of C169OIT set tribal people to which the Convention applies to those who's social, cultural and economic conditions distinguish them from other sectors of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special legislation. Decree No. 6,040 / 07 has defined traditional communities as culturally distinct groups and is recognized as such.

⁹ The term from traditional populations was used by the National Protected Areas System (Federal Law 9.985/00) (Law No. 9.985 / 00). Although, theoretically, the indigenous people they should not be included in this term, the fact that the Federal Law 9.985/00 established the relocation of traditional populations from their territory in cases they are overlapped on full protection units, the 1988 Constitution recognized for the indigenous the original right over their lands and banned their removal. However, in practice, there are fully protected conservation units overlapped on indigenous lands. Therefore, in this study, the term traditional populations will be used as a synonym for indigenous people, *quilombolas* and other categories of traditional communities

regulated the Federal Law 9.985/00): the celebration of Commitment Agreements (CA). In other hand, governing body of the conservation units of integral protection had also adopted others solutions, stablishing for example zones of cultural protection.

Given this conflict between nature and culture¹⁰, generated by the incompatibility between the norm and reality in fact, the main objective of this work is to identify the legal solution(s) adopted by the governing body of the conservation units of integral protection, considering the overlap of these areas and the lands or territories occupied by traditional communities – indigenous or non-indigenous one's. We can will analyze these legal solution(s) as innovative tools in order to implement the objectives of CDB.

In order to raise data on the actions taken by the management bodies full protection conservation units we will take into account Brazilian Parks both at federal and state level (26 states members and the Federal District). First we had proceed to an exploratory study¹¹ using the electronic system the Information Citizen Services (e-SIC) at the federal and state levels, established by the Access to Information Act (LAI). This desk research aimed to make a first step of our diagnosis and highlight possible solutions in case of conflicts, to further investigate the actions taken by the management bodies of Brazilian parks overlapping the lands and territories¹²

¹⁰ LEUZINGER, Márcia Dieguez **Natureza e cultura**: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

¹¹ REGINATO, Andréa Depieri de. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

¹² The natives was constitutionally recognized the original right of ownership of the lands they traditionally occupy, with the definition of the demarcation procedure to ensure that right. For the *Quilombolas*, the 1988 Constitution recognized the right of ultimate ownership by the collective title to the land of the remnants of the quilombos. But with respect to other categories of traditional communities, there is still no defined legal framework to ensure the right to their territories, although this right has been recognized by the Convention 169 of the International Labor Organization (C169OIT) and the National Policy for the Sustainable Development of Traditional People and Communities (Decree No. 6,040 / 07). In addition, the 1988 Constitution established (Article 215, § 1) that the State has a duty to protect the expressions of popular cultures, not only indigenous and African-Brazilian, but also of other groups participating in the national civilization process and integrated to tangible and intangible assets, which constitute the Brazilian cultural heritage, forms of expression and ways of creating, making and living of the various groups that form Brazilian society (Article 216-I and II).

traditionally occupied by indigenous peoples, *quilombolas* and / or communities traditional, to reconcile the presence of local residents with the unit's creation goals. Completing our study, we had analyzed management plans of federal and state parks where these overlapping exists, trying to highlight if there is an alignment between the strategies adopted by ICMBio (federal level) and the secretariats state of the Environment (states' level) regarding actions aimed at reconciling the permanence of the traditional populations residing with the unit's goals to achieve CDB objectives.

In the first part of this study we will analyse some theoretical aspects of the relationship between nature and culture, highlighting traditional communities' rights.. In the second part we will study the solutions that we could identify in this quantitative study, trying to stress the legal innovations.

2 Nature and culture

The 1988 Constitution recognizes, in one hand environmental protection (art. 225) and in other hand, the protection of intangible cultural heritage (art. 215 and 216). To understand how a systematic view of both protections must be seen in an integrative way it's necessary to overcome certain obstacles. We can affirm that part of these obstacles emerges from the very embodiment of a model adopted by the infra-constitutional legislation that guided the preservation of natural resources narrowly. This transplanted model of the United States to Brazil was aimed at the preservation of natural resources and considers incompatible use of protected areas by traditional communities or populations. It assumes that the management of natural resources made in the traditional way is incompatible with the preservation strategies of nature. With its implementation, the State can run the risk of contributing to the loss of a huge intangible cultural heritage, which Diegues¹³ calls ethnoknowledge and ethnoscience, which are endowed with ingenious systems of natural resource management and cultural diversity. In this context, are there alternatives?

¹³ DIEGUES, Antonio Carlos. Sustainable Development and People's Participation in Wetland Ecosystem Conservation in Brazil: Two Comparative Studies. In: GHAI, D.; VIVIAM, J. (ed.). **Grassroots Environmental Action**. New York and London: Routledge, 1992. DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. São Paulo: HUCITEC, 1996.

If so, these alternatives have been implemented by the actions of environmental agencies in Brazil?

2.1 Indigenous people and traditional communities, territorial rights'

First of all, it is necessary to distinguish between indigenous people and traditional communities. The 169 Convention of the International Labor Organization (169C OIT)¹⁴ brings a similar definition to the one adopted by the National Policy for the Sustainable Development of Traditional Peoples and Communities (Decree No. 6,040 / 07) dealing with the tribal people, but it makes a distinction between indigenous and tribal people. This Convention recognizes tribal people as those whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sectors of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special legislation (169C OIT). In addition to the recognition of tribal people, 169C OIT brings a special definition of indigenous peoples because of their descent populations which inhabited the country at the time of colonization and still retain their own social, economic, cultural, political, or part of them (C169OIT, Article 1, 1b). Even if C169OIT makes this distinction, it recognizes tribal peoples the same rights that recognizes indigenous and brings a common point to both: the importance of awareness of indigenous or tribal identity. This awareness should be considered as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention (169C OIT, Article 1, 2c). The self-recognition element is also emphasized by the National Development Policy of Traditional Peoples and Communities.

Although the concepts of traditional people and communities are similar, the 1988 Constitution establishes a legal framework only for indigenous people and *quilombola* communities. To Indigenous people, the Constitution recognized the rights to the lands they traditionally occupy, being forbidden its removal¹⁵. In order to guarantee this right, it determines that the lands traditionally occupied by Indians are intended for their permanent possession and they shall have the exclusive use of soil resources, the rivers and the lakes existing

¹⁴ Promulgated by Decree No. 5051, 2004.

¹⁵ AMEND, S. **Espacios sin habitantes?:** Parques nacionales en América del Sur. Barcelona, IUCN: Ed. Nueva Sociedad, 1992.

therein (CF / 88, article 231, § 2). The recognition of these lands will be done by the demarcation process. The legal framework for recognition and territorial guarantee granted to *Quilombola* communities over their lands is a little different because in this case, the Constitution establishes the right to definitive property guaranteed by the issue of collective titles by the titration procedure (CF / 88, article 68 of ADCT and Decree No. 4,887 / 03).¹⁶

Currently, to recognize the right of ownership to the territory occupied by traditional communities¹⁷ that do not fall under the category indigenous or *Quilombola*, the Department of Heritage Union (SPU) has used a so-called Agreement of Sustainable Use Instrument (TAUS)¹⁸ regulated by Decree No. 89/10 of the SPU¹⁹. This legal instrument grants the right of lands' possession to traditional communities, while the right of property remains to the Union where these communities occupy areas that belong to it.²⁰ After these initial reflections on

¹⁶ Regarding the constitutionally guaranteed land to the remnants of quilombos, in accordance with Article 68 of the ADCT, the identification procedure, recognition, delimitation, demarcation and titling was regulated by Decree No. 4.887 / 03, suffered direct action of unconstitutionality (ADI) No 3239. The lawsuit was filed by the Partido da Frente Liberal (PFL), current Democratas (DEM). Several unconstitutionality were identified, among them the self award criteria fixed in the decree to identify the remnants of quilombos and characterization of the lands to be recognized for these communities. Overall, by majority vote, the Supreme Court declared the validity of Decree No. 4,887 / 03, thereby locking the titling of lands occupied by remnants of *quilombolas* communities.

¹⁷ CAPUCCI, Maria Rezende. "Aspectos fundiários das comunidades caiçaras". In: STANICH NETO, Paulo et al. (org). **Direito das comunidades tradicionais caiçaras**. São Paulo: Café Com Lei, 2016. DIEGUES, Antonio Carlos. Sustainable Development and People's Participation in Wetland Ecosystem Conservation in Brazil: Two Comparative Studies. In: GHAI, D.; VIVIAM, J. (ed.). **Grassroots Environmental Action**. New York; London: Routledge, 1992.

¹⁸ Caiçaras communities from Ilhabela had their territory recognized by TAUS. <http://litoralsustentavel.org.br/boas-praticas/comunidades-caicaras-tem-reconhecimento-de-seu-territorio/>. Accessed on 28 March 2018.

¹⁹ GRABNER, Maria Luiza. Os caiçaras e as unidades de conservação de proteção integral: convergência entre os direitos fundamentais das comunidades tradicionais e a conservação ambiental. In: STANICH NETO, Paulo et al. (org). **Direito das comunidades tradicionais caiçaras**. São Paulo: Café Com Lei, 2016.

²⁰ Through the system e-SIC (Electronic Service Information to Citizen) established by the Access to Information Act (Law No. 12,527 / 11) on 17 November 2017 we requested (Protocol 03950.003519 / 2017-55) from the Heritage Department Union some information about the TAUS, such as, a) how many TAUS have already been signed with traditional communities in living full protection conservation units ?; b) Among the signed TAUS, how many have been renovated ?; c) It is possible to access the content?

the relationship of indigenous people, *Quilombola* and traditional communities with their territorial rights, we can inquire about how these rights are respected or not in face of the management system of protected areas.

2.2 Protected areas

The CDB establishes the following definition of protected area:²¹ "Geographically defined area that is intended, or regulated and managed to achieve specific conservation goals." Adopting a definition very close to this, the World Commission on Protected Areas of the International Union for Conservation of Nature (IUCN)²² considers protected area as an "area of land or sea as defined specifically for the protection and maintenance of biological diversity and of natural and associated cultural resources, and managed²³ through legal or other to be effective.²⁴ The definition adopted by the IUCN included the idea that protected areas should cover not only natural resources, but also the associated cultural, revealing the understanding that, as important as biological diversity is the cultural diversity associated

The response of the SPU was as follows: "Pursuant to your request, we inform you that referring to the consolidated spreadsheet TAUS, there is no such consolidated information. Contained in this context information such as the address and geodetic location, which means, at first no information on whether the community is or is not inserted in a protected area. Given this fact, a spatial query was performed on 16 records of collective TAUS we have in our database (updated at the end of 2016) and were observed no spatial overlap of collective terms with strictly protected areas in conservation units. Therefore, it is not included in our database any collective TAUS given to traditional communities inserted in protected areas. In relation to the renewal of TAUS, there is no such predictability in SPU concierge paragraph 89/10, neither for ordinances preceding (repealed). Thus, there is no provision of the validity or expiration of TAUS, however, It is important to note that the terms may be canceled at any time before the prerogatives provided for in Article 12 of the SPU Ordinance No. 89/10. It also points out that the TAUS are transferable only by succession, being forbidden to transfer to third parties".

²¹ As explained in the introduction of this paper, when we refer to protected areas we are considering ETEPs species defined by PNAP, especially the full protection conservation units under management category established by the National Protected Areas System (federal law No. 9.985 / 00).

²² In English, International Union for Conservation of Nature (IUCN).

²³ WORBOYS, G. L. et al (eds.) **Protected Area Governance and Management**. Camberra, Austrália: ANU Press, 2015.

²⁴ According to the definition proposed by the IUCN "*protected areas are lands and seas where people and communities of Earth have Recognized the special natural, biodiversity, ecological, ecosystem service and / or social and cultural values and where They have taken steps to protect These values for the long term*".

with it. This concept has not been fully incorporated by the Brazilian domestic legal system, as discussed below.

The Constitution of 1988 recognized that “everyone has the right to an ecologically balanced environment and of common use and essential to a healthy quality of life” (Article 225, caput). In order to ensure the effectiveness of this right, the government must “define, in all units of the Federation, territorial spaces and their components to be specially protected” (ETEP)²⁵. Moreover, the 1988 constitution (Article 225, Section III) determined that any modification and deletion of these spaces will be allowed only by law. The ETEPs are areas that must observe certain restrictions established in order to ensure the maintenance of natural resources and biodiversity and ecosystem conservation.²⁶ These spaces can only be set by the government.

The Federal Law No. 9.985 / 00 brings environmental and biocultural perspective on its text, establishing between objectives and guidelines, not only the maintenance of biological diversity, natural landscapes and water resources, but also the protection of natural resources necessary for the survival of traditional people, respecting and valuing their knowledge and culture and promoting them socially and economically. In this sense, Juliana Santilli²⁷ explains that

“among the objectives of Federal Law 9.985/00 are not only the conservation of biodiversity, but also the conservation of social diversity within a context that favors the interaction of man with nature, and the interfaces between biological and cultural diversity.”

Among the objectives set by this system, we have the respect and appreciation of traditional knowledge and culture. Thus, we can find guidelines to protect the intangible cultural heritage. However, the Federal Law 9.985/00 establishes two management categories of conservation units (protected areas): full protection conservation units²⁸ and sustainable use conservation

units.²⁹

Although it includes some categories of sustainable use intended to traditional communities, such as the extractive reserve, the Federal Law 9.985/00 (Article 42) tends to disregard the contribution of traditional populations for conservation of biological diversity and the possibility of involving them in such goal, and considers its traditional activities and land use practices such as loss factors and decline in biodiversity³⁰, in that way it provides that traditional populations living into the borders of protected areas is not allowed and they should be reallocated by the government.

The same system that allows for sustainable exploitation of natural resources believes that to ensure the maintenance of ecosystems, it's necessary to separate the changes caused by human interference. Therefore, it determines that the full protection units shall only accept the indirect use of its natural attributes, that is, one that does not involve consumption, collection, damage or destruction of resources (Federal Law 9.985/00, Article 2-VI, IX) .

In 2002, Article 39 of Decree No. 4340 regulated the resettlement of traditional populations residing in full protection conservation units and brought a legal instrument called Commitment Agreement (CA), in order to compose the conditions of stay of these populations. Although this presidential decree has submitted the terms of engagement as a temporary solution in cases of overlapping full protection conservation unit lands and traditional territories, the 1988 Constitution establishes that both environmental protection and the protection of cultural heritage are common competence of the Union, states, Federal District, and municipalities (CF / 88, article 23, III, V and VI). Therefore, other solutions could arise from the actions of environmental agencies in federal, states or municipal levels. In this study we will highlight actions that could arise from federal or state levels preparing the management plan documents of state and federal units, and adopting innovative legal solutions to reconcile the permanence of people and traditional communities with the objectives

²⁵ It is worth mentioning that the Forest Code (Law No. 12,651 / 12) regulates other categories of ETEPs, such as the Legal Reserve (RL) and Permanent Preservation Areas (APP).

²⁶ According to Article 2 of the Convention on Biological Diversity, *ecosystem* means a dynamic complex of plant, animal and microorganisms and their non-living environment interacting as a functional unit.

²⁷ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. Realização: Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB) e Instituto Socioambiental (ISA). São Paulo: Peirópolis, 2005.

²⁸ Federal Law 9.985/00 Article 8: I - Ecological Station; II - Biological Reserve; III - National Park; IV - Natural Monument; V - Wildlife Refuge.

²⁹ Federal Law 9.985/00, Article 14: I - Environmental Protection Area; II - Area of Relevant Ecological Interest; III National Forest; IV - Extractive Reserve; V - Wildlife Reserve; VI - Sustainable Development Reserve; VII - Private Natural Heritage Reserve.

³⁰ LITTLE, Paul E. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil**: por uma antropologia da territorialidade. Série Antropologia. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

of protected areas; thus, maintaining both of cultural heritage material and immaterial as the natural heritage.

3 Brazilian Parks and traditional communities

On the context of the existence of management categories that do not recognize the presence of resident traditional populations, such as parks, overlapped on traditional lands and territories, we seek to understand what has been the alternative adopted by the management bodies of protected areas.

3.1 The first phase of our empirical research

3.1.1 Almost no traditional communities living in full protection conservation units, no conflicts...

The first step of our empirical research, carried out according to the standards of research ethics in humans³¹ trailed the following steps: we send questions forwarded to federal agency (Chico Mendes Institute for Biodiversity Conservation – ICMBio) and 26 state environmental agencies responsible for the management of protected areas and the Federal District agency. The questions proposed were: (a) which are the integral protection conservation units that have indigenous and / or traditional communities living into their borders? How many of these indigenous or/ traditional communities have been resettling? How many of these indigenous or / traditional communities signed the Commitment Agreements?³² The proceedings were conducted by means of the Law of access to Information (Law No. 12,527 / 11), through the portal of e-SIC (Service of Information Access to the Citizens) both federal and state levels. Nevertheless, the information received via e-SIC, both of state and federal level, were not sufficient to achieve the quantitative analysis of the most used tools.

³¹ Approval from the Scientific Technical Committee of the Foundation Forestry Department of Environment from the State of São Paulo. Letter of approval 41/18, Decree 121/17 PH.

³² The results of this research will be presented in topic 2 of this work.

Data obtained between November 2017 and January 2018 through the Access to Information Act give to us the following diagnostic: among 28 inquiries, we had only 13 answers and among 13 entities (ICMBio and Environmental State Agencies) only 7 assumed that they had this overlap of full protected conservation unities and traditional communities living there.

Regarding the response sent by ICMBio (via LAI), we were informed that “there are no records of traditional communities in federal conservation units typified as full protection, since these units have the basic objective of preserving nature, ridding it, as much as possible, human interference “(LAI Protocol 02680.002096 / 2017-11). This response corresponds to questions about the celebration of Commitment Agreements, but with respect to the information requested regarding the resettlement, the response was very similar. According to ICMBio, “there are no records of traditional communities in federal conservation units typified as full protection” (LAI Protocol 02680.002097 / 2017-65).³³

3.2 Few innovative legal solutions: commitment agreement and Historical-Cultural Anthropological Zone (ZHCA).

In April 2018, it was released by ICMBio the celebration of the Declaration of Commitment Agreement³⁴ with the indigenous people of Pataxó ethnicity, residing in 20% of the area of the National Park of Discovery, full protection unit created in 1999 in the Atlantic Forest region, located in the coastal zone³⁵ of the State of Bahia at the Northeast part of Brazil. According to ICMBio, the celebration of this agreement shows a new direction in the institute’s relationship with indigenous people, since the agreement may be a viable solution for other cases of overlap between protected areas and indigenous lands (ICMBio, 2018).

The main rules of the agreement were established by ethno-zoning³⁶ the park area of overlap with the

³³ E-SIC / Protocol 02680002096201711. Available in: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/DetalhePedido.aspx?id=mn8Z6n9sBxE> Access: 12 December 2017.

³⁴ Chico Mendes Institute for Biodiversity Conservation (ICMBIO), and ICMBio Pataxós celebrate a Commitment Agreement, 2018

³⁵ MINISTRY OF ENVIRONMENT, Bahia – Coastal Municipalities.

³⁶ Article 2 Decree No. 7.747 / 12 - Sole paragraph: They are tools for territorial and environmental management of indigenous lands,

lands traditionally occupied by the Pataxó people. The ethno-zoning is an instrument that was set up by the National Policy for Territorial and Environmental Management of Indigenous Lands (PNGATI) through Decree No. 7747 of June 5, 2012. From the ethno-zoning, the intensive use zones were established (where there are the villas, traditional community structures as “*farinheiras*”, fields and areas of small livestock), zones of intermediate use (where planting in agroforestry models is possible and sustainable use of small amounts of green wood) and restricted zone, which corresponds to more than 90% of the overlapping area, where only small extraction, ritualistic and tourist uses are possible (ICMBio, 2018).

With respect to the information received from the departments of Environment, from the same questions explained above, we observed that in most cases the state environmental agencies responsible for the management of protected areas celebrated agreements with the traditional resident populations. Furthermore, the relocation has been indicated as a solution in a minority of cases. Considering the number of protected conservation units that have traditional populations resident, the following solutions has been adopted by states environmental agencies: 1 case of resettlement, 3 cases of agreements commitments, , 3 cases without solution . Exploring these data, we can see that in only one case occurred resettlement, namely at the Rio Negro South State Park. Concerning the tree commitment agreements, two of them take place in Chandless State Park (Acre) and State Park Itaunas (Espírito Santo). The third one is in phase of implementation, in Bahia State: the Institute for the Environment and Water Resources (INEMA) reported that this agreement will be concluded between the residents of the state conservation units when running the Territorial Consolidation Plan. We can also report an innovative solution in the State Park of Serra do Mar (PESM), located on the coast of São Paulo State, which drew up a Plan of Traditional Use (PUT). By incorporating this document in the Park Management Plan, it has recognized the territory of traditional community, thereby ensuring the sources of

also the ethnomapping and ethno-zoning. For purposes of this decree, are considered: I - Ethnomapping: participatory mapping of the areas of environmental relevance, socio-cultural and productive for indigenous people, based on indigenous knowledge; II - Ethno-zoning: participatory planning instrument aiming for the categorization of areas of environmental relevance, socio-cultural and productive for indigenous people, developed from ethnomapping

livelihood of traditional populations residing in Pincinguaba Center through the establishment of the Historical-Cultural Anthropological Zone (ZHCA).

3.3 The second phase of our empirical research

3.3.1 Parks and traditional population

Out of the 28 referrals sent (states, Federal District and Union), only 13 were answered. In these, we check to the unit’s management plan, found some conflicting information³⁷ in the response received, both at the federal and in the state level. From that diagnosis did a cutout in the research object with respect to the kind of unity of management category. We chose to pursue in the management plans (public documents) are more parks (kind of drive conservation of integral protection), state or federal, have adopted innovative alternatives (for example, the ZHCA PESM) in cases of overlap the traditional lands and territories. This research aimed to evaluate, especially if the zoning established by the management plan was used as a conciliator instrument and protector not only of natural resources but also the intangible cultural heritage.

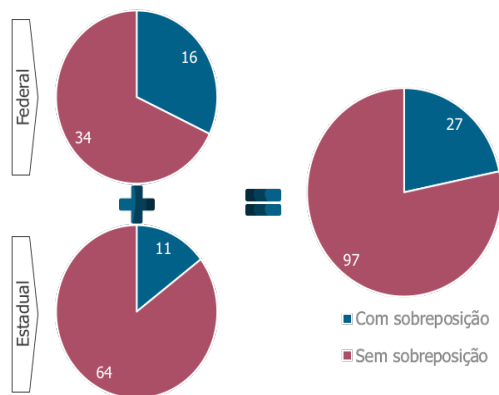
This second stage of the research aimed to first identify which federal and state parks have approved management plans, and in a second stage, to locate in the document itself, which units are overlapped on indigenous lands and / or *quilombolas* and / or occupied territories by traditional communities. From the overlapping situations encountered, we verified that the management plans proposed some solution. The methodology used for this step was empirical, with the documentary research method in the field of official public documents, namely, the management plans (of all Brazilian parks) approved and available in ICMBio the site and state environmental agencies responsible for management of protected areas.

First, we performed a search on the websites of the departments of Environment and ICMBio identifying which parks have approved and available management plans. From the location of these public documents, we looked for in each information on indigenous people, *quilombolas*, traditional people and communities or local residents inside the units. Among the 124 management

³⁷ Ilhabela State Park and Descobrimento National Park

plans found, 27 cases were identified overlap. So at first, the conclusion was the inconsistency of official information given by ICMBio in January 2018. Therefore, in accordance with the official organ there is no overlap of UCPI and traditional people and communities, then why in management plans of Brazilian parks this question becomes evident?

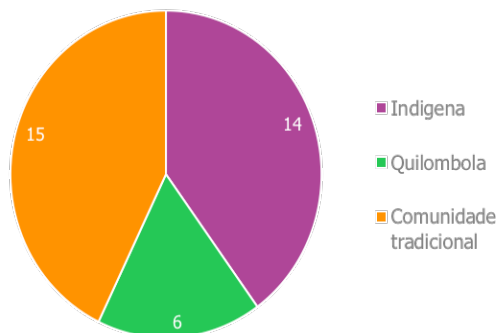
Graphic 1 - State and federal parks overlapped on traditional lands and territories



Author's source LIMA, Nathalia. (2018)

From the 27 Brazilian parks that have indigenous and traditional people residing, we tried to distinguish those that are overlapping: 1) the indigenous lands, 2) the quilombo land and 3) traditional territories. As we can see, the overlapping cases occur more frequently in indigenous lands and the territories occupied by traditional communities, and to a lesser extent, in the *quilombolas* land. Moreover, it is important to explain that if we add the number of overlapping parks to indigenous lands, *Quilombolas* and the territories occupied by traditional communities, that number is greater than the amount of overlapping cases. This is due to the fact that the same park can be overlapped at the same time, to more than one category of traditional lands and territories, indigenous, *quilombolas* and other communities.

Graphic 2 - Federal and State Parks overlapped on indigenous lands, *quilombolas* and traditional territories



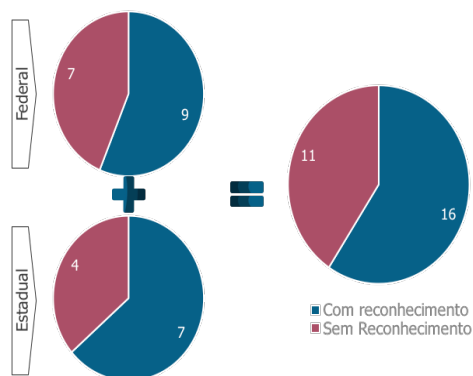
Author's source LIMA, Nathalia. (2018)

3.3.2 Parks management plans and innovative legal solutions for nature and culture

Once identified the cases of overlap, the second stage was then verify that the management plans of the parks (state and federal) overlapped on indigenous lands, *quilombolas* or traditional territories have adopted solutions in order to reconcile the permanence of people and communities with the objective of creation of units and what were the instruments used by most plans.

Most management plans recognized the traditional lands and territories zoning. This fact does not change when we look at the management plans of the state parks in isolation from the feds.

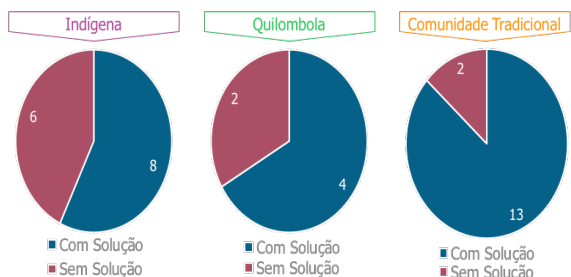
Graphic 3 - Land and territories (indigenous, *quilombola* and traditional communities) recognized by the zoning of federal and state parks



Author's source LIMA, Nathalia. (2018)

When we analyzed separately each category: indigenous, *quilombola* and traditional communities, we realized that, regardless of the category of people and communities, most management plans of both the federal and state parks showed some action to solve the normative conflict generated by overlapping.

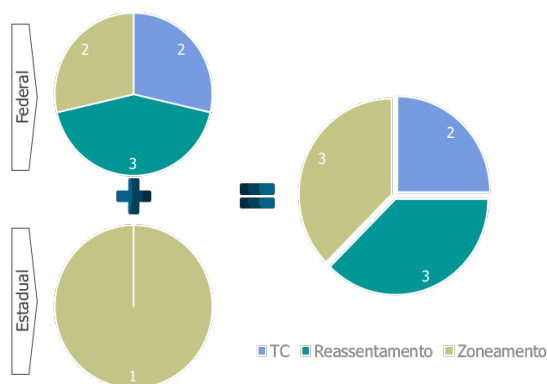
Graphic 4 - Management plans of federal and state parks that presented solution for cases of overlapping land and indigenous territories, *quilombolas* and traditional communities



Author's source LIMA, Nathalia. (2018)

Analyzing in detail what was the type of solution presented by management plans in cases of overlapping federal and state parks to indigenous lands; it became clear that the most used instruments were resettlement and zoning. Assessing federal plans separately from the state, we realized that, at the federal level, the data do not change significantly, but the plans of state parks, the only instrument used was the zoning.

Graphic 5 - Instruments used in the management plans of the federal and state parks to resolve the overlapping land and indigenous territories



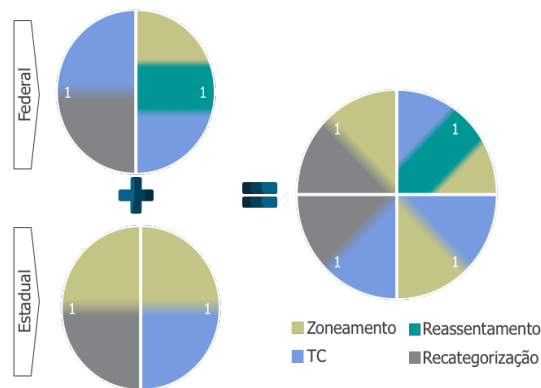
Author's source LIMA, Nathalia. (2018)

With regard to the *quilombolas* communities, when we analyze in detail the solutions presented by the management plans of the federal and state parks overlapped on their land, we identify arrangement solutions, which is, instruments used in combination. In addition,

we observed that, in most cases, the zoning is the instrument that makes up these arrangements. This fact does not change when we separately look at federal and state spheres.

The chart below provides more than one color for each category of analysis, since in this case the management plans do not present as a solution the use of a single instrument. In fact, they used more than one tool to formulate combined solutions (what we call arrangements). For example, at the federal level, one of the parks presented in the management plan a solution made by preparing a term sheet and a proposal for re-categorization of the area occupied by the community. Yet another park in the same sphere, used three different instruments to formulate their solution: zoning, the commitment agreement and resettlement. Thus, a color used to represent each instrument used in the composition of the solutions proposed by the management plans, in order to analyze those that prevail in each of the spheres (state and federal) and considering the whole. At times, there was the use of more than one instrument, because some of the parks allocate traditional communities in the Temporary Occupation Zone and enter into a commitment agreement to regulate the use and occupation of land, but do not fail to provide that community with a day will be resettled.

Graphic 6 - Instruments used in the management plans of the federal and state parks to resolve overlapping in *Quilombola* lands



Author's source LIMA, Nathalia. (2018)

As to the other categories of traditional communities to evaluate the solutions presented by the management plans of the federal and state parks overlapped on their territory, we realized that the instrument that appears most frequently is resettlement. However, if we add the other solutions that have been identified, such

as re-categorization, term sheet and zoning, it is evident that the number of management plans that presented solutions in order to reconcile the permanence of traditional populations residing with the unit's creation goals it is greater than the number of plans that indicate the resettlement as a solution.

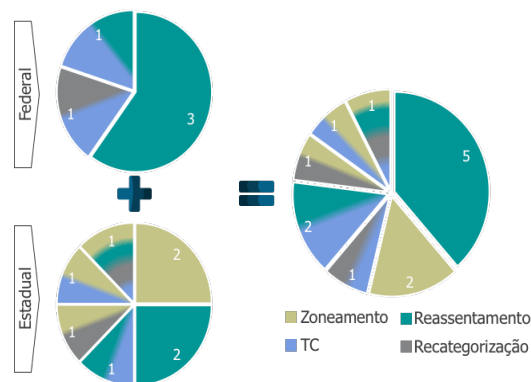
Here also the instruments appear in combination. Therefore, we use more than one color in the same category analysis. Among them, the zoning is what else is present in these arrangements. Moreover, when we separate the federal level of the state, we observed that only the management plans of the state parks had zoning as a compliance tool.

Some parks at the state level had very diverse arrangement solutions, coming to use the four instruments (zoning, re-categorization, commitment and resettlement term) in the same management plan to address the overlap of the park to the territory occupied by the traditional community. As it happened to *quilombolas* communities, some management plans inserted this traditional community in the Temporary Occupation Zone, having signed a term sheet to regulate the use and occupation of land, but leaving open whether to re-categorize the area or resettle the community, providing both possibilities at the same management plan. We believe that this occurs because the choice will depend on the degree of preservation of evident traditionalism of each community, which over time, can be proved by anthropological report.

The future possibility for choosing whether the community will be resettled or if the area corresponding to their territory will be re-categorized can occur in times of review of management plans, as these documents must be updated to the extent that regulate a space that is constantly changing. The ICMBio already conducted a review of 35 management plans at the federal level.³⁸

³⁸ For more information on the preparation and review of management plans for federal conservation units, see the dynamic panel of ICMBio. Available in: http://qv.icmbio.gov.br/QvA-JAXZfc/opendoc2.htm?document=painel_corporativo_6476.qvw&host=Local&anonymous=true. Accessed on 31 August 2018.

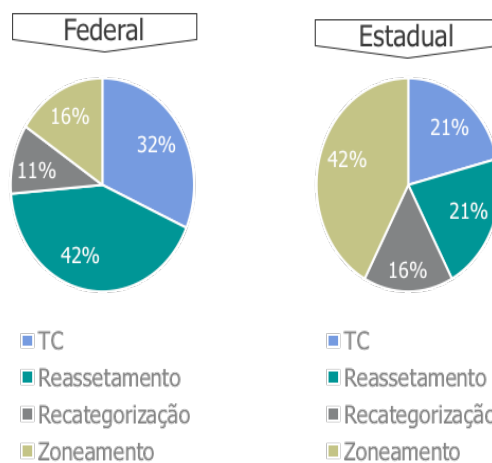
Graphic 7 - Instruments used in the management plans of the federal and state parks to resolve overlapping the occupied lands and territories of traditional communities



Author's source LIMA, Nathalia. (2018)

Considering the overlapping of the parks to traditional lands and territories (including indigenous, the *Quilombolas* and traditional communities), when analyzing what instrument prevailed as a solution for the federal and state spheres (analyzed separately), we realized that there was a predominance of the term of commitment and resettlement for the management plans of federal parks. Rather in the plans of state parks, zoning prevailed as compatible instrument between the permanence of people and communities with the unit's goals.

Graphic 8 - instruments identified in the management plans of Brazilian parks

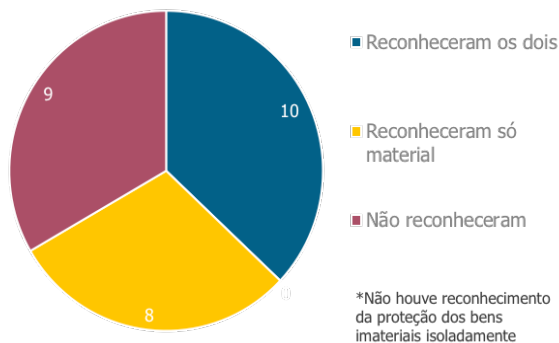


Author's source LIMA, Nathalia. (2018)

In addition to these solutions, we try to understand, in the cases of overlap, with what purpose was created the Historical-Cultural Zone, and whether this zone established the protection for both, material and immaterial cultural heritage. This study was motivated by

the fact that we found in the case of the State Park of Serra do Mar (PESM), the Anthropological Historical-Cultural Zone and in the Ilha Bela State Park (PEIB), the historical-cultural zone, both as a way to recognize and guarantee the territory historically occupied by traditional communities, such as *quilombolas* and *caiçaras*, and emphasize the protection of material and immaterial cultural heritage built by these communities, and ensure their ways of living and sources of livelihood.

Graphic 9 - Historic-Cultural Zone and protection of tangible and intangible assets



Author's source: LIMA, Nathalia. (2018)

Considering the overlapped parks on traditional lands and territories, eighteen Management Plans (MP) presented the category of Historical-Cultural Zone (ZHC). However, when we check for what purpose this zone was established, we note that ten of them recognized both the protection of material and immaterial goods, but did not recognize the traditional lands and territories, except PESM and PEIB, which mentioned expressly the ZCH (a) goal to protect the traditional territory beyond the cultural tangible and intangible assets. Regarding PEIB, it is interesting to note that the *caiçaras* communities signed with the Secretariat of the Union Equity (SPU) the Agreement of Sustainable Use (TAUS). This instrument aims to grant these people the right to ownership of their traditional territory, since the *caiçaras* did not have a defined legal regime, as it is the case of indigenous and *quilombolas*.

4 Final considerations

Land and natural resources are the main components of the relationship between nature and culture. Given this relationship, when these components are conside-

red as one, they come to be called territories. The territorial rights of indigenous people, *quilombolas* and other traditional communities are critical to the social, economic and cultural reproduction of these groups. Among the social and environmental rights, the right to traditional lands is essential when thinking about strategies for conservation of biodiversity and cultural diversity, because it is a guarantee of land and natural resources that will enable the development of traditional knowledge associated with the sustainable use of these resources.

However, there are situations where biodiversity conservation goes against the protection of cultural diversity and becomes a threat to traditional territories. The Convention on Biological Diversity (CBD) established that each Party shall establish a system of protected areas for conservation of biological diversity. In Brazil, the National System of Conservation Units (Federal Law 9.985/00), besides regulating the creation of specially protected territorial spaces (CF / 88, 225-III article), aims to implement that determination of the CBD as it establishes a regime of creation and management of protected areas.³⁹ It happens that this system provides for the possibility to create two management categories of these areas, one a full protection and the other a sustainable use, being that the first does not allow the direct use of natural resources and provides that the traditional resident populations and their limits must be relocated. However, until it is possible to carry out resettlement, actions can be established in order to reconcile the presence of populations with the unit's goals.⁴⁰

On the analysis that we did, one of the tools most used by the management plans of the state parks in the event of any overlap with the lands and territories of indigenous people, *quilombola* and traditional communities is zoning; in the case of federal parks, the instruments were the commitment agreement and resettlement. The zoning was used in isolation and in conjunction with other instruments, in the formation of combined solutions, such as zoning and re-categorization, zoning and terms of commitment, zoning and shared management tool, zoning and traditional use plan, among others.

³⁹ DUDLEY, N. (ed.) Guidelines for Applying Protected Area Management Categories. Gland, Switzerland: IUCN, 2008.

⁴⁰ IUCN. **From Strategy to Action:** the IUCN response to the Report of the World Commission on Environment and Development. Gland: IUCN, 1989. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/node/6060>.

Regarding the difference between the legal frameworks that guarantee the right of indigenous and *quilombola* lands, and the absence of a defined system to other traditional communities, the quantitative analysis has not made clear that there is some influence, because in all categories of people and communities for management plans were presented solutions - including, with respect to traditional communities, those were the cases for which they were presented more solutions. But when we perform a qualitative analysis, we realize that in some cases, different solutions were adopted to the same park overlapped on two traditional territories, an indigenous and other *quilombola*.

In relation to the existence of an alignment between the legal innovative solutions promoted at the federal level and those that have been developed at the state level, we realize that some instruments appear more frequently in the management plans of the state departments of Environment, such as zoning, while the resettlement and the terms of engagement are mostly used by management plans of the Chico Mendes Institute for Biodiversity Conservation (ICMBio). This fact occurs mainly in the case of overlapping of the parks to the territories occupied by traditional communities, which are precisely those that still lack a legal regime established to ensure the right to their traditional territories. If these solutions proposed for the overlapping of territories can bring together the protection of biological diversity and culture values reconciling culture and nature, they can see as innovative legal solutions to implement CDB.

References

- AMEND, S. **Espacios sin habitantes?:** Parques nacionales en América del Sur. Barcelona, IUCN: Ed. Nueva Sociedad, 1992.
- BORRINI-FEYERABEND, G. et al. **Governance of Protected Areas:** From understanding to action. Best Practice Protected Area Guidelines Series No. 20. Gland, Switzerland: IUCN, 2013.
- CAPUCCI, Maria Rezende. Aspectos fundiários das comunidades caiçaras. *In:* STANICH NETO, Paulo et al. (org.). **Direito das comunidades tradicionais caiçaras.** São Paulo: Café Com Lei, 2016.
- DIEGUES, Antonio Carlos. "Sustainable Development and People's Participation in Wetland Ecosystem Conservation in Brazil: Two Comparative Studies". *In:* GHAI, D.; VIVIAM, J. (ed.). **Grassroots Environmental Action.** New York and London: Routledge, 1992.
- DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada.** São Paulo: HUCITEC, 1996.
- DUDLEY, N. (ed.) **Guidelines for Applying Protected Area Management Categories.** Gland, Switzerland: IUCN, 2008.
- GRABNER, Maria Luiza. Os caiçaras e as unidades de conservação de proteção integral: convergência entre os direitos fundamentais das comunidades tradicionais e a conservação ambiental. *In:* STANICH NETO, Paulo et al. (org.). **Direito das comunidades tradicionais caiçaras.** São Paulo: Café Com Lei, 2016.
- IUCN. **From Strategy to Action:** the IUCN response to the Report of the World Commission on Environment and Development. Gland: IUCN, 1989. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/node/6060>.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez et al. **Espaços territoriais especialmente protegidos:** extensão, limites e oportunidades. Brasília: Uniceub, 2015.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez; LINGARD, K. The Land Rights of Indigenous and Traditional Peoples in Brazil and Australia. **Revista de Direito Internacional,** Brasília, v.13, p. 60-80, 2016.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e cultura:** unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes. Curitiba: Letra da Lei, 2009.
- LIMA, Nathalia Fernandes. **Gestão de áreas protegidas:** instrumentos para implementação dos direitos socioambientais nos parques brasileiros marinhos costeiros. 2018. 106 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018. Cap. 2.
- LITTLE, Paul E. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil:** por uma antropologia da territorialidade. Série Antropologia. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- MARÉS, Carlos Frederico. **Bens culturais e proteção jurídica.** Porto Alegre: Unidade Editorial da Prefeitura, 2011.

MARTIN, Paul; LEUZINGER, Márcia Dieguez; SILVA, Solange Teles. “Improving the Effectiveness of Legal Arrangements to Protect Biodiversity: Australia and Brazil”. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, p. 25-36, 2016.

MARTIN, Paul; BOER, Ben; SLOBODIAN, Lydia (ed.). **Framework for Assessing and Improving Law for Sustainability**. Gland, Switzerland: IUCN, 2016.

REGINATO, Andréa Depieri de. Uma introdução à pesquisa documental. *In*: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. Realização: Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB) e Instituto Socioambiental (ISA). São Paulo: Peirópolis, 2005.

WORBOYS, G. L. et al. (ed.) **Protected Area Governance and Management**. Camberra, Austrália: ANU Press, 2015.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O uso de drones como
instrumento para a conservação
da biodiversidade no Brasil**

**The use of drones as a tool for
biodiversity conservation in
Brazil**

Larissa Suassuna Carvalho Barros

Marcia Dieguez Leuzinger

O uso de drones como instrumento para a conservação da biodiversidade no Brasil*

The use of drones as a tool for biodiversity conservation in Brazil

Larissa Suassuna Carvalho Barros**

Marcia Dieguez Leuzinger***

Resumo

As inúmeras possibilidades e vantagens da utilização de drones têm despertado o interesse de usá-los em ações de conservação da biodiversidade, especialmente em áreas protegidas. Esses equipamentos têm potencial para aumentar a efetividade de tais ações e, ao mesmo tempo, reduzir significativamente riscos e custos. O objetivo deste artigo é, portanto, analisar o estado da arte da utilização de drones em iniciativas de conservação da biodiversidade no Brasil e da regulação da matéria, a fim de refletir de que modo esses equipamentos podem servir de instrumento para o cumprimento de obrigações internacionais de proteção à biodiversidade assumidas pelo país, inseridas na Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB e nas Metas de Aichi. A conclusão foi no sentido de que, apesar de o marco regulatório brasileiro já permitir a aplicação de drones em ações de conservação da biodiversidade, levando ao cumprimento dos compromissos internacionais assumidos, a edição de normas específicas, considerando as peculiaridades desse tipo de uso, é uma etapa essencial para proporcionar a confiança e a segurança jurídica necessárias.

Palavras-chave: Aeronaves Remotamente Pilotadas (RPAs); Drones; Conservação da biodiversidade; Regulação; Obrigações internacionais.

Abstract

The endless possibilities and advantages of using drones have aroused the interest of many countries on using them in biodiversity conservation actions, especially in protected areas. The use of such equipment has the potential to increase the effectiveness of such actions while reducing risks and costs. The purpose of this paper is to analyse the state of the art of using drones in biodiversity conservation initiatives in Brazil and their regulatory framework, in order to reflect on how these equipments can be used as an instrument to accomplish biodiversity protection international commitments made by the country, included in the Convention on Biological Diversity - CBD and in the Aichi Targets. The conclusion was that, although the Brazilian regulatory framework already allows the application of drones in biodiversity conservation actions, leading to the fulfilment of international commitments, the issuing of specific rules considering the peculiarities

* Recebido em 00/00/2019
Aprovado em 00/00/2019

** Mestranda em Direito Ambiental na Universidade de Brasília (UnB). Membro da Comissão Mundial de Direito Ambiental (WCEL) e da Comissão Mundial de Áreas Protegidas (WCPA) da União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN). Membro do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (GERN/UnB) e do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (UniCEUB). Email : larissa_suassuna@hotmail.com

*** Procuradora do Estado do Paraná. Mestre em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília – UnB. Pós-Doutora em Direito Ambiental pela University of New England, Austrália. Professora de Direito Ambiental da graduação, Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável. Autora de diversos livros e artigos na área do Direito Ambiental. Email : marcia.leuzinger@ceub.edu.br

of this type of use is an essential step in providing the necessary legal certainty and confidence.

Keywords: Remotely Piloted Aircrafts (RPAS); Drones; Biodiversity Conservation; Regulation; International commitments.

1 Introdução

A tecnologia pode ser uma grande aliada para a proteção da biodiversidade. As últimas décadas têm sido marcadas pelo surgimento dessas novas tecnologias, tais como as Aeronaves Remotamente Pilotadas (RPAs), popularmente conhecidas como *drones*. De acordo com a Organização da Aviação Civil Internacional - OACI, agência especializada da Organização das Nações Unidas responsável pela administração e governança da Convenção sobre Aviação Civil Internacional (Convenção de Chicago), RPA é “uma aeronave não tripulada que é pilotada a partir de uma estação remota”¹. Neste artigo, será adotado o termo *drone* em razão de sua utilização mais ampla e de sua mais fácil compreensão em relação ao termo técnico.

Demandas por soluções inovadoras e com um bom custo-benefício para lidar com os mais diversos problemas ambientais que ameaçam a biodiversidade têm introduzido de forma crescente os drones no setor de conservação. Esse equipamento tecnológico possui um enorme potencial para melhorar a qualidade das ações e viabilizar decisões mais bem fundamentadas pelas agências ambientais – governamentais ou não governamentais – e pelos ambientalistas em suas atividades diárias².

Uma pesquisa pioneira, realizada há cerca de 35 anos, já identificava que os drones poderiam ser úteis em pelo menos 46 aplicações de caráter ambiental³. Eles desempenham muito bem atividades de pesquisa de vida selvagem, gestão, controle, fiscalização de condutas ilícitas (tais como desmatamento, pesca e caça), ecotu-

rismo, resposta a desastres, esforços de busca e resgate, monitoramento de espécies (invasivas ou endêmicas), dentre muitos outros usos⁴.

Os drones representam uma ferramenta muito interessante para iniciativas de conservação devido a sua adaptabilidade de voar sobre diferentes paisagens, tais como florestas, rios, savanas e áreas costeiras, e flexibilidade para carregar diferentes sensores e dispositivos, capazes de realizar mapeamentos, levantamentos e detecção e captura de imagens em tempo real, a depender da combinação das plataformas, uma vez que cada finalidade de conservação requer um sofisticado sensor de bordo.

As vantagens do uso de drones em ações de conservação incluem tempo rápido de retorno de dados, baixos custos de capital por voo, facilidade no planejamento de voo, resposta rápida para alvos de oportunidade e potencial de coletar imagens de alta resolução em situações em que é impossível a coleta de dados *in situ*⁵. Muitos modelos têm custos de aquisição e manutenção relativamente baixos e são fáceis de operar. Tais características reduzem as despesas operacionais e fornecem um acesso rápido, discreto e seguro a áreas difíceis ou inacessíveis, além de evitar a exposição das equipes ambientais a situações de risco desnecessárias.

De fato, a segurança das equipes ambientais é um grande benefício a ser levado em consideração na decisão de escolher drones para ações de conservação da biodiversidade. Existem riscos significativos para a segurança humana em algumas ações que são necessariamente feitas na presença de animais, ambientes ou criminosos perigosos⁶. Além disso, os resultados de uma pesquisa feita sobre a mortalidade de pessoas que trabalham com vida selvagem nos Estados Unidos, de 1937 a 2000, mostraram que os acidentes aéreos tripulados foram a principal causa de sua morte (39 acidentes de aviação representaram 66% de mortes). Esses acidentes geralmente acontecem devido aos voos tripulados lentos e de baixo nível normalmente exigidos nas áreas

¹ International Civil Aviation Organization – ICAO. ‘Remotely Piloted Aircraft System (RPAs): Concept of Operations (Conops) for International IFR Operations’, www.icao.int/safety/UA/Documents/RPAS%20CONOPS.pdf, 2016.

² Jiménez López, J. and Mulero-Pázmány, M. ‘Drones for Conservation in Protected Areas: Present and Future’. *Drones*, vol 3, no 1, p10, doi.org/10.3390/drones3010010, 2019.

³ Tomlins, G. ‘Some Considerations in the Design of Low-Cost Remotely- Piloted Aircraft for Civil Remote Sensing Applications’. *The Canadian Surveyor*, vol 37, pp157-167, 1983.

⁴ Jiménez López, J. and Mulero-Pázmány, M. ‘Drones for Conservation in Protected Areas: Present and Future’. *Drones*, vol 3, no 1, p10, doi.org/10.3390/drones3010010, 2019.

⁵ Hardin, P. and Hardin, T. ‘Small-Scale Remotely Piloted Vehicles. Environmental Research’, *Geography Compass*, vol 4, pp1297-1311, doi.org/10.1111/j.1749-8198.2010.00381.x, 2010.

⁶ Jewitt, D. and Wijnberg, L. ‘The use of drones in conservation’, EE Publishers, www.ee.co.za/article/the-use-of-drones-in-conservation.html, 2018.

remotas onde o trabalho é realizado, o que pode levar a paradas aerodinâmicas ou colisões⁷.

Embora os drones estejam sendo amplamente utilizados para fins de entretenimento, guerra e segurança, em muitos países os drones também começaram a ser usados como uma ferramenta para ajudar em ações, planos e programas de proteção ambiental. O uso da tecnologia e acessibilidade dos drones pode fornecer não apenas uma gama de produtos capazes de dar suporte a novas iniciativas de conservação da biodiversidade, mas também de adicionar e aprimorar o desempenho de abordagens tradicionais⁸.

Gonçalves et al.⁹, por exemplo, formularam modelos digitais de superfície de dunas frontais em uma seção da área costeira em Portugal para fazer um levantamento. O Google fez uma doação de cinco milhões de dólares ao WWF para combater caçadores ilegais e proteger espécies ameaçadas (elefantes, rinocerontes e tigres) por meio, dentre outros, da utilização de drones¹⁰. No Brasil, Simões et al.¹¹, usam drones há mais de dois anos para análises de dunas em algumas praias do sul do país e, no artigo intitulado “Uso do drone de pequeno porte para análise costeira: enfoque metodológico”, explicam procedimentos de segurança, instalação da câmera e como coletar dados e processar fotos para o levantamento das dunas.

O equipamento não é caro e parece ser fácil de operar, mas a coleta e o tratamento de dados obtidos pelos drones exigem conhecimento. Erros cometidos na obtenção ou no tratamento/interpretação de dados podem levar a resultados falsos e contaminar toda a pesquisa. Por outro lado, questões como direitos de imagem, segurança da aviação e direitos de privacidade surgiram desde que os drones começaram a sobrevoar

propriedades, tirar fotos de pessoas em diferentes situações sem sua permissão e interferir nos planos de voo de aeronaves.

Como essa tecnologia é muito nova, a legislação na maioria dos países não seguiu seu desenvolvimento. Por isso, é fundamental que se desenvolva uma estrutura regulatória específica, capaz de conferir segurança jurídica ao uso de drones de um modo geral e, em especial, também em ações de conservação da biodiversidade. O sistema jurídico precisa acompanhar a dinamicidade das mudanças e avanços tecnológicos, por meio de uma regulamentação do uso de drones que assegure sua utilização em conformidade com diretrizes e critérios previamente estabelecidos. A jurisprudência, mesmo em países cujo sistema jurídico adotado seja o da *civil law*, como o Brasil, desempenhará um papel muito importante na resolução de conflitos que certamente ocorrerão. Algumas questões simplesmente seguirão a legislação e decisões já adotadas para situações semelhantes, como fotos tiradas de helicópteros ou satélites. Situações específicas, no entanto, exigirão abordagens específicas.

Uma vez estabelecidas essas premissas, a principal questão é: o marco regulatório brasileiro viabiliza a aplicação de drones em ações de conservação da biodiversidade? Os objetivos deste artigo são: 1) expor o estado atual da arte da utilização de drones em iniciativas de conservação da biodiversidade no Brasil; e 2) analisar o arcabouço jurídico nacional sobre o assunto, com a finalidade de refletir de que modo esses equipamentos podem servir de instrumento para o cumprimento de obrigações internacionais de proteção à biodiversidade assumidas pelo país, inseridas na Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB e nas Metas de Aichi.

2 A utilização de drones em ações de conservação da biodiversidade no Brasil

O uso de drones em iniciativas de conservação da biodiversidade no Brasil ainda é muito recente. Há apenas quatro anos, o assunto foi oficialmente discutido, pela primeira vez, em um *workshop* realizado em parceria pelo WWF Brasil, Instituto Chico Mendes de Conser-

⁷ Sasse, D. 'Job-Related Mortality of Wildlife Workers in the United States, 1937-2000', *Wildlife Society Bulletin* (1973-2006), 31(4), pp1015-1020, <http://www.jstor.org/stable/3784446>, 2003.

⁸ Jewitt, D. and Wijnberg, L. 'The use of drones in conservation', EE Publishers, www.ee.co.za/article/the-use-of-drones-in-conservation.html, 2018.

⁹ Gonçalves, G.; Duarte, D.; Pérez, J.A.; Atkinson, A.D.; Sánchez-Fernández, M. & Duarte, J. Avaliação da qualidade e adequabilidade de MDS obtidos por drones low-cost na monitorização topográfica de dunas primárias. Lisboa: I Seminário Internacional UAV, 2016.

¹⁰ Disponível em: <https://www.worldwildlife.org/stories/google-helps-wwf-stop-wildlife-crime>. Acesso em: 22/05/2019.

¹¹ Simões, Rodrigo Silva; Oliveira, Ulisses Rocha de; Espinoza, Jean de Almeida; Albuquerque, Miguel da Guia; Alves, Deivid Cristian Leal. *Revista brasileira de geografia física*. Vol. 12, n° 02, 622-640, 2019.

vação da Biodiversidade - ICMBio¹² e Universidade Federal de Goiás - UFGO. Foi um *workshop* de dois dias que envolveu a participação de 22 instituições, com o objetivo de mapear as potencialidades e obstáculos, legais e tecnológicos, para o uso de drones no gerenciamento, pesquisa e conservação da biodiversidade¹³.

Naquela ocasião, não havia uma orientação clara para o uso de drones nessas situações. Assim, as instituições perceberam que a regulamentação de atividades envolvendo essa tecnologia deveria ser discutida com os órgãos oficiais, principalmente com a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Eles consideraram essencial um trabalho de parceria com os órgãos públicos, a fim de usar os conhecimentos adquiridos na época e propor conjuntamente uma estrutura regulatória¹⁴.

Os parceiros da oficina lançaram um projeto chamado *Ecodrones Brasil*, com o objetivo de avaliar o uso de drones em diferentes aplicações para conservação da natureza. O projeto ainda está em andamento, mas apenas ações isoladas foram implementadas até agora. O monitoramento de botos cor-de-rosa para estimativa populacional¹⁵ e de mamíferos no Cerrado¹⁶ são algumas das aplicações testadas com sucesso pela equipe do projeto¹⁷.

Em fevereiro de 2019, o WWF Brasil lançou um novo projeto chamado *Explorando o uso de drones para*

*apoiar a conservação e restauração de florestas no Mosaico de Áreas Protegidas Sertão Veredas-Peruaçu*¹⁸, que busca explorar possíveis aplicações de drones de baixo custo no apoio à conservação, proteção e manejo da floresta. A ideia consiste em envolver as comunidades locais e combinar conhecimento tradicional com ciência e tecnologia¹⁹.

O projeto ofereceu um *workshop* gratuito intitulado *Fly for Conservation*, para treinar cerca de 35 pessoas para pilotagem de drones, incluindo gestores de áreas protegidas, guardas florestais, brigadas de incêndio florestal, ONGs, universidades e comunidade local. A intenção era capacitá-los com novas tecnologias para conservação e manejo sustentável dos recursos naturais da região²⁰. O conceito de envolver as comunidades locais no uso dessa nova tecnologia confere efetividade ao princípio da participação e é essencial para alcançar bons resultados na conservação da biodiversidade em áreas protegidas²¹.

O governo brasileiro acaba de começar a usar drones em ações de conservação da biodiversidade. O ICMBio, órgão ambiental responsável pelo gerenciamento de áreas protegidas federais, vinha utilizando drones esporadicamente, por meio de iniciativas independentes e descentralizadas²². Não há dados oficiais sobre essas aplicações, mas uma pesquisa manual realizada no sistema institucional, em janeiro de 2018, revelou as seguintes porcentagens: i) 2,4% das áreas protegidas federais usam ou usaram drones para alguma aplicação de conservação da biodiversidade (08 de 332)²³; ii) 1,8%

¹² O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio é o órgão ambiental brasileiro responsável pela gestão das unidades de conservação federais brasileiras.

¹³ Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio. 'Workshop discute o uso de drones na conservação', <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/4-destaques/6869-workshop-discute-o-uso-de-drones-em-aco-es-de-conservacao>, 2015.

¹⁴ WWF Brasil. 'Pela primeira vez, instituições discutem uso de drones na conservação', https://www.wwf.org.br/informacoes/noticias_meio_ambiente_e_natureza/?uNewsID=46744, 2015a.

¹⁵ Durante a expedição, os pesquisadores percorreram 400 km ao longo do rio Juruá, próximo ao município de Tefé, na Amazônia, em oito dias, e avistaram 791 botos cor-de-rosa.

¹⁶ O cerrado é uma vegetação xeromórfica característica inserida no grande planalto do Brasil Central e que cobre um quinto do país. É frequentemente classificado nos relatos da vegetação mundial como uma savana, mas é encontrado em várias formas estruturais: floresta, floresta arbórea, floresta de árvores e arbustos, arbustos fechados, arbustos abertos, pastagens com árvores e arbustos dispersos igualmente proeminentes, pastagens com arbustos baixos dispersos e pastagens sem plantas lenhosas evidentemente visíveis (Eiten, 1972).

¹⁷ World-Wide Fund for Nature in Brazil - WWF Brasil 'Ecodrones', https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/ecodrones/, 2015b.

¹⁸ O mosaico Sertão Veredas-Peruaçu, localizado no norte de Minas Gerais e sudoeste da Bahia, foi recentemente ampliado de 1,8 milhão de hectares para mais de 3 milhões de hectares, com um total de 25 áreas protegidas.

¹⁹ World-Wide Fund for Nature in Brazil - WWF Brasil. 'Drones no céu do Cerrado: conservar e restaurar o Sertão Veredas-Peruaçu', https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/ecodrones/?69782/Drones-no-ceu-do-Cerrado-Um-projeto-para-a-conservacao-e-restauracao-do-Sertao-Veredas-Peruacu#, 2019.

²⁰ World-Wide Fund for Nature in Brazil - WWF Brasil. 'Drones no céu do Cerrado: conservar e restaurar o Sertão Veredas-Peruaçu', https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/ecodrones/?69782/Drones-no-ceu-do-Cerrado-Um-projeto-para-a-conservacao-e-restauracao-do-Sertao-Veredas-Peruacu#, 2019.

²¹ Sachs, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

²² Como o ICMBio não possui um orçamento público específico para aquisição, os drones geralmente são adquiridos por meio de parcerias, transações penais ambientais, compensação ambiental etc.

²³ Usos identificados no Parque Nacional da Serra do Cipó, Parque

dos planos de manejo das áreas protegidas federais possuem alguma norma sobre drones (06 de 332)²⁴; e iii) 0,24% da equipe é treinada para pilotagem de drones (4 de 1.626)²⁵.

Em agosto de 2018, o ICMBio iniciou estudos para potencializar o uso de drones, com o objetivo de verificar as possibilidades de sua utilização para diversas atividades. O objetivo é que eles possam funcionar como uma ferramenta estratégica para o gerenciamento de áreas protegidas, cobrindo todos os seus processos²⁶. Em novembro de 2018, após planejar, adquirir três drones e realizar um curso de treinamento de pilotos, o ICMBio iniciou uma fase de testes na Floresta Nacional do Tapajós, uma área protegida na Amazônia. As informações obtidas pelos testes serviriam para subsidiar aquisições futuras, apontando o melhor equipamento para cada tipo de missão²⁷. Em abril de 2019, o ICMBio realizou uma licitação para aquisição de 50 drones²⁸.

Há uma forte tendência de aumentar as aplicações de drones em ações de conservação da biodiversidade no Brasil, o que dados recentes já evidenciam²⁹. Em abril

de 2019, ou seja, apenas quinze meses depois, a pesquisa de janeiro de 2018, citada anteriormente, foi parcialmente repetida e surpreendentemente apresentou a triplicação da porcentagem: 7,5% das áreas protegidas federais usam ou usaram drones para alguma aplicação ambiental (25 de 334)³⁰. É importante destacar que os usos identificados na pesquisa de janeiro de 2018 estavam todos relacionados a ações repressivas de crimes e infrações ambientais nas áreas protegidas. No entanto, na pesquisa de abril de 2019, quase metade dos novos casos de uso de drones ocorreu em ações proativas de conservação da biodiversidade (7 de 17)³¹.

A importância da introdução de drones no monitoramento e controle de atividades em áreas protegidas no Brasil, tanto no nível federal quanto nos níveis estadual e local, deve-se em grande parte à falta de orçamento para contratação de pessoal e investimento em infraestrutura, como carros, barcos e aviões. O monitoramento de vastas áreas, como algumas unidades de conservação

Nacional da Serra do Divisor, Parque Nacional do Jamaxim, Reserva Extrativista Chico Mendes, Área de Proteção Ambiental do Morro da Pedreira, Área de Proteção Ambiental do Planalto Central, Área de Proteção Ambiental de Petrópolis e Reserva Biológica do Cachimbo (processos n.º 02128.002641/2017-44, n.º 02126.001877/2017-83, n.º 02119.001509/2017-24, n.º 02128.000523/2017-00, n.º 02070.000216/2015-61 e n.º 02128.002015/2017-58).

²⁴ Planos de manejo do Parque Nacional de São Joaquim, Parque Nacional do Iguaçu, Parque Nacional da Serra da Mocidade, Parque Nacional do Pau Brasil, Estação Ecológica do Niquiá e Floresta Nacional do Capão Bonito (processos n.º 02127.000110/2011-31, n.º 02070.002434/2015-31, n.º 02070.001056/2012-25, n.º 02070.001056/2012-25, n.º 02629.000372/2009-21 e n.º 02070.001667/2009-78).

²⁵ Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, https://sei.icmbio.gov.br/sip/login.php?sigla_orgao_sistema=ICMBio&sigla_sistema=SEI&infra_url=L3NlaS8=, 2018a.

²⁶ Rafael Cabral Xavier, Pedro Carlos de Oliveira Junior, Fábio André Faraco and João Heitor Faraco Junior.

Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, 'ICMBio inicia estudos para potencializar o uso de drone', <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/9890-icmbio-inicia-estudos-para-potencializar-o-uso-de-drone>, 2018b.

²⁷ Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, 'ICMBio testa drones na Amazônia', <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/10085-icmbio-testa-drones-na-amazonia>, 2018c.

²⁸ Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, 'Pregão eletrônico n.º 5/2019', http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/edital/edital_pregao_eletronico_5_2019_srp.pdf, 2019a.

²⁹ No nível estadual, alguns estados começaram a usar drones para monitoramento e controle ambiental. O Estado do Piauí foi o pio-

neiro, em 2015, seguido posteriormente por Santa Catarina, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Goiás e São Paulo.

³⁰ Além das áreas protegidas levantadas na pesquisa de janeiro de 2018, foram identificados usos na Reserva Extrativista de Cuniã, na Reserva Extrativista Marinha Lagoa do Jiquiá, no Parque Nacional da Chapada Diamantina, na Floresta Nacional do Jamaxim, na Floresta Nacional de Carajás, na Reserva Biológica de Araucárias, na Reserva Extrativista Marinha de Arraial do Cabo, na Floresta Nacional do Tapajós, no Parque Nacional de Pacás Novos e na Estação Ecológica Taim (processos n.º 02119.000513/2019-37, n.º 02124.000625/2019-19, n.º 02125.000311/2019-14, n.º 02125.000311/2019-14, n.º 02121.000365/2019-10, n.º 02122.000519/2019-55, n.º 02127.003244/2018-81, n.º 02126.000303/2019-50, n.º 02114.000023/2019-81, n.º 02119.001786/2018-18 e n.º 02127.000433/2019-82).

³¹ Área de Proteção Ambiental da Costa dos Corais - avaliação do uso da área protegida como local de reprodução e área de alimentação e desenvolvimento de tartarugas marinhas (processo n.º 02124.000456/2018-36), Reserva Extrativista de Canavieiras - avaliação do dano potencial das atividades de cultivo de camarão na área (processo n.º 02125.000047/2019-19), Parque Nacional da Serra da Canastra - monitoramento para conservação do pato-mergulhão (processo n.º 02061.000077/2017-47), Floresta Nacional de Carajás - monitoramento de ninhos ativos (processo n.º 02070.002389/2014-33), Área de Proteção Ambiental de Anhatomirim - avaliação de descalcificação de baleias (processo n.º 02127.000340/2019-58), Reserva Extrativista Marinha de Arraial do Cabo - verificação da extensão dos danos causados ao meio marinho após a descarga de efluentes líquidos (processo n.º 02126.000304/2019-02) e áreas protegidas afetadas pelo rompimento da barragem de rejeitos de mineração em novembro de 2015, em Mariana, Minas Gerais - avaliação ecológica rápida da fauna e flora terrestres nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo (processo n.º 02070.008897/2018-59). Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, https://sei.icmbio.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0, 2019b.

na região amazônica, por exemplo, exige uma logística de pessoal e material muito complexa, tudo o que falta às agências ambientais atualmente. No nível federal, há um agente para monitorar cada 18.600 hectares, o que é absolutamente insuficiente. O orçamento é de cerca de R\$ 4,00 (menos de 1 USD) por hectare por ano, levando em consideração os pagamentos de pessoal³². Portanto, o uso de drones pode tornar o monitoramento e o controle muito mais baratos, pois reduz a necessidade de pessoal e de outros itens de infraestrutura em relação à maneira como funcionam atualmente.

Será mais fácil para o país implementar e efetivar seu sistema de unidades de conservação se o monitoramento e o controle se tornarem ações e políticas mais acessíveis e isso é fundamental para que o país consiga cumprir as metas de Aichi, estabelecidas durante a COP/10 da CDB, que impõem que, até 2020: “*pelo menos 17% da água terrestre e interior e 10% das áreas costeiras e marinhas sejam conservadas por meio de sistemas de áreas protegidas gerenciados de maneira efetiva e equitativa, ecologicamente representativa e bem conectada*” (Meta 11).

Como se pode perceber, não é suficiente a criação de unidades de conservação ou outras categorias de áreas protegidas “de papel”, ou seja, de espaços protegidos que não sejam efetivamente implementados. A Meta 11 de Aichi impõe que o sistema de áreas protegidas seja gerenciado de forma efetiva, o que significa que produza resultados reais de conservação da diversidade biológica. Para tanto, a diminuição dos custos de monitoramento pode ser uma grande aliada na busca pela efetividade desses espaços ambientais, sendo a utilização de drones uma ferramenta bastante promissora nesse sentido.

Sabe-se que a tecnologia ainda precisa se desenvolver muito para poder percorrer longas distâncias e grandes altitudes, mas a tendência é que em pouco tempo seja possível substituir aeronaves e barcos. Um único drone, por exemplo, poderá executar ações de vigilância de unidades de conservação, manejo de ervas daninhas e pragas, monitoramento de espécies invasoras e erosão de praias, preservação de locais de patrimônio, pesca e manejo florestal, controle de desastres naturais, avaliação de comunidades e espécies biológicas e mapeamento das tendências espaciais e temporais em *habitats*, de um modo mais fácil do que como feito no presente,

³² Godoy, Larissa. *Compensação ambiental e financiamento das áreas protegidas*. Porto Alegre: Fabris, 2015.

quando essas ações dependem de muitas pessoas, veículos e estratégias.

3 Legislação aplicável aos drones

A Constituição Federal de 1988 estabelece ser competência privativa da União legislar sobre navegação aérea (art. 22, X). A Convenção sobre Aviação Civil Internacional, também conhecida como Convenção de Chicago, da qual do Brasil é signatário, estabelece, em seu art. 8º, que nenhuma aeronave capaz de voar sem piloto deve fazê-lo sobre o território de um país contratante sem autorização especial deste país e de acordo com os termos desta autorização. Ademais, o país contratante compromete-se a tomar todas as medidas necessárias para que o voo dessas aeronaves não pilotadas não ofereça perigo para aeronaves civis³³.

Com exceção dessa norma inserida na Convenção, não há regras específicas no arcabouço legislativo brasileiro sobre a utilização de drones, muito menos no seu uso para a conservação de diversidade biológica. Na verdade, o Poder Legislativo brasileiro mal consegue examinar os projetos de lei apresentados por seus próprios membros, não conseguindo, assim, acompanhar o ritmo do desenvolvimento tecnológico e a necessidade de regulação de atividades que usam novas tecnologias, como os drones. Há, atualmente, 15 Projetos de Lei em andamento no Congresso Nacional, todos apresentados nos últimos cinco anos, que tratam da matéria³⁴.

³³ International Civil Aviation Organization – ICAO. ‘Convention on International Civil Aviation’, https://www.icao.int/publications/Documents/7300_9ed.pdf, 2006.

³⁴ Projetos de Lei em andamento no Congresso Nacional: n. 16/2015, 1233/2015, 2200/2015, 2845/2015 e 7529/2017 (estabelecem normas sobre licenciamento e operação de drones no país); n. 2969/2015 (providencia o registro de drones para uso militar); n. 5166/2016 (estabelece o uso de drones na agricultura de precisão); n. 8318/2017 (altera o Código da Aeronáutica, a fim de sobre responsabilidade civil dos operadores de drones); n. 8751/2017 (regula o uso de drones próximo a escolas, residências, igrejas, aeroportos e outras localidades, a fim de harmonizar o seu uso com o direito à privacidade e segurança); n. 9425/2017 (disciplina o uso de drones por agências de segurança privada); n. 10253/2018 (lida com registro e propriedade de drones); n. 10472/2018 (estabelece regulamentos para drones não-recreativos com peso máximo de decolagem menor ou igual a 25 Kg); n. 1957/2019 (estabelece restrições no espaço aéreo sobre áreas onde há operações policiais); n. 1779/2019 (altera a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos para habilitar o uso de tecnologias de monitoramento e rastreamento remotos no controle e supervisão do gerenciamento de resíduos sólidos); n. 806/2019 (estabelece o uso de drones em operações de segurança pública).

Nesse interregno, algumas agências acabaram assumindo o papel de regular o uso de drones, ainda que em nível infralegal³⁵. O Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) buscaram preencher essa lacuna legislativa, tendo emitido alguns atos normativos nos últimos anos. Em novembro de 2015, o Departamento de Controle do Espaço Aéreo, órgão do Comando Aeronáutico, publicou uma Instrução Normativa que regula o acesso ao espaço aéreo brasileiro por drones, regulamentando o Código Aeronáutico Brasileiro – ICA 100-40.

Desde 2016, a Agência Nacional de Telecomunicações também passou a exigir a homologação de todos os drones que emitem ou operam com base em radiofrequência, a fim de evitar interferências ou outros problemas, com fundamento em um ato normativo já existente, a Resolução nº 242/2000³⁶. Em maio de 2017, a Agência Brasileira de Aviação Civil criou regras para as operações civis de drones, por meio do Regulamento Brasileiro de Aviação Civil – RBAC-E nº 94/2017³⁷.

Embora não exista uma regulamentação específica acerca da aplicação de drones às ações de conservação da diversidade biológica, sua utilização pelos órgãos e entidades governamentais já começou. O Instituto Chico Mendes para Conservação da Biodiversidade elaborou uma norma interna sobre o assunto, que está em fase de aprovação, e que contém diretrizes sobre os modelos de drones mais adequados para cada ação de conservação, além de regras para sua utilização³⁸. Isso significa

que esta entidade está apostando na intensificação do uso dessa nova tecnologia num futuro próximo, o que demandará, para ações de fiscalização e repressão a crimes contra a diversidade biológica com drones mais sofisticados, normas mais robustas do que as que existem atualmente. Em outras palavras, muito embora o marco regulatório brasileiro permita a utilização de drones em ações de conservação da biodiversidade, levando ao cumprimento de compromissos internacionais assumidos com a assinatura da Convenção sobre Diversidade Biológica e, mais recentemente, as Metas de Aichi, acordadas durante a COP-10, a edição de normas específicas, considerando as peculiaridades desse tipo de uso é essencial para proporcionar a confiança e a segurança jurídica necessárias³⁹ para que essa nova tecnologia contribua ainda mais para ações de conservação da biodiversidade, em especial dentro de áreas protegidas de posse e domínio públicos, onde há o objetivo de proteção, mas escassez de recursos e de pessoal para executá-lo.

4 Considerações finais

Novas tecnologias como os drones podem ser utilizadas para diferentes fins, inclusive para ações de proteção do meio ambiente e, mais especificamente, da diversidade biológica. Apesar da maioria das notícias envolvendo drones tratar de usos recreativos ou militares, o uso de drones para a conservação da biodiversidade tem aumentado rapidamente ao redor do mundo e o Brasil tem acompanhado essa tendência.

As vantagens no uso dessa nova tecnologia são muitas, podendo-se citar as mais relevantes: menos perigo para os guardas florestais, baixo custo, facilidade no planejamento de voo, resposta rápida aos alvos e imagens com alta resolução. Muitos modelos possuem custo de aquisição e manutenção relativamente baixos e são fáceis de operar, o que acarreta a redução de despesas operacionais e fornece um acesso rápido, discreto e seguro a áreas consideradas de difícil acesso ou mesmo inacessíveis. Assim, são evitadas exposições a riscos desnecessários às equipes dos órgãos ambientais.

O estado da arte da aplicação de drones em ações

³⁵ Passos de Freitas, V. 'A regulamentação do uso de drones, o passado e o futuro'. *Revista Consultor Jurídico*, <https://www.conjur.com.br/2017-dez-10/regulamentacao-uso-drones-passado-futuro>, 2017.

³⁶ Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. 'Drones devem ser homologados para evitar interferências', <http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/2-uncategorised/1485-drones-devem-ser-homologados-para-evitar-interferencias>, 2016.

³⁷ Após a edição da Instrução, a ANAC registrou os seguintes números de drones: 30.087 drones em 2017, o número aumentou para 59.491 drones em 2018 e para 62.048 drones em janeiro de 2019. Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, Drones, <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/drones>, 2019a.

³⁸ Em nível estadual, somente o Estado de São Paulo possui uma lei específica autorizando o uso de drones para ações ambientais - Lei n. 16.380/2017. São Paulo, Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Lei n. 16.380/2017, <https://www.al.sp.gov.br/norma/180661>, 2017.

Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICM-Bio, 'Drones devem contribuir para fiscalizar UCs', <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/9759-drones-devem-contribuir-para-fiscalizar-ucs>, 2018d.

³⁹ Departamento de Controle do Espaço Aéreo - DECEA (2019) 'Por que é necessária uma regulamentação para os drones no país?'. *Drone*, <https://www.decea.gov.br/drone/>, 2019.

de conservação da biodiversidade demonstra um crescimento progressivo nos últimos anos, no Brasil. Com efeito, o percentual de uso de drones para essa finalidade em unidades de conservação triplicou recentemente e o ICMBio, ao planejar, testar, treinar e redigir um ato normativo sobre a matéria, demonstra que o potencial de crescimento desse tipo de aplicação pelos órgãos e entidades ambientais governamentais é significativo.

Em termos de regulação, o Brasil não possui nenhuma lei, seja geral, seja específica, sobre drones, nem sobre seu uso em ações de conservação da biodiversidade. Na ausência de lei, as agências reguladoras assumiram o papel de regular o assunto em nível infralegal. No entanto, o grande número de projetos de lei em andamento no Congresso Nacional, apresentados em um período muito curto de tempo, demonstra que os drones vêm despertando atenção e interesse, não apenas no seu uso, mas também na sua regulamentação. Além disso, o ICM-Bio elaborou uma norma interna sobre o assunto, que está em fase de aprovação. Espera-se que essa norma seja publicada em breve e realmente possa contribuir para uma institucionalização mais consistente dos drones no Brasil, a fim de que possam trazer benefícios reais à conservação da biodiversidade no país.

Em conclusão, o marco regulatório brasileiro já permite a aplicação de drones em ações de conservação da biodiversidade, levando ao cumprimento de compromissos internacionais assumidos com a assinatura da Convenção sobre Diversidade Biológica e, mais recentemente, as Metas de Aichi, acordadas durante a COP-10. No entanto, editar normas específicas, considerando as peculiaridades desse tipo de uso - estipulando diretrizes, estabelecendo limites de responsabilidades e regras - é uma etapa essencial para proporcionar a confiança e a segurança jurídica necessárias. Em suma, é fundamental dotar esse novo segmento de uma estrutura normativa determinada, que promova sua aplicação de maneira coordenada, sustentável e eficaz⁴⁰.

Referências bibliográficas

Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, Drones, <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/>

⁴⁰ Departamento de Controle do Espaço Aéreo - DECEA (2019) 'Por que é necessária uma regulamentação para os drones no país?'. *Drone*, <https://www.decea.gov.br/drone/>, 2019.

drones, 2019a.

Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC (2019b), Drones, 'Quantidade de Cadastros', <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/drones/quantidade-de-cadastros>, 2019b.

Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, 'Drones devem ser homologados para evitar interferências', <http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/2-uncategorised/1485-drones-devem-ser-homologados-para-evitar-interferencias>, 2016.

Brasil, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei 16/2015, <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=944267>, 2019.

Departamento de Controle do Espaço Aéreo - DECEA (2019) 'Por que é necessária uma regulamentação para os drones no país?'. *Drone*, <https://www.decea.gov.br/drone/>, 2019.

Eiten, G. 'The Cerrado Vegetation of Brazil'. *The Botanical Review*. vol 38, no 2, p. 201-202, <https://doi.org/10.1007/BF02859158>, 1972.

Globo - G1, 'Piauí é o 1º estado a usar drone para monitorar meio ambiente, diz Semar', <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/10/piaui-e-o-1-estado-usar-drone-para-monitorar-meio-ambiente-diz-semar.html>, 2015.

Godoy, Larissa Compensação ambiental e financiamento das áreas protegidas. Porto Alegre: Fabris, 2015.

Gonçalves, G.; Duarte, D.; Pérez, J.A.; Atkinson, A.D.; Sánchez-Fernández, M. & Duarte, J.. Avaliação da qualidade e adequabilidade de MDS obtidos por drones low-cost na monitorização topográfica de dunas primárias. Lisboa: I Seminário Internacional UAV, 2016.

Hardin, P. and Hardin, T. 'Small-Scale Remotely Piloted Vehicles in Environmental Research'. *Geography Compass*, vol 4, pp1297-1311, doi.org/10.1111/j.1749-8198.2010.00381.x, 2010.

Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio 'Workshop discute o uso de drones na conservação', <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/4-destaques/6869-workshop-discute-o-uso-de-drones-em-aco-es-de-conservacao>, 2015.

Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, https://sei.icmbio.gov.br/sip/login.php?sigla_orgao_sistema=ICMBio&sigla_

sistema=SEI&infra_url=L3NlaS8=, 2018a.

Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, 'ICMBio inicia estudos para potencializar o uso de drone', <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/9890-icmbio-inicia-estudos-para-potencializar-o-uso-de-drone>, 2018b.

Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, 'ICMBio testa drones na Amazônia', <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/10085-icmbio-testa-drones-na-amazonia>, 2018c.

Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, 'Drones devem contribuir para fiscalizar UCs', <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/9759-drones-devem-contribuir-para-fiscalizar-ucs>, 2018d.

Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, 'Pregão eletrônico nº 5/2019', http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/edital/edital_pregao_eletronico_5_2019_srp.pdf, 2019a.

Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade - ICMBio, https://sei.icmbio.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orcao_acesso_externo=0, 2019b.

International Civil Aviation Organization – ICAO. 'Convention on International Civil Aviation', https://www.icao.int/publications/Documents/7300_9ed.pdf, 2006.

International Civil Aviation Organization – ICAO. 'Remotely Piloted Aircraft System (RPAs): Concept of Operations (Conops) for International IFR Operations', www.icao.int/safety/UA/Documents/RPAS%20CONOPS.pdf, 2016.

Jewitt, D. and Wijnberg, L. 'The use of drones in conservation', EE Publishers, www.ee.co.za/article/the-use-of-drones-in-conservation.html, 2018.

Jiménez López, J. and Mulero-Pázmány, M. 'Drones for Conservation in Protected Areas: Present and Future', In *Drones*, vol 3, no 1, p10, doi.org/10.3390/drones3010010, 2019.

Passos de Freitas, V. (2017) 'A regulamentação do uso de drones, o passado e o futuro' In *Revista Consultor Jurídico*, <https://www.conjur.com.br/2017-dez-10/regulamentacao-uso-drones-passado-futuro>, 2017.

Sachs, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

São Paulo, Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, Law n. 16.380/2017, <https://www.al.sp.gov.br/norma/180661>, 2017.

Sasse, D. 'Job-Related Mortality of Wildlife Workers in the United States, 1937-2000', *Wildlife Society Bulletin* (1973-2006), 31(4), pp1015-1020, <http://www.jstor.org/stable/3784446>, 2003.

Simões, Rodrigo Silva; Oliveira, Ulisses Rocha de; Espinoza, Jean de Almeida; Albuquerque, Miguel da Guia; Alves, Deivid Cristian Leal. *Revista brasileira de geografia física*. Vol. 12, nº 02, 622-640, 2019.

Tomlins, G. 'Some Considerations in the Design of Low-Cost Remotely- Piloted Aircraft for Civil Remote Sensing Applications'. *The Canadian Surveyor*, vol 37, pp157-167, 1983.

World-Wide Fund for Nature in Brazil - WWF Brasil. 'Pela primeira vez, instituições discutem uso de drones na conservação', https://www.wwf.org.br/informacoes/noticias_meio_ambiente_e_natureza/?uNewsID=46744, 2015a.

World-Wide Fund for Nature in Brazil - WWF Brasil. 'Ecodrones', https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/ecodrones/, 2015b.

World-Wide Fund for Nature in Brazil - WWF Brasil. 'Drones no céu do Cerrado: conservar e restaurar o Sertão Veredas-Peruaçu', https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/ecodrones/?69782/Drones-no-ceu-do-Cerrado-Um-projeto-para-a-conservacao-e-restauracao-do-Sertao-Veredas-Peruacu#, 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Agrotóxicos e direitos humanos no contexto global: o Brasil em risco de retrocesso?

Pesticides and human rights in the global context: Brazil at risk of retrocess?

Marcelo Pretto Mosmann

Letícia Albuquerque

Isabele Bruna Barbieri

Agrotóxicos e direitos humanos no contexto global: o Brasil em risco de retrocesso?*

Pesticides and human rights in the global context: Brazil at risk of retrocess?

Marcelo Pretto Mosmann**

Letícia Albuquerque***

Isabele Bruna Barbieri****

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a relação entre Direitos Humanos e meio ambiente a partir da problemática da regulação e uso de agrotóxicos, em especial no Brasil, usando como referência o relatório elaborado pelo relator especial do direito à alimentação juntamente ao Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, publicado em 2017. Primeiro realiza-se uma contextualização da atuação do Brasil nas Conferências Mundiais de Meio Ambiente juntamente ao sistema das Nações Unidas e evidenciada a relação com a segurança química. Com base nessa primeira análise, é possível afirmar que há uma adequação das políticas e legislação brasileiras para assegurar uma maior proteção ambiental em matéria de regulação e uso de agrotóxicos. Num segundo momento, apresenta-se a relação, cada vez mais evidente, entre meio ambiente e direitos humanos no contexto do sistema das Nações Unidas, a partir da atuação do Conselho de Direitos Humanos com relação aos agrotóxicos e os riscos de contaminação. Por fim, demonstra-se o atual contexto brasileiro que permite concluir que há um risco de retrocesso ambiental, considerando a liberalização do uso de substâncias proibidas ou mesmo banidas em outros países, justamente pelo risco que representam à saúde humana e ao meio ambiente. Nesse contexto, os instrumentos internacionais de proteção à saúde e ao meio ambiente poderiam ser utilizados para pressionar contra as medidas de flexibilização adotadas pelo governo brasileiro. A metodologia utilizada é a dedutiva com base na consulta à bibliografia especializada, legislações e análise documental.

Palavras-Chave: Direito Internacional. Segurança Química. Retrocesso Ambiental. Agrotóxicos. Ecocídio consentido.

Abstract

The objective of this article is to analyze the relation between Human Rights and the environment from the problematic of the regulation and use of pesticides, especially in Brazil, using as reference the report of the special rapporteur on the right to food to the Human Rights Council of the Organization of the United Nations, published in 2017. The first a contextualization of Brazil's activities at the World Environment Conferences together

* Recebido em 01/07/2019
Aprovado em 10/09/2019

** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), integrante do Observatório de Justiça Ecológica, Grupo de Pesquisa que integra o CNPq, membro do Projeto de Extensão Clínica de Justiça Ecológica. E-mail : mosmann@hotmail.com.

*** Professora do curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), líder do Observatório de Justiça Ecológica, Grupo de Pesquisa registrado no CNPq, e coordenadora do Projeto de Extensão Clínica de Justiça Ecológica. E-mail : laetitia.ufsc@gmail.com.

**** Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Observatório de Justiça Ecológica, Grupo de Pesquisa registrado no CNPq, membro do Projeto de Extensão Clínica de Justiça Ecológica. E-mail : isabele@ibbadvocacia.adv.br.

with the United Nations system is presented, and its relationship with chemical safety is highlighted. Based on this first analysis, it is possible to state that there is an adaptation of Brazilian policies and legislation to ensure greater environmental protection in the regulation and use of pesticides. Secondly, the increasingly evident relationship between the environment and human rights is presented in the context of the United Nations system, based on the work of the Human Rights Council in relation to pesticides and the risks of contamination. Finally, the current Brazilian context demonstrates that there is a risk of environmental regression, considering the liberalization of the use of banned substances in other countries, due to the risk they pose to human health and the environment. In this context, the international instruments for protection of health and the environment could be used to press against the flexibilization measures adopted by the Brazilian government. The methodology used is deductive based on consulting the specialized bibliography, legislation and document analysis.

Keywords: International Law. Chemical Safety. Principle of Prohibition of Retrocession. Pesticides. Ecocide consented.

1 Introdução

Quando Rachel Carson publicou, em 1962, o livro *Primavera Silenciosa*, em que denunciava os perigos da indústria química e o uso descontrolado de “veneno” em razão da Revolução Verde, bem como os efeitos danosos para a saúde humana e o meio ambiente, foi considerada uma alarmista. Carson alertava que, pela primeira vez na história do mundo, todo o ser humano está agora sujeito ao contato com químicos perigosos, desde o momento da sua concepção até o momento da sua morte:

em menos de duas décadas de seu uso, os pesticidas sintéticos foram tão amplamente distribuídos pelo mundo animado e inanimado que ocorrem em todos os lugares. Eles foram recuperados da maioria dos principais sistemas fluviais e até mesmo de correntes de águas subterrâneas. Resíduos desses produtos químicos permanecem no solo, nos quais foram aplicados uma dúzia de anos antes¹.

¹ In the less than two decades of their use, the synthetic pesticides have been so thoroughly distributed throughout the animate and inanimate world that they occur virtually everywhere. They have

Cinco décadas após a publicação, os relatórios da Organização Mundial da Saúde (OMS) e outras agências especializadas das Nações Unidas apontam para os perigos do uso indiscriminado de agrotóxicos. Segundo o representante da OMS no Brasil, Joaquin Molina, cerca de 193 mil pessoas perdem a vida todos os anos por exposição a substâncias químicas nocivas².

Em 2017, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas apresentou ao público o relatório especial sobre a relação entre o uso intensivo de agrotóxicos e seus efeitos nefastos ao direito à alimentação, bem como ao meio ambiente em escala global.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar a relação entre Direitos Humanos e meio ambiente com base na problemática da regulação e uso de agrotóxicos, em especial no Brasil, usando como referência o relatório citado.

Na primeira parte do artigo, será apresentada uma contextualização da atuação do Brasil juntamente ao sistema das Nações Unidas e as conferências mundiais de meio ambiente, em especial com relação a segurança química. Na segunda parte, é demonstrada a relação entre meio ambiente e direitos humanos no contexto da regulação e uso de agrotóxicos, usando como documento para análise o relatório especial do Conselho de Direitos Humanos sobre o direito à alimentação e os efeitos dos agrotóxicos. Na terceira parte, é relatado o cenário atual brasileiro, que, diante a adoção de políticas de liberalização indiscriminada de fabricação, uso e comercialização de agrotóxicos, permite concluir que há um risco de retrocesso ambiental.

A metodologia adotada é a analítica indutiva, realizada a partir da consulta à bibliografia especializada aos temas de Direitos Humanos, Direito Internacional Ambiental e agrotóxicos, bem como a análise documental, em especial o relatório especial sobre o direito à ali-

been recovered from most of the major river systems and even from streams of groundwater flowing unseen through the earth. Residues of these chemicals linger in soil to which they may have been applied a dozen years before. CARSON, Rachel. *Silent Spring*. Boston: Mariner Books, 2002. p.15

² ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *OPAS/OMS destaca importância da atuação conjunta de setores da saúde, agricultura e meio ambiente na regulamentação de agrotóxicos*. 2018. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5756:opas-oms-destaca-importancia-da-atuacao-conjunta-dos-setores-da-saude-agricultura-e-meio-ambiente-na-regulamentacao-de-agrotoxicos&Itemid=839. Acesso em: 21 jun. 2019.

mentação e os efeitos dos agrotóxicos do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

2 A segurança química no sistema das Nações Unidas

O Brasil possui um longo histórico de participação nas conferências mundiais de meio ambiente capitaneadas pela Organização das Nações Unidas (ONU). De 1972, quando foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, em Estocolmo, à 2012, no Rio de Janeiro, por ocasião da Rio+20, o país construiu um verdadeiro *soft power*³ em matéria de liderança ambiental no cenário internacional.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, de 1972, é considerada um marco na temática ambiental e do desenvolvimento. Para Le Prestre a Conferência marcou uma importante etapa da ecopolítica contemporânea, pois:

se uma evolução notável teve lugar depois, o fato é que numerosas questões presentes e debatidas em 1972 continuaram a influenciar as relações entre os atores internacionais no domínio ecológico, e as tendências que se desenharam então não fizeram senão se afirmar em seguida⁴.

Durante a Conferência, o debate foi pautado pelas diferentes percepções entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos, reforçando a chamada dicotomia Norte/Sul. Os países do Sul defendiam a posição segundo a qual a maior poluição era a miséria, recusando-se a reconhecer o problema da “explosão demográfica” como causa de danos ambientais, conforme sustentavam os países do Norte. O Brasil exerceu um papel de

³ O conceito de *soft power* pode ser entendido por um poder brando em contraposição ao chamado *hard power*, poder duro. Joseph Nye, um dos autores do conceito, salienta que na política mundial, é possível que um país obtenha os resultados que quer porque os outros desejam acompanhá-lo, admirando os seus valores, imitando-lhe o exemplo, aspirando ao seu nível de prosperidade e liberdade. Nesse sentido é igualmente tão importante estabelecer a agenda na política mundial e atrair os outros quanto forçá-los a mudar mediante a ameaça ou o uso das armas militares ou econômicas. É justamente esse aspecto do poder de levar os outros a querer o que você quer, que Nye chama de poder brando, *soft power*. Nesse sentido ver: NYE, Joseph S. *Soft power: the means to success in world politics*. New York: Public Affairs, 2016.

⁴ LE PRESTRE, Philippe. *Ecopolítica Internacional*. São Paulo: Senac, 2000. p. 174.

destaque na Conferência como líder dos países do Sul.

A Conferência de Estocolmo teve como um dos principais resultados a adoção da Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, um conjunto de 26 princípios que deveriam orientar as políticas dos Estados com relação ao meio ambiente. A Declaração de Estocolmo refletiu em parte a dicotomia dos debates que marcaram a Conferência, dando especial ênfase à promoção de melhores condições de desenvolvimento aos países do Sul. São vários os princípios que fazem referência à cooperação entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento como instrumento de aumento das condições de desenvolvimento desses países e, conseqüentemente, para uma melhora das condições ambientais, como depreende-se do princípio 11 da Declaração:

as políticas ambientais de todos os Estados deveriam estar encaminhadas para aumentar o potencial de crescimento atual ou futuro dos países em desenvolvimento e não deveriam restringir esse potencial nem colocar obstáculos à conquista de melhores condições de vida para todos. Os Estados e as organizações internacionais deveriam tomar disposições pertinentes, com vistas a chegar a um acordo, para se poder enfrentar as conseqüências econômicas que poderiam resultar da aplicação de medidas ambientais, nos planos nacional e internacional⁵.

A Declaração de Estocolmo reflete, também, a vontade dos países do Sul em minimizar o alcance desta, conforme relata Le Prestre: “por exigência deles, os princípios 8 e 9 afirmam que o desenvolvimento econômico é uma pré-condição para a melhoria da qualidade de vida e um remédio para a degradação do meio ambiente”⁶. No entanto, o autor destaca que a extensão das medidas de cooperação internacional na questão ambiental após Estocolmo foi mais difícil do que o previsto, sobretudo por três questões: 1. o conhecimento sobre os problemas ambientais era insuficiente; 2. os custos de proteção ambiental são altos, e logo foram constatadas outras prioridades internacionais, sobretudo econômicas, que esfriaram o ânimo inicial; 3. a tendência das ONGs de se fixarem em fins irrealistas e em projetos grandiosos⁷.

⁵ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁶ LE PRESTRE, Philippe. *Ecopolítica internacional*. São Paulo: Senac, 2000. p.176.

⁷ LE PRESTRE, Philippe. *Ecopolítica Internacional*. São Paulo: Sen-

Outro marco importante da Conferência de Estocolmo é o estabelecimento do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), sediado em Nairóbi, no Quênia. O PNUMA terá um papel relevante na adoção de tratados multilaterais globais na esfera ambiental⁸.

Dois grandes Conferências das Nações Unidas são realizadas no início da década de 1990 abordando temas que nem sempre ocuparam um protagonismo nas discussões políticas internacionais: meio ambiente e direitos humanos. Em 1992 acontece a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro e, em 1993, a Conferência sobre Direitos Humanos, realizada em Viena. Esse destaque alcançado por temas até então marginais é atribuído ao fim da Guerra Fria⁹, que permitiu a criação de um cenário de aproximação entre os Estados para discussão de temas de interesse global, como os direitos humanos e o meio ambiente.

A Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento é considerada uma verdadeira conferência mundial pelo número de países e representações envolvidas. Foram 178 Estados, oito mil delegados, dezenas de organizações internacionais, três mil representantes de organizações não-governamentais (ONG's) credenciadas, mais de mil ONG's num fórum paralelo e nove mil jornalistas. Na sessão final, 103 chefes de Estado e de governo estavam sentados ao redor de uma mesa, o que constitui a maior assembleia de chefes de

governo e de Estado na história, até a celebração do 50º aniversário da ONU, no outono de 1995¹⁰. Foram aprovados, durante a realização da Conferência, importantes documentos, entre os quais: a Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, e a Agenda 21.

Em 2002, as Nações Unidas, mais uma vez, convocam os seus Estados membros para uma nova cúpula mundial sobre as questões ambientais. De 26 de agosto a 4 de setembro, os Estados membros da ONU reuniram-se em Johannesburgo, África do Sul, para a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, conhecida também como Rio + 10. Essa Conferência não repercutiu da mesma forma como as suas antecessoras – Estocolmo/1972 e Rio/1992. A Conferência de Johannesburgo foi considerada um fracasso em razão da amplitude dos temas colocados em discussão e pela falta de sistematização na abordagem desses temas.

O foco da Conferência foi colocado nos seguintes pontos: mudança dos padrões de produção e consumo; erradicação da pobreza; manejo de recursos naturais; desenvolvimento sustentável. A expectativa dos participantes estava na elaboração e adoção de três importantes documentos: uma declaração política com compromissos para a implementação do desenvolvimento sustentável; um programa de ação para orientar a efetivação dos compromissos políticos e uma compilação de novos compromissos e iniciativas para ações em esfera nacional e regional. O resultado de Johannesburgo ficou muito aquém do esperado, pois os progressos e o comprometimento com medidas efetivas para a implementação de uma política ambiental internacional foram mínimos¹¹.

Em 2012, o Brasil volta a sediar mais uma conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente: Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável ou RIO +20. Passados vinte anos da Conferência do Rio de Janeiro, novamente os Estados integrantes da ONU são chamados a discutir a questão ambiental. A Conferência foi organizada conforme a Resolução 64/236 da Assembleia Geral das Nações

ac, 2000. p.178.

⁸ O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UN Environment) é a principal autoridade ambiental global que define a agenda ambiental global, promove a implementação coerente da dimensão ambiental do desenvolvimento sustentável dentro do sistema das Nações Unidas e serve como um defensor autorizado do meio ambiente global. Nesse sentido, consultar: UN ENVIRONMENT PROGRAMME. *About UN environment*. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/pt-br/node/705>. Acesso em: 25 jun. 2019.

⁹ Las relaciones internacionales, tal como se conocieron hasta el fin de la Guerra Fría, correspondieron a una situación que dejó de existir con la desaparición de la Unión Soviética y del mundo socialista. Desde fines de la Segunda Guerra Mundial la arena internacional estuvo dividida en dos bandos enfrentados virtualmente y un tercer espacio compuesto de Estados-naciones que, sin estar directamente comprometidos en esa rivalidad principal, de alguna o de otra manera dependían de lo que ocurriría o dejaba de ocurrir en el conflicto principal. ORTIZ, Eduardo. *El estudio de las relaciones internacionales*. Santiago do Chile: Fondo de Cultura Económica, 2004. O conflito principal ao qual se refere o autor é a rivalidade estabelecida entre o bloco capitalista, liderado pelos Estados Unidos e, o bloco comunista, liderado pela então União Soviética.

¹⁰ LE PRESTRE, Philippe. *Ecopolítica Internacional*. São Paulo: Senac, 2000. P.201.

¹¹ ALBUQUERQUE, Letícia. *Conflitos socioambientais na zona costeira catarinense*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. p.43.

Unidas entre os dias 20 e 22 de junho de 2012. Reuniu mais de 100 chefes de Estado e governo de forma direta e muitos outros de forma indireta. O documento final da Conferência — O Futuro que nós queremos — foi marcado pelo compromisso assumido pela comunidade internacional em prol do desenvolvimento sustentável e aprovado pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução 66/288 de 27 de julho de 2012. O documento reafirma os compromissos assumidos nas conferências anteriores, bem como a necessidade de combate à pobreza e às desigualdades¹².

É possível concluir que as Conferências das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente reforçaram os conflitos potenciais entre o crescimento econômico, a redução da pobreza e a proteção dos ecossistemas frente ao controle da poluição e a conservação dos recursos naturais ou, em outras palavras, entre as necessidades humanas e a conservação dos recursos naturais. De um lado, estavam os países do Sul, reafirmando um direito ao desenvolvimento; de outro, os países do Norte, receosos de perder acesso a mercados em nome de medidas de proteção ambiental. Mesmo que tal discurso tenha alcançado o seu auge na década de 1970, ainda hoje ele faz eco nas discussões sobre o tema¹³.

Por outro lado, em 2015, por ocasião dos 70 anos da ONU, foi adotada pela Assembleia Geral da Organização a chamada AGENDA 2030 para o Desenvolvimento Sustentável¹⁴. A Agenda consiste em 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (os chamados ODS) e 169 metas, que buscam estimular as ações para os próximos anos em áreas consideradas importantes para a humanidade e o planeta: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria. Guiada pelos propósitos da Carta das Nações Unidas e pela observância do Direito Internacional, a nova agenda reafirma os resultados de todas as grandes conferências e cúpulas das Nações Unidas¹⁵ que esta-

beleceram a base para o desenvolvimento sustentável, incluindo as Conferências de Meio Ambiente.

Em 2018, por ocasião das comemorações do dia mundial do meio ambiente, o relator das Nações Unidas sobre as obrigações de direitos humanos relacionadas ao usufruto de um meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável, John Knox e o chefe do PNUMA Erik Solheim, cobraram o reconhecimento em nível global do direito humano ao meio ambiente saudável e sustentável por parte das Nações Unidas¹⁶.

No entanto, essa ausência de um reconhecimento expreso por parte das Nações Unidas ao direito humano ao meio ambiente saudável e sustentável não impede que, de forma indireta, de fato, já exista tal reconhecimento. O relatório elaborado pelo Conselho de Direitos Humanos sobre o direito à alimentação e os efeitos dos agrotóxicos, que será examinado a seguir, permite confirmar tal afirmação.

3 Meio ambiente e direitos humanos: efeitos dos agrotóxicos sobre direitos à saúde e à alimentação adequada

O relatório especial sobre direito à alimentação do Conselho de Direitos Humanos da ONU, distribuído a 23 de janeiro de 2017, consolida os mais modernos conhecimentos científicos, políticas e práticas relacionados à gestão e controle dos impactos dos agrotóxicos sobre os direitos humanos em âmbito internacional.

Esse instrumento analisa os impactos adversos dos agrotóxicos sobre os direitos humanos levando em con-

¹² UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/66/288*. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/66/PV.123>. Acesso em: 25 jun. 2019.

¹³ ALBUQUERQUE, Letícia. *Conflitos socioambientais na zona costeira catarinense*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. p.44.

¹⁴ A Agenda 2030 foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reunida entre os dias 25 e 27 de setembro de 2015, na sede da ONU, em Nova Iorque. Nesse sentido ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁵ Estas incluem a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento

Sustentável; a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social; o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, a Plataforma de Ação de Pequim; e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20). É considerada também a continuidade dada a estas conferências, incluindo os resultados da Quarta Conferência das Nações Unidas sobre os Países Menos Desenvolvidos, a Terceira Conferência Internacional sobre Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento; a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Países em Desenvolvimento Sem Litoral; e da Terceira Conferência Mundial da ONU sobre a Redução do Risco de Desastres. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁶ ONU BRASIL. *Relator e chefe ambiental da onu cobram reconhecimento do direito humano a um planeta saudável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relator-e-chefe-ambiental-da-onu-cobram-reconhecimento-do-direito-humano-a-um-planeta-saudavel/>. Acesso em: 5 jun. 2018.

ta os impactos sobre a saúde humana e o meio ambiente, e relacionando-os a direitos consagrados em tratados internacionais, em especial os direitos humanos à alimentação adequada, à saúde, às plenas condições de desenvolvimento das crianças, à proteção da maternidade e integridade física e psíquica de mães grávidas. Esses impactos à saúde humana se apresentam em diversos âmbitos e em diferentes graus e formas de contaminação sobre agricultores e trabalhadores rurais, pessoas que vivem em comunidades situadas próximo a áreas agrícolas, comunidades indígenas, mulheres grávidas, crianças e, de um modo geral, consumidores de mercados situados em todo o mundo.

Levando em conta todo esse quadro de diferentes formas de exposição, os agrotóxicos são responsáveis por 200.000 (duzentos mil) casos de mortes associadas a envenenamento por ano, sendo noventa e nove por cento desses casos nos países em desenvolvimento, demonstrando que determinados grupos são expostos a risco mais elevado de terem seus direitos à saúde de alimentação violados, causando, ainda, custos substanciais aos governos e efeitos catastróficos sobre o meio ambiente. Nas últimas duas décadas, diversos desastres envolvendo contaminação por agrotóxicos em países em desenvolvimento ilustram bem essa realidade factual. Uma das razões está no fato de que, embora esses países sejam responsáveis por, apenas, uma quarta parte dos agrotóxicos utilizados no mundo, regulamentações ambientais fracas e pouco implementadas e fiscalizadas permitem que recebam os produtos de maior toxicidade, muitas vezes banidos em seus países de origem.

A exposição crônica a agrotóxicos perigosos tem sido associada à ocorrência de câncer e doenças de Alzheimer e Parkinson, disfunção hormonal, problemas no desenvolvimento humano e infertilidade. Além disso, diversos efeitos neurológicos como perda de memória, diminuição de coordenação, redução da habilidade visual e redução das capacidades motoras, e problemas como asma e alergias estão associadas à contaminação crônica por agrotóxicos, embora esses efeitos crônicos possam manifestar-se muitos meses ou anos após a exposição.

Mesmo tendo sido estabelecida uma clara relação desses graves riscos à saúde humana com diversos agrotóxicos, as negativas sistemáticas da indústria agroquímica e suas táticas agressivas e antiéticas de marketing permitem que esses produtos continuem sendo utili-

zados, muito embora o risco de contaminação possa persistir por décadas no meio ambiente e persistir se acumulando em fontes de alimento¹⁷. Isto é preocupante também com relação aos ‘ingredientes inertes’, geralmente utilizados para melhorar a efetividade do princípio ativo, que podem não ser testados e nem mesmo informados nos rótulos das embalagens, e ainda mais porque o efeito sinérgico e combinado da exposição a diversos agrotóxicos no alimento, solo, água e ar ainda não foi adequadamente estudado.

Os agricultores e trabalhadores rurais estão sujeitos aos índices mais elevados de exposição, ainda que atendendo, adequadamente, as recomendações de segurança. Essa situação é agravada pela falta de treinamento em segurança e de infraestrutura e recursos dos governos para regular e monitorar esses procedimentos. A situação é particularmente grave quando envolve o trabalho infantil, especialmente considerando que 60 por cento do trabalho infantil se dá na agricultura, em especial nos países em desenvolvimento. A falta de instrumentos de segurança adequados e de experiência, e especialmente a maior sensibilidade das crianças aos malefícios dos agrotóxicos, torna essa situação alarmante. Trabalhadores sazonais e imigrantes também são mais suscetíveis à exposição devido à dificuldade de compreensão de rótulos, ao acesso a equipamentos de segurança e a tratamento médico, além da sua falta de controle na escolha dos produtos a serem utilizados.

Pessoas que vivem em comunidades situadas próximas a áreas agrícolas experimentam grave risco de exposição, em especial associado à pulverização aérea. Essa prática vem ganhando grande atenção e sendo objeto de inúmeros debates e até proibições legais no Brasil, devido ao grande risco que a atividade oferece devido à imprevisibilidade do carregamento das substâncias pelo vento, o que vem causando diversos acidentes, cabendo destacar o acidente decorrente da pulverização que atingiu a Escola Municipal Rural São José do Ponta, no Município de Rio Verde, Estado do Goiás, em que mais de cem (100) pessoas entre crianças, professores e pais foram contaminadas¹⁸. Populações pobres, atraídas pelo

¹⁷ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019.

¹⁸ FREITAS, Cleuton César Ripol de. A Pulverização Aérea na Escola Rural São José do Ponta: uma abordagem dos fatos e suas circunstâncias. In: SOUSA, Murilo Mendonça Oliveira de; FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues (org.). *Agrotóxicos: violações socio-*

valor mais baixo destas propriedades, estão mais sujeitas e sofrem os efeitos da contaminação de forma mais intensa quando combinados à má nutrição. Os impactos às águas superficiais e subterrâneas, que pode persistir por décadas após a interrupção do uso desses produtos, também sujeita essas populações à contaminação crônica, o que é, ainda, mais grave no caso de comunidades indígenas que têm sua subsistência tradicional e cultura intrinsecamente associadas à terra e aos recursos naturais onde vivem.

A proteção à maternidade, às mulheres grávidas e às crianças é objeto de especial atenção no relatório especial sobre direito à alimentação do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que destaca de imediato a maior vulnerabilidade de crianças aos efeitos dos agrotóxicos seja porque seus órgãos ainda se encontram em desenvolvimento, seja porque são expostas a uma quantidade maior de contaminação por unidade de peso, além do fato de que crianças possuem menos enzimas capazes de evitar e recuperar os danos causados por agrotóxicos. Os impactos à saúde das crianças incluem desenvolvimento intelectual diminuído, efeitos comportamentais adversos e outras anormalidades, ainda que, em pequenas doses, a contaminação, seja pelo carreamento de resíduos de agrotóxicos pelo vento, seja pelo consumo, pode prejudicar a saúde das crianças interrompendo seu crescimento psicológico e físico, levando a uma vida de problemas de saúde e complicações.

Em mulheres grávidas, a exposição a agrotóxicos aumenta o risco de abortos, nascimento prematuro e problemas de nascença. A exposição pré-natal é comprovada por estudos que já constaram a presença de agrotóxicos no cordão umbilical, assim como no leite materno, e é de extrema gravidade, podendo causar leucemia e outros tipos de câncer, autismo e problemas respiratórios, além de afetar o desenvolvimento do sistema nervoso do feto e seu sistema imunológico¹⁹.

Os consumidores estão expostos aos riscos decorrentes da existência em fontes de alimento animal e vegetal de uma ampla gama de resíduos de agrotóxicos, um verdadeiro coquetel de substâncias que podem interagir de forma sinérgica elevando o nível de toxicidade

das substâncias. Além disso, os agrotóxicos sistêmicos impedem a sua remoção pela lavagem dos alimentos, que ainda podem ter sua toxicidade aumentada pelas formas de cozimento dos alimentos. Essas substâncias ainda possuem efeito bioacumulativo contaminando ovos e leite, que são alimentos básicos da dieta humana, e até mesmo recursos pesqueiros, causando significativos riscos a pessoas que dependem do consumo de pescado.

Sobre o meio ambiente, os impactos do uso de agrotóxicos vão desde a ameaça aos sistemas ecológicos à contaminação do solo e das águas subterrâneas, à degradação dos solos, ao prejuízo aos organismos não alvo (prejuízos esses subestimados), chegando, até mesmo, a ameaçar os serviços ecossistêmicos vitais (como o equilíbrio ecológico e controle biológicos de pragas), causando, também, prejuízos a invertebrados benéficos e a pássaros, borboletas e outros animais silvestres e polinizadores naturais.

Acerca dos danos aos polinizadores, em especial às abelhas, químicos neonicotinóides são apontados em todo o mundo como responsáveis pela Desordem do Colapso das Colônias (DCC). O declínio de cinquenta por cento da população de abelhas nos últimos vinte e cinco anos nos Estados Unidos e Grã-Bretanha tem sido atribuído à aplicação de inseticidas, ameaçando as bases da agricultura, já que setenta e um por cento das culturas que provêm a quase totalidade da alimentação mundial dependem da polinização de abelhas.

Além disso, os pesticidas sistêmicos, introduzidos em organismos geneticamente modificados e que correspondem a cerca de sessenta por cento da exposição diária a essas substâncias ainda carecem de estudos mais aprofundados sobre a saúde humana, insetos benéficos, o solo, os ecossistemas e a vida aquática. Essa situação é particularmente grave se levado em conta o caso do glifosato, apresentado pela indústria, inicialmente, como menos tóxico e persistente que outros herbicidas e que, em 2015, veio a ser considerado como provavelmente cancerígeno pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Outra questão associada é a disparidade na aplicação do Princípio da Precaução em diferentes regiões. Enquanto, na Europa, a existência de uma suspeita de risco de causar malefícios à saúde e ao meio ambiente atribui ao interessado o ônus de comprovar que o produto não é nocivo, nos Estados Unidos, a realidade é

ambientais e direitos humanos no Brasil. Anápolis: Universidade de Goiás, 2016. p. 99.

¹⁹ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 7-8.

outra: o Princípio da Equivalência Substancial permite que uma nova substância seja colocada no mercado sem a necessidade de estudos mais aprofundados, contanto que guarde similaridade adequada com outra substância já autorizada²⁰. Essas diferenças de aplicação do Princípio da Precaução corroboram uma das recomendações centrais do relatório, no sentido da adoção de regulações internacionais acerca da autorização e uso de agrotóxicos que levem em conta seriamente o princípio da precaução.

O direito à alimentação adequada garante alimento necessário a alcançar um padrão adequado de vida, relacionando-se, portanto, à garantia básica da dignidade da pessoa humana amparado na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No âmbito da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o respectivo Comitê considerou que o direito à alimentação adequada “*não deve ser construído em um sentido raso ou restritivo*”²¹ e que o termo ‘adequado’ denota não apenas quantidade, mas também qualidade, destacando, ainda, que a noção de sustentabilidade está intrinsecamente relacionada à ideia de alimento adequado e que esteja acessível às presentes e futuras gerações.

O relatório do Conselho de Direitos Humanos destaca, ainda, que os agrotóxicos ameaçam a produção futura de alimentos — inclusive em sua quantidade — na medida em que são responsáveis pela perda de biodiversidade, contaminação dos solos e águas e por afetar, negativamente, a produtividade de terras agriculturáveis.

A proteção da saúde humana também é prevista no art. 12 da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que atribui aos Estados o dever de prover a seus cidadãos os mais altos níveis de saúde, o que se estende aos meios necessários para tanto: alimento seguro, água potável, condições de trabalho seguras e o meio ambiente equilibrado. A Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres assegura às mulheres o direito à saúde e segurança e proteção especial às mães antes e após o nascimento de seus filhos. A Convenção sobre os Di-

reitos das Crianças protege o desenvolvimento infantil de maneira saudável com disposição específica acerca da proteção de contaminação ambiental.

Outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como a Convenção Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, possuem disposições que obrigam os Estados a adotarem medidas de proteção, informação e reparação acerca do uso de agrotóxicos. No entanto, as dificuldades de implementação e efetividade seguem sendo os maiores desafios²².

No âmbito do Direito Ambiental Internacional, esta é uma realidade premente, na medida em que existem mais de 500 tratados internacionais de alguma forma relacionados ao meio ambiente. Contudo, ainda assim, a escassez dos recursos a degradação seguem sendo dilemas presentes e que vem se agravando, estando claramente estabelecido que “*o desafio primário reside na implementação e cumprimento dos compromissos e legislações já existentes*”²³.

Ainda assim, no caso dos agrotóxicos, inexistente um tratado internacional em matéria ambiental, havendo, apenas, certas restrições e limitações impostas por acordos como o Protocolo de Montreal, e Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, e Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (que acabou restringindo o uso de determinados agrotóxicos), os quais cobrem, apenas, um espectro limitado de substâncias deixando um grande número de agrotóxicos fora de seus escopos. Dessa forma, o direito internacional carece de um instrumento que regule os diferentes tipos de agrotóxicos perigosos levando em conta todo o seu ciclo de vida.

Além disso, o Protocolo de Montreal e a Convenção de Estocolmo abrigam, apenas, uma pequena parcela das substâncias deixando sem qualquer limitação pela lei internacional a vasta maioria dos agrotóxicos perigosos. Outros instrumentos, como a Convenção de Rotterdam, permitem a obstrução sobre a restrição de determinados químicos como o Paraquat²⁴, que tem seu

²⁰ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 9-10

²¹ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 11.

²² UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 12.

²³ JENDROSKA, Jerzy; BAR, Magdalena. *Procedural Environmental Rights: Principle X In Theory and Practice*. Cambridge: Intersentia Ltd, 2017. p. 261.

²⁴ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Hu-

uso banido em diversos países, mas é exportado para países em desenvolvimento.

Em todo o mundo, as políticas e limites estabelecidos pelos países para reduzir os prejuízos causados pelos agrotóxicos variam significativamente. Em comum a esses países, existe uma grande dificuldade em avaliar os riscos relacionados aos agrotóxicos submetidos à aprovação, assim como uma limitada preocupação e análise sobre os já conhecidos diversos efeitos crônicos à saúde, além da falta de periodicidade nas reavaliações e da enorme pressão exercidas pelas companhias para evitar ou reverter o banimento de agrotóxicos perigosos²⁵.

A maioria dos países possui índices de controle de resíduos de agrotóxicos nos alimentos. No entanto, há falhas na capacidade de inspeção desses limites e ausência de sistemas adequados de medição para assegurar o respeito a esses limites máximos. Além do mais, como os limites nos diferentes países não são uniformes “alimentos banidos em um país podem continuar tendo sua entrada admitida em outros que permitam índices mais elevados de resíduos”²⁶.

A falta de um instrumento internacional de regulação da produção e uso de agrotóxicos contribui para que agrotóxicos banidos e altamente tóxicos sejam usados largamente em países em desenvolvimento simplesmente “porque são alternativas mais baratas” de modo que em muitos casos “agrotóxicos altamente perigosos que não têm uso permitidos em países industrializados são exportados para países em desenvolvimento”²⁷, prática que, muitas vezes, se ‘justifica’ pela necessidade das empresas de esvaziarem seus estoques após não conseguirem renovar seus registros nos países de origem. Analisando essa situação sob a perspectiva dos direitos humanos, o relatório destaca: “Submeter indivíduos de outras nações a toxinas que sabidamente causam enormes prejuízos à saúde e até fatalidades é uma clara

violação de direitos humanos”²⁸.

Diante desse quadro, o relatório faz especial consideração à grande oportunidade que a agroecologia oferece como alternativa ao modelo do uso intensivo de agrotóxicos. A prática da agricultura orgânica é uma realidade e estudos indicam que a agroecologia é capaz de alimentar toda a população mundial assegurando que ela pode ser adequadamente nutrida. Esse modelo alternativo de agricultura sustentável substituiu o químico pelo biológico, estimula práticas agrícolas mais adaptadas ao ambiente local e promove a fertilidade e saúde do solo em longo prazo, juntamente ao incremento da diversidade no campo e ao distanciamento de monocultivos de poucas espécies.

A agroecologia previne a exposição a substâncias tóxicas, permite a preservação dos serviços ecossistêmicos, como o controle natural de pragas, e promove a melhora da qualidade do ar, solo e das águas superficiais e subterrâneas ajudando, ainda, a mitigar os efeitos das mudanças climáticas reduzindo as emissões de gases de efeito estufa.

As conclusões do relatório apontam, fortemente, para a necessidade de criação de um instrumento internacional de caráter vinculativo que assegure respeito e proteção aos direitos humanos à alimentação adequada e saúde fortalecendo a aplicação do Princípio da Precaução e, principalmente, proíba a prática ainda recorrente de exportação de agrotóxicos banidos em seus países e continentes de origem, para serem usados em terceiros países. Analisar os agrotóxicos, na perspectiva dos direitos humanos, demanda reconhecer universalidade e não discriminação a todas as pessoas, inclusive os grupos vulneráveis, que suportam, desproporcionalmente, os ônus dos agrotóxicos perigosos²⁹.

Uma das recomendações do relatório consiste, ainda, na necessidade de cooperação entre os órgãos responsáveis da agricultura, saúde pública e meio ambiente, a agirem de forma eficiente para evitar os impactos adversos dos agrotóxicos e mitigar os riscos relacionados ao

man Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 14.

²⁵ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 16.

²⁶ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 16.

²⁷ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 16.

²⁸ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 17.

²⁹ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 21-22.

seu uso indevido e intensivo³⁰. Este é, no entanto, um dos retrocessos que a legislação brasileira se encontra sob ameaça de experimentar dentro do amplo e intenso processo de retrocesso ambiental em que se encontra inserido o país.

4 Brasil e as políticas de liberação de agrotóxicos: ecocídio consentido?

Os Estados nações sempre mantiverem relações entre si, seja para auxílio mútuo como também pela presença constante de conflitos. Todavia, atualmente, nessas relações, tem-se um novo ator no cenário das relações internacionais, que têm exercido grande influência nos processos decisórios: as corporações transnacionais. O Estado deixa de ser o ente absoluto para ser influenciado pela força do capital das corporações transnacionais³¹.

As relações internacionais estão permeadas pela interdependência, em que há uma dependência mútua entre os países e/ou os atores internacionais. Logo, nessa interdependência há efeitos recíprocos, ou seja, custos recíprocos que se manifestam na redução de autonomia dos participantes. Países com menos dependências podem utilizar desta como fonte de poder, ora, por não se encontram em posição tão vulnerável, perfazendo uma relação desequilibrada³².

Analisando essa característica da interdependência nesses novos atores internacionais, temos que as corporações multinacionais ou transnacionais também se utilizam desse mecanismo desequilibrado para manifestar seu poder e influenciar, de modo decisivo, as políticas internacionais e até mesmo internas de países mais vulneráveis.

Há uma nova ordem mundial com a concentração de poder em organizações multinacionais, perpetrando um jogo de interesses econômicos entre Estados, via as instituições oficiais, porém com os interesses das corporações transnacionais e multinacionais como pano de fundo. Nesse cenário se inserem graves violações a direitos humanos perpetrados por empresas multinacionais e transnacionais em busca de seus lucros e interesses privados.

Essas violações de direitos humanos, especificamente quanto ao direito a um meio ambiente sadio e qualidade de vida e saúde, são frequentes, observando a atual política das grandes corporações de destinar seus passivos ambientais para países mais vulneráveis economicamente. A deslocalização da poluição química é prática corriqueira, em que os países do Sul Global, África e Ásia recebem os rejeitos tóxicos, produtos químicos, herbicidas e pesticidas, que foram proibidos em seus países de origem, sendo exportados para abastecer a indústria química apenas trocando o nome do produto³³.

Apenas na África são documentados estoques de agrotóxicos obsoletos armazenados em péssimas condições. A Organização para a Alimentação e Agricultura das Nações Unidas estima que existem mais de 100.000 toneladas de pesticidas obsoletos nos países em desenvolvimento, ou porque se deterioraram ou porque foram proibidos.

O problema é mais bem documentado na África e no Oriente Médio, onde não há um único país afetado pelos riscos ambientais graves associados com pesticidas obsoletos. São estimados em cerca de 20.000 toneladas deles somente na África. Alguns estoques são mais de 30 anos de idade, e são mantidos em condições precárias, com poucas ou nenhuma precauções de segurança.³⁴

Ao todo, a Organização para a Alimentação e Agricultura das Nações Unidas estima que existem mais de 100.000 toneladas de pesticidas obsoletos nos países em desenvolvimento, em geral, restos de pesticidas que não podem mais ser usados, porque eles se deterioraram por meio de

³⁰ UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 23.

³¹ Nesse sentido ver: VEIGA, João Paulo Cândia; RODRIGUES, Pietro Carlos. Transnational arenas, public policies and the environment: the case of palm in the Amazon. *Ambient. soc.* São Paulo, v. 19, n. 4, p. 1-20, Dec. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414753X2016000400002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jun. 2019.

³² LIMA, Juliana Schmitz Paes de. Interdependência e os organismos internacionais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; RI JÚNIOR, Arno dal (org.). *Relações Internacionais: interdependência e sociedade global*. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 371-392.

³³ ALBUQUERQUE, Leticia. *Poluentes orgânicos persistentes: uma análise da Convenção de Estocolmo*. Curitiba: Juruá, 2006.

³⁴ The problem is best documented in Africa and the Near East, where there is not a single country unaffected by the serious environmental hazards associated with obsolete pesticides. There are estimated to be some 20,000 tonnes of them in Africa alone. Some stocks are over 30 years old, and are kept in poor conditions with few or no safety precautions. WODAGENEH, Alemayehu. Trouble in Store. In: *Our Planet, Chemicals, March, 1997*. Disponível em: <http://www.ourplanet.com/imgversn/86/woda.html>. Acesso em: 25 ago. 2016.

armazenamento prolongado, ou que tenham sido proibidos enquanto ainda na loja. As ações incluem grandes quantidades de compostos organoclorados altamente persistentes como o DDT, dieldrina e HCH, bem como compostos organofosforados altamente tóxicos.³⁵

Ainda imersos em uma história de neocolonialismos³⁶, em que a natureza virou mercadoria, a agricultura é criada artificialmente e cuidada quimicamente e as decisões políticas acerca da produção de alimentos são comandadas pelos oligopólios, beneficiadas pela drástica redução do Estado com endeusamento do livre comércio, o Brasil parece ser uma das principais economias do mundo, a ser usurpada.

Justifica-se, então, o cenário brasileiro alarmante do maior consumidor de agrotóxicos do mundo, o terceiro maior exportador agrícola de *commodities* e também o maior consumidor de agrotóxicos do mundo. Sua participação no consumo representa (um quinto) dos agrotóxicos mundiais e 86% (oitenta e seis por cento) de toda a América Latina³⁷.

Se já não bastasse esses índices, desde o começo do ano de 2019, em 175 dias, o governo brasileiro liberou o registro 211 agrotóxicos³⁸, sendo a maior liberação já realizada no Brasil desde os anos de 2005³⁹. Uma das justificativas do governo para essa liberação é uma suposta medida de desburocratização, visto que pesticidas das empresas Dow Agrosiences, Bayer e Syngenta

aguardavam liberação há mais de quatro anos. Outra justificativa é que a liberação era de ingredientes genéricos de substâncias e produtos já disponíveis no mercado, o que possibilitaria um barateamento dos preços dos “defensivos” no país, já que teria maior concorrência⁴⁰.

Essa justificativa do barateamento é desmentida quando se analisa que a própria ANVISA afirma que as grandes corporações químicas não competem entre si, mantendo seu monopólio⁴¹ sobre os produtos “as dez maiores indústrias não competem entre si [...] mesmo no caso em que as patentes estão vencidas, tirando raras exceções, as empresas focam a produção em agrotóxicos com ingredientes ativos que não são comercializados pelas demais empresas, o que gera uma espécie de monopólio sobre os produtos”⁴².

Todavia, nessa nova lista de liberação de registro de agrotóxicos publicada no Diário Oficial da União em 24 de junho de 2019, há um novo ingrediente ativo, o *Florpirauxifen-benzil*, produzido pela Dow, herbicida classificado como medianamente tóxico à saúde humana e classificado como perigoso ao meio ambiente⁴³. Mais do que isso, nessa onda de liberações, embora se afirme que a liberação é de cópias de ingredientes ativos que já estão no mercado, o fator preocupante é que 48% dos agrotóxicos liberados são altamente tóxicos à população e muito perigosos à natureza⁴⁴.

³⁵ In all, the Food and Agriculture Organization of the United Nations estimates, there are more than 100,000 tonnes of obsolete pesticides in developing countries, generally left-over pesticides that can no longer be used because they have deteriorated through prolonged storage, or have been banned while still in store. The stocks include large amounts of highly persistent organochlorine compounds such as DDT, dieldrin and HCH, as well as highly toxic organophosphorus compounds. They are now regarded as hazardous waste. WODAGENEH, Alemayehu. *Trouble in Store*. 1997. Disponível em: <http://www.ourplanet.com/imgversn/86/woda.html>. Acesso em: 25 ago. 2016.

³⁶ CARNEIRO, Fernando Ferreira (org.). *Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/dossi eagrototoxicos/wp-content/uploads/2013/10/Dossi eAbrasco_2015_web.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016.

³⁷ BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: Ffch - Usp, 2017.

³⁸ DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. *Ato nº 24, de 9 de abril de 2019*. Brasília.

³⁹ GAUCHAZH (ed.). *Liberação de agrotóxicos no Brasil é a maior em 14 anos*. 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/campo-e-lavoura/noticia/2019/06/liberacao-de-agrototoxicos-no-brasil-e-a-maior-em-14-anos-cjwjs4f1203at01oi1ew0o9en.html>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴⁰ REUTERS. *Ministério da Agricultura aprova registro de mais 42 agrotóxicos, totalizando 211 no ano*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2019/06/24/ministerio-da-agricultura-aprova-registro-de-mais-42-agrototoxicos-totalizando-211-no-ano.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴¹ Esse monopólio é exercido por seis empresas transnacionais que controlam sozinha 60% do mercado brasileiro, sendo as empresas Syngenta, Monsanto e Bayer, Dow, Basf, Milenia, de acordo com as vendas mundiais do ano de 2013. Esses dados sofreram alterações, visto as fusões de empresas e a participação massiva atual da China no mercado dos agrotóxicos. BOMBARDI, Larissa Mies. *Pequeno ensaio cartográfico sobre o uso de agrotóxicos no Brasil*. São Paulo: Laboratório de Geografia Agrária - Usp, 2016. p. 27.

⁴² AGÊNCIA Nacional de Vigilância Sanitária. 2012. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2665456&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=seminario-volta-a-discutir-mercado-de-agrototoxicos-em-2012&inheritRedirect=true

⁴³ REUTERS. *Ministério da Agricultura aprova registro de mais 42 agrotóxicos, totalizando 211 no ano*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2019/06/24/ministerio-da-agricultura-aprova-registro-de-mais-42-agrototoxicos-totalizando-211-no-ano.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴⁴ GAUCHAZH (ed.). *Liberação de agrotóxicos no Brasil é a maior em*

Antes mesmo de toda a liberação de registro de agrotóxicos, 30% (trinta por cento) dos ingredientes ativos utilizados no Brasil são proibidos na União Europeia, cuja vedação é baseada em estudos científicos que já comprovaram os riscos e nocividades desses ativos⁴⁵.

Na onda de liberações, por certo e mais uma vez, o governo se liberou do encargo de reavaliar e banir importantes ingredientes, como o glifosato produzido pela empresa Monsanto, agora Bayer. Diferentemente da marcha de muitos países europeus pela tentativa de não utilização desse agrotóxico, impulsionados pela condenação da Corte Americana que determinou que a empresa Monsanto, intencionalmente, manipulou documentos e pesquisas para esconder o risco de câncer do glifosato. Embora se tenha noção desse crime cometido, em que empresas como Bayer e Monsanto, DowDuPont e outras corporações estão exterminando com a vida selvagem, com a qualidade da água e com a sustentabilidade da produção de alimentos, as legislações continuam permitindo e, ainda, tornando mais fortes suas habilidades de influenciar as decisões políticas em benefícios de seus interesses privados⁴⁶.

E esses índices permanecem em franco aumento, capitaneados pelos grupos transnacionais do mercado de agrotóxicos, em um grande favorecimento, os governos pautam suas estratégias e políticas públicas na facilitação da expansão e consolidação dessa grande empresa capitalista de apropriação privada da natureza e permissividade no envenenamento da vida.

Outras medidas, de desmonte da proteção socioambiental frente aos efeitos nefastos de determinados agrotóxicos, são emblemáticas, como: a extinção do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA); o enfraquecimento e esvaziamento dos órgãos reguladores; a nomeação de cargos da gestão pública a representantes do setor privado com evidente conflito de interesses; a aceleração do trâmite do projeto de Lei nº 6.299/02 que revoga a Lei nº 7.802//89 que dispõe sobre comércio, registro, produção e demais atividades atinentes aos

14 anos. 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/campo-e-lavoura/noticia/2019/06/liberacao-de-agrotoxicos-no-brasil-e-a-maior-em-14-anos-cjwjs4f1203at01oi1ew0o9en.html>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴⁵ BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: Ffch - Usp, 2017.

⁴⁶ GILLAM, The Guardian Carey (ed.). *Who is paying for Monsanto's crimes? We are*. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/mar/30/who-is-paying-for-monsantos-crimes-we-are>. Acesso em: 20 jun. 2019.

agrotóxicos e flexibiliza a regulamentação desses produtos no país; bem como alteração e flexibilização de outras legislações relacionadas a temática ambiental e dos agrotóxicos; a extinção do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea), e outras medidas.

Frente a esses retrocessos, não se pode olvidar que, quando se trata do Princípio de Desenvolvimento Sustentável, não se está protegendo, apenas, a natureza e seus correlatos habitantes, mas a proteção do futuro, das gerações futuras e de seus direitos à vida e à saúde⁴⁷, nesse sentido Prieur alerta que:

reduzir ou revogar as regras de proteção ambiental teria como efeito impor às gerações futuras um ambiente mais degradado. [...] o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, pode ser interpretado, no contexto ambiental e atual, como advogando em favor do princípio de não regressão, pois veda a submissão das gerações futuras a normas responsáveis pelo recuo na proteção jurídica do meio ambiente⁴⁸.

O Princípio de Desenvolvimento Sustentável não pode ser, apenas, uma integração entre os aspectos ambientais, econômicos e sociais, uma visão simplória de ser o equilíbrio desses três aspectos. Sustentabilidade significa respeitar as funções como prioridade, bem como se respeitar limites ecológicos. Quando se entende que alguns interesses são mais essenciais, não se pode mais balancear com o mesmo peso. O desenvolvimento sustentável deve ser um princípio geral de direito alcançado a partir de uma governança internacional e nacional transparente e da implementação de leis ambientais.⁴⁹

A geração atual já tem sofrido com os efeitos nefastos da contaminação por agrotóxicos, onde o poder público entende razoável atribuir um valor de consumo diário, Ingestão Diária Aceitável (IDA), que consiste em um envenenamento gradativo, pois muitos dos agrotó-

⁴⁷ RIEUR, Michel. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: SENADO FEDERAL (org.). *O Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 11-54. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴⁸ PRIEUR, Michel. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: SENADO FEDERAL (org.). *O Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 20. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴⁹ VOIGT, Christina. Integration and ecological integrity. In: Christina Voigt (ed.). *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

xicos utilizados no Brasil têm efeitos de desregulamentação endócrina⁵⁰, cuja doença não vem pela dose, mas pela exposição. Dessa forma, se conclui que não existe dose segura quando se fala na desregulamentação endócrina⁵¹.

Mais do que isso, o Limite Máximo de Resíduo (LMR) nos alimentos regulamentados pela legislação brasileira são alarmantes quando comparados com a legislação da União Europeia. Questiona-se porque os brasileiros consomem alimentos com mais resíduos de agrotóxicos dos que os cidadãos europeus?⁵² Não há, em termos biológicos, qualquer justificativa que comprove que os organismos são diferentes e, por isso, se teria uma maior resistência aos efeitos nocivos.

Para ilustrar esse panorama, o inseticida Malationa é o 16º agrotóxico mais vendido no Brasil e tem como LMR dezesseis vezes maior que na União Europeia, sendo permitido 8 mg/kg no Brasil, enquanto 0,5 mg/kg na União Europeia⁵³.

A falta de equidade nas políticas públicas dos países do Sul Global é algo recorrente. Na década de 80, a sociedade civil promoveu campanhas para denunciar o efeito nocivo de políticas do Banco Mundial de apoio a projetos de desenvolvimento em países de baixa renda, expondo as falhas referentes à redução da pobreza, respeito aos direitos dos povos indígenas e de proteção ambiental. Esse movimento demandou de cortes nacionais e organizações internacionais o reconhecimento da

responsabilidade de empresas por violações de direitos humanos⁵⁴.

Fruto das demandas de limitar práticas corporativas abusivas em busca da responsabilização de empresas nas violações de direitos humanos, consolidaram-se as Normas sobre Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e Outras Empreendimentos Privados, cujo texto enuncia princípios no sentido de que

[...] embora os Estados sejam os principais sujeitos de deveres, agentes empresariais também possuem obrigações perante o direito internacional dos direitos humanos; estas obrigações se aplicam de maneira universal e dizem respeito a um leque amplo de direitos; governos precisam tomar medidas para proteger os indivíduos contra abusos perpetrados por empresas [...]⁵⁵.

Os exemplos descritos ilustram um caminho evolutivo do direito internacional na proteção dos direitos humanos e sua relação com o meio ambiente.

Em paralelo a esses movimentos, que demandavam sanções aos atos lesivos praticados por transnacionais, iniciou-se a discussão acerca do ecocídio, que seria o reconhecimento de um crime internacional contra o meio ambiente a exemplo dos crimes contra a humanidade. Essa discussão ganhou amplitude após o lançamento pelos Estados Unidos do Agente Laranja no Vietnã⁵⁶.

Nesse panorama, não se pode olvidar a importância no reconhecimento de uma jurisdição internacional penal, por meio do Tribunal Penal Internacional, criado pelo Tratado de Roma em 1998 com competência para julgar crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de genocídio e crime de agressão.

Todavia, sendo os direitos humanos um processo de construção e reconstrução a partir das demandas so-

⁵⁰ Os desreguladores endócrinos são substâncias, incluindo vários pesticidas, que interferem com os sistemas endócrinos dos seres humanos e dos animais selvagens, causando efeitos nocivos como o câncer, alterações comportamentais e anomalias reprodutivas, mesmo com uma exposição a doses extremamente baixas. (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Para uma estratégia temática da utilização sustentável dos pesticidas*. Bruxelas: Com(2002) 349 Final, 2002. Disponível em: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2002/PT/1-2002-349-PT-F1-1.Pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017. p.14).

⁵¹ AGROTÓXICOS e Saúde. Florianópolis: Ministeriopublicosc, 2019. 1 vídeo (0:57 seg.). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=stn1CnOt_Oc. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁵² Importante ressaltar que embora se tenha um cenário de injustiça ambiental, onde as populações vulneráveis consomem maior quantidade de agrotóxicos, há também o chamado 'círculo do veneno' onde a produção agrícola dos países do Sul Global é exportada para os países do Norte contendo quantias alarmantes de agrotóxicos ou até mesmo com resíduos de agrotóxicos banidos em seus países de origem, visto que a legislação daqueles países são mais permissivas. ALBUQUERQUE, Letícia. *Poluentes orgânicos persistentes: uma análise da Convenção de Estocolmo*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁵³ BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: Ffch - Usp, 2017. p. 254.

⁵⁴ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Rev. int. direitos human.*, v.6, n.11, p.174-191, 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200009>.

⁵⁵ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Rev. int. direitos human.*, v.6, n.11, p.179. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200009>.

⁵⁶ BROCHADO NETO, Djalma Alvarez; ALVERNE, Tarin Cristiano Frota Mont'. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p.211-226, 22 maio 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5203>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5203/3751>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ciais, do espaço simbólico de lutas e ação social⁵⁷, no atual estágio de degradação da vida planetária, há a necessidade de se buscar um instrumento forte que possibilite eficácia na proteção ambiental.

Percebemos, assim, que, apesar dos diversos instrumentos protetivos ambientais que reafirmam compromissos assumidos nas Conferências sobre o tema, não se encontrou um mecanismo jurídico capaz de reduzir a prática de determinadas condutas nocivas, como no caso dos agrotóxicos onde danos ambientais e humanos continuam sendo cometidos, até mesmo em larga escala.

No Brasil há uma gama de legislações protetivas, porém essa proteção está sempre atrelada ao fator econômico e, por consequência, à questão transnacional. Nesse sentido, o interesse político local flexibiliza a proteção, deixando um nível protetivo ineficaz. As empresas transnacionais optam por construir suas plantas operacionais, via de regra onde se produz a poluição, em países com legislação ambiental e social mais branda.

As variadas abordagens sobre os mesmos crimes acabam por provocar o chamado *dumping* ambiental, servindo de catalizador para atividades criminosas. Agentes econômicos internacionais (empresas transnacionais, via de regra), optam por construir instalações poluentes ou degradantes em nações onde a legislação é mais branda, auferindo maiores lucros, frente à desnecessidade de adoção de medidas em relação à proteção do meio ambiente. A ausência de padronização dos crimes entre os Estados, portanto, favorece o incremento da criminalidade ambiental, especialmente naqueles onde haja consequências regionais ou globais⁵⁸.

Há uma crítica, portanto, a respeito dessa falta de equidade da legislação ambiental que promove a possibilidade das corporações escolherem “o melhor país para depositar seus rejeitos e contaminação”. Nesse caminho se entende importante uma padronização dos crimes cometidos contra a natureza.

Este é um dos aportes do crime de ecocídio, que apresenta diversas conotações, podendo ser entendido como um tipo penal em si, como um movimento de cri-

minalização, como movimentos a favor de uma maior proteção do meio ambiente, como uma categoria de criminalização moral⁵⁹.

[...] o ecocídio, reconhecidamente um crime grave e de grandes proporções, funciona como bandeira de uma política de proteção penal do meio ambiente. Reconhecê-lo neste último sentido significa, portanto, promover uma série de discussões legislativas e doutrinárias com definição de diversos crimes ambientais, meios de reparação e compensação dos danos, análises de responsabilidade criminal, civil e administrativa de pessoas físicas e jurídicas, reflexões sobre a existência de personalidade da natureza, entre outros temas. O ecocídio, nestes termos, não se adstringe a um tipo penal: resume uma diretriz a nortear países e Organizações Internacionais (OIs) rumo à criminalização efetiva de condutas prejudiciais à natureza e sua preservação.⁶⁰

Ecocídio⁶¹ está atrelado aos crimes ambientais de grande escala, a destruição intencional do todo ou parte de um ecossistema global, aos crimes ambientais internacionais de grande monta por meio da lesão ao direito a um meio ambiente saudável, a perda de ecossistemas de um determinado território cuja influência se perpetua na sobrevivência dos habitantes daquele território, a extinção massiva das espécies por meio das atividades antropogênicas⁶².

⁵⁹ DAROS, Leatrice Faraco. *Justiça ecológica e crime internacional: os limites e as possibilidades do direito no combate ao ecocídio*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/190258/PDPC1380-D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁶⁰ BROCHADO NETO, Djalma Alvarez; ALVERNE, Tarin Cristino Frota Mont'. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 220, 22 maio 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5203>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5203/3751>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁶¹ Não se pretende aqui discutir se o ecocídio seria um movimento de criminalização geral de diversas condutas contra o meio ambiente ou se seria um tipo penal, o ecocídio “política pública” ou o “ecocídio crime”. BROCHADO NETO, Djalma Alvarez; ALVERNE, Tarin Cristino Frota Mont'. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p.211-226, 22 maio 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5203>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5203/3751>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁶² DAROS, Leatrice Faraco. *Justiça ecológica e crime internacional: os limites e as possibilidades do direito no combate ao ecocídio*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis,

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 1, jan/mar 2009.

⁵⁸ BROCHADO NETO, Djalma Alvarez; ALVERNE, Tarin Cristino Frota Mont'. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p.211-226, 22 maio 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5203>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5203/3751>. Acesso em: 20 jun. 2019.

Quando se analisa toda a flexibilidade da legislação protetiva perante as atividades e comércio de agrotóxicos, se conclui que não há mais uma tentativa de ocultação de efeitos nocivos, mas uma atuação conivente de envenenamento gradativo dos seres humanos, dos seres não humanos, de toda a biodiversidade que promove o equilíbrio planetário. Tanto é importante analisar essa atividade química espalhada pelo globo terrestre que um dos exemplos de ecocídio é a relação dos agrotóxicos com o extermínio de espécies de pássaros.⁶³

Em tempos mais remotos, se poderia afirmar que os danos e os riscos ambientais eram ocultados pelas grandes corporações, todavia, atualmente não se tem mais um ocultamento da nocividade, mas sim um consentimento dado pelo governo aos interesses privados das grandes corporações na contínua degradação da vida do planeta.

Analisando as medidas de flexibilização da legislação ambiental quanto ao retrocesso na proteção da contaminação por agrotóxicos, seja pela utilização de agrotóxicos já banidos por seus comprovados efeitos nocivos, seja por uma ingestão em doses diárias permitidas, as decisões políticas têm permitido infringir danos irreversíveis e perpétuos aos seres humanos, não humanos e a natureza.

Por isso, há um ecocídio consentido, em que a vida perde o sentido frente aos interesses econômicos, e as decisões sobre políticas públicas permitem um quadro de agravamento da contaminação ambiental, com consequências para a vida e a saúde de todas as formas vivas planetárias.

5 Considerações finais

Diferenças de aplicação do Princípio da Precaução nos continentes europeu e americano são um fator preponderante a ensejar a adoção de regulações internacionais sobre liberação e uso de agrotóxicos que levem em conta, seriamente, o Princípio da Precaução, considerando-se, ainda, os efeitos dessas substâncias sobre os direitos humanos à saúde e alimentação adequada.

A criação de um instrumento internacional de caráter vinculativo se faz necessário para assegurar respeito e proteção aos direitos humanos à alimentação adequada e à saúde através da proibição da prática ainda recorrente de exportação de agrotóxicos banidos em seus países e continentes de origem.

Afinal de contas, analisar os agrotóxicos na perspectiva dos direitos humanos impõe reconhecer a universalidade a todas as pessoas dos direitos à alimentação adequada e à saúde, superando discriminação de povos que hoje ainda suportam, desproporcionalmente, os ônus dos agrotóxicos perigosos.

A agroecologia se apresenta como uma grande oportunidade de alternativa ao modelo do uso intensivo de agrotóxicos, capaz de alimentar toda a população mundial assegurando que ela pode ser adequadamente nutrida, por um modelo sustentável que substituiu o químico pelo biológico.

Esse modelo estimula práticas agrícolas mais adaptadas ao ambiente local e promove a fertilidade e saúde do solo a longo prazo, promove a melhora da qualidade do ar, do solo e das águas superficiais e subterrâneas permitindo a preservação dos serviços ecossistêmicos, como o controle natural de pragas, e ajudando ainda a mitigar os efeitos das mudanças climáticas reduzindo as emissões de gases de efeito estufa.

O Brasil, em vez de caminhar no sentido dos avanços científicos nacionais e internacionais relatados no relatório analisado, encontra-se sob ameaça de experimentar um grave retrocesso na proteção ao uso de agrotóxicos, que é parte de um amplo e intenso processo de retrocesso ambiental em que se encontra inserido o país.

Um desses retrocessos pretende interferir na legislação federal de autorização e registro de agrotóxicos, em sentido contrário à recomendação do relatório do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que reforça a necessidade de cooperação entre os órgãos responsáveis da agricultura, saúde pública e meio ambiente na regulação e controle para evitar os impactos adversos dos agrotóxicos e mitigar os riscos relacionados ao seu uso indevido e intensivo.

lis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/190258/PDPC1380-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁶³ <https://cop21.endecocide.org/en/examples-of-ecocide-2/>

Referências

- AGÊNCIA Nacional de Vigilância Sanitária. 2012. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/resulta-do-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2665456&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=seminario-volta-a-discutir-mercado-de-agrotoxicos-em-2012&inheritRedirect=true
- AGROTÓXICOS e Saúde. Florianópolis: Ministerio-publicosc, 2019. 1 vídeo (0:57 seg.). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=stn1CnOt_Oc. Acesso em: 25 mar. 2019.
- ALBUQUERQUE, Letícia. *Conflitos socioambientais na zona costeira catarinense*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009.
- ALBUQUERQUE, Letícia. *Poluentes orgânicos persistentes: uma análise da Convenção de Estocolmo*. Curitiba: Juruá, 2006.
- BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: Ffch - Usp, 2017.
- BOMBARDI, Larissa Mies. *Pequeno ensaio cartográfico sobre o do uso de agrotóxicos no Brasil*. São Paulo: Laboratório de Geografia Agrária - Usp, 2016.
- BROCHADO NETO, Djalma Alvarez; ALVERNE, Tarin Cristino Frota Mont'. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p.211-226, 22 maio 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5203>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5203/3751>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- CARNEIRO, Fernando Ferreira (org.). *Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016.
- CARSON, Rachel. *Silent Spring*. Boston: Mariner Books, 2002.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Para uma estratégia temática da utilização sustentável dos pesticidas*. Bruxelas: Com(2002) 349 Final, 2002. Disponível em: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2002/PT/1-2002-349-PT-F1-1.Pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- DAROS, Leatrice Faraco. *Justiça ecológica e crime internacional: os limites e as possibilidades do direito no combate ao ecocídio*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/190258/PDPC1380-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. *Ato nº 24, de 9 de abril de 2019*. Brasília.
- END ecocide on earth. Disponível em: <https://www.endecocide.org/>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Rev. int. direitos human.*, v.6, n.11, p.174-191, 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200009>.
- FREITAS, Cleuton César Ripol de. A Pulverização Aérea na Escola Rural São José do Pontal: uma abordagem dos fatos e suas circunstâncias. In: SOUSA, Murilo Mendonça Oliveira de; FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues (org.). *Agrotóxicos: violações socioambientais e direitos humanos no Brasil*. Anápolis: Universidade de Goiás, 2016.
- GAUCHAZH (ed.). *Liberção de agrotóxicos no Brasil é a maior em 14 anos*. 2019. Disponível em: <https://gau-chazh.clicrbs.com.br/economia/campo-e-lavoura/noticia/2019/06/liberacao-de-agrotoxicos-no-brasil-e-a-maior-em-14-anos-cjwjs4f1203at01oi1ew0o9en.html>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- GILLAM. The Guardian Carey (ed.). *Who is paying for Monsanto's crimes? We are*. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/mar/30/>

- who-is-paying-for-monsantos-crimes-we-are. Acesso em: 20 jun. 2019.
- JENDROSKA, Jerzy; BAR, Magdalena. *Procedural Environmental Rights: Principle X In Theory and Practice*. Cambridge: Intersentia Ltd, 2017.
- LE PRESTRE, Philippe. *Ecopolítica Internacional*. São Paulo: Senac, 2000.
- LIMA, Juliana Schmitz Paes de. Interdependência e os organismos internacionais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; RI JÚNIOR, Arno dal (org.). *Relações Internacionais: interdependência e sociedade global*. Ijuí: Unijuí, 2003.
- NYE, Joseph S. *Soft power: the means to success in world politics*. New York: Public Affairs, 2016.
- ONU BRASIL. *Relator e chefe ambiental da onu cobram reconhecimento do direito humano a um planeta saudável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relator-e-chefe-ambiental-da-onu-cobram-reconhecimento-do-direito-humano-a-um-planeta-saudavel/>. Acesso em: 5 jun. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *OPAS/OMS destaca importância da atuação conjunta de setores da saúde, agricultura e meio ambiente na regulamentação de agrotóxicos*. 2018. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5756:opas-oms-destaca-importancia-da-atuacao-conjunta-dos-setores-da-saude-agricultura-e-meio-ambiente-na-regulamentacao-de-agrotoxicos&Itemid=839. Acesso em : 21 de junho de 2019.
- ORTIZ, Eduardo. *El estudio de las relaciones internacionales*. Santiago do Chile: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 1, jan/mar 2009.
- PRIEUR, Michel. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: SENADO FEDERAL (org.). *O Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- REUTERS. *Ministério da Agricultura aprova registro de mais 42 agrotóxicos, totalizando 211 no ano*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2019/06/24/ministerio-da-agricultura-aprova-registro-de-mais-42-agrotoxicos-totalizando-211-no-ano.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- UN ENVIRONMENT PROGRAMME. *About UN environment*. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/pt-br/node/705>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- UNITED NATIONS. General Assembly. *A/HRC/34/48*. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right to food. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48. Acesso em: 21 jun. 2019.
- UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/66/288*. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/66/PV.123>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- VOIGT, Christina. Integration and ecological integrity. In: Christina Voigt (ed.). *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- WODAGENEH, Alemayehu. *Trouble in Store*. 1997. Disponível em: <http://www.ourplanet.com/imgver-sn/86/woda.html>. Acesso em: 25 ago. 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A justiça espacial e ambiental e a teoria do risco: a responsabilidade do governo na prevenção contra desastres (no Brasil)

Space and environmental justice and the risk theory: the responsibility of government in prevention against disasters (in Brazil)

José Adércio Leite Sampaio

Edson Rodrigues de Oliveira

A justiça espacial e ambiental e a teoria do risco: a responsabilidade do governo na prevenção contra desastres (no Brasil)*

Space and environmental justice and the risk theory: the responsibility of government in prevention against disasters (in Brazil)

José Adércio Leite Sampaio**

Edson Rodrigues de Oliveira***

Resumo

Este artigo estimula reflexões acerca dos riscos de desastres naturais e artificiais e suas consequências hodiernas e vindouras. No tocante às catástrofes, as atividades de segurança pública, que vinculam às atribuições de defesa civil, representam a força física e técnica de resposta do Estado. Os resultados satisfatórios dessas ações congregam múltiplos ramos científicos, mas com respostas interdisciplinares. Historicamente, os desastres eram sinalizados pelo risco vinculado ao quesito da ameaça (potenciais efeitos traumáticos do evento), mas, os iluministas Voltaire e Rousseau, a partir do episódio sísmico de 1755 em Lisboa, fomentaram a migração das atenções para a vulnerabilidade das comunidades frente aos desastres (baixo nível de capacidade de enfrentamento e superação aos efeitos traumáticos do evento). A temática sugere a mister previsibilidade científica das situações de risco de desastres e o adequado investimento preventivo, antecipando-se ao evento e mitigando perdas e danos. O problema emerge das amostras dos três últimos desastres de barragens de rejeitos de minérios em Minas Gerais, demonstrando objetivamente a adoção do arquétipo arcaico, em detrimento das comunidades e bens vulneráveis. Emprega-se o método hipotético dedutivo, justifica-se a pesquisa pelo crescente potencial de risco de desastres e da vulnerabilidade das pessoas em face das mudanças e dos fenômenos climáticos. No Brasil, há destaque ainda a pluralidade de barragens de rejeitos de mineração em condições análogas às recentemente rompidas.

Palavras-chave: Justiça ambiental. Risco, ameaça e vulnerabilidade. Prevenção aos desastres. Rompimento de barragens.

Abstract

This article stimulates reflections on the risks of natural and artificial disasters and their consequences in the present and future days. With regard to disasters, public security activities, which are linked to civil defense tasks, represent the state's physical and technical response strength. The satisfactory results of these actions bring together multiple scientific branches, but with

* Recebido em 16/07/2019
Aprovado em 04/09/2019

** Graduado, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professor Adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Procurador Regional da República do Ministério Público Federal, Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Membro de corpo editorial da Revista Científica da Fundação Escola Superior do MPDFT, Revisor de periódico da Pensar (UNIFOR) e Membro de corpo editorial da Revista Brasileira de Direito Constitucional (Impresso). E-mail : joseadercio.contato@gmail.com.

*** Bacharel em Direito pela UFMG, Graduado em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar/MG, Graduado em e Gestão Ambiental pela UNOPAR, pós graduado Lato sensu em Teologia, pela FAFH/BH e Segurança Pública pela PUCMinas, Mestre em Direito Ambiental e Doutorando em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte. Oficial do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, no posto de Coronel. E-mail : edsonrol@yahoo.com.br.

interdisciplinary responses. Historically, disasters were signaled by the risk linked to the threat issue (potential traumatic effects of the event), but the Illuminist Voltaire and Rousseau, due to the 1755 seismic episode in Lisbon, fostered the migration of attention to the vulnerability of communities to disaster (low level of coping ability and overcoming the traumatic effects of the event). The theme suggests the scientific predictability of disaster risk situations and appropriate preventive investments, anticipating the event and mitigating losses and damages. The problem emerges from the samples of the last three disasters of mine tailings dams in Minas Gerais, objectively demonstrating the adoption of the archaic archetype, to the detriment of vulnerable communities and goods. The method used is the hypothetical deductive, justifying research on the growing potential for disaster risk and people's vulnerability, especially in the face of climatic changes and phenomena. In Brazil, the plurality of mining tailings dams under similar conditions to those recently ruptured is also highlighted.

Keywords: Environmental justice. Risk, threat and vulnerability. Disaster prevention. Dam rupture.

1 Introdução

O presente artigo aborda a origem e a aplicação da visão iluminista sobre a Teoria do Risco de desastre e o surgimento da prevenção como instrumento de mitigação, evoluído até à atualidade. O marco histórico decorreu de 1 de novembro do ano de 1755, em Lisboa – Portugal, com o evento sísmico, seguido de maremoto, com magnitude aproximada de 9 pontos na escala Richter, com estimativas de mais de 10 mil óbitos e devastação patrimonial.

Diante dessa ocorrência, Voltaire e Rousseau propuseram que a racionalidade humana permite a previsão de situações de risco e do planejamento e medidas oportunas de antecipação e mitigação dos efeitos do evento. Nessa senda, a premissa iluminista atribui a culpa dos efeitos prejudiciais do fenômeno ao homem e não à natureza. Esse conceito foi evoluído e operacionalizado, inicialmente, pela França e pelos Estados Unidos, com reverberação gradativa a toda a Europa e a outros países desenvolvidos, nos demais continentes. Na ocasião dessa tragédia, a configuração conceitual do

risco de desastre, que continha o quesito da “ameaça” como cerne (atribuída ao potencial ofensivo do hipotético evento — com ênfase em ações reativas), migrou para a “vulnerabilidade” (das pessoas e do patrimônio, ou seja, a falta capacidade de resposta e proteção — destacando as ações preventivas mitigadoras).

Diante dos desastres dos últimos anos, a exemplo dos três últimos rompimentos de barragens de rejeitos de minérios, em Minas Gerais, no Brasil, é perceptível as exacerbadas dissonâncias entre a aplicação desse “conhecimento” em comparação com os respectivos Índices de Desenvolvimento Humanos (IDH) e outros instrumentos de mensuração de vulnerabilidade e risco. O Brasil, na posição 79 (da relação de 189 países), mediante as ações meramente reativas empreendidas, objetivamente, pelos resultados auferidos, por meio de seus órgãos especializados, ao contrário ainda do que determina a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), não tem demonstrado interesse na aplicação de ações preventivas (mas apenas reativas). A governança¹ estatal e seu viés de mobilização política, econômica e a relação com o IDH escuda-se no baluarte da soberania para arbitrar (ingerência) investimentos de segurança, todavia, sem observar a população flutuante estrangeira no País e seus efeitos e repercussões transfronteiriços, contrariando, inclusive, os ditames constitucionais.

A falta de previsibilidade e de antecipação ao “risco” de desastre, para adoção de medidas “preventivas” de mitigação efetiva aos efeitos (tais como o mapeamento, inventário, planejamento e ordenação), decorre do foco estatal centrado na “ameaça” (com predominantes ações reativas), por conseguinte, onerando o Estado e as pessoas vulneráveis e ao patrimônio. A modernidade doutrinária e constitucional do Brasil estabeleceu a meta preventiva, estabelecida na temática da “vulnerabilidade”, todavia, os resultados cronológicos e concretos demonstram o contrário.

Nesse diapasão, o método empregado é o hipotético-dedutivo, sob a lupa jurídica, confrontando-se analiticamente os fatos concretos ocorridos, os resultados

¹ O termo Governança, etimologicamente, significa “direção” (termo usual na cibernética e nas ciências do controle – dirigir) representa as ações do governo para “descobrir meios de identificar metas e depois identificar os meios para alcançar essas metas”. PETERS, Brainard Guy. O que é governança? *Revista do TCU*, Brasília, n. 127, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87/85>. Acesso em: 20 jun. 2019.

desses eventos e o cotejo à doutrina e a Lex, com fulcro no acervo bibliográfico interdisciplinar invocado. Por objetivo geral vislumbra-se o conhecimento norteador das teorias do “risco de desastre e da prevenção”. No tocante aos objetivos específicos, visa-se o exame da realidade concreta dos desastres em amostragem, especialmente referentes ao rompimento de barragens de rejeitos em Minas Gerais, Brasil, para identificação do procedimento predominante científico adotado ou não pelo governo, por meio de seus órgãos, especialmente de segurança pública, para execução das atividades de defesa civil.

O problema pode ser evidenciado na amostra dos três últimos episódios ocorridos em Minas Gerais, nos rompimentos sucessivos das barragens de rejeitos minerais nos municípios de Mariana e Brumadinho. Estima-se que os atinentes desastres sucessivos eram tecnicamente previsíveis, mas os órgãos responsáveis pela fiscalização e execução de medidas preventivas não o fizeram oportunamente. A responsabilidade de segurança principal era das respectivas pessoas jurídicas (Vale e San Marco – denominados garantidores), mas o Estado, em face das temerárias ações e omissões dos órgãos especializados, “vulnerabilizou” ainda mais as pessoas e patrimônio envolvidos. O paradoxo do “conhecimento” disponível e desprezado pelos órgãos de governo afetos e as consequências sedimentadas demonstraram despreparo e necessidade emergente de alteração estrutural, dentre as quais, a reformulação constitucional e administrativa da prestação da defesa civil (art. 144, caput e “§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.”, da CRFB e art. 142, caput e inciso II, da CE/89 – grifou-se), sob pena de reiteração dos eventos catastróficos, combatidos pelos iluministas.

Diante dessa conjuntura, a pesquisa se desenvolve, além da presente introdução, pelos capítulos da: 2) justiça espacial e ambiental, externando o quanto os pobres são discriminados; 3) a gestão de risco, destacando a racionalidade do pensamento de Voltaire e Rousseau e evoluções decorrentes; 4) as amostras de desastres naturais e breves reflexões iluministas; 5) do rompimento de barragens de rejeitos em Minas Gerais, no Brasil; 6) a fiscalização e as atividades de defesa civil e; 7) as considerações finais.

2 A justiça espacial e justiça ambiental

Conceitualmente, a temática da justiça ambiental e justiça espacial foram coroadas por pluralidade de eventos discriminatórios e repercussões danosas por fatores adversos, especialmente antrópicos². Ambos os conceitos são análogos, sendo o primeiro vinculado à distribuição geográfica dos efeitos socioambientais³, enquanto o segundo destaca o desprestígio pela discriminação da distribuição de oportunidades e seleção econômica da qualidade e efeitos ambientais locais. A corrente da justiça ambiental visa assegurar “igual proteção contra os riscos ambientais em relação às questões de saúde e qualidade de vida” a todas as comunidades, para que desfrutem do direito de viver em um ambiente seguro, independentemente da etnia, sexo, idade ou nível de renda⁴.

O quadro semântico advém de repercussões reflexivas históricas, como os ativismos estadunidenses, destacados na década de 1970, que questionavam situações de racismo ambiental (implicando desigualdade social na distribuição espacial de impactos e riscos ambientais), em que determinados grupos de pessoas eram excluídos pela fragilidade econômica, sendo coagidos às margens geográficas ou espaciais, submetendo-se aos baixos investimentos em saneamento básico, infraestrutura, educação, com estímulos à aglutinação demográfica e de construções informais, à concentração de ambientes insalubres e de risco, como aterros sanitários, dentre outros, especialmente pelo critério étnico racial e econômico⁵.

² SCHLOSBERG, David. Reconcepting environmental justice: global movements and political theories. *Environmental politics*, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 517-540, 2004. Disponível em: <https://www.uea.ac.uk/documents/40159/0/hh6-schlosberg-reconceiving-ej-2004/6bf17634-9470-4321-82db-7c6c1c5274b8>. Acesso em: 21 jun. 2019.

³ MARTÍNEZ, Teresa. “Los geógrafos y la teoría de riesgos y desastres ambientales”. *Perspectiva Geográfica*, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 241-263, 2009. p. 248. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3644793>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁴ CAMPOS-VARGAS, Milagros; APARICIO, Alejandra Toscana; ALANÍS, Juan Campos. Riesgos socioambientales: vulnerabilidad socioeconómica, justicia ambiental y justicia espacial. *Cuadernos de Geografía*, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 53-69, 2015, p. 60. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcdg/v24n2/v24n2a4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁵ RAWLS, J., *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.; BULLARD, R. D. *Confronting environmental racism: voices from the grassroots*. Boston: South End Press, 1993.; BUL-

Em países de terceiro mundo, de desenvolvimento industrial, surge também o denominado “ambientalismo dos pobres”, na proposição do “ambientalismo antropocêntrico e não antropocêntrico”, em sentido de que o ambientalismo atende aos anseios dos ricos e prejudica os pobres⁶. Consoante Pezzullo e Sandler, os pobres são politicamente marginalizados e sofrem significativamente com os efeitos da degradação ambiental⁷. No mesmo diapasão, a exacerbada injustiça, na visão global do ônus dos impactos ambientais insidem às nações e pessoas mais desprovidas economicamente⁸. Nessa assertiva, a influência, oscilação e migração

global da econômica e da relação de impactos e desprestígio ambientais, marginalizam os pobres⁹.

Nesse contexto, a justiça ambiental, que hodiernamente abarca a justiça espacial, o ambientalismo dos pobres, o racismo ambiental, representa a abordagem sistemática de avaliação socioambiental de mensuração dos impactos ambientais e níveis de influência econômicas na elitização e marginalização geopolítica, balizando a aproximação ou o distanciamento do meio ambiente ecologicamente equilibrado, no local de amostragem indicado (região, nação ou continente). A justiça ambiental específica que grupos raciais ou étnicas, ou famílias com baixa renda econômica, estão muito mais expostos a uma série de problemas e riscos ambientais do que os grupos com maior perfil socioeconômico¹⁰. Assim, conforme a linhagem do justiça ambiental visa à garantia de estudos de impacto ambiental e respectiva distribuição equânime dos riscos¹¹.

A justiça ambiental está dividida em quatro filamentos básicos¹². A primeira é a **distributiva**, destacando o foco na igualdade de tratamento e distribuição de bens, serviços e oportunidades. A segunda clivagem é de cunho **processual**, que infere tomada de decisão isenta, racional, quântica e participativa. A **corretiva** refere-se à escorreita punição aos desvios de comportamento, enquanto a **social** vislumbra a agregação do *knowhow* étnico, cultural e econômico e ameaças políticas em detrimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nessa seara, o índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de cada País, conforme classificação do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (UNDP)¹³, é um referencial potencial de balizamento

LARD, R. D. *Dumping in dixie: race, class, and environmental quality*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1990.; BULLARD, R. D. *Unequal protection: environmental justice and communities of color*. San Francisco: Sierra Club Books, 1994.; BULLARD, R. D.; WRIGHT, B. H. The quest for environmental equity: mobilizing the african-american community for social change. In: DUNLAP, R. E.; MERTIG, A. G.(ed.). *American environmentalism: the U.S. environmental movement, 1970–1990*. New York: Taylor and Francis, 1992. p. 39–49.

⁶ WENZ, Peter. Does environmentalism promote injustice for the poor? In: SANDLER, Ronald; PEZZULLO, Phaedra C. (ed.). *Environmental justice and environmentalism the social justice challenge to the environmental movement*. Cambridge: MIT, 2007. p. 57-84. p. 58. Disponível em: <http://comphacker.org/comp/engl338/files/2012/08/Environmental-Justice-and-Environmentalism-The-Social-Justice-Challenge-to-the-Environmental-Movement-Ronald-Sandler-and-Phaedra-C.-Pezzullo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.; MARTÍNEZ-ALIER, Joan. *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración*. 5. ed. Barcelona: Icaria, 2011.

⁷ PEZZULLO, Phaedra C.; SANDLER, Ronald. Introduction: Revisiting the Environmental Justice Challenge to Environmentalism. In: PEZZULLO, Phaedra C.; SANDLER, Ronald (ed.). *Environmental justice and environmentalism the social justice challenge to the environmental movement*. Cambridge: MIT, 2007. p. 1-24. p. 17. Disponível em: <http://comphacker.org/comp/engl338/files/2012/08/Environmental-Justice-and-Environmentalism-The-Social-Justice-Challenge-to-the-Environmental-Movement-Ronald-Sandler-and-Phaedra-C.-Pezzullo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.; SANDLER, Ronald (ed.). *Environmental justice and environmentalism the social justice challenge to the environmental movement*. Cambridge: MIT, 2007. p. 285-308. Disponível em: <http://comphacker.org/comp/engl338/files/2012/08/Environmental-Justice-and-Environmentalism-The-Social-Justice-Challenge-to-the-Environmental-Movement-Ronald-Sandler-and-Phaedra-C.-Pezzullo.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2019.

⁸ ROBERTS, J. Timmons. Globalizing environmental justice. In: PEZZULLO, Phaedra C.; SANDLER, Ronald (ed.). *Environmental justice and environmentalism the social justice challenge to the environmental movement*. Cambridge: MIT, 2007. p. 285-308. Disponível em: <http://comphacker.org/comp/engl338/files/2012/08/Environmental-Justice-and-Environmentalism-The-Social-Justice-Challenge-to-the-Environmental-Movement-Ronald-Sandler-and-Phaedra-C.-Pezzullo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.; SCHLOSBERG, David. Reconceiving environmental justice: global movements and political theories. *Environmental politics*, [S.l.], v. 13, n. 3, p. 517-540, 2004. p. 521. Disponível em: <https://www.uea.ac.uk/documents/40159/0/hh6-schlosberg-reconceiving-ej-2004/6bf17634-9470-4321-82db-7c6e1c5274b8>. Acesso em: 21 jun. 2019.

⁹ MARTINEZ-ALIER, Joan; TEMPER, Leah; BENE, Daniela Del; SCHEIDEL, Arnim. Is there a global environmental justice movement?. *The Journal of Peasant Studies*, [S.l.], v. 43, n. 3, p. 731-755, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/301694370_Is_there_a_global_environmental_justice_movement/download. Acesso em: 21 jun. 2019.

¹⁰ CAMPOS-VARGAS, Milagros; APARICIO, Alejandra Toscana; ALANÍS, Juan Campos. Riesgos socioambientales: vulnerabilidad socioeconómica, justicia ambiental y justicia espacial. *Cuadernos de Geografía*, [S.l.], v. 24, n. 2, p. 53-69, 2015. p. 60. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcdg/v24n2/v24n2a4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹¹ FISCHHOFF, Baruch P; KADVANY, John A. *Riesgo: una breve introducción*. Madrid: Alianza, 2013.

¹² KUEHN, Roberth R. A taxonomy of environmental justice. *Environmental Law Reporter*, [S. l.], v. 30, p. 10681-10703, 2000. Disponível em: <https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1137&context=aprci>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹³ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME.

da “vulnerabilidade das pessoas e do patrimônio, como demonstram os efeitos traumáticos dos eventos catastróficos ocorridos nos últimos anos”.

3 A gestão do risco

As calamidades mundiais contemporâneas afloram razões para fomento das pesquisas e parametrização de riscos e demandadas gestões, especialmente preventivas a eventos danosos¹⁴. Historicamente, várias catástrofes assolaram o mundo, mas uma das pioneiras em relevância científica de época refere-se ao episódio de um terremoto ocorrido em 1 de novembro de 1755, na cidade de Lisboa, gerando a destruição parcial da cidade, por meio de incêndios e outras conjugações, tendo como saldo negativo entre 10.000 e 70.000 mortes¹⁵.

Diante do trágico evento, Voltaire e Rousseau inovaram e refutaram a proposição da época de atribuir a culpa do evento à divindade ou à natureza, mas sim ao homem, ser racional, capaz de interpretar o ambiente, sazonalidade e outros fatores, para mitigarem os efeitos trágicos¹⁶. Assim, a visão de risco tinha como leme a “ameaça” (potencial traumático do fenômeno) e foi substituído pela locução da “vulnerabilidade” (capacidade de resposta e subsistência ao evento), uma vez que a racionalidade humana poderia prever e interpretar possíveis eventos e oportunamente estabelecer medidas preventivas mitigadoras. A partir dessas reflexões filosóficas, doutrinariamente, a prevenção passou a ocupar o patamar privilegiado na gestão de riscos. As ações

reativas ou curativas passaram a segundo plano. Nessa seara de concepção e dimensionamento do risco e consequências do desastre, a “ameaça” de fatores adversos foi substituída pela “vulnerabilidade” humana e ambiente, como efeito do nível de planejamento humano.

Figura 1 – Evolução da teoria do risco



Fonte: Elaborada pelos autores (2019).

Entretanto, as ocorrências registradas comprovam que a arcaica visão do risco estabelecido na ameaça e nas ações reativas, em detrimento das comunidades vulneráveis, ainda é vigente nos dias atuais, especialmente no Brasil¹⁷. Evolutivamente, a corrente anglo-saxônica “da ecologia humana”, da escola de Chicago retomou a discussão ao final do século XIX e XX, com fulcro interdisciplinar das ciências sociológicas, ratificando a relação do ser humano com o ambiente natural, sob um contexto ambiental¹⁸. Outrossim, o risco assumiu a roupagem sociocultural, em relação à sociedade (antrópica) e o ambiente natural, gerando situações propensas aos desastres, como aditivo de impulsão aos fenômenos naturais e artificiais.

Assim, sedimentou-se a doutrina de aglutinação dos riscos naturais e dos riscos humanos e ambientais, suscitando a conexão do conhecimento geográfico do local e do seu contexto à vulnerabilidade social¹⁹. Destarte,

Human development indices and indicators 2018. UNDP, 29 Feb. 2019. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>. Acesso em: 26 jul. 2019.

¹⁴ CAMPOS-VARGAS, Milagros; APARICIO, Alejandra Toscana; ALANÍS, Juan Campos. Riesgos siconaturales: vulnerabilidad socioeconómica, justicia ambiental y justicia espacial. *Cuadernos de Geografía*, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 53-69, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcdg/v24n2/v24n2a4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁵ BÖHME, Gernot; BÖHME, Hartmut. *Fuego, agua, tierra, aire: una historia cultural de los elementos*. Barcelona: Herder, 1996.

¹⁶ AROUET, François-Marie [pseudônimo - Voltaire]. *Poemes sur le désastre de Lisbonne at sur la loi naturelle, avec des prefates des notes, [...]*. Paris: Galica, 1756. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5727289v/Ĥ.image>. Acesso em: 25 jul. 2019.; ROUSSEAU, Jean-Jacques. Carta de Rousseau a Voltaire sobre a providência. Tradução e aparato crítico de Maria das Graças de Souza. In: MENEZES, Edmilson (org). *História e providência*: Bossuet, Vico e Rousseau. Ilhéus: Editus, 2006.

¹⁷ BECKER, Evaldo; BECKER, Michele Amorim. Contribuições de Rousseau ao entendimento dos desastres socioambientais contemporâneos. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 37, n. 2, p. 111-126, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v37n2/06.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

¹⁸ CAMPOS-VARGAS, Milagros; APARICIO, Alejandra Toscana; ALANÍS, Juan Campos. Riesgos siconaturales: vulnerabilidad socioeconómica, justicia ambiental y justicia espacial. *Cuadernos de Geografía*, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 53-69, 2015. p. 55. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcdg/v24n2/v24n2a4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

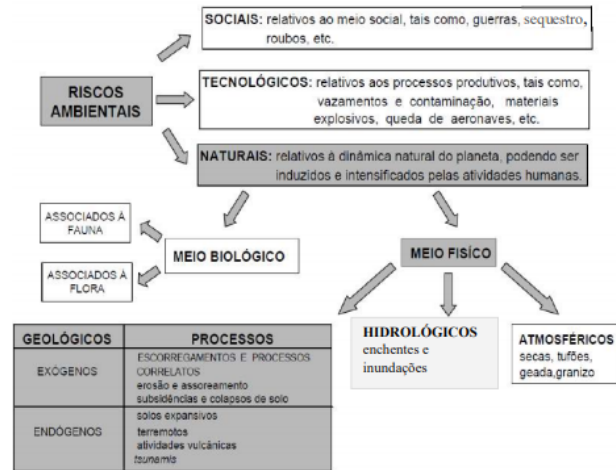
¹⁹ MARTÍNEZ, Teresa. 2009. “Los geógrafos y la teoría de riesgos y desastres ambientales”. *Perspectiva Geográfica*, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 241-263. p. 248. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3644793>. Acesso em: 10 jun. 2019.; BECKER, Evaldo; BECKER, Michele Amorim. Contribuições de Rousseau ao entendimento dos desastres socioambientais contemporâneos. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 37, n. 2, p. 111-126, maio/ago. 2014.

tanto os riscos, como os desastres, assumem uma dimensão global, com origem nas características da sociedade (“pressões dinâmicas” do crescimento populacional, urbanização e densificação, degradação ambiental, falta de ética e outros)²⁰, emergidas em crises ambientais. Esses vetores decorrem da exploração irracional dos recursos naturais disponíveis, mudanças climáticas, poluição e deterioração da biota, sem o planejamento efetivo, como os efeitos e esquemas de produção dos países desenvolvidos, por força de interesses econômicos, políticos e culturais²¹.

Desde então, a vulnerabilidade passou a ser a chave para a compreensão dos desastres (afastando-se a proposição da ameaça)²². Assim, o desastre que era um evento produzido por um fenômeno natural passou a incorporar então o elemento antrópico. Nessas premissas, reitera-se, a temática do risco de desastre aborta a previsão de ameaça e recebe efetivamente o quesito da vulnerabilidade, balizada pelos níveis estruturais de respostas preventivas e efetivas de mitigação de seus efeitos, como as “condições de insegurança”, a fragilidade social e a pobreza, entre outras²³. Nesse consórcio,

a pesquisa de Eiras²⁴ apresenta o esquema de Cerri²⁵, abrangendo a classificação dos riscos ambientais de natureza geológica e hidrológica, pontuando a questão da vulnerabilidade, em sintonia aos estudos avançados nos EUA, *ipsis*:

Figura 2 – Gênese dos risco



Fonte: Cerri (1993).

A temática da gestão de risco e perigo de desastres (ou catástrofes) é essencial e deve ser celebrada de forma interdisciplinar, multiplicando-se as linhas de ações e a agregação de conhecimento técnico nas suas diversas fases, à ilustração da afinidade dos ramos da geografia, antropologia, sociologia, economia e ecologia política, dentre outras²⁶. Nesse concerto, várias perspectivas

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v37n2/06.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.; CAMPOS-VARGAS, Milagros; APARICIO, Alejandra Toscana; ALANÍS, Juan Campos. Riesgos socio-naturales: vulnerabilidad socioeconómica, justicia ambiental y justicia espacial. *Cuadernos de Geografía*, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 53-69, 2015. p. 56. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcdg/v24n2/v24n2a4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²⁰ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human development indices and indicators 2018*. UNDP, 29 Feb. 2019, Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>. Acesso em: 26 jul. 2019.

²¹ MARTÍNEZ-ALIER, Joan. *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración*. 5. ed. Barcelona: Icaria, 2011.

²² BERROCAL VARGAS, Milena. *Análisis y evaluación de la vulnerabilidad de la población de la Fortuna de San Carlos a la actividad volcánica del volcán Arenal*. 2008. Tesis (Doctorado) - Universidad de Girona, Costa Rica, San José, 2008.; CAMPOS-VARGAS, Milagros; APARICIO, Alejandra Toscana; ALANÍS, Juan Campos. Riesgos socio-naturales: vulnerabilidad socioeconómica, justicia ambiental y justicia espacial. *Cuadernos de Geografía*, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 53-69, 2015. p. 57. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcdg/v24n2/v24n2a4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²³ RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971.; BULLARD, R. D. *Confronting environmental racism: voices from the grassroots*. Boston: South End Press, 1993.; BULLARD, R. D. *Dumping in Dixie: race, class, and environmental quality*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1990.; BULLARD, R. D. *Unequal protection: environmental justice and communities of color*. San Francisco: Sierra Club Books, 1994.; BULLARD, R. D., WRIGHT, B. H. *The quest for environmental equity: mobilizing the african-american community for social change*. In: DUNLAP, R. E.; MERTIG, A. G. (ed.). *American environmentalism: the U.S. environmental movement*, 1970–1990. New York: Taylor and Francis, 1992. p. 39–49.

1970–1990. New York: Taylor and Francis, 1992. p. 39–49.

²⁴ EIRAS, Cahio Guimarães Seabra. *Mapeamento de suscetibilidade a eventos perigosos de natureza geológica e hidrológica em São Carlos – SP*. 2017. Dissertação (Mestrado) - Escola de Engenharia de São Carlos, da Universidade de São Paulo, São Carlos, 2017. p. 45. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18132/tde-01032018-095311/en.php>. Acesso em: 29 jun. 2019.

²⁵ CERRI, Leandro Eugenio Silva. *Riscos geológicos associados a escorregamentos: uma proposta para a prevenção de acidentes*, 1993. Tese (Doutorado) – UNESP, Rio Claro-SP, 1983.

²⁶ MARTINEZ-ALIER, Joan; TEMPER, Leah; BENE, Daniela Del; Arnim Scheidel. Is there a global environmental justice movement?. *The Journal of Peasant Studies*, [S.l.], v. 43, n. 3, p. 731-755, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/301694370_Is_there_a_global_environmental_justice_movement/download. Acesso em: 21 jun. 2019.; LOURENÇO, Luciano Fernandes. *Riscos e catástrofes programa, conteúdos e métodos de ensino*. Universidade de Coimbra, 2007. p. 45. Disponível em: https://www.uc.pt/fluc/nicif/Publicacoes/Estudos_de_Colaboradores/PDF/Relatorios/2007_Riscos_e_catastrofes.pdf. Acesso em: 29 jun. 2019.; LAVELL, Allan. *La gestión local del riesgo: nociones y precisiones en torno al concepto y la práctica*. Guatemala: Centro de Coordinación para la Prevención de los Desastres Naturales en América Central (CEPRENAC), 2003.

científicas são festejadas, como a relevância da gestão de risco à tomada de decisão em favor da segurança humana e ambiental, o mapeamento social do risco, as perspectivas sicionaturais do perigo, as interações socioeconômicas²⁷, dentre outras facetas, como fatores de risco.

Nessa sintonia, à proposição de Verdel²⁸, ou da Occupational Health and Safety (OHSAS)²⁹ e do glossário de Defesa Civil³⁰, há convergência e versatilidade na uniformidade metodológica e viabilização do entendimento conceitual, dinamizando-se avaliações de risco global, com aplicação ampla à gestão de todas as organizações (indústrias, comércio, instituições públicas e outras)³¹. Em convenção técnica, na proposição do Sistemas de Gestão da Saúde e da Segurança do Trabalho, a OHSAS e o atinente glossário preconizam conceitos e, no que couber definições, basicamente uniformes.

Os conceitos mais demandados nos atinentes postulados são os de “perigo, risco, desastre, catástrofe (ou calamidade), ameaça, vulnerabilidade e prevenção”. O risco é a condição necessária ou “prelúdio” para um desastre, portanto, uma dedução lógica decorrente de informações técnicas de potencial ocorrência de fenômeno natural ou artificial (de grande repercussão — desastre de classe mais elevada ou catástrofe), que, ao ser iniciado gera a situação de perigo (qualquer condição potencial ou real imediatas que pode vir a causar morte, ferimento ou dano ao patrimônio). O “desastre”, geralmente pode ser categorizado em até quatro classificações (patamares I, II, III e IV, sendo este, por sua relevante proporcionalidade, considerado também como catástrofe ou calamidade), segundo a dimensão dos da-

nos, prejuízos e magnitudes da nocividade às pessoas e ao patrimônio. Portanto, seja natural ou artificial, o desastre decorre de um evento esporádico, de grande potencial destrutivo em pequeno lapso de tempo, impactando comunidades vulneráveis³². Já a catástrofe, termo sinônimo de calamidade, etimologicamente advém da aglutinação dos radicais gregos *kata* (para baixo) e *strophē* (virar), *strophein*, virada de expectativas³³, correspondendo, então, a desastres de grande repercussão (nível 4), lastreada por considerável número de mortos, feridos e destruição (trata-se de ocorrência eventual funesta e lastimosa).

No contesto dos termos “ameaça e vulnerabilidade”, o primeiro representa o potencial de efeitos traumáticos de determinado cenário de risco ou perigo, enquanto o segundo corresponde ao nível de capacidade de resposta e proteção das pessoas e patrimônios envolvidos. Na atualidade a relevância da vulnerabilidade é superlativa à questão da ameaça (secundária), no âmbito da ciência da gestão de risco. Nesse sentido, foram divulgados, pela revista WorldRiskIndex 2013, os 15 países mais susceptíveis pela pobreza (elevado nível de pobreza e seus reflexos à saúde, bem-estar e dignidade), e desastres, com a renda *per capita* de sobrevivência, de seus habitantes, de 1,25 USD³⁴ por dia, além dos 15 países com menor capacidade de enfrentamentos e vulnerabilidade e respectivos percentuais³⁵:

²⁷ SCHUBERT, Kirsten; GEBAUER, Thomas. The creeping disaster: global health in crisis. In: WORLDRIKREPORT 2013. Lars Jeschonnek e mediacompany, Bonn, 2013. p. 34-44. Disponível em: https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2018/WorldRiskReport_2013_online_01.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

²⁸ VERDEL, Tierry. *Méthodologies d'évaluation globale des risques: applications potentielles au génie civil*. [S. l: s. n.], 2005.

²⁹ OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY ASSESSMENTS SERIES. OHSAS180012007. *Sistema de gestão de segurança e saúde ocupacional [Trad. LS2007R1]*. British Standards Institution, 2007. Disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/7319/2/Anexo%20I%20OHSAS180012007_pt.pdf. Acesso em: 30 jun. 2019.

³⁰ BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. Glossário de Defesa Civil estudos de riscos e medicina de desastres. *Imprensa Nacional*, Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.defesacivil.mg.gov.br/images/documentos/Defesa%20Civil/manuais/GLOSSARIO-Dicionario-Defesa-Civil.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

³¹ VERDEL, Tierry. *Méthodologies d'évaluation globale des risques: applications potentielles au génie civil*. [S. l: s. n.], 2005.

³² RUTHERFORD, W.H.; BOER, J. *The definition and classification of disasters*. Injury, [S.l.], v. 15, p. 10-12, 1983.; BENSON, C.; CLAY E. J. Disasters, vulnerability and the global economy. In: KREIMER, A.; ARNOLD, M. (ed.). *The future disaster risk: building safer cities*. Washington, D. C. 2003. (Disaster Risk Management Series n. 3). p. 3-32

³³ JUSTO FILHO, João Francisco; PIQUEIRA, José Roberto Castilho. Engenharia das catástrofes: entre o determinístico e o imponderável. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 27, n. 77, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n77/v27n77a13.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

³⁴ USD corresponde ao dólar dos EUA.

³⁵ WELLE, Torsten; BIRKMANN, Jörn; RHYNER, Jakob; WITTING, Maximilian; WOLFERTZ, Jan. WorldRiskIndex 2013, In: WORLDRIKREPORT 2013. Lars Jeschonnek e MediaCompany, Bonn, p. 45-56, 2013. p. 50-53. Disponível em: https://web.archive.org/web/20140816173655/http://www.worldriskreport.com/uploads/media/WorldRiskReport_2013_online_01.pdf#. Acesso em: 20 jun. 2019.

Figura 3 – Classificação pelo nível de vulnerabilidade

<p>Deficiência financeira</p>	<p>The 15 countries with the highest susceptibility worldwide:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Country</th> <th>Susceptibility (%)</th> <th>Rank</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>Madagascar</td><td>67.42</td><td>1</td></tr> <tr><td>Mozambique</td><td>65.54</td><td>2</td></tr> <tr><td>Tanzania</td><td>65.05</td><td>3</td></tr> <tr><td>Liberia</td><td>64.05</td><td>4</td></tr> <tr><td>Chad</td><td>63.62</td><td>5</td></tr> <tr><td>Zambia</td><td>62.94</td><td>6</td></tr> <tr><td>Eritrea</td><td>62.98</td><td>7</td></tr> <tr><td>Burundi</td><td>62.50</td><td>8</td></tr> <tr><td>Haiti</td><td>61.64</td><td>9</td></tr> <tr><td>Niger</td><td>61.26</td><td>10</td></tr> <tr><td>Sierra Leone</td><td>60.68</td><td>11</td></tr> <tr><td>Central African Republic</td><td>60.01</td><td>12</td></tr> <tr><td>Comoros</td><td>59.98</td><td>13</td></tr> <tr><td>Zimbabwe</td><td>58.12</td><td>14</td></tr> <tr><td>Ethiopia</td><td>57.24</td><td>15</td></tr> </tbody> </table>	Country	Susceptibility (%)	Rank	Madagascar	67.42	1	Mozambique	65.54	2	Tanzania	65.05	3	Liberia	64.05	4	Chad	63.62	5	Zambia	62.94	6	Eritrea	62.98	7	Burundi	62.50	8	Haiti	61.64	9	Niger	61.26	10	Sierra Leone	60.68	11	Central African Republic	60.01	12	Comoros	59.98	13	Zimbabwe	58.12	14	Ethiopia	57.24	15
Country	Susceptibility (%)	Rank																																															
Madagascar	67.42	1																																															
Mozambique	65.54	2																																															
Tanzania	65.05	3																																															
Liberia	64.05	4																																															
Chad	63.62	5																																															
Zambia	62.94	6																																															
Eritrea	62.98	7																																															
Burundi	62.50	8																																															
Haiti	61.64	9																																															
Niger	61.26	10																																															
Sierra Leone	60.68	11																																															
Central African Republic	60.01	12																																															
Comoros	59.98	13																																															
Zimbabwe	58.12	14																																															
Ethiopia	57.24	15																																															
<p>Falta de enfrentamento</p>	<p>The 15 countries with the highest lack of coping capacities worldwide</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Country</th> <th>Lack of C. C. (%)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>Afghanistan</td><td>93.44</td></tr> <tr><td>Sudan</td><td>92.42</td></tr> <tr><td>Chad</td><td>91.62</td></tr> <tr><td>Zimbabwe</td><td>89.64</td></tr> <tr><td>Haiti</td><td>89.63</td></tr> <tr><td>Yemen</td><td>89.50</td></tr> <tr><td>Guinea</td><td>89.39</td></tr> <tr><td>Myanmar</td><td>89.11</td></tr> <tr><td>Iraq</td><td>88.92</td></tr> <tr><td>Central African Republic</td><td>88.62</td></tr> <tr><td>Burundi</td><td>88.06</td></tr> <tr><td>Guinea-Bissau</td><td>87.99</td></tr> <tr><td>Nigeria</td><td>87.67</td></tr> <tr><td>Eritrea</td><td>87.44</td></tr> <tr><td>Côte d'Ivoire</td><td>87.13</td></tr> </tbody> </table>	Country	Lack of C. C. (%)	Afghanistan	93.44	Sudan	92.42	Chad	91.62	Zimbabwe	89.64	Haiti	89.63	Yemen	89.50	Guinea	89.39	Myanmar	89.11	Iraq	88.92	Central African Republic	88.62	Burundi	88.06	Guinea-Bissau	87.99	Nigeria	87.67	Eritrea	87.44	Côte d'Ivoire	87.13																
Country	Lack of C. C. (%)																																																
Afghanistan	93.44																																																
Sudan	92.42																																																
Chad	91.62																																																
Zimbabwe	89.64																																																
Haiti	89.63																																																
Yemen	89.50																																																
Guinea	89.39																																																
Myanmar	89.11																																																
Iraq	88.92																																																
Central African Republic	88.62																																																
Burundi	88.06																																																
Guinea-Bissau	87.99																																																
Nigeria	87.67																																																
Eritrea	87.44																																																
Côte d'Ivoire	87.13																																																
<p>Vulnerabilidade geral</p>	<p>The 15 countries with the highest vulnerability worldwide</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Country</th> <th>Vuln. (%)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>Afghanistan</td><td>75.41</td></tr> <tr><td>Chad</td><td>74.28</td></tr> <tr><td>Eritrea</td><td>74.23</td></tr> <tr><td>Niger</td><td>73.21</td></tr> <tr><td>Haiti</td><td>73.05</td></tr> <tr><td>Sierra Leone</td><td>70.75</td></tr> <tr><td>Liberia</td><td>70.31</td></tr> <tr><td>Central African Republic</td><td>69.98</td></tr> <tr><td>Mozambique</td><td>69.85</td></tr> <tr><td>Guinea</td><td>69.20</td></tr> <tr><td>Madagascar</td><td>69.18</td></tr> <tr><td>Burundi</td><td>69.17</td></tr> <tr><td>Nigeria</td><td>68.99</td></tr> <tr><td>Mali</td><td>68.90</td></tr> <tr><td>Comoros</td><td>68.56</td></tr> </tbody> </table>	Country	Vuln. (%)	Afghanistan	75.41	Chad	74.28	Eritrea	74.23	Niger	73.21	Haiti	73.05	Sierra Leone	70.75	Liberia	70.31	Central African Republic	69.98	Mozambique	69.85	Guinea	69.20	Madagascar	69.18	Burundi	69.17	Nigeria	68.99	Mali	68.90	Comoros	68.56																
Country	Vuln. (%)																																																
Afghanistan	75.41																																																
Chad	74.28																																																
Eritrea	74.23																																																
Niger	73.21																																																
Haiti	73.05																																																
Sierra Leone	70.75																																																
Liberia	70.31																																																
Central African Republic	69.98																																																
Mozambique	69.85																																																
Guinea	69.20																																																
Madagascar	69.18																																																
Burundi	69.17																																																
Nigeria	68.99																																																
Mali	68.90																																																
Comoros	68.56																																																

Fonte: Welle (et al., 2013, p. 50).

Após as considerações conceituais preliminares,

destaca-se o anseio de maior relevância da pesquisa, a expressão “prevenção”, que vincula e açambarca o mapeamento, inventário, planejamento e ordenação para mitigação dos efeitos dos desastres. Trata-se, pois, de medidas antecipadas, consentâneas e oportunas, que visam minimizar os previsíveis os riscos e perigos de desastres, mitigar e vulnerabilidades e os efeitos traumáticos, em especial, maximizar a segurança e a integridade das pessoas e do patrimônio (inclusive ambiental), alvos do estimado evento.

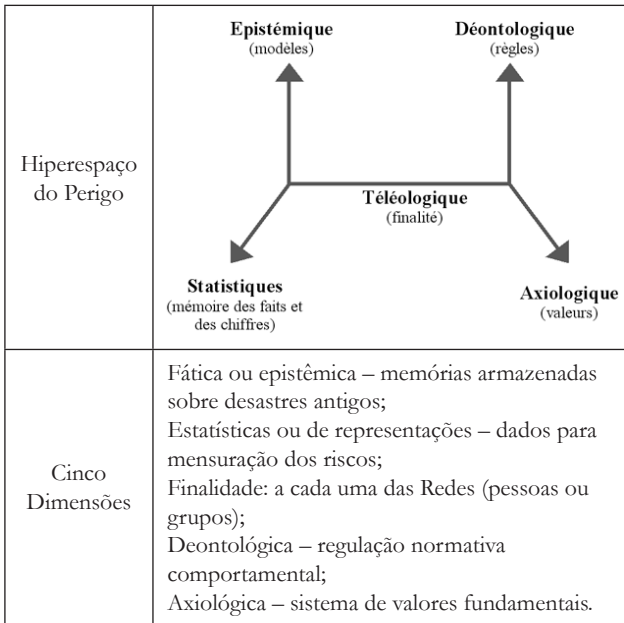
A gestão de risco de desastres decorre da ciência cindínica, termo que advém do francês “cyndinique”, correspondendo ao método fundamentado na visão de hiperespaço de perigo. Estas ciências visam o mapeamento das situações de risco, o inventario das vulnerabilidades, o planejamento adequado de mitigação dos efeitos dos desastres e a regulamentação do comportamento dos atores, procedimentos cabíveis de mecanismos preventivos³⁶. (diante da situação de vulnerabilidade e perigo, em dado tempo e espaço, antecipadamente). As ciências que estudam os riscos naturais e humanitários devem interagir, como explanou objetivamente Jean-François Brillhac³⁷. Diante do método de Kervern e Rubise, com as adequações evolutivas da engenharia, para fins de mensuração da situação fática concreta, investimentos do estado e resultados almejados e alcançados, chega-se à pertinente síntese³⁸:

³⁶ HERBERT, D. T.; MATTHEWS, J. A. Geography: roots and continuities. In: MATTHEWS, J. A.; HERBERT, D.T. (org.). *Unifying geography: common heritage, shared future*. London: Routledge, 2004. p. 3-20.; MARCELINO, E. V., NUNES, L. H., KOBAYAMA, M. Mapeamento de risco de desastres naturais do estado de Santa Catarina. *Caminhos da Geografia* (UFU), Uberlândia, v. 7, n. 17, p. 72-84, 2006. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/download/15273/8574>. Acesso em: 22 ago. 2019.

³⁷ BRILHAC, Jean-François. *Le concept des cyndiniques*. Paris: UVED, 2019. Disponível em: https://ressources.uved.fr/Grains_Module3/Cyndiniques/site/html/Cyndiniques/Cyndiniques.html. Acesso em: 30 jun. 2019.

³⁸ KERVERN, G. Y.; RUBISE, P. *L'archipel du danger*. Economica, 1991.; KERVERN, G. Y. *Eléments fondamentaux des cyndiniques*. Economica, 1995.; VERDEL, Thierry. *Méthodologies d'évaluation globale des risques: applications potentielles au génie civil*. [S. l: s. n.], 2005.

Figura 4 – Hiperespaço do perigo e suas dimensões



Fonte: Brillhac (2012), adaptado pelos autores.

Nessa senda, o perigo é extraído do déficit de cada uma das cinco dimensões (ou déficit sistêmico cindinogênico) e das contradições entre essas dimensões (disjunções) e dissonâncias entre dois ou mais grupos de atores³⁹. Esses déficits, após os eventos de catástrofes, são catalogados em três categorias, quais sejam, déficits “culturais” de infalibilidade, simplismo, não-comunicação e autoajuda; déficits “organizacionais” de subordinação da segurança e outras funções criadoras de risco e a diluição de responsabilidade; déficits “gerenciais” pela falta de *feedback*, falta de formalidades burocráticas de controle, ausência de treinamento de pessoal, fragilidade de preparação para momentos de crise. Ilustrando a questão, na temática do “arquipélago do perigo”, traz à baila exemplos singulares, como: “desastre de Bhopal em dezembro de 1984, acidente com o ônibus espacial Challenger em janeiro de 1986 e desastre de Chernobyl em abril de 1986”, destacando vários déficits sistêmicos cindinogênicos⁴⁰.

Conforme os postulados modernos da Teoria do Risco, a governança do Estado, detentora da expressão da soberania⁴¹, é a parte legitimada para agir preventivamente, minimizar os riscos e maximizar a segurança das

³⁹ VERDEL, Thierry. *Méthodologies d'évaluation globale des risques: applications potentielles au génie civil*, 2005.

⁴⁰ KERVERN, G. Y. *Éléments fondamentaux des Cindyniques*. Economica, 1995.

⁴¹ SÓLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

pessoas e do patrimônio. Os mesmos órgãos responsáveis pelas atividades reativas, em caso de situações de risco e de desastres. Entretanto, os resultados auferidos, quantitativo, qualitativo ou aglutinando ambos, em dado lapso temporal, são indicadores do nível de eficiência, eficácia e efetividade⁴² da prestação estatal. Essas competências jurídicas e técnicas, seja no modelo anglo-saxão ou weberiano, são atribuídas, constitucionalmente, por afinidade e por representação do braço forte do Estado, aos órgãos de segurança pública ou afins.

No Brasil, a “segurança pública” está estabelecida nos baluartes da preservação da ordem e da preservação da incolumidade pública das pessoas e do patrimônio, sob o escudo estratégico da “soberania nacional” e do povo, portanto, fundamentado no interesse público e no *sine qua nom* bem comum de todos (sem a segurança pública não há, sequer, que aventar em segurança jurídica, estabilidade econômica, socioambiental, dentre outras)⁴³. A malha de sustentação da segurança pública está na soberania, decorrente do “plus” e na combinação dos art. 1º, inciso I e parágrafo único, art. 4º, incisos I, III, IV e V, art. 14, *caput*, art. 18, art. 144, *caput* e “§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, **incumbe a execução de atividades de defesa civil.**”(grifou-se), da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)⁴⁴. Outrossim, há pacífica sedimentação doutri-

⁴² É com base nesse sistema de indicadores que o avaliador de projetos sociais cumpre o papel que lhe é devido, que é o de informar sobre o desempenho dos projetos, desempenho este que deve abarcar informações sobre a utilização dos recursos financeiros e materiais — eficiência; sobre o alcance dos objetivos e metas previamente estabelecidos — eficácia e, ainda, sobre a capacidade dos resultados do projeto de produzir mudanças significativas e duradouras — efetividade. FRASSON, Ieda. *Crítérios de eficiência, eficácia e efetividade adotados pelos avaliadores de instituições não-governamentais financiadoras de projetos sociais*. 2001. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 298. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/82184/175094.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jun. 2019.

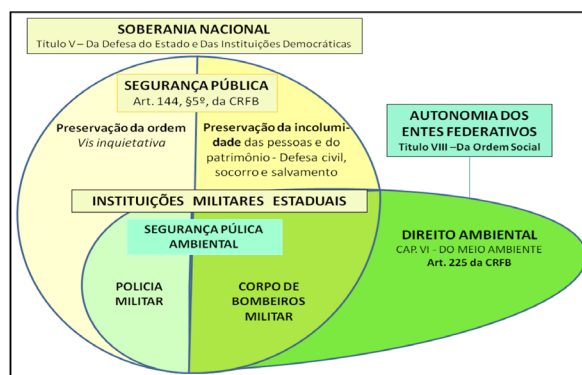
⁴³ OLIVEIRA, Edson Rodrigues. *A competência constitucional do Corpo de Bombeiros Militar para atuação na proteção ambiental*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2017, p. 80. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/mestrado/editor/assets/arquivos_dissertacoes/efendidas/890a58fa5dbb6d35e38619b40dd232c8.pdf. Acesso em: 4 maio 2019.

⁴⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

nária dentre diversos autores⁴⁵. Enquanto a União goza da “soberania” e da autonomia, em determinadas matérias legais, os demais entes federativos, nos limites constitucionais, exercem, apenas, a restrita “autonomia”.

Nessa sintonia sistêmica, apesar da territorialidade dos estados, a segurança pública não se limita à autonomia circunscricional, pois está estabelecida na chance-la da soberania nacional, sob a competência originária da União, agindo nos estabelecimentos federais e até de forma externa ao estado, especialmente em divisas, pois atuará quem está mais próximo, comunicando-se, oportunamente, a demanda extraordinária ao órgão competente da segurança pública local, para adoção das medidas oportunas cabíveis. Em representação dissertativa de mestrado em direito ambiental⁴⁶, houve a fusão da fundamentação da competência Constitucional das Instituições Militares Estaduais e as afinidades com as atividades de proteção ambiental, e relação da soberania e autonomia, emergindo-se o ramo da segurança pública ambiental, *ipsis litteris*:

FIGURA 5 – Círculo de interseção da Segurança Pública e Direito Ambiental



Fonte: Oliveira (2017, p. 62).

Diante da abordagem conceitual, metodológica e das premissas estabelecidas, o Estado, responsável pelo bem-estar social, deve envidar estudos e esforços para diagnosticar os problemas sazonais e outros, que, nas esferas geológica, hidrológica, climática, da saúde humana, e de outros ramos, possam consolidar previsões de desastres, planejando oportunos meios de mitigação dos efeitos. Marcelino *et. al.* defendem o mapeamento da potencial área de risco⁴⁷. Herbert e Matthews argumentam que os métodos e técnicas de mapeamento consistem na elaboração de banco de dados e no concernente inventário socioambiental, que são essenciais e eficazes ao diagnóstico e mensuração potencial dos desastres, por conseguinte, balizando a relação risco, perigo e vulnerabilidade⁴⁸.

Segundo Marcelino *et. al.*, esse mapeamento, inventário, planejamento e regulação, viabilizam também o diálogo entre o poder público e a comunidade, especialmente pelo nexos do risco, perigo e a relação de vulnerabilidade⁴⁹. Nessa sintonia, as medidas preventivas são essenciais e implicam medidas estruturais de sistema de alerta, mapeamento das áreas de risco, conscientização

⁴⁵ COSTA, Beatriz Souza; OLIVEIRA, Edson Rodrigues de. O patamar hierárquico da Resolução Conama: uma Análise pelos olhos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.074 e holofotes da soberania republicana e autonomia dos entes federativos. *Revista Argumentum*, (RA), Marília, v. 16, p. 209-232, 2015. p. 218, 219. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/155>. Acesso em: 20 mar. 2016; PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkimim. *Teoria da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 20, 24, 28.; CASTILHO, Ricardo. Estado: elementos constitutivos, conceito, objetivos e tipos. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 2-34. p. 6, 8.; OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 79,130.; MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 289.

⁴⁶ OLIVEIRA, Edson Rodrigues. *A competência constitucional do Corpo de Bombeiros Militar para atuação na proteção ambiental*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2017. p. 62. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/mestrado/editor/assets/arquivos_dissertacoes/efendidas/890a58fa5dbb6d35e38619b40dd232c8.pdf. Acesso em: 4 maio 2019.

⁴⁷ MARCELINO, E. V., NUNES, L. H., KOBAYAMA, M. Mapeamento de risco de desastres naturais do estado de Santa Catarina. *Caminhos da Geografia* (UFU), Uberlândia, v. 7, n. 17, p. 72-84, 2006. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/download/15273/8574>. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁴⁸ HERBERT, D.T.; MATTHEWS, J. A. Geography: roots and continuities. In: MATTHEWS, J. A.; HERBERT, D.T. (org.). *Unifying geography: common heritage, shared future*. London: Routledge, 2004. p. 3-20.

⁴⁹ MARCELINO, E. V., NUNES, L. H., KOBAYAMA, M. Mapeamento de risco de desastres naturais do estado de Santa Catarina. *Caminhos da Geografia* (UFU), Uberlândia, v. 7, n. 17, p. 72-84, 2006. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/download/15273/8574>. Acesso em: 22 ago. 2019.

do público-alvo e treinamento dos atores. Goerl e Kobiyama, propõem um modelo prático, simples e executável à consecução do atinente relatório de descrição do risco, no plano da previsibilidade e antecipação aos potenciais riscos e perigos, propondo-se as medidas mitigadoras oportunas⁵⁰. Assim, delinearão:

Figura 6- Papel do [Estado] no gerenciamento de desastres naturais

Fases	Atividades
Pre-evento	mapeamento de perigo, vulnerabilidade e risco; implementação de Sistema de Alerta; monitoramento; simulação de cenários (modelagem); banco de dados de desastres; banco de dados de variáveis ambientais e socioeconômicas que subsidiem o mapeamento de risco; fiscalização de áreas de perigo e risco; pesquisa científica para subsidiar medidas estruturais e não estruturais; integração de equipes multidisciplinares de análise de risco; educação ambiental; educação escolar sobre ações de prevenção; elaboração de materiais didáticos e informativos.
Evento	divulgar informações corretas sobre o evento; realizar levantamento preliminar de danos; participar de ações emergenciais; monitoramento in loco da evolução do desastre quando necessário.
Pós-evento	realizar levantamento oficial de danos; identificar as características das pessoas atingidas; identificar os condicionantes que deflagraram o desastre; analisar dados ambientais (chuva, vazão etc.); mapear a área atingida; revisar o plano diretor da área atingida; revisar os mapas de perigo; vulnerabilidade e risco e atualizá-los se necessário; colaborar com projetos de reconstrução; implementar novas redes de monitoramento e alerta se necessário.

Fonte: Breve adaptação de Goerl e Kobiyama, 2013.

Diante da abreve amostragem bibliográfica, deduz-se a existência de vasto acervo zetético, fazendo a relação das racionais, científicas e essenciais atividades preventivas, para se evitar os onerosos efeitos dos desastres. Contudo, na prática, depreendem-se, somente os Países desenvolvidos têm aplicado a sublimidade desse legado.

⁵⁰ GOERL, Roberto Fabris; KOBİYAMA, Masato. Redução dos desastres naturais: desafio dos geógrafos. *Ambiência*, Guarapuava (PR), v. 9, n. 1, p. 145 – 172, jan./abr. 2013. p. 164. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/ambiencia/article/view/1935/1934>. Acesso em: 20 jun. 2019.

4 Amostras de desastres naturais nos últimos anos

São vários os episódios de catástrofes globais, vinculando questões sísmicas, climáticas e artificiais. Em todas os casos, é possível lançar a malha da gestão de riscos para mensurar e balizar o nível de vulnerabilidade das pessoas e do patrimônio, bem como o nível de eficiência, eficácia e efetividade na prestação do aporte preventivo.

No tocante aos riscos naturais ou geoclimáticos mundiais, quinze países, não necessariamente subdesenvolvidos ou desprestigiados economicamente, figuram com maiores percentuais de risco, bem como os mais confortáveis, classificando-se o Brasil em posição razoável (posição 123, com percentual de risco de 4,26), contudo, faz-se vulnerável aos eventos artificiais, como as barragens de rejeitos das mineradoras⁵¹. A revista WorldRiskIndex 2013 demonstra o seguinte elenco, mediante adaptações dos autores⁵²:

Figura 7 – Classificação dos países segundo o percentual de risco

WorldRiskIndex		
Rank	Country	Risk (%)
1.	Vanuatu	36.43
2.	Tonga	28.23
3.	Philippines	27.52
4.	Guatemala	20.88
5.	Bangladesh	19.81
6.	Solomons	18.11
7.	Costa Rica	16.94
8.	Cambodia	16.90
9.	El Salvador	16.85
10.	Timor-Leste	16.37
11.	Papua-New Guinea	15.90
12.	Brunei Darussalam	15.80
13.	Mauritius	15.18
14.	Nicaragua	14.89
15.	Japan	14.10

⁵¹ MARTÍNEZ-ALIER, Joan. *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración*. 5. ed. Barcelona: Icaria, 2011.

⁵² MUCKE, Peter. Assessing risk, reducing vulnerability. In: WORLDRIKREPORT 2013. *Lars Jeschonnek e mediacompany*, Bonn, 2013. p. 9. Disponível em: https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2018/WorldRiskReport_2013_online_01.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.; MUCKE, Peter; SCHMITZ, Peter. What's missing: political determination and consistent implementation. In: WORLDRIKREPORT 2013. *Lars Jeschonnek e MediaCompany*, Bonn, 2013. p. 63. Disponível em: https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2018/WorldRiskReport_2013_online_01.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

123.	Brazil	4.26
146.	Germany	3.24
<hr/>		
159.	Singapore	2.49
160.	Israel	2.49
161.	Norway	2.35
162.	Egypt	2.34
163.	Finland	2.28
164.	Sweden	2.26
165.	United Arab Emirates	2.10
166.	Bahrain	1.81
167.	Kiribati	1.78
168.	Iceland	1.55
169.	Grenada	1.44
170.	Saudi Arabia	1.32
171.	Barbados	1.16
172.	Malta	0.61
173.	Qatar	0.10

Fonte: recortes adaptados pelos autores (WORLDRIKREPORT, 2013, p. 9, 63).

Em repertório de ilustração fática, diversos fenômenos naturais ou artificiais marcaram o século XXI, em conformidade com o mapeamento da revista WorldRiskIndex 2013. Dentre os diversos exemplos típicos de vulnerabilidade ao risco e situações de perigo de desastres, delineados pela sazonalidade e outros, ocorreram eventos concretos inquestionáveis. A vulnerabilidade destacada pela temática da justiça ambiental e espacial e do IDH também se coincidem⁵³. A marginalização da pobreza, a falta de infraestrutura e de saneamento básico, dentre outros, consagram os resultados. O referencial teórico em evidência é de suma importância à gestão de risco pelos Estados, bem como pelas organizações que prestam ajudas humanitárias. Se há o mapeamento e inventário das questões de vulnerabilidade, sazonalidade e outros, preventivamente, numa avaliação matemática, os investimentos, por exemplo, em abrigos resistentes até à passagem das intempéries, podem ser menos onerosos que as ações reativas posteriores (com mobilização de mão de obra humana, recursos logísticos, profissionais especializados, gastos com vestuários, medicamentos, dentre outros).

Essa proposição, depreende-se, faz-se reflexiva nas amostras concretas desses eventos⁵⁴, todos oportuna-

⁵³ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human Development Indices and Indicators 2018. *UNDP*, 29 Fev. 2019, Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>. Acesso em: 26 jul. 2019.

⁵⁴ DÁGIOS, Giovanna. Relembre 13 desastres naturais ocorridos no século 21. *UOL*, São Paulo, 1 nov. 2017. Disponível em: [https://www.bol.uol.com.br/unibol/espm/relembre-13-desastres-naturais-](https://www.bol.uol.com.br/unibol/espm/relembre-13-desastres-naturais-ocorridos-no-seculo-21.htm)

mente previsíveis, todavia sem a devida antecipação preventiva. Dágios registrou as treze catástrofes de maiores repercussões no lapso de 2004 à 2016, assim elencando: a) tsunami na Indonésia (magnitude 9,1) atingindo 13 países (apx. 37.000 mortos e 226.306 feridos; b) furacão Katrina, 29 ago. 2005, categoria cinco, na escala Saffir-Simpson, 1.800 vítimas; c) terremoto no Paquistão, out. 2005, Paquistão e Índia, 7,6 na escala Richter o mais forte dos últimos 100 anos, com a morte de 75 mil pessoas, quase dois milhões de desabrigados; d) Ciclone em Mianmar, 2008, ciclone Nargis, onda enorme que matou quase 80.000, 1 milhão de desaparecidos; e) terremoto no Chile, 2010, terremoto de 8,8 graus e um tsunami com ondas de até 300 metros, mais de 800 mortos, 800 mil desabrigados e prejuízo de cerca de 30 bilhões de dólares; f) terremoto no Haiti, país mais pobre da América, mais de 60% da população subnutrida e em extrema miséria. Em janeiro de 2010, sofreu outro terremoto de magnitude 7, matando 200 mil pessoas e deixando milhões de desabrigados; g) desabamento no Rio de Janeiro, 12 de janeiro 2011, milhões de metros cúbicos de água e lama desceram pelas encostas da região a uma velocidade 150 km/h, resultando em mais de 900 mortos e 30 mil desabrigados; h) tsunami no Japão, março de 2011, tremor de 8.9 de magnitude, e um tsunami, com ondas de até 10 metros de altura, 15.000 mortos, 17.000 desaparecidos e 18.000 casas destruídas; i) tufão Haiyan nas Filipinas, nov. 2013, ultrapassou 300 km/h, categoria 5, aproximadamente 10.000 mortos; j) terremoto na Itália, ago. 2016, magnitude 6,2, 299 mortos, 7.500 italianos desabrigados; k) furacão Harvey, 2017, matou 44 pessoas e afastou de suas casas quase 1 milhão de norte-americanos, provocando prejuízos na ordem de US\$ 160 bilhões; l) furacão Irma, início de set. 2017, no Sudeste dos EUA, categoria 4. No país, 134 mortos, 1,5 milhão de imóveis comerciais e residenciais sem energia; m) terremotos no México, 19 set. 2017, 361 mortos, vitimou 10 mil pessoas, escala 7,1.

A assertiva da gestão de riscos propõe que, diante desses eventos, as pessoas com oportunidades de “abrigo adequado” (pelos artefatos de engenharia acessíveis), potencialmente subsistirão, enquanto outras mais vulneráveis serão atingidas pelos efeitos traumáticos. Em breve analogia, os países melhores estruturados, a exemplo do Japão e relação com os fenômenos sísmicos, com tecnologias avançada para construção civil,

ocorridos-no-seculo-21.htm. Acesso em: 29 abr. 2019.

detêm capacidade de resposta, todavia, outros países em eventos de magnitudes similares não obterão êxito em eventos de próximas escalas.

No contexto geológico, diversos fenômenos sísmicos de proporções catastróficas ocorreram recentemente. No ano de 2018, aconteceram vários terremotos com efeitos devastadores, conforme a Agência EFE⁵⁵. Nessa tônica, foram evidenciados diversos registros e respectivos graus na escala Richter: n) 6 de fevereiro, Taiwan (6,4), com epicentro 18,3 quilômetros ao norte da cidade de Hualien, e deixa 17 mortos e 278 feridos; o) 16 de fevereiro (7,2) com epicentro no estado mexicano de Oaxaca também sacode a Cidade do México, o centro e o sul do país, causando 14 mortes e danos em cerca de mil residências; p) 26 de fevereiro (7,5), 145 pessoas morrem e 300 ficam feridas nas montanhas do interior de Papua Nova Guiné; q) 5 de agosto (6,9), indonésia de Lombok, com réplicas de (6,3 e 6,9), causa pelo menos 557 mortes, tornando necessário o deslocamento de quase 400 mil pessoas e 7 mil turistas das ilhas Air, Meno e Trawangan; r) 5 de setembro (6,7), ilha de Hokkaido, no Japão, e causa deslizamentos de terra que matam 44 pessoas, a maioria na cidade de Atsuma; s) 28 de setembro (7,5) tsunami, norte da ilha indonésia de Celebes, Palu e Donggala, deixa 2.256 mortos, cerca de 1,3 mil desaparecidos, mais de 200 mil deslocados e milhares de edifícios danificados; t) 6 de outubro (5,9) graus, norte do Haiti, com epicentro a 20 quilômetros de Port-de-Paix, e deixa, pelo menos, 15 mortos, mais de 300 feridos e sete mil casas destruídas.

No decurso do mesmo ano, segundo a mesma agência de informação, outras calamidades ocorreram, registrando-se severos prejuízos à humanidade e ao meio ambiente (complexos bióticos e abióticos dilacerados). Nessa ótica, o editorial em epígrafe categorizou os eventos principais, tais como os incêndios, furações, tufões e ciclones, e ondas de frios. No que atine aos incêndios florestais, milhares de hectares (ha) de áreas cobertas com vegetação e outros bens foram queimadas, respectivamente por área, local e lapso temporal, tais como: 5.945ha – Nicarágua, 3 a 13 de abril; 43.724ha – Spring Creek, Colorado (EUA), 27 de junho a julho; 1500ha (94 pessoas mortas, 180 feridos) – Mati, na

região de Atica, na Grécia, 23 e 24 de julho; 93000ha (mais de mil edifícios queimados e 8 mortes) – Redding, na Califórnia. em 23 de julho a 30 de agosto; 185.800ha – Califórnia, no período de 27 julho a 9 de setembro; 26.763 há – Monchique, Portugal, no interregno de 3 a 10 agosto; 92000ha – Garden Route, África do Sul, no mês de novembro; 527ha (138 eventos) – estado de Queensland, Austrália, em novembro; 62.052ha (88 mortos e 200 desaparecidos) – incêndio Camp Califórnia, em 8 de novembro; 39.233ha (matando três pessoas e destruindo propriedades de várias celebridades) – incêndio Woolsey, Los Angeles, na Califórnia, também na mesma data.

O mesmo editorial, em paradoxal inversão de temperatura, pelo desequilíbrio climático, trouxe à baila inusitadas ondas de frio. Nesse diapasão foram registrados: a) de 30 de dezembro 2017 a 7 de janeiro – onda de frio em grande parte dos Estados Unidos deixa 22 mortos, a maioria nos estados de Wisconsin e Texas; b) 2 e 8 de janeiro – pelo menos 11 pessoas, integrantes de famílias de baixa renda, morrem na região de Tarai, no Nepal, devido a uma onda de frio; c) 18 a 23 de janeiro – um grupo de 18 refugiados sírios morre pelo frio na região de Jarod Suairi, próxima à fronteira entre Síria e Líbano, país no qual tentavam entrar de maneira ilegal; d) 25 de fevereiro – 1º de março – onda de frio com temperaturas de até 25 graus negativos mata 38 pessoas em países da Europa Central e do sudoeste do continente. Entre as vítimas, 21 que morreram na Hungria, oito na República Checa e as demais na Eslováquia e na Romênia; e) 26 de fevereiro a 1º de março – a França registra quatro mortes devido à onda de frio siberiano que atravessou o país; f) junho – julho, região andina de Puno, no Peru, intensas nevascas e temperaturas menores de 20 graus abaixo de zero na provocam mais de cem mortes, principalmente de crianças e idosos, a maioria vítimas de pneumonia.

O primeiro semestre de 2019 também foi perpetuação de vários desastres ambientais ocorridos pelo mundo. As causas mais comuns decorrem do desenfreado desmatamento, impermeabilização do solo, produção exorbitante de GEEs, sacrifícios e assoreamento dos cursos d'água⁵⁶. A falta de zelo, com os preceitos da pre-

⁵⁵ RETROSPECTIVA 2018: catástrofes: principais catástrofes naturais no mundo em 2018. *Agência EFE*, Madrid [Espanha], 20 dez. 2018. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/brasil/varios/principais-catastrofes-naturais-no-mundo-em-2018/50000250-3848041>. Acesso em: 29 abr. 2019

⁵⁶ CUSTÓDIO, Maraluce Maria; OLIVEIRA, Edson Rodrigues de. A legislação brasileira de uso e ocupação do solo e sua dissonância sistêmica com fatores redutores da refletância da energia solar. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 867-892, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/>

venção, fomentam as consequentes catástrofes. Assim, laconicamente, ilustram os eventos dos países do sul da África, com elevados índices de risco⁵⁷, como também diversos outros episódios, naturais ou antrópicos, que ceifaram a vida de muitas pessoas⁵⁸. Ainda, no início de maio, o Ciclone Fani esteve ativo na China e na Índia⁵⁹, fazendo mortes, desabrigados e prejuízos sem precedentes; no início de julho de 2019, as elevadas temperaturas na Europa já assolam a população, enquanto, na Grécia, um temporal deixa rastro de destruição⁶⁰.

article/view/27045/21067. Acesso em: 5 ago. 2019.

⁵⁷ INUNDAÇÕES e deslizamentos deixam 51 mortos na África do Sul: serviços meteorológicos advertiram que esta situação se manterá até quarta-feira, podendo afetar pontes e estradas das zonas. *Exame*, São Paulo, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/inundacoes-e-deslizamentos-deixam-51-mortos-na-africa-do-sul/>. Acesso em: 30 abr. 2019.; CICLONE Kenneth atinge Moçambique um mês após Idai, que deixou mil mortos: Ciclone resultará, nos próximos dez dias, o dobro de chuvas das que foram originadas pelo ciclone Idai. *Exame*, São Paulo, 26 abr. 2019a. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/ciclone-kenneth-atinge-mocambique-um-mes-apos-idai-que-deixou-mil-mortos/>. Acesso em: 30 abr. 2019.; CICLONE Kenneth provoca enchentes e deixa mortos em Moçambique: com 200 mil habitantes, a cidade de Pemba foi atingida pelas fortes chuvas e ao menos 38 pessoas morreram. *Exame*, São Paulo, 29 abr. 2019b. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/ciclone-kenneth-provoca-enchentes-e-deixa-mortos-em-mocambique/>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁵⁸ BETIM, Filipe. Tempestade esperada, tragédia evitável: o ciclo mortífero do Rio: dados oficiais indicam que Prefeitura do Rio vem investigando cada vez menos na prevenção de enchentes e proteção de encostas. Mortes elevam pressão sobre Crivella. *El País*, São Paulo, 9 abr. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/09/politica/1554839806_255766.html. Acesso em: 29 abr. 2019.; SABOYA, Érica; BETIM, Felipe. Temporal no Rio deixa mortos, soterra ônibus e destrói, novamente, ciclovias: ventos atingiram 110 km/h e sirenes que alertavam moradores para deixar suas casas soaram na Rocinha. Ao menos seis pessoas morreram. *El País*, São Paulo, 7 fev. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/07/politica/1549542559_653158.html. Acesso em: 30 fev. 2019.; ROSSI, Marina. Tragédia em Brumadinho: quantos erros ainda serão necessários até que a Vale aprenda? [Dez dias após o rompimento da barragem, Fiocruz alerta para doenças que podem acometer a cidade e fazer perdurar essa tragédia por meses, a exemplo de Mariana. *El País*, São Paulo, 5 fev. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/05/politica/1549395601_506614.html. Acesso em: 5 fev. 2019.

⁵⁹ VILLENA, Juan José; ROBLES, Tiago. Ciclone Fani: os vídeo mais impactantes: compilação dos vídeos mais virais do Ciclone Tropical Fani: a tempestade já deixa 11 mortos e milhões de evacuados em Orissa e Bangladesh: os danos são incontáveis. *O tempo.com*, São Paulo, 4 maio 2019. Disponível em: <https://www.tempo.com/noticias/actualidade/ciclone-fani-os-videos-mais-impactantes.html>. Acesso em: 4 maio 2019.

⁶⁰ ONDA de calor pode elevar temperatura a 48°C na Europa e quebrar recorde. BBC, São Paulo, 2 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45053346>. Acesso em: 3 ago. 2019.

Diante dos eventos concretos catalogados e apareamento conceitual temático, é possível deduzir a vulnerabilidade típica, em face das condições geopolíticas e climáticas. No último exemplo, do ciclone Fani⁶¹, que atingiu dois países com IDH diversos, a China em sétimo lugar e a Índia na posição 130, com 42 mortes em 5 maio 2019, na classificação da UNDP, entre 189 países, com níveis de vulnerabilidades, e, portanto, antagônicos. O Diante da previsibilidade do risco e do desastre, preventivamente, o Estado deve enviar providências mitigadoras da vulnerabilidade, compensando os níveis de risco e perigo. A exemplo das baixas temperaturas e elevados índices pluviométricos, no respectivo lapso temporal de sazonalidade, caberiam medidas solidárias de construção de abrigos públicos seguros, multifuncionais (como estádios de futebol cobertos, edificações prediais escolares) e recolhimento oportuno de pessoas e animais, no que couber. As mobilizações internacionais poderiam ser mais efetivas e frutíferas se investissem na construção desses abrigos planejados. Em países desenvolvidos, como os Estados Unidos, a praxe impera o envolvimento da governança, todavia, há ainda possibilidades de frustrações por diversos fatores, como tradições da liberdade de escolhas pessoais e respectiva autonomia do livre arbítrio, dentre outras inerentes aos usos e costumes. Todavia, em países classificados pelo baixo IDH, potencialmente, a exemplo do Brasil, objetivamente, pelos resultados auferidos, o Estado ainda se envereda pela metodologia arcaica (enaltecimento da ameaça e pelo agir reativamente), já solapada no século XVIII (Voltaire e Rousseau), em detrimento da segurança pública das pessoas e do patrimônio.

5 Rompimento de barragens de rejeitos em Minas Gerais

No Brasil, dentre os desastres de maiores repercussões, destacam-se os sucessivos rompimentos das

⁶¹ INUNDAÇÕES deixam mais de 30 mortos na Indonésia: na província de Bengkulu, 29 pessoas morreram e 13 estavam desaparecidas após as fortes chuvas. *Exame*, São Paulo, 29 abr. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/inundacoes-deixam-mais-de-30-mortos-na-indonesia/>. Acesso em: 30 abr. 2019.; CICLONE Fani deixa 42 mortos na Índia e em Bangladesh. *Correios Brasiliense*, Brasília, 5 maio 2019c. Disponível em: https://www.correiosbrasilense.com.br/app/noticia/mundo/2019/05/05/interna_mundo,753213/ciclone-fani-deixa-42-mortos-na-india-e-em-bangladesh.shtml. Acesso em: 10 jul. 2019.

barragens de rejeitos de minérios em Minas Gerais. Consoante Bresser, com base em informações governamentais, das 698 barragens de rejeitos catalogadas em Minas Gerais, 22 estão com suas integridades comprometidas⁶². Os três últimos eventos de rompimento de barragens ocorreram nos municípios de Mirai, Mariana e Brumadinho, todos com severos prejuízos. Os noticiários divulgaram a realidade fática e a política dos aludidos rompimentos, determinando-se a metodologia de prevenção ou de reação vigente no País.

O primeira das três barragens rompidas, denominada de São Francisco, ocorreu no dia 10 de janeiro de 2007, no município de Mirai, sob responsabilidade da mineradora Bauminas, antiga Mineração Rio Pomba Cataguases, com resíduos minerais de bauxita, atingindo o rio Muriaé, desaguando no oceano Atlântico, no Rio de Janeiro, não havendo registro de vítimas fatais, mas de danos de salubridade humana e contaminação de peixes, além de prejuízos patrimoniais, decorrentes das enchentes em áreas urbanas e áreas rurais de atividades agropecuárias⁶³.

O segundo rompimento adveio da barragem de Fundão, ocorrido em 5 de novembro de 2015, em Mariana, sob responsabilidade da Mineração San Marco, com o derramamento aproximado de 50 milhões de metros cúbicos (dos aproximados 60 milhões estocados) de lama de rejeitos de minério de ferro e outros metais pesados⁶⁴. O percurso da lama atingiu o rio doce e alcançou o oceano Atlântico, no Espírito Santo, deixando 19 vítimas fatais, severas destruições patrimoniais e contaminações com metais pesados, mortandade de mais de

11 toneladas de peixes e anfíbios, dentre outros danos⁶⁵.

O evento mais recente ocorreu em 25 de janeiro de 2019, no município de Brumadinho, sob responsabilidade da Mineradora Vale, com rompimento da barragem do Córrego do Feijão, com 242 mortos identificados e 28 pessoas desaparecidas, deixando rastro de destruição em Brumadinho e municípios confrontantes com o Rio Paraopeba, com índices de contaminação até a represa de retiro baixo, no município de Felixlândia-MG⁶⁶.

Os fatores análogos dos cenários desses eventos foram “previsíveis”. Diante das reflexões iluministas, poderiam ser mitigadas, pois, desde a sazonalidade pluviométrica, a questão da altitude e gravidade, a formação de lâminas de acordo com o peso dos metais acumulados e da formação dos taludes das barragens, as construções à jusante e às margens das calhas dos rios, o acúmulo de material nocivo que poderia ser diluído como matéria prima sustentável, como o emprego na infraestrutura viária e na construção civil⁶⁷, dentre outros.

Quanto às datas desses eventos (10 jan. 2007, 5 nov. 2015, 25 jan. 2019) e dados do Instituto Nacional de Meteorologia (INMET)⁶⁸, não é estranho ao mapea-

⁶² BRESSER, Deborah. Das 698 barragens cadastradas em MG, 22 estão sem estabilidade: Relatório da FEAM aponta classificação e riscos das estruturas que fazem parte do programa de Gestão de Barragens de Rejeitos e Resíduos. *Record [R7]*, Belo Horizonte, 29 jan, 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/minas-gerais/das-698-barragens-cadastradas-em-mg-22-estao-sem-estabilidade-26012019>. Acesso em: 20 ago. 2019.

⁶³ ANTUNES, Rafael; BRUM, Renata; OLIVEIRA, Roberta. Zona da Mata ainda se recupera de rompimento de barragem há 9 anos: solo não tem mais interferência, diz professor; rio sofre impacto. Bauminas Mineração garantiu que cumpriu o solicitado após o acidente. *Globo [G1]*, Belo Horizonte, 7 nov. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2015/11/zona-da-mata-ainda-se-recupera-de-rompimento-de-barragem-ha-9-anos.html>. Acesso em: 1 ago. 2019.

⁶⁴ LAMA da Samarco pode ser “bomba-relógio” de metais pesados no Rio Doce: rejeitos provenientes do desastre em Mariana (MG) continuam chegando ao estuário do Rio Doce. *Jornal da USP*, São Paulo, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-ambientais/lama-da-samarco-pode-ser-bomba-relogio-de-metais-pesados-no-rio-doce/>. Acesso em: 2 ago. 2019.

⁶⁵ Há 3 anos, rompimento de barragem de Mariana causou maior desastre ambiental do país e matou 19 pessoas. *Globo*, São Paulo, 25 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/ha-3-anos-rompimento-de-barragem-de-mariana-causou-maior-desastre-ambiental-do-pais-e-matou-19-pessoas.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2019.

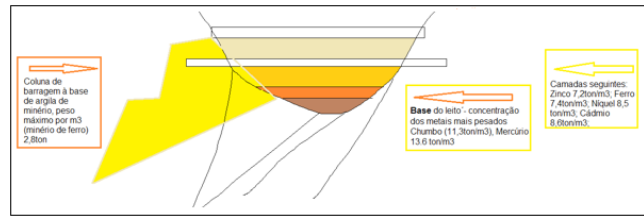
⁶⁶ BRUMADINHO: Sob para 242 o número de mortos identificados em rompimento de barragem da Vale. *Globo [G1]*, Belo Horizonte, 25 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/05/25/brumadinho-sobe-para-242-0-numero-de-mortos-identificados-no-rompimento-de-barragem-da-vale.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2019.

⁶⁷ OLIVEIRA, Tales Moreira de. *Caracterização de misturas de rejeitos de minério de ferro melhoras com adição de cimento com vistas à aplicação em estradas e aterros*. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) - Universidade Federal de Viçosa, 2013. Disponível em: <https://www.locus.ufv.br/bitstream/handle/123456789/3807/texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 ago. 2019.; BARBOSA, Paólla de Carvalho. *Aproveitamento de rejeito da concentração de minério de ferro na produção de cerâmica vermelha*. 2017. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Engenharia de Minas) - Universidade Federal de Ouro Preto, 2017. Disponível em: https://www.monografias.ufop.br/bitstream/35400000/496/6/MONOGRAFIA_AproveitamentoRejeitoConcentra%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

⁶⁸ BRASIL. Instituto Nacional de Meteorologia – INMET. *5º Distrito de Meteorologia - Minas Gerais. [Nota Técnica n. 004 – 2017]: estação chuvosa em Minas Gerais: variabilidade interanual observada entre as estações chuvosas de 2007/2008 a 2016/2017: Seção de Análise e Previsão do Tempo – SEPRE*. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.inmet.gov.br/portal/notas_tecnicas/2017/OUTUBRO/Nota_tecnica_CEDEC_04_17.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

mento da sazonalidade das monções (de final da primavera e verão) da região Sudeste do Brasil, uma vez que os rompimentos ocorreram em período de elevada pluviometria. Essas características justificam os ambientes úmidos e de solos encharcados dos rústicos taludes e respectiva elevação dos riscos, facilitando não somente liquefação proposta por Furtado⁶⁹, mas também o descolamento e levitação das barragens, em face das lâminas dos metais pesados, que ocupam o fundo da barragem, escoados por gravidade e dispostos segundo o peso específico sob a pressão atmosférica, dinâmica das temperaturas incidentes, choque das máquinas e explosões, dentre outros, considerando ainda o peso (tonelada por metro cúbico)⁷⁰. A argila de construção da barragem, retirada do próprio ambiente, pesa cerca de 1 a 3 ton. por m³, enquanto a diversidade de metais pesados (média entre 7 a 15 ton. por m³) se dispõem pelo fundo da barragem, segundo a ocupação pela gravidade e peso específico dos metais (assim, por exemplo, uma coluna de 7 metros de altura do talude (3 t/m³ x 7), comporta até 21 toneladas, enquanto a média do peso da lama (7 t/m³ x 7) pode alcançar mais de 50 toneladas para a mesma altura.

Figura 8- Fatores de contribuição do rompimento da barragem do Córrego do Feijão



Fonte: Desenvolvido pelos autores, com fulcro em (MUNIZ; OLIVEIRA-FILHO, 2006; LIMA E MERÇON, 2011; PESO, 2019).

Nessa conjuntura, justifica-se o rompimento iniciado pela base do talude, além das pessoas e máquinas que continuaram se deslocando sobre a ilha de “terra firme” do talude, que foi tragada pela colossal quantidade de lama armazenada. Assim, a levitação pode ser atestada ainda pelas imagens do rompimento da barragem do córrego do feijão, conforme o destaque pelo retângulo amarelo, indicando o rompimento inicial pela base do talude, conforme demonstrado no vídeo do evento, divulgado por jornais televisivos da TV Globo⁷¹, *ipsis*:

Figura 9- Primeiro estágio de deformação que precede o rompimento pela vertente do leito



Fonte: Imagem recortada de vídeo em tempo real, adaptada pelos autores (MOMENTO, 2019).

Figura 10- Segundo estágio rompimento pela base e descolamento da vertente do talude



Fonte: Imagem recortada de vídeo em tempo real, adaptada pelos autores (MOMENTO, 2019).

⁶⁹ FURTADO, André Filipe Pimentel. *Avaliação da instabilidade de vertentes e processos de erosão superficial na zona de Castelo Branco, Furnas, ilha de São Miguel, Açores*. 2014. Dissertação (Mestrado em Engenharia Geológica) - Faculdade de Ciências e Tecnologia, da Universidade Nova de Lisboa, 2014. p. 41-42. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/13955/1/Furtado_2014.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

⁷⁰ MUNIZ, Daphne Heloisa de Freitas; OLIVEIRA-FILHO, Eduardo Cyrino. Metais pesados provenientes de rejeitos de mineração e seus efeitos sobre a saúde e o meio ambiente. *Universitas: Ciências da Saúde*, v. 4, n. 1 / 2, p. 83-100, 2006 [ISSN: 1678-5398 83]. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/cienciasaude/article/viewFile/24/40>. Acesso em: 3 fev. 2019. LIMA, Verônica Ferreira; MERÇON, Fábio. Metais pesados no ensino de química. *UFJF*, Juiz de Fora, 27 set. 2011. Disponível em: <http://www.ufjf.br/baccan/files/2012/11/199-CCD-7510.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2019.; LOCKE, John. *Dos tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.; PESOS específicos de materiais: materiais soltos. *Prodetec*, São Paulo, 2019. Disponível em: http://www.prodetec.com.br/downloads/pesos_especificos.pdf. Acesso em: 3 fev. 2019.; PETERS, Brainard Guy. O que é governança? *Revista do TCU*, Brasília, n. 127, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87/85>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁷¹ MOMENTO exato do rompimento da barragem em Brumadinho (Imagens: TV Globo). *Globo*, 1 fev. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9dvT'ZPwgYVQ>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Figura 11- Terceiro estágio descolamento, levitação e rompimento eq bqrragem



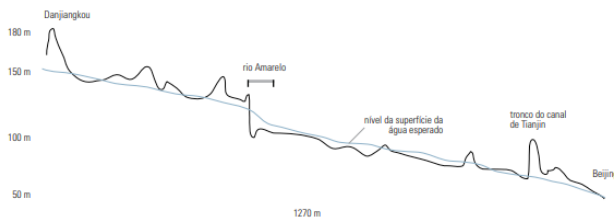
Fonte: Imagem recortada de vídeo em tempo real, adaptada pelos autores (MOMENTO, 2019).

Outro fator previsível reflete a questão da altitude e gravidade, pelo declive e calhas de escoamento da colossal quantidade de lama de rejeitos. As barragens estavam à montante e as comunidades, pessoas, animais e patrimônios vulneráveis estavam à jusante. Nesse diapasão, vislumbra-se a relevância da altitude na celeridade da condução da lama ao oceano, deixando seu rastro de destruição e contaminação, como alude Silvério na ilustração da semelhante rota de rio asiático⁷²:

PERFIL DA ROTA CENTRAL

A água transferida pela Rota Central chega até Beijing praticamente apenas por gravidade, sendo a travessia do rio Amarelo o grande desafio geológico do curso.

Figura 12- Percurso fluvial por gravidade



Fonte: Silvério (2012, p. 46)

Essas breves condições e situações reais são inofismáveis. À lógica de Rousseau⁷³ e Voltaire⁷⁴ proclama

⁷² SILVÉRIO, Mariana Strassacapa. *Projeto Três Gargantas: cidade e território na China*. 2012. Monografia (Graduação e Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 42. Disponível em: http://www.metropolefluvial.fau.usp.br/downloads/projetos/GMF_ensino-tfg_strassacapa.pdf. Acesso em: 5 jun. 2019.

⁷³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Carta de Rousseau a Voltaire sobre a providência*. Tradução e aparato crítico de Maria das Graças de Souza. In: MENEZES, Edmilson (org.). *História e providência*: Bossuet, Vico e Rousseau. Ilhêus: Editus, 2006.

⁷⁴ AROUET, François-Marie [pseudônimo - Voltaire]. *Poemes sur le*

reflexões seguidas de respostas dedutivas, tais como: 1) se todos os rompimentos foram precedidos de perceptíveis sinais visuais, qual(is) o representante(s) estatal(is) está(ão) fiscalizando? 2) quais foram os boletins afetos emanados pela empresa mineradora às comunidades vulnerável e aos órgãos estatais competentes? 3) se o período de maior risco, a exemplo do encharco da argila (liquefação e levitação do talude), é o chuvoso, por que não há registro de treinamentos e instruções às comunidades à jusante ou mesmo fiscalizações que antecedam essa sazonalidade? 4) se o derramamento ocorre por gravidade, por que as empresas não desenvolveram mecanismos de direcionamento e diluição gradativa da lama (exemplo de “costelas painéis de escada”) ou mesmo barragens de captação à jusante? 5) se a física e outros ramos podem contribuir com a separação e retirada dos metais por gravidade e peso específico, por que não há desenvolvimento de mecanismos específicos? 6) se já existem vários estudos para uso econômico e sustentável da lama, quais as medidas incentivadas pelo Governo e praticadas pelas empresas? 7) se essas situações sugeridas são previsíveis, quais as medidas diagnósticas e operacionais preventivas adotadas (mapeamento, inventário, plano e regulação)? E outras.

6 A fiscalização e a execução de Defesa Civil

A execução das atividades de defesa civil no Brasil é de competência constitucional dos Corpos de Bombeiros Militares (CBM), por força do art. 144, *caput* e §5º da CRFB⁷⁵. A falta de fiscalização⁷⁶ das atividades operacionais de Defesa Civil (CBM) e a falta de conhecimento dos órgãos de controle prejudicam a eficiência da prestação da segurança pública pelos órgãos compe-

désastre de Lisbonne at sur la loi naturelle, avec des prefates des notes, [...]. Paris: Galica, 1756. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5727289v/f9.image>. Acesso em: 25 jul. 2019.

⁷⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

⁷⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

tentes e confundem as ações demandadas, conforme a reflexão de Piske, demonstrando que os julgados reconhecem as falhas e omissões dos entes estatais⁷⁷. Todavia, conforme sintetiza Martines, com base no julgado da tragédia da boate Kiss, prevalece o entendimento de que, apesar do dever de fiscalização, o Estado não é garantidor universal e não pode ser punido por atos que não causou⁷⁸. A inércia do Estado não exime o garantidor da responsabilidade pelos danos causados, mas também não exime os seus servidores de serem responsabilizados administrativa, civil e até penalmente, pelos comportamentos desviados, em caso de participação direta no evento⁷⁹, *in verbis*:

[...] com esse entendimento, a juíza Eloisa Helena Hernandez de Hernandez, da Comarca de Santa Maria, eximiu o município e o estado do Rio Grande do Sul de indenizarem Felipe de Souza Freitas e Joanatas Krug Castilhos, sobreviventes da tragédia na boate Kiss. Porém, a empresa Santo Entretenimentos, responsável pelo empreendimento, foi condenada a pagar R\$ 20 mil para cada um pelo abalo psicológico causado pelo acidente.

Depreende-se que o representante do Estado, que, por ação ou omissão, demonstrar ineficiência na fiscalização ou controle, no que couber, segundo o *modus operandi* e nível de disponibilidade, conhecimento dos riscos e desiderato, pode ser submetidos a procedimento legal e, por conseguinte, ser responsabilizado cível, penal e administrativamente. A falta de fiscalização das situações ambientais e empreendimentos de risco de desastres eleva a vulnerabilidade e previsão de gastos e prejuízos. A falta de execução das atividades preventivas de defesa civil pelos CBM e diante do mapeamento de risco existente fomenta despreparo do Estado para novas catástrofes. Essa condição objetiva de meras rea-

ções frustradas gera sensação de impotência e de insegurança às pessoas e aos respectivos patrimônios. A de fiscalização e das atividades de prevenção pelos CBM, na matéria de riscos de desastres reclama diligências pelos órgãos de controle interno e externo, independente das perscrutações do processo judicial, e não necessariamente para punir possíveis responsáveis administrativa e civilmente, mas para o feedback e alimentação do banco de dados científico (mapeamento e inventário) para reestruturar o planejamento preventivo e reordenação do comportamento dos gestores no concernente ofício, conforme aduz, inclusive, na disposição do “§7º, a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”, do 144 da CRFB⁸⁰.

Assim, os métodos de gestão, privado ou público hodiernos, são análogos e consagram os princípios da previsibilidade e da antecipação preventiva, como fatores de mitigação de prejuízos e capitalização de vantagens. Dentre diversos mecanismos cíclicos diagnósticos de mapeamento, reconhecimento dos fatores e recursos objetivos de inferência no feedback ou inventário, planejamento adequado de efetivação das operações preventivas e reativas e regulamentação procedimental de uniformização, como aludiram Coutinho e Aquino, com base nos estudos de Campos, Godoy e Yin, existem vários arquétipos satisfatórios, tais como o Sistema de Qualidade Total – SQT (ou TQM -Total Quality Management, na derivação inglesa, ou gestão da qualidade total, ou SQG - Sistema de Gestão da Qualidade Total), com o ciclo PDCA (P- planejar; D- fazer; C- verificar e A- agir), e com as ferramentas “5S” (SEIRI, ou senso de utilização, arrumação, organização e seleção; SEITON, ou senso de ordenação, sistematização e classificação; SEISO, ou senso de limpeza e zelo; SEIKETSU, ou senso de asseio, higiene, saúde e integridade; SHITSUKE, ou senso de autodisciplina, educação e compromisso)⁸¹. Portanto, verifica-se a disponibilidade

⁷⁷ PISKE, Oriana. Mariana: de quem é a responsabilidade pelo maior desastre ambiental brasileiro? *Imprensa do TJDF*, Brasília, 22 fev. 2016. Disponível em: <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/32014/MARIANA%20De%20quem%20%E9%20a%20responsabilidade%20pelo%20maior%20desastre%20am%20brasileiro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jun. 2016.

⁷⁸ MARTINES, Fernando. Indenização moral: Estado é isento de culpa, mas empresa é condenada por incêndio na boate Kiss. *Con-sultor Jurídico*, São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-10/estado-isento-empresa-condenadaincendio-boate-kiss>. Acesso em: 29 jul. 2016.

⁷⁹ MARTINES, Fernando. Indenização moral: Estado é isento de culpa, mas empresa é condenada por incêndio na boate Kiss. *Con-sultor Jurídico*, São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-10/estado-isento-empresa-condenadaincendio-boate-kiss>. Acesso em: 29 jul. 2019.

⁸⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

⁸¹ COUTINHO, Fagner Melo José; AQUINO, Joás Tomaz de. Os 5S como diferencial competitivo para o sistema de gestão da qualidade: estudo de caso de uma empresa de aços longos. *Revista Gestão. Org.*, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 176-186, 2015. p. 178-180. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/gestaoorg/index.php/gestao/article/view/738/0>. Acesso em: 20 mar. 2019.; CAMPOS, V. F. *TQC: controle da qualidade total, no estilo japonês*. Minas Gerais: Nova Lima,

do conhecimento, mas, simultaneamente, também a falta de aplicação, em detrimento socioambiental.

No plano federativo do Brasil, essas atividades vinculadas a desastres são típicas de Defesa Civil, que são inerentes à União, nos termos do art. 21, inciso XVIII, da Lei Maior, que preconiza: “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações”. Conforme depreende-se do cotejo entre a Lei da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC)⁸², a Lei de transferências de recursos da União aos demais entes federativos⁸³, dispondo sobre o repasse de recursos, e o decreto de regulação do Sistema Nacional de Defesa Civil⁸⁴, que define atribuições administrativas no âmbito federal, Estadual e Municipal, bem como da Lei de Licitações⁸⁵, considerando até mesmo possíveis fraudes, em face da “imunidade” e chancela da situação “emergencial”, contra as disposições contrárias e possíveis atos de corrupção, cabe aos órgãos de controle a mis-

ter fiscalização. A regulamentação, no âmbito nacional, converteu conceitos em definição, ratificando os argumentos já evidenciados, como descrevem os incisos do art. 2º, do Decreto regulamentador do Sistema Nacional de Defesa Civil⁸⁶, *ipsis*:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

– **defesa civil**: conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais e recuperativas destinadas a evitar desastres e minimizar seus impactos para a população e restabelecer a normalidade social;

– **desastre**: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

[...];

IX - **ações de prevenção**: ações destinadas a reduzir a ocorrência e a intensidade de desastres, por meio da identificação, mapeamento e monitoramento de riscos, ameaças e vulnerabilidades locais, incluindo a capacitação da sociedade em atividades de defesa civil, entre outras estabelecidas pelo Ministério da Integração Nacional. (Grifou-se).

No mesmo concerto, as atribuições de segurança pública são de responsabilidade da União, mas foram delegadas parcialmente aos estados, sendo solidárias entre esses entes, podem ser avocadas pela União, titular da responsabilidade, mas não podem ser subdelegadas aos municípios, quanto mais a autarquias ou instituições privadas, como reiterou Rocha⁸⁷, fazendo remessa ao parágrafo único do art. 22 e, explicitamente, às disposições do art. 144, *caput* e §§ 5º e 7º da CRFB⁸⁸, mormente em face do interesse estratégico da soberania nacional. Nesse diapasão aludem ainda os julgados do Supremo Tribunal Federal⁸⁹ na repercussão geral das Ações Dire-

2005.; GODOY, A. S. Estudo de caso qualitativo. In: GODOI, C. K.; BANDEIRA-DE-MELLO, R.; SILVA, A. B. (org.) *Pesquisa qualitativa em estudos organizacionais, paradigmas, estratégias e métodos*. São Paulo: Saraiva, 2006.; YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2015.

⁸² BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil. PNPDEC; dispõe sobre o Sistema de Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC. *Diário Oficial União*, Brasília, 11 abr. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12698.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁸³ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.340, de 1 de dezembro de 2010. Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 dez. 2010b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12340.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

⁸⁴ BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 7.257, de 10 de setembro de 2010. Regulamenta a Medida Provisória n. 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 ago. 2010a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

⁸⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁸⁶ BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 7.257, de 10 de setembro de 2010. Regulamenta a Medida Provisória n. 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 ago. 2010a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

⁸⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 243- 244, 287.

⁸⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Incon-

tas de Inconstitucionalidades n. 236, n. 1.182 e n. 2.827. Dessarte, as atividades operacionais de Defesa Civil, à elucidação de Oliveira, no teatro real de operações cabe ao braço coercitiva do Estado, com fulcro na *mens legis* da soberania e força especializada, os CBM⁹⁰, *ipsis*:

A CRFB (BRASIL, 1988), no lastro da soberania, delegou às IMEs as atribuições de execução da segurança pública e, especificamente aos CBMs, a missão da preservação da incolumidade pública das pessoas e do patrimônio. A União, estranhamente, por meio de lei ordinária, reincorporou tais atribuições em desvio à volição do art. 144, §§ 6º e 7º. A Lei n. 12.608 (BRASIL, 2012a), em sentido amplo, retira a autonomia dos Estados e ainda subdelega aos Municípios as atribuições de defesa civil, considerando o seu poder financeiro de mobilização estratégica, no consórcio da Lei n. 12.340 (BRASIL, 2010b), quando caberia a mera regulação geral da atuação estadual, nos termos do art. 7º, contudo destacando a competência técnica e pragmática dos CBMs, sem vincular operações táticas aos entes municipais.

Essa hipotética confusão só desassiste o público-alvo, pois desinforma a sociedade, gera solução de continuidade⁹¹, sobreposição desnecessária de esforços, prejuízos ao erário e sobretudo permite escapes aos atores responsáveis para se safarem das responsabilidades, mormente pelas pretensas dúvidas quanto aos hipotéticos conflitos de competência, que não existem. Como explanado pelos constitucionalistas⁹², Oliveira e Silva,

stitucionalidade. (Plenário). *ADI 1.182/DF*. Relator: Min. Eros Grau. Brasília 24 de novembro 2005, *Diário da Justiça* (DJ), 10 mar. 2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi1182-df>. Acesso em: 10 jun. 2016.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 236/RJ. Relator: Min. Octavio Gallotti, julgamento: 7 maio 1992. *Diário da Justiça* (DJ). 1 jun. 2001. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751069/acao-direta-deinconstitucionalidade-adi-236-rj>. Acesso em: 12 jun. 2016.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 2.827/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16 de setembro 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 abr. 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14797104/agregna-acao-direta-deinconstitucionalidade-adi-2827-rs-stf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁹⁰ OLIVEIRA, Edson Rodrigues. *A competência constitucional do Corpo de Bombeiros Militar para atuação na proteção ambiental*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2017, p. 79-80. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/mestrado/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/890a58fa5dbb6d35e38619b40dd232c8.pdf. Acesso em: 4 maio 2019.

⁹¹ SOLUÇÃO de continuidade. In: DICIONÁRIO priberam da língua portuguesa [em linha], 2008-2013. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20continuidade>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁹² OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada:*

pelos administrativistas⁹³ Di Pietro e Oliveira, a sinergia funcional entre os entes federativos, poderes e órgãos estatais é essencial, pois, cada qual, com suas atribuições específicas, deve interagir construtiva e solidariamente, à eficiência da prestação estatal, como consagrou a analogia do apóstolo Paulo de Tarso⁹⁴:

19. E, se todos fossem um só membro, onde estaria o corpo? 20. Assim, pois, há muitos membros, mas um corpo. 21. E o olho não pode dizer à mão: Não tenho necessidade de ti; nem ainda a cabeça aos pés: Não tenho necessidade de vós. 22. Antes, os membros do corpo que parecem ser os mais fracos são necessários; 23. E os que reputamos serem menos honrosos no corpo, a esses honramos muito mais; e aos que em nós são menos decorosos damos muito mais honra. 24. Porque os que em nós são mais nobres não têm necessidade disso, mas Deus assim formou o corpo, dando muito mais honra ao que tinha falta dela; 25. Para que não haja divisão no corpo, mas antes tenham os membros igual cuidado uns dos outros. 26. De maneira que, se um membro padece, todos os membros padecem com ele; e, se um membro é honrado, todos os membros se regozijam com ele.

A responsabilidade pela administração de recursos de defesa civil confere à União, estados e municípios, no que couber, segundo a fonte e distribuição. Já a responsabilidade pela execução de defesa civil é constitucionalmente cabível aos CBM. Entretanto, no cenário de calamidade, verificam-se disputas políticas acirradas pelos “microfones midiáticos, não raras às vezes, para apologias de falso altruísmo”, como externaram Voltaire⁹⁵ e Rousseau⁹⁶, em repulsa à ausência das oportunas atividades “preven-

transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Ar-raes, 2013. p. 210-215.; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 46, 481.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 592- 593, 605.; OLIVEIRA, Edson Rodrigues. *A competência constitucional do Corpo de Bombeiros Militar para atuação na proteção ambiental*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2017. p. 74, 113. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/mestrado/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/890a58fa5dbb6d35e38619b40dd232c8.pdf. Acesso em: 4 maio 2019

⁹⁴ BÍBLIA SAGRADA. N. T. *1 Coríntios*. Tradução de Almeida, corrigida e fiel, 1994. Cap. 12. Disponível em: <http://www.biblionline.com.br/>. Acesso em: 5 jun. 2008.

⁹⁵ AROUET, François-Marie [pseudônimo - Voltaire]. *Poemes sur le desastre de Lisbonne at sur la loi naturelle, avec des préfaces des notes, [...]*. Paris: Galica, 1756. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5727289v/f9.image>. Acesso em: 25 jul. 2019

⁹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Carta de Rousseau a Voltaire sobre a providência*. Tradução e aparato crítico de Maria das Graças de Souza. In: MENEZES, Edmilson (org.). *História e providência*: Bossuet, Vico e Rousseau. Ilhéus: Editus, 2006.

tivas” e decorrentes resultados efetivos⁹⁷. A partir dos princípios da previsibilidade de determinada situação de risco e adoção dos mecanismos preventivos de mitigação das vulnerabilidades, por óbvio a possibilidade de estimativa de racionalização gastos e investimentos. Nos episódios evidenciados, nos países pobres e no Brasil, à ilustração concreta do rompimento de barragens, os resultados são uniformes, mas pejorativos. Percebe-se a temerosidade dos exacerbados prejuízos socioambientais e dos remanejamentos financeiros infrutíferos pelos cofres públicos (sem necessidade de comprovações, pela chancela da situação de emergência e outros), em ações meramente reativas de resgate de cadáveres.

À inferência de interpretação constitucional desonesta, especialmente por interesses políticos escusos, na busca suspeita de repasses dessas verbas emergenciais, reitera-se, sem a obrigação de prestação de contas, suplica o meticuloso tirocínio dos profissionais dos órgãos de controle. Diante das tecnologias disponíveis na atualidade, cumprem aos órgãos de controle, a fiscalização das contas e do cumprimento da missão constitucional. O povo, e em especial as comunidades vulneráveis, são sujeitos de direito legitimados a provocarem os órgãos de controle. Os órgãos de controle externos devem exigir os trabalhos preventivos e fiscalizar a execução, denunciando os desvios de condutas aflorados. Os órgãos de controle interno devem fiscalizar a eficiência, eficácia e efetividade da prestação estatal, pelo crivo dos métodos de gestão vigentes, para mitigação de gastos, racionalização da superposição de esforços e solução de continuidade, inibir a corrupção, dentre outros, para maximização da segurança das pessoas e do patrimônio e minimização da vulnerabilidade. Portanto, há necessidade de uma gestão participativa, não apenas teórica, mas envolvendo representantes do povo, do governo, da comunidade científica, de representantes do controle externo e de pessoas jurídicas vinculadas. Assim, as comunidades vulneráveis não seriam surpreendidas pelas inertes e omissas intervenções, pelos órgãos de Defesa Civil, sendo a execução, *longa manus* da soberania da segurança pública, atribuída aos CBM. Nesse contexto, com a devida amplitude ambiental e seus efeitos catastróficos, esclareceu Oliveira⁹⁸:

⁹⁷ CAMPOS-VARGAS, Milagros; APARICIO, Alejandra Toscano; ALANÍS, Juan Campos. Riesgos siconaturales: vulnerabilidad socioeconómica, justicia ambiental y justicia espacial. *Cuadernos de Geografía*, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 53-69, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcdg/v24n2/v24n2a4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁹⁸ OLIVEIRA, Edson Rodrigues. *A competência constitucional do*

[...] as atividades da segurança pública, na seara ambiental, geralmente são emergenciais, mas a efetividade no teatro de operações decorre de medidas e planejamentos racionais preventivos, implicando “comunicação” e colaboração mútua entre as instituições materialmente vinculadas e com os usuários, no que couber. Os órgãos ambientais devem manter comunicação dialética com os órgãos de segurança pública, e vice-versa, para maior eficiência de seus atos normativos, planejamentos e ações de proteção ambiental, por ser dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, como ordenam os arts. 144 e 225 da CRFB (BRASIL, 1988). Nesta esfera, o exemplo do rompimento de barragens de mineradoras em Minas Gerais e outros Estados, demonstram com clarividência a dissonância comunicativa, pois os CBMs interviram reativamente aos eventos⁹⁹.

Assim, como os incontestes resultados sucessivos ocorridos em Minas Gerais, nos respectivos rompimentos de barragens de rejeitos, nos municípios mineiros de Mariana e Brumadinho¹⁰⁰, os trabalhos preventivos de fiscalização e treinamento das comunidades vulneráveis e outros deveriam ter sido implementados antes dos eventos, sob a regência do órgão de execução de Defesa Civil (CBM), e com o apoio dos demais órgãos administrativos de Defesa Civil da União, do Estado de Minas Gerais (e mesmo odo Estado secundário atingido) e dos municípios afetados, com a inclusão, também, do *know-how* dos órgãos ambientais. Contudo, diante do fato concreto, esta reclamada sinergia não ocorreu, em insofismáveis prejuízos socioambientais (vítimas fatais e contaminadas, exacerbado dispêndio econômico,

Corpo de Bombeiros Militar para atuação na proteção ambiental. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2017. p. 63. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/mestrado/editor/assets/arquivos_dissertacoed fendidas/890a58fa5dbb6d35e38619b40dd232c8.pdf. Acesso em: 4 maio 2019.

⁹⁹ DELECRUDE, Carla. Rompimento de barragem é problema recorrente nos Estados brasileiros: nos últimos quatro anos, cerca de oito represas racharam causando grandes prejuízos. *Opinião & Notícias*, Rio de Janeiro, 23 jun. 2010. Disponível em: <http://opiniaoenoticia.com.br/sem-categoria/rompimento-de-barragem-e-problema-recorrente-nos-estados-brasileiros/>. Acesso em: 12 jul. 2019.; BELCHIOR, Germana Parente Neiva; SALAZAR PRIMO, Diego de Alencar. A responsabilidade civil por dano ambiental e o caso Samarco: desafios à luz do paradigma da sociedade de risco e da complexidade ambiental. *RJurFA7*, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 10-30, jan./jun. 2016. p. 5. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/38/28>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁰⁰ PASSARINHO, Nathalia. Tragédia com barragem da Vale em Brumadinho pode ser a pior no mundo em 3 décadas. *BBC News*, Londres, 29 jan. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47034499>. Acesso em: 25 jun. 2019.

dentre outros, para os envolvidos e sobretudo para o Estado). Pela ótica e racionalidade dos iluministas Voltaire e Rousseau, as fotografias de cadáveres resgatados pelos bombeiros de prontidão repercutem em *feedback* de ineficiência, ineficácia e severo distanciamento da efetividade¹⁰¹. Pela sublime perspectiva dos consagrados iluministas, se o órgão de execução de defesa civil estivesse cumprido a missão constitucional, a barragem poderia até ser rompida, mas não haveriam vítimas fatais e tantos prejuízos socioambientais. Se os órgãos de controle exigissem o cumprimento da missão ao órgão de execução de defesa civil, os eventos de rompimento de barragem de rejeitos não teriam repercussão.

Atualmente, um dos grandes problemas governamentais de inferência da “pessoalidade” corresponde à temática dos “cargos e funções de confiança”, que pressupõem uma “pseuda” lealdade e corporativismo à autoridade pública designante. Há um paradoxo entre os rigores do *caput* do art. 37 e a permissão prevista em seu inciso V (exceção de pessoalidade, que faculta escolhas políticas sem a prestação de concurso público para o serviço público remunerado, especialmente os cargos de cúpula). O art. 37 da CRFB preconiza, no seu *caput*, que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”, e, assim, preconiza também o “§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”, do art. 144, da CRFB¹⁰². Noutra senda, a governança, para fins de lisura e transparência na prestação constitucional da segurança pública, que abarca a execução de defesa civil, deve manter estreita observância aos princípios norteadores, cabendo a permissão da gestão participativa nos conselhos de Defesa Civil, agregando-se a representação de representantes de ór-

gãos de controle, da sociedade, da comunidade científica, dentre outros de potencial contribuição, subsidiando estudos, decisões e denunciando irregularidades, para a mister eficiência da prestação estatal e legitimidade das ações preventivas da CRFB.

Nessa senda, Oliveira¹⁰³, ao descrever a constituição juridicamente adequada, preconiza que a base da organização (e do Estado) é o ser humano, dotado de acervo cultural axiológico *sui generis* (substrato fisiológico hereditário, emocional ou afetivo, racional ou intelectual e espiritual ou intuitivo e transexistencial, trânsito e interação consigo mesma e com os demais seres humanos em diferentes momentos, circunstâncias e papéis nos muitos mundos de seu existir). Nesse contesto regente da conduta do servidor, para prevenir atos de pessoalidade urge a explanação weberiana¹⁰⁴:

O funcionário autêntico — isto é, decisivo para se julgar o regime do Reich alemão anterior a 1918 —, de acordo com as regras de sua profissão, não deve fazer política, mas ‘administrar’, e isto sobretudo de modo imparcial; isto vale, pelo menos oficialmente, também para os chamados funcionários administrativos ‘políticos’, desde que não esteja em jogo a ‘razão de Estado’, isto é, os interesses vitais da ordem dominante. Sine ira et studio, ‘sem ódio e favor’: é assim que o funcionário deve exercer seu cargo, isto é, não deve fazer precisamente aquilo que os políticos, tanto o líder quanto seu séquito, têm que fazer sempre e necessariamente: lutar, pois a parcialidade, a luta e a paixão — *ira et studium* — constituem o elemento do político.

Assim, há comprometimento técnico de gestão, pois a gestão de governo pode eleger, para o ofício, pessoas não qualificadas, em detrimento do interesse público. Para balizamento dos atos dos servidores públicos (concurados, temporários ou de confiança), o “princípio da legalidade”, foi evoluído ao “Princípio da Juridicidade” como destacou Chicoski, com fulcro em Romeu Felipe Bacellar Filho e dos Ministros Cármen Lúcia Antunes Rocha, Eros Roberto Grau¹⁰⁵, *verba legis*:

¹⁰¹ AROUET, François-Marie [pseudônimo - Voltaire]. *Poemes sur le désastre de Lisbonne at sur la loi naturelle, avec des prefates des notes*, [...]. Paris: Galica, 1756. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5727289v/f9.image>. Acesso em: 25 jul. 2019.; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Carta de Rousseau a Voltaire sobre a providência*. Tradução e aparato crítico de Maria das Graças de Souza. In: MENEZES, Edmilson (org.). *História e providência*: Bossuet, Vico e Rousseau. Ilhéus: Editus, 2006.

¹⁰² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

¹⁰³ OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada*: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 10- 11, 31, 59.

¹⁰⁴ WEBER, Marx. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2004. v. 2. p. 539.

¹⁰⁵ CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. São Paulo: *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 254-283, 2016, p. 275. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/98432/107819>. Acesso em: 8 fev. 2016.

[...] a nova leitura conferida ao princípio da legalidade administrativa, qual seja, a de juridicidade, confere à atividade exercida pela Administração Pública um status que supera em muito a de “mera executora da lei”, consagrada nos primórdios do Estado de direito. Apaga-se o estigma de que a Administração representaria tão-somente um poder a ser controlado e, notadamente no cenário atual, em que lhe compete a função de prover as necessidades dos cidadãos, ressalta-se o seu papel ativo na consecução dos objetivos do Estado social e democrático de direito.

Nesse honrável paradigma urge, na visão pós-moderna da “compliance”, que representa o dever dos servidores de sintonia com os atos, normas e leis, para seu efetivo cumprimento, especialmente em atos de corrupção e favorecimentos a pessoas jurídicas, conforme o norte da legislação específica¹⁰⁶, que aglutina-se ainda a Lei de Improbidade¹⁰⁷, que versa sobre a improbidade administrativa. O art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁰⁸ preconiza, em seu, “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”. Há, ainda, o norte da Lei de procedimentos administrativos¹⁰⁹, dentre outros códigos de ética classistas.

Nessa ideologia, em breve avaliação ao desastre na barragem de rejeitos da Vale, em Brumadinho, a temática foi discutida, inclusive, no Seminário do Ministério Público Federal, realizado e em parceria com a Escola Superior Dom Helder Câmara, com apoio da Fundação Getúlio Vargas, em Belo Horizonte, com destaque,

¹⁰⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

¹⁰⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

¹⁰⁸ BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 8 out. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-4657compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹⁰⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

verbi gratia, ao tema “compliance e combate à corrupção: políticas de prevenção a desastres ambientais” com a palestra dos autores Jabur e Saboya¹¹⁰. A conjuntura fática, demonstrada por notícias de eventos concretos divulgadas pela imprensa hodierna, zetética (ou doutrinária) dogmática e jurisprudencial, além das insofismáveis mudanças climáticas, decorrentes das ações ou omissões antrópicas, fundamentam a quebra de paradigma, já implementada na Europa e países Anglo-saxônicos desde o final do século XVIII. Não se justifica agir reativamente, sem a aplicação constitucional das medidas de “prevenção”. Aqueles que perderam seus entes não serão restituídos. Os rios contaminados consumiram, além do complexo biótico e abiótico, sonhos da população adjacente, que também perderam, economicamente, a desvalorização exacerbada de seus imóveis e atividades agropecuárias e de subsistência, com elevados riscos de contaminação por metais pesados e seus efeitos.

No episódio de Brumadinho, há registro ainda de que o CBMMG tinha conhecimento do dever constitucional de ação preventiva¹¹¹, conforme Ofício CBMMG/CG nº. 33/2019, e também que há indícios de interferências políticas pela influência econômica das empresas mineradoras, como demonstrou Parreiras¹¹² ao afirmar: “documento interno havia definido que o capitão Ronaldo Rosa Lima seria transferido para Barbacena mas, após manifestações, os bombeiros esperaram 56 dias e o enviaram a Poços de Caldas.”. Ainda, à combinação do pensamento de Locke à lédima regência governamental¹¹³ e dos princípios fundamentais dos hu-

¹¹⁰ JABUR, Marlon; SABOYA, Felipe. *Seminário: compliance e combate à corrupção: políticas de prevenção a desastres ambientais*. FGV, Belo Horizonte, 23 - 24 maio 2019. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/eventos/compliance-e-combate-a-corrupcao-politicas-de-prevencao-a-desastres-ambientais>. Acesso em 25 jun. 2019.

¹¹¹ MINAS GERAIS. Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG). *Ofício CBMMG/CG nº. 33/2019*: solicitação de informações sobre tramitação da contribuição científica-jurídica do autor Edson Rodrigues de Oliveira. Belo Horizonte, 13 fev. 2019.

¹¹² PARREIRAS, Mateus. Bombeiro que considerou barragem da CSN propensa a rompimento é transferido. Documento interno havia definido que o capitão Ronaldo Rosa Lima seria transferido para Barbacena mas, após manifestações, os bombeiros esperaram 56 dias e o enviaram a Poços de Caldas. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 5 jan. 2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/01/05/interna_gerais,928994/bombeiro-que-considerou-barragem-da-csn-propensa-a-rompimento-e-transf.shtm. Acesso em: 28 jun. 2019.

¹¹³ LOCKE, John. *Dos tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

manos direitos¹¹⁴ defendidos por Alexy e Dworkin, além das disposições da CRFB, mormente inseridas no *caput* e § 2º do art. 5º, afirmando como cláusula pétrea que os direitos humanos, no caso o direito à vida, à segurança, à propriedade e outros, são de aplicação imediata (combinado com o art. 144, §§ 5º e 7º)¹¹⁵. Portanto, há taxativa propulsão à demanda da prestação eficiente da segurança pública, que inclui a execução das atividades de defesa civil (pelos CBM) e a responsabilidade pontual das autoridades competentes para a essencial prestação estatal. Nesse concerto, cumpre aos órgãos de controle e a população, exigirem das instituições o exercício fiel da missão constitucional. Hipoteticamente, se o CBMMG possuísse o mapeado e o inventário, teriam subsídios para o planejamento e regulação da matéria e fiscalização periódica oportunas, mitigando os riscos de todas as barragens de rejeitos instaladas, treinando as comunidades vulneráveis, supervisionando o plano de contingência e a condição da integridade das barragens (visualmente é possível detectar a situação de emergência), dentre outras.

Por nexos causal, mesmo não sendo garantidor, a fiscalização e demais medidas preventivas dos órgãos administrativos e de execução de Defesa Civil e ambientais evitariam mortes de pessoas e animais e tantas perdas socioambientais, além dos onerosos dispêndios das ações reativas. Assim, diante dos riscos evidenciados e evoluídos para desastres, objetivamente, vislumbra-se que não houve efetividade nos trabalhos preventivos¹¹⁶ dos órgãos envolvidos. Independentemente das intervenções cabíveis aos órgãos ambientais afetos, e administrativos de defesa civil, na seara da segurança pública, especialmente no tocante às atribuições executivas ou operacionais de Defesa Civil, em sintonia ao postulado da “prevenção” centrada na “vulnerabilidade” comunitária, à dinâmica do devido mapeamento, inventário, planejamento e ordenação (em sinergia ainda com o

caput e §§ 5º e 7º do art. 144 da CRFB), no âmbito da Constituição do Estado de Minas Gerais¹¹⁷, preconizou o *caput* e inciso II do art. 142, *verbum pro verbo*:

Art. 142 – A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças públicas estaduais, são órgãos permanentes, organizados com base na hierarquia e na disciplina militares e comandados, preferencialmente, por oficial da ativa do último posto, competindo:

[...];

II – ao Corpo de Bombeiros Militar, a coordenação e a execução de ações de defesa civil, a **PREVENÇÃO** e combate a incêndio, perícias de incêndio, busca e salvamento e **ESTABELECIMENTO DE NORMAS RELATIVAS À SEGURANÇA DAS PESSOAS E DE SEUS BENS CONTRA INCÊNDIO OU QUALQUER TIPO DE CATÁSTROFE**; (Grifou-se)

A rejeição das instituições envolvidas ao imperativo constitucional e programático decorrente, no que couber, bem como do acervo científico existente, agravam e ampliam a extensão de vulnerabilidade das comunidades em locais de risco. Essa conjuntura situacional demonstra quão relevante e sublime os trabalhos dos órgãos de controle externo, em contemplação dos trabalhos de “compliance”. A consistência do ordenamento constitucional e da contribuição científica jamais seriam condescendentes com as repercussões negativas dos acidentes em causa.

7 Considerações finais

Desde o trágico episódio de 1755, em Lisboa, Portugal, a comunidade europeia e anglo-saxônica, diante da temática de “risco de desastre”, para fins de previsibilidade e antecipação oportuna aos efeitos prejudiciais do evento, já entendiam e solaparam a ideia de “ameaça” (potenciais traumáticos e de destruição) como elemento balizador. A partir da reflexão iluminista de Voltaire e Rousseau, houve a migração e otimização pelo apadrinhamento da “vulnerabilidade” (falta de capacidade de resposta ou enfrentamento aos efeitos do desastre). Assim, a proposição considera o ser humano, detentor da ra-

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fintez, 2007.

¹¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

¹¹⁶ BRASIL. Ministério das Cidades. Manual técnico para redução de riscos de desastres aplicado ao planejamento urbano: movimentos de massa. *Gides*, Brasília, dez. 2018. Disponível em: <https://www.jica.go.jp/brazil/portuguese/office/publications/c8h0vm-000001w9k8-att/volume6.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹¹⁷ MINAS GERAIS. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989*. Minas Gerais: *Diário do Legislativo*, Belo Horizonte, 22 set. 1989. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=CON&num=1989&comp=&ano=1989&texto=consolidado#texto>. Acesso em: 27 jun. 2019.

cionalidade, como o responsável pela interpretação dos fenômenos naturais e artificiais, segundo a sazonalidade climática e seus intempéries, dentre outros fatores intrínsecos ou periféricos, para o oportuno mapeando, inventário, planejamento e regulação sincronizada de mitigação dos efeitos traumáticos do evento. Portanto, os procedimentos prestigiaram primariamente a prevenção, em substituição às atividades reativas durante e após o evento.

O termo “risco” (sentido amplo) se confunde com o termo “perigo” (sentido estrito), que pode ser entendido como uma fase mais avançada do risco, estando mais próxima ou já incorporado ao fenômeno ou evento, que pode ou não atingir o último nível de desastre (categorizado, em regra, por quatro níveis de magnitude — fortes chuvas e ventanias que evoluem para um ciclone, por exemplo — o último nível de desastre é também denominado de catástrofe ou calamidade). O risco é depreendido de informações catalogadas cientificamente (históricos de eventos, sazonalidade, condições análogas, a exemplo dos fatos sucessivos de rompimento das barragens de rejeitos), dependendo do nível de vulnerabilidade das pessoas e demais bens envolvidos. A prevenção, sintetizada na previsão e antecipação aos efeitos, é a máxima teleológica dos estudos de gestão do risco de desastre, sendo *sine qua nom* à proteção de vidas humanas, da biota e demais bens envolvidos, para mitigação da vulnerabilidade e maximizando a segurança e incolumidade pública das pessoas e do patrimônio.

O Brasil se encontra em nível confortável de risco de fenômenos naturais (classificação mundial de número 123), mas, a exemplo das barragens de rejeitos, e, em face da grande quantidade instalada (das 698 catalogadas em Minas Gerais, 22 estão comprometidas), pulverização regional e homogeneidade das estruturas rústicas, a base de argila e resíduos superficiais do próprio solo local, além das características geográficas predominantes da declividade e gravidade, na posição à montante, há dedutível combinação a novos desastres. Destarte, cabem aos órgãos de execução de Defesa Civil (CBM) e ambientais, a adoção efetiva dos procedimentos preventivos solidários, adequados, oportunos e de sinergia à mitigação da vulnerabilidade das pessoas e do patrimônio, em prol da prevenção contra os efeitos das catástrofes naturais e dos desastres de rompimento de barragens de rejeitos minerais.

Existem vários mecanismos científicos de previ-

ção da situação de risco e de mecanismos de prevenção oportunos, na seara dos desastres. No tocante aos desastres naturais, cumpre à governança, por seus órgãos de direito, o mapeamento situacional dos elementos de vulnerabilidade e do risco, o inventário dos elementos prós e contra disponíveis, o planejamento de ações tempestivas — treinamento, remoção de pessoas e bens da área de risco, dentre outros, e a regência normativa de padornização comportamental dos envolvidos. *Verbi gratia*, se a situação é de pluviometria intensa, com rajadas de vento e enchentes, suscitando-se calamidade, por lógico o investimento em abrigos coletivos temporários, até a passagem do evento. Ações reativas implicam surpresa, despreparo e maximização da vulnerabilidade e multiplicação dos onerosos investimentos. Por analogia, nos casos de riscos de rompimento de barragens de rejeitos, existem múltiplos mecanismos preventivos, como a sustentável utilização dos rejeitos na construção civil, a construção de barreira de contenção gradativa da lama e possíveis desvios (canalização à juzante para outras bacias de contenção, dentre outros).

As ações reativas, sem o registro dos trabalhos preventivos realizados e sem a devida mensuração e feedback pelos órgãos de controle, implicam desídia por parte do Estado. Os investimentos em prevenção são significativamente irrisórios, em relação aos onerosos dispêndios reativos ou pós-sinistros. As vidas ceifadas e perdas materiais, além dos severos prejuízos socioambientais causados em um desastre, na assertiva de Voltaire e Rousseau, demonstram inércia e timidez nas essenciais atividades preventivas, bem como ineficiência dos órgãos envolvidos, em especial de execução de defesa civil, reitera-se, *ex vi* do art. 144, *caput* e § 5º, da CRFB e art. 142, *caput* e inciso II, da Constituição Estadual de Minas Gerais de 1989. Diante dos episódios demonstrados, todos poderiam maximizar os saldos positivos se a governança agisse sob o manto da racionalidade iluminista da gestão preventiva.

Os órgãos de controle têm a árdua, espinhosa, mas proporcionalmente gratificante, missão da fiscalização do cumprimento efetivo dos imperativos constitucionais e programáticos recepcionados ou decorrentes, além dos gastos realizados pelos órgãos administrativos de defesa civil, pelos instrumentos de direito cabíveis. Os Governos devem promover e fomentar a maximização da segurança pública (e ambiental), com padrões internacionais mínimos, para mitigação da vulnerabilidade humana, perante às situações de risco de desastres. A

gestão participativa nas atividades de Defesa Civil deve ser consolidada, para maior lisura, transparência e legitimidade, especialmente nas atividades preventivas e no processo decisório. Holisticamente, tanto os órgãos de controle externo quanto dos governos devem mirar em resultados concretos de efetividade, inibindo a corrupção, com escopo no interesse público, no bem comum de todos e na sustentabilidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.

Referências

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.
- ANTUNES, Rafael; BRUM, Renata; OLIVEIRA, Roberta. Zona da Mata ainda se recupera de rompimento de barragem há 9 anos: solo não tem mais interferência, diz professor; rio sofre impacto. Bauminas Mineração garantiu que cumpriu o solicitado após o acidente. *Globo [G1]*, Belo Horizonte, 7 nov. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2015/11/zona-da-mata-ainda-se-recupera-de-rompimento-de-barragem-ha-9-anos.html>. Acesso em: 1 ago. 2019.
- AROUET, François-Marie [pseudônimo - Voltaire]. *Poemes sur le désastre de Lisbonne at sur la loi naturelle, avec des prefates des notes, [...]*. Paris: Galica, 1756. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5727289v/f9.image>. Acesso em: 25 jul. 2019
- BARBOSA, Paôlla de Carvalho. *Aproveitamento de rejeito da concentração de minério de ferro na produção de cerâmica vermelha*. 2017. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Engenharia de Minas) – Universidade Federal de Ouro Preto, 2017. Disponível em: https://www.monografias.ufop.br/bitstream/35400000/496/6/MONOGRAFIA_AproveitamentoRejeitoConcentra%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.
- BECKER, Evaldo; BECKER, Michele Amorim. Contribuições de Rousseau ao entendimento dos desastres socioambientais contemporâneos. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 37, n. 2, p. 111-126, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v37n2/06.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva; SALAZAR PRIMO, Diego de Alencar. A responsabilidade civil por dano ambiental e o caso Samarco: desafios à luz do paradigma da sociedade de risco e da complexidade ambiental. *RJurEA7*, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 10-30, jan./jun. 2016. p. 5. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/38/2>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- BERROCAL VARGAS, Milena. *Análisis y evaluación de la vulnerabilidad de la población de la Fortuna de San Carlos a la actividad volcánica del volcán Arenal*. 2008. Tesis (Doctorado) - Universidad de Girona, Costa Rica, San José, 2008.
- BETIM, Filipe. Tempestade esperada, tragédia evitável: o ciclo mortífero do Rio: dados oficiais indicam que Prefeitura do Rio vem investigando cada vez menos na prevenção de enchentes e proteção de encostas. Mortes elevam pressão sobre Crivella. *El País*, São Paulo, 9 abr. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/09/politica/1554839806_255766.html. Acesso em: 29 abr. 2019.;
- BÍBLIA SAGRADA. N. T. *1 Coríntios*. Tradução de Almeida, corrigida e fiel, 1994. Cap. 12. Disponível em: <http://www.bibliaonline.com.br/>. Acesso em: 5 jun. 2008.
- BÖHME, Gernot; BÖHME, Hartmut. *Fuego, agua, tierra, aire: una historia cultural de los elementos*. Barcelona: Herder, 1996.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.
- BRASIL. Instituto Nacional de Meteorologia – INMET. *5º Distrito de Meteorologia - Minas Gerais. [Nota Técnica n. 004 – 2017]: estação chuvosa em Minas Gerais: variabilidade interanual observada entre as estações chuvosas de 2007/2008 a 2016/2017: Seção de Análise e Previsão do Tempo – SEPTE*. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.inmet.gov.br/portal/notas_tecnicas/2017/OUTUBRO/Nota_tecnica_CE-DEC_04_17.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.
- BRASIL. Ministério das Cidades. Manual técnico para redução de riscos de desastres aplicado ao planejamento urbano: movimentos de massa. *Gides*, Brasília, dez. 2018. Disponível em: <https://www.jica.go.jp/brazil/portuguese/office/publications/c8h0vm000001w9k8-att/volume6.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. Glossário de Defesa Civil estudos de riscos e medicina

de desastres. *Imprensa Nacional*, Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.defesacivil.mg.gov.br/images/documentos/Defesa%20Civil/manuais/GLOSSARIO-Dicionario-Defesa-Civil.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 7.257, de 10 de setembro de 2010. Regulamenta a Medida Provisória n. 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 ago. 2010a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 8 out. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.340, de 1 de dezembro de 2010. Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 dez. 2010b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12340.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e

dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil. PNPDEC; dispõe sobre o Sistema de Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC. *Diário Oficial União*, Brasília, 11 abr. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12698.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.182/DF*. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 24 de novembro de 2005, Plenário, *Diário da Justiça* (DJ), 10 mar. 2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi1182-df>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação direta de inconstitucionalidade. *ADI 236/RJ*. Relator: Min. Octavio Gallotti, julgamento: 7 maio 1992. *Diário da Justiça* (DJ). 1 jun. 2001. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751069/acao-direta-deinconstitucionalidade-adi-236-rj>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 2.827/RS*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento: 16 set. 2010, Plenário, *Diário da Justiça Eletrônico*, [S. l.], 6 abr. 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14797104/agregna-acao-direta-deinconstitucionalidade-adi-2827-rs-stf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRESSER, Deborah. Das 698 barragens cadastradas em MG, 22 estão sem estabilidade: relatório da FEAM

aponta classificação e riscos das estruturas que fazem parte do programa de Gestão de Barragens de Rejeitos e Resíduos. *Record [R7]*, Belo Horizonte, 29 jan, 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/minas-gerais/das-698-barragens-cadastradas-em-mg-22-estao-sem-estabilidade-26012019>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRILHAC, Jean-François. *Le concept des cyndiniques*. Paris: UVED, 2019. Disponível em: https://ressources.uved.fr/Grains_Module3/Cyndiniques/site/html/Cyndiniques/Cyndiniques.html. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRUMADINHO: Sobe para 242 o número de mortos identificados em rompimento de barragem da Vale. *Globo [G1]*, Belo Horizonte, 25 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/05/25/brumadinho-sobe-para-242-o-numero-de-mortos-identificados-no-rompimento-de-barragem-da-vale.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BULLARD, R. D. *Confronting environmental racism: voices from the grassroots*. Boston: South End Press, 1993.

BULLARD, R. D. *Dumping in dixie: race, class, and environmental quality*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1990.

BULLARD, R. D. *Unequal protection: environmental justice and communities of color*. San Francisco: Sierra Club Books, 1994.

BULLARD, R. D., WRIGHT, B. H. *The quest for environmental equity: mobilizing the african-american community for social change*. In: DUNLAP, R. E.; MERTIG, A. G. (ed.). *American environmentalism: the U.S. environmental movement, 1970–1990*. New York: Taylor and Francis, 1992. p. 39–49.

CAMPOS, V. F. *TQC: controle da qualidade total, no estilo japonês*. Minas Gerais: Nova Lima, 2005.

CAMPOS-VARGAS, Milagros; APARICIO, Alejandra Toscana; ALANÍS, Juan Campos. Riesgos socio-naturales: vulnerabilidad socioeconómica, justicia ambiental y justicia espacial. *Cuadernos de Geografía*, [S.l.], v. 24, n. 2, p. 53-69, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcdg/v24n2/v24n2a4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CASTILHO, Ricardo. Estado: elementos constitutivos, conceito, objetivos e tipos. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 2-34.

CERRI, Leandro Eugenio Silva. *Riscos geológicos associados a escorregamentos: uma proposta para a prevenção de acidentes*.

Tese (Doutorado) – UNESP, Rio Claro-SP, 1993.

CICLONE Fani deixa 42 mortos na Índia e em Bangladesh. *Correios Brasiliense*, Brasília, 5 maio 2019c. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2019/05/05/interna_mundo,753213/ciclone-fani-deixa-42-mortos-na-india-e-em-bangladesh.shtml. Acesso em: 10 jul. 2019.

CICLONE Kenneth atinge Moçambique um mês após Idai, que deixou mil mortos: Ciclone resultará, nos próximos dez dias, o dobro de chuvas das que foram originadas pelo ciclone Idai. *Exame*, São Paulo, 26 abr. 2019a. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/ciclone-kenneth-atinge-mocambique-um-mes-apos-idai-que-deixou-mil-mortos/>. Acesso em: 30 abr. 2019.

CICLONE Kenneth provoca enchentes e deixa mortos em Moçambique: Com 200 mil habitantes, a cidade de Pemba foi atingida pelas fortes chuvas e ao menos 38 pessoas morreram. *Exame*, São Paulo, 29 abr. 2019b. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/ciclone-kenneth-provoca-enchentes-e-deixa-mortos-em-mocambique/>. Acesso em: 29 abr. 2019

CLAY E. J. Disasters, vulnerability and the global economy. In: KREIMER, A.; ARNOLD, M. (ed.). *The future disaster risk: building safer cities*. Washington, D.C. 2003. (Disaster Risk Management Series n.3). p. 3-32

COSTA, Beatriz Souza; OLIVEIRA, Edson Rodrigues de. O patamar hierárquico da Resolução Conama: uma análise pelos óculos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.074 e holofotes da soberania republicana e autonomia dos entes federativos. *Revista Argumentum*, (RA), Marília, v. 16, p. 209-232, 2015. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/155>. Acesso em: 20 mar. 2016.

COUTINHO, Fagner Melo José; AQUINO, Joás Tomaz de. Os 5S como diferencial competitivo para o sistema de gestão da qualidade: estudo de caso de uma empresa de aços longos. *Revista Gestão.Org*, [S. l.] v. 13, n. 2, p. 176-186, 2015. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/gestaoorg/index.php/gestao/article/view/738/0>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CUSTÓDIO, Maraluce Maria; OLIVEIRA, Edson Rodrigues de. A legislação brasileira de uso e ocupação do solo e sua dissonância sistêmica com fatores redutores da refletância da energia solar. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 867-892, 2017. Di-

- ponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/27045/21067>. Acesso em: 5 ago. 2019.
- DÁGIOS, Giovanna. Relembre 13 desastres naturais ocorridos no século 21. *UOL*, São Paulo, 1 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/unibol/espm/relembre-13-desastres-naturais-ocorridos-no-seculo-21.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.
- DELECRODE, Carla. Rompimento de barragem é problema recorrente nos Estados brasileiros: nos últimos quatro anos, cerca de oito represas racharam causando grandes prejuízos. *Opinião & Notícia*, Rio de Janeiro, 23 jun. 2010. Disponível em: <http://opinioenoticia.com.br/sem-categoria/rompimento-de-barragem-e-problema-recorrente-nos-estados-brasileiros/>. Acesso em: 12 jul. 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- EIRAS, Cahio Guimarães Seabra. *Mapeamento de suscetibilidade a eventos perigosos de natureza geológica e hidrológica em São Carlos – SP*. 2017. Dissertação (Mestrado) - Escola de Engenharia de São Carlos, da Universidade de São Paulo, São Carlos, 2017. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18132/tde-01032018-095311/en.php>. Acesso em: 29 jun. 2019.
- FISCHHOFF, Baruch P; KADVANY, John A. *Riesgo: una breve introducción*. Madrid: Alianza, 2013.
- FRASSON, Ieda. *Crerios de eficiência, eficácia e efetividade adotados pelos avaliadores de instituições não-governamentais financiadoras de projetos sociais*. 2001. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/82184/175094.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- FURTADO, André Filipe Pimentel. *Avaliação da instabilidade de vertentes e processos de erosão superficial na zona de Castelo Branco, Furnas, ilha de São Miguel, Açores*. 2014. Dissertação (Mestrado em Engenharia Geológica) Faculdade de Ciências e Tecnologia, da Universidade Nova de Lisboa, 2014. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/13955/1/Furtado_2014.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.
- GODOY, A. S. Estudo de caso qualitativo. In: GODOI, C. K.; BANDEIRA-DE-MELLO, R.; SILVA, A. B. (org.) *Pesquisa qualitativa em estudos organizacionais, paradigmas, estratégias e métodos*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOERL, Roberto Fabris; KOBIYAMA, Masato. Redução dos desastres naturais: desafio dos geógrafos. *Ambiência*, Guarapuava (PR), v. 9, n. 1, p. 145 - 172 jan./abr. 2013. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/ambiencia/article/view/1935/1934>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- HÁ 3 anos, rompimento de barragem de Mariana causou maior desastre ambiental do país e matou 19 pessoas. *Globo*, São Paulo, 25 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/ha-3-anos-rompimento-de-barragem-de-mariana-causou-maior-desastre-ambiental-do-pais-e-matou-19-pessoas.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- HERBERT, D.T.; MATTHEWS, J. A. Geography: roots and continuities. In: MATTHEWS, J. A.; HERBERT, D. T. (org.). *Unifying geography: common heritage, shared future*. London: Routledge, 2004. p.3-20.
- INUNDAÇÕES deixam mais de 30 mortos na Indonésia: na província de Bengkulu, 29 pessoas morreram e 13 estavam desaparecidas após as fortes chuvas. *Exame*, São Paulo, 29 abr. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/inundacoes-deixam-mais-de-30-mortos-na-indonesia/>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- INUNDAÇÕES e deslizamentos deixam 51 mortos na África do Sul: serviços meteorológicos advertiram que esta situação se manterá até quarta-feira, podendo afetar pontes e estradas das zonas. *Exame*, São Paulo, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/inundacoes-e-deslizamentos-deixam-51-mortos-na-africa-do-sul/>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- JABBUR, Marlon; SABOYA, Felipe. *Seminário: compliance e combate à corrupção: políticas de prevenção a desastres ambientais*. FGV, Belo Horizonte, 23 - 24 maio 2019. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/eventos/compliance-e-combate-a-corrupcao-politicas-de-prevencao-a-desastres-ambientais>. Acesso em 25 jun. 2019.
- JUSTO FILHO, João Francisco; PIQUEIRA, José Roberto Castilho. Engenharia das catástrofes: entre o determinístico e o imponderável. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 27, n. 77, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n77/v27n77a13.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

- KERVERN, G. Y. *Eléments fondamentaux des Cindyniques*. Economica, 1995.
- KERVERN, G. Y.; RUBISE, P. *L'archipel du danger*. Economica, 1991.
- KOBIYAMA, Masato; PAIXÃO, Maurício Andrades; ZAMBRANO, Fernando Campo; MAZZALI, Laís Helena. MICHEL, Rossano Dalla Lana; GODOY, João Vicente Zancan. *Mapeamento de Áreas de Risco para Prevenção de Desastres Hidrológicos com Ênfase em Modelagem Hidrogeomorfológica*. 4. ed. Porto Alegre: UFRGS, 6 nov. 2017. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/gpden/wordpress/wp-content/uploads/2014/10/Apostila-Mapa-4-edição-2017.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- KUEHN, Roberth R. A taxonomy of environmental justice. *Environmental Law Reporter*, [S. l.], v. 30, p. 10681-10703, 2000. Disponível em: <https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1137&context=aprci>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- LAMA da Samarco pode ser “bomba-relógio” de metais pesados no Rio Doce: rejeitos provenientes do desastre em Mariana (MG) continuam chegando ao estuário do Rio Doce. *Jornal da USP*, São Paulo, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-ambientais/lama-da-samarco-pode-ser-bomba-relogio-de-metais-pesados-no-rio-doce/>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- LAVELL, Allan. *La gestión local del riesgo: nociones y precisiones en torno al concepto y la práctica*. Guatemala: Centro de Coordinación para la Prevención de los Desastres Naturales en América Central (CEPREDE-NAC), 2003.
- LIMA, Verônica Ferreira; MERÇON, Fábio. Metais pesados no ensino de química. *UFJF*, Juiz de Fora, 27 set. 2011. Disponível em: <http://www.ufjf.br/baccan/files/2012/11/199-CCD-7510.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2019.
- LOCKE, John. *Dos tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOURENÇO, Luciano Fernandes. *Riscos e catástrofes programa, conteúdos e métodos de ensino* 2007. Disponível em: <https://www.uc.pt/fluc/nicif/>. Universidade de Coimbra, Publicacoes/Estudos_de_Colaboradores/PDF/Relatorios/2007_Riscos_e_catstrofes.pdf. Acesso em: 29 jun. 2019.
- MARCELINO, E. V., NUNES, L. H., KOBIYAMA, M. *Mapeamento de risco de desastres naturais do estado de Santa Catarina. Caminhos da Geografia* (UFU), Uberlândia, v. 7, n. 17, p. 72-84, 2006. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/download/15273/8574>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- MARTINES, Fernando. Indenização moral: Estado é isento de culpa, mas empresa é condenada por incêndio na boate Kiss. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-10/estado-isento-empresa-condenadaincendio-boate-kiss>. Acesso em: 29 jul. 2019.
- MARTÍNEZ, Teresa. 2009. Los geógrafos y la teoría de riesgos y desastres ambientales. *Perspectiva Geográfica; [S.l.]*, v. 14, n. 1, p. 241-263. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3644793>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- MARTÍNEZ-ALIER, Joan. *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración*. 5. ed. Barcelona: Icaria, 2011.
- MARTINEZ-ALIER, Joan; TEMPER, Leah; BENE, Daniela Del; Arnim Scheidel. Is there a global environmental justice movement?. *The Journal of Peasant Studies*, [S. l.], v. 43, n. 3, p. 731-755, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/301694370_Is_there_a_global_environmental_justice_movement/download. Acesso em: 21 jun. 2019.
- MINAS GERAIS. [Constituição (1989)]. Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989. Minas Gerais: *Diário do Legislativo*, Belo Horizonte, 22 set. 1989. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.htm?tipo=CON&num=1989&comp=&ano=1989&texto=consolidado#texto>. Acesso em: 27 jun. 2019.
- MINAS GERAIS. Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG). *Ofício CBMMG/CG nº. 33/2019*: solicitação de informações sobre tramitação da contribuição científica-jurídica do autor Edson Rodrigues de Oliveira. Belo Horizonte, 13 fev. 2019.
- MOMENTO exato do rompimento da barragem em Brumadinho (Imagens: TV Globo). *Globo*, 1 fev. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9dvTZPwgYVQ>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- MUCKE, Peter. Assessing risk, reducing vulnerability. In: WorldRiskReport 2013. *Lars Jeschonnek e Media Company*, Bonn, 2013. p. 5-10. Disponível em: https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2018/WorldRiskReport_2013_online_01.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.
- MUCKE, Peter; SCHMITZ, Peter. What's missing: political determination and consistent implementation. In: WORLDRIKREPORT 2013. *Lars Jeschonnek e Media Company*, Bonn, 2013. p. 57-68. Disponível em: https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2018/WorldRiskReport_2013_online_01.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.
- MUNIZ, Daphne Heloisa de Freitas; OLIVEIRA-FILHO, Eduardo Cyrino. Metais pesados provenientes de rejeitos de mineração e seus efeitos sobre a saúde e o meio ambiente. *Universitas: Ciências da Saúde*, v. 4, n. 1 / 2, p. 83-100, 2006 [ISSN: 1678-5398 83]. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/cienciasaude/article/viewFile/24/40>. Acesso em 3 fev. 2019
- OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY ASSESSMENTS SERIES. OHSAS180012007. *Sistema de gestão de segurança e saúde ocupacional [Trad. LS2007R1]*. British Standards Institution, 2007. Disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/7319/2/Anexo%20I%20OHSAS180012007_pt.pdf. Acesso em: 30 jun. 2019.
- OLIVEIRA, Edson Rodrigues. *A competência constitucional do Corpo de Bombeiros Militar para atuação na proteção ambiental*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/mestrado/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendas/890a58fa5dbb6d35e38619b40dd232c8.pdf. Acesso em: 4 maio 2019.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada: Transformações do Constitucionalismo e Atualização Principiológica dos Direitos, Garantias e Deveres Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- OLIVEIRA, Tales Moreira de. *Caracterização de misturas de rejeitos de minério de ferro melhoras com adição de cimento com vistas à aplicação em estradas e aterros*. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) - Universidade Federal de Viçosa, 2013. Disponível em: <https://www.locus.ufv.br/bitstream/handle/123456789/3807/texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- ONDA de calor pode elevar temperatura a 48°C na Europa e quebrar recorde. *BBC*, São Paulo, 2 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45053346>. Acesso em: 3 ago. 2019.
- PARREIRAS, Mateus. Bombeiro que considerou barragem da CSN propensa a rompimento é transferido. Documento interno havia definido que o capitão Ronaldo Rosa Lima seria transferido para Barbacena mas, após manifestações, os bombeiros esperaram 56 dias e o enviaram a Poços de Caldas. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 5 jan. 2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/01/05/interna_gerais,928994/bombeiro-que-considerou-barragem-da-csn-propensa-a-rompimento-e-transf.shtm. Acesso em: 28 jun. 2019.
- PASSARINHO, Nathalia. Tragédia com barragem da Vale em Brumadinho pode ser a pior no mundo em 3 décadas. *BBC News*, Londres, 29 jan. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47034499>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- PESOS específicos de materiais: materiais soltos. *Prodetec*, São Paulo, 2019. Disponível em: http://www.prodetec.com.br/downloads/pesos_especificos.pdf. Acesso em: 3 fev. 2019.
- PETERS, Brainard Guy. O que é governança? *Revista do TCU*, Brasília, n. 127, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87/85>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- PEZZULLO, Phaedra C.; SANDLER, Ronald. Introduction: revisiting the environmental justice challenge to Environmentalism. In: PEZZULLO, Phaedra C.; SANDLER, Ronald (ed.). *Environmental Justice and Environmentalism The Social Justice Challenge to the Environmental Movement*. Cambridge: MIT, 2007. p. 1-24. Disponível em: <http://comphacker.org/comp/engl338/files/2012/08/Environmental-Justice-and-Environmentalism-The-Social-Justice-Challenge-to-the-Environmental-Movement-Ronald-Sandler-and-Phaedra-C.-Pezzullo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkimim. *Teoria da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PISKE, Oriana. Mariana: de quem é a responsabilidade pelo maior desastre ambiental brasileiro? *Imprensa do TJDF*, Brasília, 22 fev. 2016. Disponível em: <http://bdjur.tjdf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/32014/MARIANA%20De%20quem%20>

%E9%20a%20responsabilidade%20pelo%20 maior%20desastre%20am biental%20brasileiro. pdf?sequence=1. Acesso em: 20 jun. 2016.

RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.

RETROSPECTIVA 2018: catástrofes: principais catástrofes naturais no mundo em 2018. *Agência EFE*, Madrid [Espanha], 20 dez. 2018. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/brasil/varios/principais-catastrofes-naturais-no-mundo-em-2018/50000250-3848041>. Acesso em: 29 abr. 2019

ROBERTS, J. Timmons. Globalizing environmental justice. In: PEZZULLO, Phaedra C.; SANDLER, Ronald (ed.). *Environmental justice and environmentalism the social justice challenge to the environmental movement*. Cambridge: MIT, 2007. p. 285-308. Disponível em: <http://comphacker.org/comp/engl338/files/2012/08/Environmental-Justice-and-Environmentalism-The-Social-Justice-Challenge-to-the-Environmental-Movement-Ronald-Sandler-and-Phaedra-C.-Pezullo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROSSI, Marina. Tragédia em Brumadinho: quantos erros ainda serão necessários até que a Vale aprenda? [Dez dias após o rompimento da barragem, Fiocruz alerta para doenças que podem acometer a cidade e fazer perdurar essa tragédia por meses, a exemplo de Mariana. *El País*, São Paulo, 5 fev. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/05/politica/1549395601_506614.html. Acesso em: 5 fev. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Carta de Rousseau a Voltaire sobre a providência*. Tradução e aparato crítico de Maria das Graças de Souza. In: MENEZES, Edmilson (org.). *História e providência: Bossuet, Vico e Rousseau*. Ilhéus: Editus, 2006.

RUTHERFORD, W.H.; BOER, J. The definition and classification of disasters. *Injury*, [S.l.], v. 15, p. 10-12, 1983.

SABOYA, Érica; BETIM, Felipe. Temporal no Rio deixa mortos, soterra ônibus e destrói, novamente, ciclovia: ventos atingiram 110 km/h e sirenes que alertavam moradores para deixar suas casas soaram na Rocinha. Ao menos seis pessoas morreram. *El País*, São Paulo,

7 fev. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/07/politica/1549542559_653158.html. Acesso em: 30 fev. 2019.

SANDLER, Ronald (ed.). *Environmental justice and environmentalism the social justice challenge to the environmental movement*. Cambridge: MIT, 2007. p. 285-308. Disponível em: <http://comphacker.org/comp/engl338/files/2012/08/Environmental-Justice-and-Environmentalism-The-Social-Justice-Challenge-to-the-Environmental-Movement-Ronald-Sandler-and-Phaedra-C.-Pezullo.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2019.

SCHLOSBERG, David. Reconceiving environmental justice: global movements and political theories. *Environmental politics*, [S.l.], v. 13, n. 3, p. 517-540, 2004. Disponível em: <https://www.uea.ac.uk/documents/40159/0/hh6-schlosberg-reconceiving-ej-2004/6bf17634-9470-4321-82db-7c6c1c5274b8>. Acesso em: 21 jun. 2019.

SCHUBERT, Kirsten; GEBAUER, Thomas. The creeping disaster: global health in crisis. In: WORLDRIKEREPORT 2013. *Lars Jeschonnek e Media-Company*, Bonn, 2013. p. 34-44. Disponível em: https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2018/WorldRiskReport_2013_online_01.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVÉRIO, Mariana Strassacapa. *Projeto Três Gargantas: cidade e território na China*. 2012. Monografia (Graduação e Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.metropolefluvial.fau.usp.br/downloads/projetos/GMF_ensino-tfg_strassacarpa.pdf. Acesso em: 5 jun. 2019.

SÓLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

SOLUÇÃO de continuidade. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20continuidade>. Acesso em: 20 jul. 2019.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human development indices and indicators 2018*. UNDP, 29 fev. 2019, Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do->

desenvolvimento-humano-2018.html. Acesso em: 26 jul. 2019.

VERDEL, Thierry. *Méthodologies d'évaluation globale des risques: applications potentielles au génie civil*. [S. l: s. n.], 2005.

VILLENA, Juan José; ROBLES, Tiago. *Ciclone Fani: os vídeo mais impactantes: compilação dos vídeos mais virais do Ciclone Tropical Fani: a tempestade já deixa 11 mortos e milhões de evacuados em Orissa e Bangladesh: os danos são incontáveis*. *O tempo.com*, São Paulo, 4 maio 2019. Disponível em: <https://www.tempo.com/noticias/actualidade/ciclone-fani-os-videos-mais-impactantes.html>. Acesso em: 4 maio 2019.

WEBER, Marx. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2004. v. 2.

WELLE, Torsten; BIRKMANN, Jörn; RHYNER, Jakob, WITTING, Maximilian, WOLFERTZ, Jan. WorldRiskIndex 2013. In: *WORLD RISK REPORT 2013*. Lars Jeschonnek e Media Company, Bonn, 2013, p.45-56. Disponível em: https://web.archive.org/web/20140816173655/http://www.worldriskreport.com/uploads/media/WorldRiskReport_2013_online_01.pdf#. Acesso em: 20 jun. 2019.

WENZ, Peter. Does environmentalism promote injustice for the poor? In: SANDLER, Ronald; PEZZULLO, Phaedra C. (ed.). *Environmental justice and environmentalism the social justice challenge to the environmental movement*. Cambridge: MIT, 2007. p. 57-84. Disponível em: <http://comphacker.org/comp/engl338/files/2012/08/Environmental-Justice-and-Environmentalism-The-Social-Justice-Challenge-to-the-Environmental-Movement-Ronald-Sandler-and-Phaedra-C.-Pezzullo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2015.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**The judgment of the case
Xucuru People v. Brazil:** Inter-
American Court of Human Rights
between consolidation and
setbacks

**O julgamento do caso Povo
Xucuru v. Brasil:** a Corte
Interamericana de Direitos
Humanos entre consolidação e
retrocessos

Gabriela Cristina Braga Navarro

The judgment of the case **Xucuru People v. Brazil**: Inter-American Court of Human Rights between consolidation and setbacks*

O julgamento do caso **Povo Xucuru v. Brasil**: a Corte Interamericana de Direitos Humanos entre consolidação e retrocessos

Gabriela Cristina Braga Navarro**

Abstract

The present article aims to analyse the recent decision against Brazil issued by the Inter-American Court of Human Rights, the Xucuru indigenous people and its members v. Brazil, which was decided in February 2018. The decision is the most recent among the consolidated jurisprudence of the Court on indigenous peoples' rights, as well as the first one against Brazil. The case study is based mainly upon a bibliographic review of primary sources related to the case, as well to the Court's jurisprudence on indigenous rights. To achieve the central objective, the article is composed of three sections: an analysis of the Court's jurisprudence on indigenous territorial rights, a further analysis of the decision on the Xucuru case and, finally, an analysis of aspects that were absent in the decision. The article concludes that, in most aspects, the judgment consolidates the Court case law on the territorial protection of indigenous lands. However, the decision is considered flawed in regard to four aspects: the protection of human rights defenders, the mentioning of the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, applied remedies and the recognition of the injured party. As the case is very recent, this is the first academic analysis on its content. The Court's innovative jurisprudence on indigenous rights must be acknowledged, but flaws and limitations in the most recent decision must be pointed out and analysed in order to enable further development and, therefore, provide a most adequate human rights protection.

Keywords: Inter-American System of Human Rights. Indigenous rights. Case analysis. Xucuru case.

Resumo

O presente artigo almeja analisar a recente decisão emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, Povo Indígena Xucuru e seus membros v. Brasil, julgado em fevereiro de 2018. A decisão é a mais recente entre a consolidada jurisprudência da Corte em direitos indígenas, assim como primeira contra o Brasil. O estudo de caso está baseado principalmente em revisão bibliográfica de fontes primárias relacionadas ao caso,

* Recebido em 15/03/2019
Aprovado em 24/06/2019

** Doutoranda em Direito na Johann Wolfgang Goethe Universität (Alemanha). Professora assistente no Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: gabrielabnavarro@gmail.com

assim como à jurisprudência da Corte na temática. Para atingir o objetivo central, o presente artigo encontra-se dividido em três seções: análise da jurisprudência anterior da Corte em direitos indígenas, análise da decisão no caso Xucuru e, por fim, análise de elementos ausentes da decisão. O artigo conclui que o julgamento em sua maioria consolida a jurisprudência da Corte sobre direitos territoriais indígenas. Contudo, o artigo conclui que a decisão apresenta falhas em relação a quatro aspectos: proteção de defensores de direitos humanos, menção à Declaração Americana de Direitos dos Povos Indígenas, medidas de reparação aplicadas e reconhecimento de partes lesionadas. Como se trata de decisão recente, este é o primeiro trabalho acadêmico a analisar seu conteúdo. A inovadora jurisprudência da Corte em matéria indígena deve ser reconhecida, mas falhas e limitações devem ser apontadas e analisadas em sua decisão mais recente objetivando-se possibilitar futuro desenvolvimento e, assim, oferecer uma proteção de direitos humanos mais adequada.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direito indígena. Análise de caso. Caso Xucuru.

1 Introduction

Traditional territories are, for indigenous peoples, the immanent source for food, housing, medicine, religion and cultural practices. However, continuing centuries of colonial dispossession, traditional peoples still struggle to have full control over their lands, even though land rights are a reality in most American legal systems. In the last few years, threats against them have multiplied and intensified, provoked mainly by pressure over natural resources and extensive infrastructure projects, leading to a considerable increase in violence against indigenous members. Strategic litigation has become a last resource in this battle, understood as the most viable way to implement their rights. Therefore, it is of central importance that strategic litigation offers an adequate solution for the indigenous demands, redressing centuries of social marginalization¹.

Supra-national strategic litigation was the path cho-

sen by the Xucuru indigenous community to reassure control over their traditional lands. After almost two decades of struggle, the Xucuru people won a central battle for the protection of its traditional land: a recent decision by the Inter-American Court of Human Rights condemned Brazil for a violation of property rights, ordering the immediate and effective delivery of the territory for the community, as well as one million dollars in compensation.

The Inter-American Court has a consolidated jurisprudence regarding indigenous territorial rights, was constructed over seventeen years in a forward-looking perspective and it has been internationally acclaimed and has served as model for several international organizations in matters of indigenous protection².

The Xucuru decision is an important reinforcement of territorial rights, while simultaneously strengthening regional jurisprudence and domestic demands for the implementation of indigenous constitutional rights. However, the decision lacks analysis of some key issues for indigenous peoples. In this scenario, the central problem of the present article is to what extent the decision in the Xucuru case adequately answers the demands of indigenous peoples in Brazil, as well as its adequacy to the indigenous international law framework.

The Xucuru case marks the first decision regarding indigenous rights against Brazil. The country was condemned seven times, in cases related to summary execution (Herzog case), forced labour (Workers of the Farm Brasil Verde case), massacres (Guerrilha do Araguaia and Favela Nova Brasilia cases), forced disappearance (Garibaldi case), mistreatment in a mental institution (Ximene Lopez case) and illegal telephone interceptions (Escher and others case)³. So far, Brazil has fully complied with only one case: Escher and others.

The case was under analysis before the Inter-American System for over fifteen years and the decision was

¹ CORREIA, Joel E.; GILBERT, Jeremie; SUBRAMANIAM, Yogeswaran. *Strategic litigation impacts: indigenous peoples land rights*. New York: Open Society Foundations, 2017.

² African Court of Human Rights. African Commission on Human and Peoples' Right v. Republic of Kenya. Application No. 006/2012 (2017). Judgement May 26 2017; European Court of Human Rights. Case of Sabanchiyeva and others v. Russia. judg. June 06 2013; Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, A/HRC/33/42, Aug. 11 2016.

³ About the impact of the Inter-American System in Brazil, see: Bernardes, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135-156, 2011.

issued in a critical moment for indigenous peoples in the country, represented by two central fronts of attack. First, a crescent threat of setbacks against the rights of indigenous peoples, simultaneously prolonged by the Legislative⁴ and by the Judiciary⁵, jeopardizing territorial rights guaranteed in the 1988 Constitution. At the same time, violence against indigenous groups has intensified over the last years, with a significant increase in the murders of indigenous members⁶.

In order to analyse the problem, the article is divided into three sections. First, the jurisprudence of the Inter-American Court regarding indigenous territorial rights is summarized, presenting the Court's interpretation of the property right. In sequence, the Xucuru case is described, analysing central points of the final decision.

⁴ Study conducted by the NGO CIMI identified thirty-three ongoing legislative proposals that threatens indigenous rights. From those, seventeen are related to demarcation of territory and thirteen are designated to favor natural resources exploration in traditional lands. The gravest threaten is the PEC 241/00, that alters the Constitution in order to undermine indigenous protection. CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO; CAVALLI, Guilherme (ed.). *Congresso Anti-Índigena: os parlamentares que mais atuaram contra os direitos dos povos indígenas*. Available at: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/congresso-anti-indigena.pdf>. Access on: 27 Nov. 2018.

⁵ The most severe restriction imposed by the Judiciary is the temporal frame, imposed by the *Supremo Tribunal Federal* in reiterated cases, which stipulates that only lands occupied before 1988 receive constitutional protection. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.338-4. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, judg. Oct. 23 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2a Turma. ARE 803.462 –MS. Rel. Min. Teori Zavaski, judg. Dec. 9 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 29.087-MS. Rel. Min. Gilmar Mendes, Sep. 16 2014. In this way, see: SCHWANTES, Susanna; STARCK, Gilberto. Marco temporal e as violações aos direitos dos povos indígenas: análise da constitucionalidade e da convencionalidade a partir da jurisprudência da CIDH. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 23, n. 2, p. 148–173, 2018; OSOWSKI, Raquel. O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento. *Mediações*, v. 22, n. 2, p. 320–346, Jul. 2017. Additionally, domestic courts have issued several orders of ownership repossession against indigenous peoples, annulling territorial demarcations.

⁶ GLOBAL WITNESS. *A que custo? Negócios irresponsáveis y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente en 2017, 2018*. Available at: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defenders-annual-report/>. Access on: 27 Nov. 2018. According to the report, Brazil has the biggest rate of murders of defenders of land and environmental rights, which have increased over the last years. The scenario in the country reflects a tendency in the region, as appointed by the UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples. TAULICORPUS, Victoria. *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the rights of indigenous peoples*. Sept. 2018. Available at: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/documents/annual-reports/256-report-ga2018> Access on: 27 Nov. 2018.

Lastly, in the third section, the judgement is analysed in a critical manner. It is demonstrated that, in general, it consolidates indigenous international law and reinforces domestic demands for the fulfilment of constitutional rights. However, the decision presents four central deficiencies that may offer inadequate protection to indigenous peoples and, in some cases, represents a setback in the Inter-American protection of territorial land.

The article concludes that the case consolidates indigenous rights to traditional territory at regional and domestic levels, redressing the violation of the right to property. However, the case is a lost opportunity in terms of strategic litigation, as it presents flaws in sensitive points.

2 Protection of indigenous territorial rights in the Inter-American Court

The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (hereafter, Court) regarding indigenous rights has, for a long time, represented a breakthrough model for the protection of traditional peoples' rights, becoming an institution of inspiration for other human rights' systems and treaties all around the world⁷. The decisions of the Court gave voice to formerly invisible people in the international sphere, thus allowing their demands to be heard⁸. A considerable amount of its decisions were issued even before the adoption of the United Nations Declaration of the Rights of Indigenous Peoples (hereafter, UNDRIP or UN Declaration)

⁷ A descriptive analysis of the indigenous jurisprudence issued by the Court can be found in LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. Un derecho jurisprudencial: la propiedad colectiva y la corte interamericana. *Revista de derecho*, Coquimbo, v. 24, n. 1, p. 133–189, 2017; Mazzuoli, Valério de Oliveira; Ribeiro, Dilton. Indigenous rights before the Inter-American Court of Human Rights: a call for a pro individual interpretation. *The Transnational Human Rights Review*, v. 2, n. 1, p. 32–62, 2015; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; ROMAN, Gina. Pueblos indígenas y la corte interamericana de Derechos humanos: fondo y reparaciones. In: HAECK, Y.; RUIZ-CHIRIBOGA, O.; BURBANO Herrera, C. (org.). *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*. Cambridge: Intersentia, 2015.

⁸ RUSSO, Anna Margherita; WENCES, Isabel. De los derechos de los miembros de las comunidades a los derechos de la comunidad y sus miembros: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: SANTOLAYA MACHETTI, P.; WENCES, I. (org.). *La América de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016. p. 281–325. p. 296

in 2007 and foresaw some rights later crystallised in the UN Declaration, such as the right to land demarcation and the right to cultural identity. It is fair to say that the Inter-American jurisprudence is “at the forefront of the progressive development of international indigenous rights”⁹.

The Court’s indigenous jurisprudence is not only remarkable for its forward-looking approach, but also because it is, until now, the human rights body with the most consolidated jurisprudence related to the protection of indigenous territorial rights. Other bodies (such as the Human Rights Committee and the Committee for Eradication of Racial Discrimination) have substantial case law in indigenous rights, but they have only issued final recommendations¹⁰.

Finally, the Inter-American jurisprudence on indigenous rights has considerable value for the entire human rights system study, as it develops fundamental concepts for the evolution of human rights adjudication, such as the vulnerability assessment, the interdependence among civil and cultural rights, the reach of State duties regarding the protection of rights, interpretation methods, and reach of remedies applied.

Since its creation up until 2018, the Inter-American Court presided over twenty-five contentious cases involving indigenous and tribal peoples. In most of the cases (twelve), the central issue has been territorial protection and land demarcation¹¹. The second most common issue has been genocide, massacres and internal conflict (five cases)¹². Other issues analysed by the Court include forced disappearance (two cases)¹³, violence against

women (two cases)¹⁴, political rights (one case)¹⁵, the criminalization of indigenous leadership (two cases)¹⁶ and extrajudicial execution (two case)¹⁷.

The present analysis will focus on territorial rights, considered the most fundamental guarantee for the cultural and physical survival of indigenous peoples, as well as the central right violated in the Xucuru case.

The Court has jurisdiction to rule on violations to the American Convention on Human Rights (hereafter, Convention) or other binding treaties that expressly confer jurisdiction to the Court¹⁸. As the Convention has no specific rule concerning the collective rights of indigenous peoples, the Court has applied extensive interpretation methods in order to protect the rights of indigenous peoples.

The first one was the interpretation *pro homine*, or evolutionary, foreseen in Article 29(b)¹⁹ of the Convention²⁰. Another important element was the use of indigenous customary law to specify the right to property, taking into consideration the communitarian tradition regarding the collective ownership of the land²¹. Lastly, the Court referred to a systematic interpretation, based upon the so-called “*corpus iuris* of the international law of human rights”, enshrined in the Vienna Convention, Article 31.2. The Court resorted, therefore, to ILO Convention 169²², the UNDRIP, reports from the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples,

⁹ PASQUALUCCI, J. M. The Evolution of International indigenous rights in the Inter-American Human Rights System. *Human Rights Law Review*, v. 6, n. 2, p. 281–322, 2006. p. 320.

¹⁰ ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, resources and rhetoric: indigenous peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Philadelphia, v. 33, n. 1, p. 113–187, 2014. p. 120.

¹¹ Mayagna (Sumo) Awas Tingini vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay, Sawhoyamaya vs. Paraguay, Saramaka vs. Suriname, Xámok Kásek vs. Paraguay, Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano vs. Panama, Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras, Garífuna de la Cruz vs. Honduras and Kaliña y Lokomo vs. Suriname, Xucuru people vs. Brazil.

¹² Moiwana vs. Suriname, Río Negro Massacres vs. Guatemala, Operation Genesis vs. Colombia, Miembros de la Aldea Chicupac y comunidades vecinas del Municipio del Rabinal vs. Guatemala and Massacre Plan de Sanchez vs. Guatemala

¹³ Tiu Tojín vs. Guatemala, Chitay Nech et all. vs. Guatemala

¹⁴ Fernandez Ortega y otros vs. Mexico and Rosendo Cantu y otra vs. Mexico

¹⁵ Yatama vs. Nicaragua

¹⁶ Norín Catrimán y otros vs. Chile and López Alvarez vs. Honduras

¹⁷ Aloeboetoe vs. Surinam and Escué Zapata vs. Colombia

¹⁸ The Court has already recognized its jurisdiction to rule about the following treaties: Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons and the Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights in matters regarding unions and education; Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture and Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women,

¹⁹ ACHR, “Art. 29. No provision of this Convention shall be interpreted as: [...] b. restricting the enjoyment or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party or by virtue of another convention to which one of the said states is a party”

²⁰ IACtHR. Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Preliminary Objections. February 1, 2000, §§146-149.

²¹ IACtHR. Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Preliminary Objections. February 1, 2000, §149

²² The Convention is the only binding instrument regarding indigenous peoples rights in the international sphere.

reports from several UN Committees and multiple domestic legislation and jurisprudence from Latin America countries²³.

The protection of the indissoluble bond between indigenous communities and their territories was performed under the right to property (Article 21)²⁴, combined with the rights to cultural identity, non-discrimination and self-determination. It imposed to States duties to delimitate, demarcate and title traditional territory, as well as to abstain from any act that could harm total use and enjoyment of the property²⁵. In recent cases, the Court has ruled about the obligation to perform a *saneamiento*²⁶ of the lands, a process entrusted to the State to remove any interference in the territory, enabling total use and enjoyment of the lands²⁷.

The Court affirmed that the protection of traditional communal property must ensure control and use of natural resources, which are fundamental for their economic, social and cultural survival. The Court established three safeguards that specifically focused on concessions for exploration of natural resources in indigenous and tribal lands: free, prior and informed consultation, benefit sharing and prior environmental and social impact assessment, accordingly with international parameters of excellence²⁸. In addition to the procedural safeguards, the Court stated that exploration of natural resources might not endanger the cultural and physical survival of the community, as the safeguards “are intended to preserve, protect and guarantee the special relationship that the members of the [...] com-

munity have with their territory”²⁹.

The most innovative safeguard proposed by the Court is the right to consultation. Consultation should be carried on “in good faith, through culturally appropriate procedures and with the objective of reaching an agreement”³⁰; it must take place prior to harmful activities and the community needs to be well-informed about possible risks and impacts³¹ and must achieve consent in cases regarding “large-scale development or investment projects that would have a major impact within Saramaka territory”³². The formal elements of the consultation, especially regarding who should be consulted, should be defined by the community, according to its practice.³³

The right to communal property over traditional territory is the central threshold of the indigenous territorial jurisprudence, but it is reinforced by the recognition of other rights. Indigenous peoples must also have access to effective procedures for protection, guarantee and promotion of their rights over the territory, according to the Convention, arts. 8 (right to a fair trial) and 25 (right to juridical protection)³⁴. Considering the inseparable relationship between indigenous territory and cultural and physical survival of the people, in cases in which the communities are living outside the territory, the State has the duty to provide minimum conditions for a life with dignity, including housing, water, food security and sanitation, configuring a right to *vida digna*³⁵

²³ IACtHR. Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. June 17, 2005, §§123-131; IACtHR. Case of Garífuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015. Series C No. 304, §§174-179.

²⁴ ACHR, “Article 21. Right to Property. 1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.”

²⁵ IACtHR. Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Preliminary Objections. February 1, 2000. Series C No. 66, §153.

²⁶ The Spanish word “saneamiento” could not be translated to English without loss of its meaning, so it was decided to use it in Spanish. “Saneamiento” is a juridical institute in civil law that means the obligation of final delivery of a property, free from any interference or disturbance.

²⁷ IACtHR. Case of Garífuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §181

²⁸ IACtHR. Case of the Saramaka People v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. November 28, 2007, §§129-140.

²⁹ IACtHR. Case of the Saramaka People v. Suriname. Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. August 12, 2008, §36

³⁰ IACtHR. Case of the Saramaka People v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. November 28, 2007, §131.

³¹ IACtHR. Case of the Saramaka People v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. November 28, 2007, §131.

³² IACtHR. Case of the Saramaka People v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. November 28, 2007, §134

³³ IACtHR. Case of the Saramaka People v. Suriname. Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. August 12, 2008., §§16-18.

³⁴ IACtHR. Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Preliminary Objections. February 1, 2000, §63; IACtHR. Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador. Merits and reparations. June 27, 2012, §263; IACtHR. Case of Garífuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §251

³⁵ IACtHR. Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. June 17, 2005, §162; IACtHR.

(Article 4). A right that is implicit in the Convention and mentioned by the Court in indigenous cases is the right to cultural identity, which is considered to be “an ingredient and a crosscutting means of interpretation to understand, respect and guarantee the enjoyment and exercise of the human rights of indigenous peoples and communities protected by the Convention”³⁶.

3 The Court’s final decision in the Xucuru Case

Brazil has accepted the jurisdiction of the Court in December 1998. The plaintiffs submitted a petition to the Commission in October 2002, through its representatives, which included the NGOs Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, Gabinete de Assessoria Jurídica de Organizações Populares (GAJOP) and Conselho Indigenista Misionário (CIMI)³⁷.

The Commission only issued the admissibility report after seven years, in October 2009, and the merit report six years later, in July 2015. As the State did not accept the recommendations proposed, the Commission filed a demand to the Court in March 2016. After a public hearing carried out in January 2017, the Court issued a final decision in February 2018.

The delay for a final decision in the Commission is noteworthy. It lasted fourteen years between the representatives’ petition and the demand to the Court, and sixteen years until a final decision by the Court. The average time for a decision in indigenous jurisprudence, from the petition in the Commission until the final decision of the Court, is almost ten years (111.6 months) and, in general cases, it is almost nine years (106 months). The biggest struggle of time is during the Commission’s procedure, as the duration before the Court is close to the average length of time (almost two years).

The problems regarding an excessive lapse of time for a final judgement in the Inter-American System are well-known and solutions have been proposed and applied³⁸, even though it is still a matter of concern. The Xucuru case is the longest one among indigenous territorial decisions before the Court and it is hard to find elements to justify such delay. The case did not involve additional complexity compared to other indigenous cases, nor did it demand additional means of proof.

In the present case, the lack of legal certainty over the territory continuously exposed the community to violence. While the case was under analysis by the System, the community suffered the attempt murder of its leader, as well as a series of threats, demonstrating the gravity of the long duration of the trial. The unreasonable length of time for judgment on human rights’ violations can configure itself as a violation of guarantees, as has already been ruled by the Court³⁹.

The procedures before the Court took 23 months. The victims were represented by two national NGOs (GAJOP and CIMI, which were already participants in the procedures before the Commission) and one international NGO (Justiça Global). The representatives did not present initial considerations, nor did they propose evidence and a list of witnesses.

In order to prove the allegations, the Court based itself upon documents presented by the parties, written testimonials from expert witnesses and testimonials produced in the public hearing from a witness and an expert witness.

Contrary to former indigenous cases, the Court did not perform on-site procedures. Visits to the community were carried out in all indigenous territorial cases since Kichwa de Sarayaku, including Garífuna de Punta Piedra, Garífuna Triunfo de la Cruz and Kaliña y Lokono. The visits were considered essential for clarification of the facts, mainly when involving third parties and

Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. March 29, 2006, §§163-164; IACtHR. IACtHR. Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. August 24, 2010.

³⁶ IACtHR. Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador. Merits and reparations. June 27, 2012, §213

³⁷ All cases presented against Brazil and decided by the Court were initiated by petition from a Human Rights NGO, demonstrating a central role of these organizations for the country. The preponderance of NGO is also present in territorial indigenous cases before the Court, as the victims were always represented by a NGO, sometimes in parallel with natural persons.

³⁸ SANCHEZ, Nelson Camilo; CÉRON, Laura Lyons. El elefante en la sala: el retraso procesal en el sistema de peticiones individuales del sistema interamericano. In: DEJUSTICIA. *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos: nuevos tiempos, viejos retos*. Bogotá, D.C.: Dejusticia, 2015. p. 230-275.

³⁹ IACtHR. Case of the Afro-descendant Communities displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. November 20, 2013, §127; IACtHR. Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. August 24, 2010, §§132-138.

for the stimulation of dialogue in a victim-centred perspective⁴⁰. The present case involved a complex situation of conflict with third parties and an on-site procedure could have assisted the Court with fact-finding and clarifying uncertainties.

3.1 Factual background

In Brazil, the protection of indigenous territory is constitutionally guaranteed. According to Article 231 of the 1988 Brazilian Constitution, the State has the duty to demarcate and protect traditional territory, which includes all lands indispensable for indigenous physical and cultural reproduction, as well as the ones used for productive activities and the natural resources indispensable for their well-being. The demarcation is a technical procedure commissioned to the National Foundation of the Indigenous (FUNAI). Even though the Constitution established a five-year period for the demarcation of all indigenous lands, only 67% of indigenous lands in 2018 were demarcated⁴¹ and conflicts with non-indigenous occupation/exploration persist even in homologate indigenous lands.

The demarcation of the Xucuru traditional territory started in 1987 and involved a series of administrative procedures and judicial actions contesting the demarcation of the land. The homologation of the traditional land's demarcation occurred in April 2001 and it was finally titled in November 2005. However, until 2018, the land had not been totally restored and delivered to the community, as six non-indigenous persons still occupied the territory⁴². Some judicial actions challenging the demarcation were still continuing during the decision of the Court, generating a situation of legal uncertainty⁴³.

The process involved acts of violence. The Court stated that “the process of delimitation, demarcation and final delivery of the indigenous land of Xucuru People was marked by a context of insecurity and threats, resulting in the death of several indigenous leaders”⁴⁴. In May 1998, the leader of the community, Cacique Xicão, was murdered by order of a local farmer. His son, Cacique Marquinhos, survived an attempted murder in 2003, but two indigenous individuals who had accompanied him died⁴⁵. Additionally, the victims mentioned in the final allegations regarding the death of another indigenous leader, Chico Quelé, in 2001, were allegedly related to a land-based conflict. They also denounced a scenario of criminalization of the indigenous members by the government, with several criminal procedures open against them.

3.2 Preliminary exceptions

Brazil alleged four preliminary exceptions against the Commission's demand and the Court denied all of them. First, it alleged that the publication of a preliminary report by the Commission on its website violated the Convention. The Court dismissed the allegation, affirming that the State did not present enough arguments for the violation and referred to two former cases against Brazil: *Favela Nova Brasília* and *Workers of Brasil Verde Farm*.

The State also alleged a lack of jurisdiction *ratione temporis* regarding the signature of the Convention and the acceptance of the Court's jurisdiction. The Court reiterated its jurisdiction to consider only facts occurred after December 1998⁴⁶. It is interesting to note that,

Costs. February 5, 2017, §§71-91. In the public hearing, judge Pazmiño Freire questioned about the exact number of people occupying illegally the territory. The expert witness Sr. José Sérgio de Souza could not answer exactly (he said there were six families, not specifying the number of people) and neither the final allegations nor the decision mentions the exact number of occupants and the total area occupied. AUDIENCIA Pública. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Parte 2. Realização de Corteidh. Guatemala City: Corteidh, 2017. (86 min.). Available at: <https://vimeo.com/album/4489982/video/209458762>. Access in: 2 Dec. 2018. From min. 40.

⁴⁰ IACtHR. Case of the Community Garífuna Triunfo de la Cruz and its members v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, § 11-19.

⁴¹ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Situação das terras indígenas no Brasil*. Available at: https://pib.socioambiental.org/pt/Situa%C3%A7%C3%A3o_jur%C3%ADdica_das_TTs_no_Brasil_hoje. Access on: 12 Dec. 2018.

⁴² In the final allegations brief, the representatives stressed that the regain of the territory and expulsion of non-indigenous occupants between 2000 and 2018 only occurred regarding mobilization and resistance from the indigenous community, and not on account of State conduct.

⁴³ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and

⁴⁴ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §87.

⁴⁵ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§76 and 87-91.

⁴⁶ IACtHR. Case of the Moiwana Community v. Suriname. Pre-

contrary to prior indigenous cases, the Court did not refer to the continuous effects of indigenous land dispossession⁴⁷, even though this argument was extensively alleged by the representatives in their final allegations brief, referring to broad Court jurisprudence.

Additionally, the State alleged a lack of jurisdiction *ratione materiae* regarding the violation of ILO Convention 169. The Court responded that it only has jurisdiction to rule on violations of the Convention, but other treaties, such as the ILO Convention, can be used to interpret the content and reach of the rights enshrined in the Convention.

Finally, the State alleged an absence of exhaustion of internal resources. The Court dismissed the allegation, affirming that the appropriate time for this argument would be before the Commission, prior to the admissibility report.

3.3 Violation of the right to property – art. 21

After stating proven facts and dismissing preliminary objections, the Court moved on to the analysis of violated rights. The central matter of the case was the violation of the right to property, caused, simultaneously, by the persistence of non-indigenous occupants in the traditional territory, and by the unreasonable lack of time until final delivery of the property. The argumentation of the Court regarding collective property rights over traditional territory reiterates its previous jurisprudence in the matter, referring to its consolidated jurisprudence on indigenous territorial rights (see topic 2, *supra*).

The Court reiterated that the right to property foreseen in Article 21 protects the relationship between indigenous peoples and their lands, considering the customary communal use of traditional lands. The protection of traditional territory was also considered essential for the protection of the right to cultural identity and the survival of the community and its members. Applying the interpretation rule contained in Article 29.b, the Court analysed Article 21 with support from the so-called *corpus iuris*, composed by ILO Convention

169, UNDRIP, domestic law and other international instruments and decisions.

The Court briefly summarized all former indigenous territorial decisions, presenting the State obligations regarding traditional territory, especially the obligation to guarantee effective control of the territory (including its natural resources) by the indigenous without third party interference. The right to control the territory is a consequence of the right to self-determination, and yet the Court did not refer to this right⁴⁸.

After having established the right to collective property of the territory, the Court followed up with an analysis of the principle of legal certainty and the obligation to respect rights (Art. 1°). The Court stated, “Legal certainty is assured – among other conceptions – as long as there is trust that rights and freedoms fundamental will be guaranteed and respected to all persons under a State jurisdiction”⁴⁹.

Citing the testimonial from the UN Special Rapporteur for the Rights of Indigenous Peoples, the Court declared that legal certainty for indigenous peoples means no external interference in the traditional territory. The right to collective property is dependent on the *saneamiento* of the territory, meaning, the removal of any kind of external interference. In the words of the Court, “if that is not assured, for the Court it is clear that the right to collective property was not assured completely. Therefore, the Court asserts that the administrative procedures of delimitation, demarcation, entitlement and *saneamiento* of indigenous territory are mechanisms that assure legal certainty and protection to this right”⁵⁰.

liminary Objections, Merits, Reparations and Costs. June 15, 2005. Series C No. 124, §§37-44.

⁴⁷ IACtHR. Case of the Moiwana Community v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. June 15, 2005, §§37-44.

⁴⁸ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§115-120.

⁴⁹ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §123. Original in Spanish: “la seguridad jurídica se ve asegurada –entre otras concepciones– en tanto exista confianza que los derechos y libertades fundamentales serán respetados y garantizados a todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención Americana.” Translated by the author.

⁵⁰ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §124. Original in Spanish: “Si lo anterior no se verifica, para la Corte es claro que el derecho de propiedad colectiva no ha sido garantizado por completo. Así, la Corte estima que los procesos administrativos de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de territorios indígenas son mecanismos que garantizan seguridad jurídica y protección a este derecho.” Translated by the author.

The Court distinguished the duty of *saneamiento* from a possible conflict with private owners. The duty of *saneamiento* emerges when the property rights have ever been ensured, while in a conflict with a private owner, the conflict must be resolved case by case considering the elements: legality, necessity, and proportionality, as well as its legitimate objective in a democratic society and in the absence of threats to the survival of indigenous peoples. The Court asserted that the Xucuru case is a matter of *saneamiento* and, therefore, the reference to the ponderation between private property and traditional territory is inappropriate⁵¹.

3.4 Violation of the right to a fair trial and judicial guarantees – arts. 8.1 and 25

Parallel to the substantive right to property, indigenous peoples have the procedural right to access effective procedures for protection, guarantee and promotion of their rights over the territory, according to the Convention, arts. 8⁵² and 25⁵³. Such procedures must be adequate to indigenous particularities, as well as to their situation of vulnerability and to their customary law. The State obligation comprises not only a legal existence of these procedures, but also their effectivity to guarantee indigenous rights, including a reasonable duration of procedures⁵⁴.

In the case under analysis, the central aspect subject to evaluation was an alleged violation of reasonable time. For this analysis, the Court established four elements: complexity of the theme, conduct of involved parties (State and citizens) and effects generated by the

procedure.

Generally, the Court recognized that indigenous cases might justify a delay of several years, considering the immanent complexity of the cases. The Xucuru case represented a complex case, as it involved a gross amount of non-indigenous occupants. However, the Court considered that it did not justify a delay of twenty-eight years (nineteen of them under the jurisdiction of the Court) to conclude the procedures; the procedural delay was directly attributed to the State's conduct, and, therefore, the lapse of time until the *saneamiento* was excessive and violated arts. 8.1 and 1.1 of the Convention⁵⁵.

The State also took an unreasonable amount of time to judge judicial actions against the demarcation of indigenous territory, generating a lack of legal certainty and violating articles 25, 21 and 1.1 of the Convention⁵⁶.

Considering the duty to adapt domestic legislation according to the Convention (Art.2), the representatives had alleged that Brazilian legislation lacked provision of an effective instrument, as it did not establish final terms for the procedures and, therefore, violated Article 2. However, the Court alleged the absence of elements to determine which rule was in conflict with the Convention, as well as it was not clear not how this conflict would have negatively affected the protection of Xucuru territory. Consequently, the Court did not recognize the responsibility of the State for the violation of Article 2⁵⁷.

3.5 Reparation measures

After having recognized the violation of rights, the Court established appropriate measures to remedy the suffered damage and to avoid future violations (Art. 63.1⁵⁸). In the Xucuru case, the Court was considerably

⁵¹ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§125-127.

⁵² ACHR, "Article 8. Right to a Fair Trial. 1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature."

⁵³ ACHR, "Article 25. Right to Judicial Protection. 1. Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties."

⁵⁴ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§130-134

⁵⁵ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§130-149.

⁵⁶ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§150-162.

⁵⁷ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§163-166.

⁵⁸ ACHR, Article 63.1. "If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that consti-

narrow in the application of the reparation measures, both in the number of measures and in their extent.

First, the Court applied a restitution measure, the final delivery of the traditional territory to the community, immediately and effectively. The Court also stated that the territory should be free from any intrusion or interference, caused by the State or by a third party, which harmed or threatened the value, use or enjoyment of the territory. However, regarding the existence of private property within the territory, the Court stated the obligation to buy or expropriate it or, if not possible, offer alternative lands to the Xucuru with their consent⁵⁹.

There is a contradiction between this reparation measure and the Court's merit analysis. In the merit analysis, the Court differentiated conflict between private property and traditional territory (solved by case analysis according to proportionality criteria) from the duty to perform *saneamiento* (solved by the removal of any interference to an already registered property), framing the present case in the second situation. However, the flexibility granted to the State regarding final delivery of the territory collides with the duty of *saneamiento*, as it questions the validity of the property registration itself.

In other words, if the Court stipulates the State obligation to buy or expropriate private property, it assumes that the property title of the traditional territory is not definitive and thus subject to restrictions. Even more, the possibility to offer alternative lands instead of removing non-indigenous occupants from the territory mitigates the *saneamiento* duty in a manner contrary to the one discussed in the merit analysis.

Secondly, the Court issued a satisfaction measure, i.e. the publication of the judgment. While the full content of the judgment should be available on the State's website, the abstract of the decision should be published in the official gazette. The term for the conclusion of the measures is six months. There is no specification regarding the language of the publications. Both publications have been made by the government. The decision is available in Portuguese on the website of the Ministry of Foreign

Affairs⁶⁰ and the abstract of the decision was published in the official gazette on September 13, 2018⁶¹.

Lastly, the Court ruled on compensation measures. As the parties had not alleged material damage, the Court considered only immaterial damage as a result of the violations. The Court ordered the creation of a communitarian development fund in the amount of one million dollars. The State had 18 months to establish the fund, which was to be created and administrated with the direct consultation of the community. The Court did not stipulate any special measure regarding the management of the fund or its destination. Regarding the costs of the cause, the Court stipulated a compensation in the amount of ten thousand dollars.

4 Absences in the decision

The decision in the Xucuru case consolidates the Court's jurisprudence regarding territorial rights, reaffirming the protection under Article 21 and stressing the obligations generated to the State, mainly the duty to perform *saneamiento*. It also addresses the historical violation of human rights against the Xucuru community, offering the opportunity to redress their suffering. From these perspectives, it is a very important decision and should therefore be acknowledged for enhancing the protection of indigenous communities.

However, the decision is not free from criticism. It is the intention of this paper to point out some elements that are absent in the decision and that could have offered a better protection of human rights. The analysis focuses on four points: the right to personal integrity and protection of leadership, reference to the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (hereafter, ADRIP), the reach of applied reparation measures and the identification of injured parties. The low repercussion of the decision in the domestic sphere is also pointed out as an external absence.

tuted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party."

⁵⁹ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §193.

⁶⁰ BRASIL. Palácio do Itamaraty. *Sentença da Corte Interamericana de direitos humanos no caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde*. Available at: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/direitos-humanos-e-temas-sociais/sentenca-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde>. Access on: 3 Dec. 2018.

⁶¹ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *Portaria n. 301 de 06 de setembro de 2018*. Available at: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=107&data=13/09/2018>. Access on: 3 Dec. 2018.

4.1 Personal integrity and protection of leadership

The representatives and the Commission alleged that the lack of protection of the territory generated a continuous situation of insecurity and violence within the territory, violating the moral and physical integrity of the community's members, and, therefore, violating Article 5.1⁶² of the Convention. However, the Court considered that the facts related were presented extemporaneously and could not be considered, even though it recognized a general situation of violence and conflict⁶³.

In the application presented to the Court, the Commission refers very briefly to a violation of Article 5.1 and it does not specify the acts of violence related to the case. In the final merit report, the Commission had presented a wider justification for the recognition of the violation and it had discriminated acts of violence in the community (murders and threats). The Commission stated:

The Commission must observe that one of the consequences of the lack of appropriate recognition and lack of effective protection and non-intrusion in the ancestrally occupied territory by the indigenous people Xucuru generated a situation of insecurity and violence, as it was proved. In other words, this situation resulted in the Xucuru indigenous people not being able to enjoy or live peacefully in their territory; on the contrary, they have lived in a situation of precariousness, conflict and even risk to life and personal integrity of their members. By virtue of the principle *iura novit curia*, the Commission considers that the effects of state acts and omissions on the collective property of the Xucuru people have further provoked a violation of the psychological and moral integrity of its members, in violation of Article 5.1 of the American Convention.⁶⁴

⁶² ACHR, "Article 5. Right to Humane Treatment. 1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected."

⁶³ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§171-181.

⁶⁴ IACHR. Informe n. 44/15. Caso 12.728, Informe de Fondo Povo Indígena Xucuru Brasil. July 28 2015, §85. Original in Portuguese: "A Comissão deve observar que uma das consequências da falta de reconhecimento oportuno e da falta de proteção eficaz e desintrusão do território ocupado historicamente pelo povo indígena Xucuru gerou uma situação de insegurança e violência, como foi dado por provado. Em outras palavras, esta situação resultou em que o povo indígena Xucuru não pudesse desfrutar nem viver pacificamente em seu território, senão pelo contrário, haja vivido numa situação de precariedade, conflito e até mesmo risco para a vida e

In the final allegations brief, the Commission did not make any observation regarding the situation of violence, neither did it approach the violation of Article 5.1.

The representatives did not present brief of pleadings, motions and evidence. However, in the brief of final allegations, they extensively presented the violence experienced by the community, comprehensively listing the facts related to threats, murders, attacks and criminalization of indigenous members. Several former decisions of the Court were mentioned in which the Court stressed that emotional distress caused by dreadful conditions generates state responsibility.

In response to the demands, the Court first stated general terms of protection. It affirmed that analysis of the violation of Article 5.1 must be executed by case analysis, considering the specificities of the victims. States have a duty not only to abstain from any act that could harm personal integrity, but also from protecting the victims against third party acts. The State's obligation to protect hangs upon knowledge of a real and immediate risk to an individual or a determinate group of individuals, as well as the reasonable possibility to avoid the risks. The Court also reiterated that States should pay special attention to persons in situations of vulnerability, as it is the situation of indigenous leadership and indigenous members acting in defence of the territory and human rights. In the words of the Court,

The Court reiterates that the defence of human rights can only be freely executed when the persons that execute it are not victims of threats of any kind or physical, mental or moral aggression or any other hostile act. For such result, the State must not only create legal and formal conditions, but also guarantee factual circumstances in which human rights defenders can freely develop their function. [...] In definitive terms, the State's duty to guarantee the rights to life and personal integrity is reinforced when referring to human rights defenders.⁶⁵

integridade pessoal de seus membros. Em virtude do princípio *iura novit curia*, a Comissão considera que os efeitos das ações e omissões estatais relativas à propriedade coletiva do povo Xucuru provocou adicionalmente uma violação à integridade psíquica e moral de seus membros, em violação ao artigo 5.1 da Convenção Americana." Translated by the author.

⁶⁵ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §175. Original in Spanish: "175. La Corte reitera que la defensa de los derechos humanos sólo puede ejercerse libremente cuando las personas que la realizan no son víctimas de amenazas ni de cualquier tipo de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento¹⁸³. Para tales efectos, es deber del Estado no sólo crear las condiciones legales y formales, sino también

The Court's statement has particular importance, as it was the first time the Court used the expression "human rights defenders" on its case law regarding indigenous rights⁶⁶, representing sensitivity to the current situation of increasing violence against human rights defenders, in general, and indigenous leadership, in particular.

However, the Court dismissed the violation of Art. 5.1 in the present case, affirming that "the Commission did not comply with the burden of the proof considering that it did not present the juridical and factual argumentation necessary, it did not indicate the concrete facts that configured the alleged violation, nor their perpetrators."⁶⁷ The Court recognized that the representatives of the victims presented specific elements, but only in public hearings and in final allegations, that is to say, extemporaneously. The Court could not analyse such facts, considering the State's right to defence.

In conclusion, even though the Court recognized a situation of tension and violence, as well as a general duty to protect human rights defenders, the Commission's argumentation did not offer sufficient basis and the representative's arguments were presented extemporaneously. The Court determined that it was not possible to conclude that the State violated Art. 5.1, personal integrity⁶⁸.

There is a similarity between this case and two recent decisions against the State of Honduras⁶⁹, *Garífuna de*

Punta Piedra and Garífuna Triunfo de la Cruz. In both of them, indigenous communities alleged a general situation of violence caused by a lack of *saneamiento* of traditional territories and stated that the murders of indigenous leadership were a violation of the right to life. The Court dismissed both demands, alleging insufficient evidence to determine knowledge by the State about the imminent risk⁷⁰. The cases are different, as the demands in the Garífunas' cases regarded a violation of the right to life, while the demands in Xucuru case referred to the right to personal integrity. The dismissal argument is also different, but the three cases analysed in parallel might demonstrate, simultaneously, an increasing demand for the protection of indigenous leadership and the inadequacy of the Court's instruments to deal with the leadership's protection in contentious cases⁷¹.

The protection of leadership against attacks during the procedures and after the decision is a matter that might demand further development from the Court in future cases. It should be aware of the social context of Latin America and the escalation of murders and threats against human right defenders⁷². The Court mi-

garantizar las condiciones fácticas en las cuales los defensores de derechos humanos puedan desarrollar libremente su función. [...] En definitiva, la obligación del Estado de garantizar los derechos a la vida e integridad personal de las personas se ve reforzada cuando se trata de un defensor o defensora de derechos humanos." Footnotes omitted. Translated by the author.

⁶⁶ The Court has already ruled specifically about the murder of human rights defenders in two paradigmatic decision. IACtHR. Case of *Kawas Fernández v. Honduras*. Merits, Reparations and Costs. April 3, 2009; IACtHR. Case of *Human Rights Defender et al. v. Guatemala*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. August 28, 2014.

⁶⁷ IACtHR. Case of the *Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §178. Original in Spanish: "la Comisión no cumplió con la carga de probar su alegato teniendo en cuenta que no presentó la argumentación jurídica y fáctica necesaria; no indicó los hechos concretos que configurarían la alegada violación, ni los responsables de la misma." Translated by the author.

⁶⁸ IACtHR. Case of the *Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§171-181.

⁶⁹ Just like Brazil, Honduras is one of the most violent countries for the defense of natural resources and land. GLOBAL WITNESS.

A que custo? Negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente en 2017, 2018. Available at: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defenders-annual-report/>. Access on: 27 Nov. 2018.

⁷⁰ IACtHR. Case of the *Community Garífuna Triunfo de la Cruz and its members v. Honduras*. Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §§201-214; IACtHR. Case of *Garífuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §§257-280.

⁷¹ The Court has approached the demands for protection of indigenous leaderships in a case-by-case analysis, demanding strong evidences to declare violations. The Inter-American Commission has demonstrated a deep concern with the thematic, as it adopted in February 2018 the "Report on Comprehensive Protection Policies for Human Rights Defenders", in order to provide States with parameters for the adoption of policies in the domestic level regarding the protection of human rights defenders. Also, the Commission has presented several press releases demonstrating concern with the position of human right defenders. CIDH. *Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207/17 29 diciembre 2017. CIDH. *CIDH condena asesinatos a defensoras y defensores de derechos humanos en la región*. 7 de febrero de 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/011.asp>; CIDH. *CIDH condena asesinato de defensores de derechos humanos no Brasil*. 27 de abril de 2016. <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/054.asp>. CIDH. *CIDH condena os assassinatos de defensores de direitos humanos vinculados ao direito ao meio ambiente, terra e trabalhadores rurais no Brasil*. 27 de julho de 2018. <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/168.asp>

⁷² TAULI-CORPUS, Victoria. *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the rights of indigenous peoples*. Sept. 2018. Available at: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/docu>

ght also consider that conflict remains even after the delivery of the final decision and may be even intensified, considering the length of time to implementation⁷³, justifying the application of special measures to protect human rights defenders.

It is essential to bear in mind that violation of article 5.1 is directly related to the violation of Article 21, as the lack of final delivery of the property generates conflicts and violence that hazards the life of indigenous leaders. Therefore, the Court could have used a systematic interpretation, expanding the State's obligation under Article 21 to the protection of indigenous leaders. The measure could attenuate the burden of proof and increment the indigenous protection.

To recognize the international responsibility of States for the lack of protection of human rights defenders is a possible answer, but it may also prove complicated as it involves a hard burden of proof for indigenous communities. Another possibility could be to order reparation measures related to the guarantee of non-repetition of violence against human rights defenders or the obligation to investigate and prosecute acts of violence⁷⁴. It would also be possible to issue precautionary measures ordering protective measures for indigenous leaderships while the case is still under the Court's jurisdiction⁷⁵.

4.2 The American Declaration of the Rights of Indigenous Peoples

The American Declaration of the Rights of Indigenous Peoples (hereafter, ADRIP) was approved on June 15, 2016 by the General Assembly of the Organization of American States after seventeen years of negotiation. The only indigenous case decided by the Court after the Declaration is Xucuru v. Brazil and, oddly, it does not mention the Declaration. In the jurisprudence of the Court, it was cited only once in a concurring opi-

nion, in the Xákmok Kásek vs. Paraguay case⁷⁶, when it was still a draft.

The ADRIP enshrines multiple rights, constructed upon the principle of indigenous peoples' self-determination. Some of the rights protected include the right to freely pursue their economic, social and cultural development (Art. 3), the right to cultural identity (arts. 7 and 13), the right to juridical personality (Art. 9), social rights (arts. 15, 17, 18, 19 and 27), rights of association, assembly, and freedom of expression and thought (art. 20), right to use, control and enjoyment over their territory (arts. 25 and 26)⁷⁷.

The consolidated jurisprudence of the Court regarding indigenous peoples fortified these rights for over seventeen years, allowing a perfect equivalence to exist between the rights established in the Declaration and the ones affirmed in the Court's jurisprudence. The mention of the ADRIP in the Xucuru case could have reinforced States' obligations regarding traditional peoples, as well as strengthened the rights recognized in the judgment.

A similar situation occurred when the UNDRIP was approved in 2007. The Court already had a consolidated jurisprudence in territorial rights, and the UNDRIP confirmed them. Two months after the adoption of the UNDRIP, the Court applied it to interpret the American Convention in the judgment of the Saramaka case. So far, the UNDRIP has been mentioned in all indigenous cases judged by the Court.

One could argue that the legal status of the Declaration, a soft law treaty, would justify the absence, or that the analysis of the Declaration would be beyond the jurisdiction *ratione materiae* of the Court. However, the Declaration composes the so-called *corpus iuris* of indigenous international law, and could be used to interpret

ments/annual-reports/256-report-ga2018 Access on: 27 Nov. 2018.

⁷³ CORREIA, Joel E.; GILBERT, Jeremie; SUBRAMANIAM, Yogeswaran. *Strategic litigation impacts: indigenous peoples land rights*. New York: Open Society Foundations, 2017.

⁷⁴ It is not the purpose of the present article to offer a final solution for the question, as it may depend from future research in the field. It is intentioned only to present a point that demands further attention of the Court.

⁷⁵ BERISTAÍN, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación: qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009. p. 474.

⁷⁶ IACtHR. Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. August 24, 2010. Concurring Vote of Judge Eduardo Vio Grossi. §§5-6 and 20.

⁷⁷ Further analysis about the ADRIP can be found in: Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (ed.). *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Ciudad del México: UNAM, 2010; ERRICO, Stefania. The American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Asil Insights*, v. 21, n. 7, 2017. Available at: <https://www.asil.org/insights/volume/21/issue/7/american-declaration-rights-indigenous-peoples>. Access on: 28 Dec. 2018; FUENZALIDA, Nancy Yáñez. *OAS: Regressive elements in the American Declaration*. Available at: <https://www.iwgia.org/en/focus/global-governance/2422-oas-regressive-elements-in-the-american-declaratio>. Access on: 3 Mar. 2019.

the Convention, especially Article 21. Soft law treaties are frequently mentioned in Court decisions through Article 29.b of the Convention. In the present case, the judgment mentioned the UNDRIP as a body of the *corpus iuris*. In other indigenous cases, non-binding treaties, both regional and international, were also mentioned. To mention just a few examples: the American Declaration of the Rights and Duties of the Man, the Protocol of San Salvador⁷⁸, the Declaration on Environment and Development⁷⁹ and Guiding Principles on Business and Human Rights⁸⁰.

4.3 Reparation measures

Besides the absences in the recognition of substantive rights presented above, another central concern in the Xucuru case is the fragility of the reparation measures ordered, both qualitatively and quantitatively.

Regarding the number of orders issued, the Court issued only three measures: one of compensation, one of restitution and one of satisfaction. There was no measure of non-repetition issued, nor the obligation to investigate and prosecute. In indigenous territorial cases, the average number of orders issued is 6.4. In fact, the only time the Court issued only three measures was in the precursor decision *Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, back in 2001.

Historically the Court has built a complex system of reparation, and one of its defining characteristics is the commitment to non-monetary remedies, as these forward-looking measures are efficient and less expensive than economic compensation⁸¹. The Court has adopted the principle of integral reparation, responding to each aspect of damage caused to the communities. However, such principle cannot be observed in the present case, as it is characterized by a preponderance of economic

measures.

Some remedies issued in past cases could have been adequate for the Xucuru community in order to redress human rights violations, for example, the celebration of a public act of acknowledgement of international responsibility for the violations⁸² and the creation of training programs on the rights of indigenous peoples⁸³. Moreover, considering the specific situation of violence against indigenous leadership, the Court could have determined security measures, such as the inclusion/maintenance of Xucuru leadership in a state program for protection or the development/reinforcement of public policies for the protection of human rights defenders and indigenous leadership, or even the investigation of violent acts against the community (non-repetition measures).

From another perspective, regarding the extension of applied measures, research demonstrates a setback in the ordered remedies when compared to past cases, as well as their inability to fully redress human rights violations against the Xucuru people.

The central measure applied was the restitution order, determining the final delivery of the territory (*sa-neamiento*), removing any obstacle or interference over the traditional land and guaranteeing the Xucuru people the effective and total control over their territory in a term of eighteen months. The restoration remedy attended to the demand of the representatives and is similar to orders issued in former similar cases⁸⁴.

⁷⁸ IACtHR. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. June 17, 2005, §163; IACtHR. *Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. August 24, 2010, §211; IACtHR. *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs. November 25, 2015, §172.

⁷⁹ IACtHR. *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. June 27, 2012.

⁸⁰ IACtHR. *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs. November 25, 2015.

⁸¹ BERISTAIN, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación: qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009. p. 173.

⁸² IACtHR. *Case of the Moiwana Community v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. June 15, 2005, §§216-217; IACtHR. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. June 17, 2005, 125, §226; IACtHR. *Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. August 24, 2010, §296-297; IACtHR. *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. June 27, 2012, §§303-305; IACtHR. *Case of the Afro-descendant Communities displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. November 20, 2013, §446-447; IACtHR. *Case of the Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members v. Panama*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 14, 2014, §§218-219

⁸³ IACtHR. *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. June 27, 2012; IACtHR. *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs. November 25, 2015.

⁸⁴ IACtHR. *Case of the Community Garífuna Triunfo de la Cruz and its members v. Honduras*. Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §§258-264; IACtHR. *Case of Garífuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras*. Preliminary Objections,

However, the Court considered the eventual impossibility of full or partial territorial restitution due to private occupation. In this situation, the Court ordered the State to buy or to expropriate the land or to offer alternative lands to the communities with their consent.

The possibility of alternative lands in exchange for traditional territory may be considered inadequate for two main reasons. First, there is an incompatibility of this remedy with the recognition of the community's property rights. The Court had affirmed that there was no controversy regarding the property rights of the Xucuru over their territory, and the State had the duty to perform *saneamiento*. Therefore, the Court considered it inadequate to discuss conflicts between private and communal property, as the Brazilian legislation assured prominence of the collective property right over the private property⁸⁵ (topic 3.3, *supra*). Contradicting the recognition of the substantive right in the merit analysis, the Court permitted the State to offer alternative lands in the reparation measures.

Second, the offer of alternative lands contrasts with the recognition of the special relationship between indigenous peoples and their land, characterized by profound cultural and religious bounds. For indigenous peoples, the territory is not merely a geographical space that can be exchanged, but is instead an indispensable mean for their cultural and physical survival. Such contradictions have been appointed by several authors in similar cases⁸⁶, demonstrating a pattern in which the Court seems to ignore the distinction between land and territory and the impossibility to substitute spiritual and cultural relations with traditional territory.

Moving on, regarding the satisfaction measure issued (publication of the judgment), it represents a lower level

of dissemination of the decision than other cases and a restricted reach in Brazil. Publication of the decision is a very common order issued by the Court and it has the essential role of disseminating the content of the decision and raising awareness of the population regarding indigenous rights. Additionally, studies have associated high levels of media coverage with faster compliance by the States, as they strengthen social pressure for the fulfilment of the decision⁸⁷.

In the Xucuru case, the Court ordered the publication of the judgment online on the government webpage and in the official gazette, which is accessible online. The representatives had demanded that it be broadcast on TV and radio, as well as published in local and national newspapers.

In almost all indigenous territorial cases⁸⁸, publication of the decision was ordered as a measure of satisfaction. In all ten cases in which it was ordered⁸⁹, the Court ordered its publication in the official gazette and in a newspaper of national circulation. Except in the Operation Genesis case, the Court also ordered broadcasts on radio with widespread coverage among the community and, since 2010, the Court has ordered the publication of the decision on the government website.

⁸⁷ CAVALLARO, James; SCHAFFER, Emily J. Less as more: re-thinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 2, n. 56, p. 217-281, 2004.

⁸⁸ The exceptions are the cases Mayagna (Sumo) Awas Tingni and Moiwana, the first two cases.

⁸⁹ IACtHR. Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. June 17, 2005, §227; IACtHR. Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. March 29, 2006, §236; IACtHR. Case of the Saramaka People. v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. November 28, 2007, §196; IACtHR. Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. August 24, 2010, §298-299; IACtHR. Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador. Merits and reparations. June 27, 2012. Series C No. 245, §§307-308; IACtHR. Case of the Afro-descendant Communities displaced from the Caracara River Basin (Operation Genesis) v. Colombia. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. November 20, 2013, §445; IACtHR. Case of the Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 14, 2014, §§216-217; IACtHR. Case of Garifuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015. Series C No. 304, §§338-339; IACtHR. Case of the Community Garifuna Triunfo de la Cruz and its members v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §§271-272; IACtHR. Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname. Merits, Reparations and Costs. November 25, 2015, §312-313.

Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §§322-326

⁸⁵ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§125-127

⁸⁶ GÓNGORA MAAS, Juan Jesús; QUINTERO, Gerardo Mata. La obligación de saneamiento en el caso de la comunidad de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. territorios, cuerpos y diferencia. In: JOAQUÍN, A. Mejía R. (ed.). *Obligaciones internacionales del estado de Honduras en materia de derechos humanos y bienes naturales*. Yoro: ERIC-SJ, 2018. p. 346-371. p. 358; DULITZKY, Ariel. When afro-descendants became "tribal peoples": the inter-American human rights system and rural black communities. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, San Francisco, v. 15, p. 29-81, 2010. p. 49-52; SHELTON, Dinah. The Inter-American Human Rights law of indigenous peoples. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 35, p. 937-980, 2013. p. 970.

It is unclear as to why the Court in the present case did not order the decision to be broadcasted on the radio and published in a national newspaper.

The measures of publication ordered in the present case have a restricted reach, as they usually depend on an active behaviour of a citizen to access the information, as well as access to the internet⁹⁰. In contraposition, broadcasting on the radio and publication in national newspapers reaches a wider public, mainly in areas with limited access to internet.

Lastly, regarding the compensation measure, the Court maintained a pattern consolidated in former cases and criticized for its paternalistic point of view. Pecuniary compensation was ordered in all indigenous territorial cases and, in almost all of them, by the creation of a development fund⁹¹. The average payment for compensation is US\$ 1,127,500.00⁹² and in the Xucuru

case, US\$ 1,000,000.00 was issued, which is very close to the average. The difference in payment is related to factual circumstances and the gravity of the violation⁹³.

Several authors have criticized the creation of development funds, instead of the direct delivery of the money to the community⁹⁴. The Court's remedy is considered paternalistic, as it underestimates the capacity of indigenous communities to manage the money on their own and the administration of the fund is relegated to a tripartite committee or directly to the State⁹⁵. There is also a discrepancy regarding the recognition of the right to self-determination of indigenous peoples, infringing on their right to freely pursue their social, economic and cultural development⁹⁶.

In the present case, contrary to previous decisions, the Court did not make any consideration regarding how the fund shall be managed, addressing only the

⁹⁰ Recent data from the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE) estimates that only 27,4% of the rural domiciles in the Northeast region in Brazil (where the community is located) have access to internet. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal: análise dos resultados*. Brasília: IBGE, 2018. p. 16

⁹¹ In the first case, the Court ordered the State to invest directly the money in works or services of the community's interest. IACtHR. Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Preliminary Objections. February 1, 2000, §§213-215. In two occasions, the payment was ordered directly to the community leadership or association: IACtHR. Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador. Merits and reparations. June 27, 2012, §§322-323 and IACtHR. Case of the Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 14, 2014, §§237-247. In eight cases, the Court ordered the creation of a development fund, five of them managed by a tripartite committee (IACtHR. Case of the Moiwana Community v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. June 15, 2005, §§213-215; IACtHR. Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. June 17, 2005. Series C No. 125, §§199-206; IACtHR. Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. March 29, 2006, §§219-225; IACtHR. Case of the Saramaka People. v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. November 28, 2007, §§200-202; and IACtHR. Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. August 24, 2010, §§319-324) and three of them managed by the State with participation of an indigenous representative (IACtHR. Case of Garifuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §§322-336; IACtHR. Case of the Community Garifuna Triunfo de la Cruz and its members v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §§295-299; IACtHR. Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname. Merits, Reparations and Costs. November 25, 2015, §§295-299).

⁹² Average of collective compensation issued in the twelve indig-

enous territorial cases, regarding pecuniary and non-pecuniary damages. The Operation Genesis case was excluded from the average, as there was no collective compensation order. Individual compensations for the death of next of kin were also excluded.

⁹³ Antkowiak criticizes the value of the compensation in indigenous cases in comparison with a case regarding compensation for violation of right to private property. In Salvador-Chiriboga v. Ecuador, the Court issued a compensation of US\$18,7 million, the market value. Such evaluation was never performed in an indigenous cases, demonstrating a different pattern in the Court regarding private or communal property. In the words of the author, "private landowners obtain millions, while indigenous peoples receive condescending gestures of charity in the form of developmental programs". ANTKOWIAK, Thomas M. A dark side of virtue: the Inter-American Court and reparations for indigenous peoples. *Duke J. Comp. & Int'l L.*, v. 25, p. 1-80, 2014. p. 69-70

⁹⁴ ANTKOWIAK, Thomas M. A dark side of virtue: the Inter-American Court and reparations for indigenous peoples. *Duke J. Comp. & Int'l L.*, v. 25, p. 1-80, 2014. p. 77-79. DULITZKY, Ariel. When afro-descendants became "tribal peoples": the inter-American human rights system and rural black communities. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, San Francisco, v. 15, p. 29-81, 2010. 53-54; ROBLES G., Magda Yadira. La compensación colectiva en la Corte IDH. a propósito de la sentencia Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. In: JOAQUÍN, A. Mejía R. (ed.). *Obligaciones internacionales del estado de Honduras en materia de derechos humanos y bienes naturales*. Yoro: ERIC-SJ, 2018. p. 315-345. p. 340.

⁹⁵ In the cases Yakye Axa and Sawhoyamaya, both against Paraguay, the development fund was object to misappropriation by State agents The public employee Rubén Darío Quesnel was condemned for ten years in jail for diversion of nearly USD 530.000 from the indigenous development fund. EXTITULAR del Indi, Rubén Quesnel, condenado a 10 años de cárcel. *Ultima Hora*, Assunción, Aug. 2018. Available at: <https://www.ultimahora.com/ex-titular-del-indi-ruben-quesnel-condenado-10-anos-carcel-n2704182.html>. Access on: 6 Dec. 2018.

⁹⁶ Apart from indigenous cases, the Court has determined payment through development fund only in cases of minors or legally incapacitated.

obligation to consult with the community. As this issue is relegated to the State's discretion, it may generate uncertainties and conflicts with the indigenous community. The remedy may not attend to the community's will regarding its development, and thus aggravate the existing conflict with the State.

In conclusion, regarding the analysis of reparation measures, Antkowiak suggests a victim-centred approach in the restoration system applied to indigenous peoples. According to the author, their demands must be heard, even though it is not always possible to fully attend to them. Using this approach, the Court immerses itself in the communities' reality, and can tailor remedies more precisely to violations⁹⁷. Contrary to this position, in the case at hand, the representatives demanded twelve measures that they considered adequate and the Court attended fully to only two of them: the creation of the development fund and the reimbursement of fees and costs⁹⁸.

4.4 Identification of injured parties

In the judgment of the Xucuru case, the Court identified the indigenous people Xucuru as the sole injured party, arguing that the community was the victim of the violation of rights⁹⁹. However, in former cases, the Court had considered both the community and its members as injured parties, recognizing that human rights violations may simultaneously affect individual and collective spheres¹⁰⁰. As the former president of

the Court, Judge García-Ramírez asserted in a separate opinion, "There is an intimate and inextricable link between individual and collective rights; a linkage that is a condition *sine qua non* for the genuine protection of persons belonging to indigenous ethnic groups."¹⁰¹

The recognition of a collective personality as an injured party has been a celebrated breakthrough exclusive to indigenous cases in the Inter-American Court, overcoming a strict interpretation of Article 1.2 ("For the purposes of this Convention, "person" means every human being")¹⁰².

The Court did not present any justification for the exclusion of the members as co-victims of the violations. Neither the Commission nor the Representatives made specific demands regarding the recognition of an injured party.

The identification of the injured party is a central step towards the application of remedies, which are fundamental for the full restoration of violated rights. Considering the complexity of indigenous demands, both individual and collective rights must be fully repaired by adequate remedies, demanding a correct identification of injured parties. The collective consideration may not disregard the individual damage suffered by the members of the community, mainly in situations of widespread violence against indigenous members.

In the Xucuru case, the Court could have offered a wider protection of human rights if it had recognized both the community and its members as injured parties, just as it was recognized in the *Garífunas v. Honduras* cases in very similar circumstances. It is essential that the collective protection of human rights does not undermine the individual sphere of rights, as they are intrinsically related.

⁹⁷ ANTKOWIAK, Thomas M. A dark side of virtue: the Inter-American Court and reparations for indigenous peoples. *Duke J. Comp. & Int'l L.*, v. 25, p. 1–80, 2014. p. 49

⁹⁸ The representatives only demanded reparations in the final allegations, as they did not present brief of demands, arguments and evidence. The Court considered the demand extemporaneous and did not analyze it.

⁹⁹ IACtHR. Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017, §§187 and 220.3-4.

¹⁰⁰ IACtHR. Case of the Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 14, 2014. §209 and Operative paragraphs 4-7; IACtHR. Case of Garífuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §§317 and 372.4-6; IACtHR. Case of the Community Garífuna Triunfo de la Cruz and its members v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015, §257 and Operative paragraphs 1-3; IACtHR. Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname. Merits, Reparations and Costs. November 25, 2015, §§273 and 329.1-3

¹⁰¹ IACtHR. Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. June 17, 2005. Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez, §14.

¹⁰² For a deeper analysis on the evolution of the Court interpretation regarding the recognition of the collective personality, see: RUSSO, Anna Margherita; WENCES, Isabel. De los derechos de los miembros de las comunidades a los derechos de la comunidad y sus miembros: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: SANTOLAYA MACHETTI, P.; WENCES, I. (org.). *La América de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016. p. 281–325.

4.5 Low impact of the decision in Brazil

Besides the above-mentioned deficiencies in the decision, a lack of reception of the judgment in the domestic sphere was also notable.

First, the decision was followed by the absence of official manifestation from the government or its ministries. Contrary to other cases¹⁰³, the Ministry of Foreign Affairs did not issue any press release and, when asked by the press to comment on the decision, the government did not provide an answer¹⁰⁴.

The media coverage in the national sphere was also faint. Four of the six most read newspapers in the country did not announce the judgment at all (*Folha de São Paulo*, *Super Notícias*, *Zero Hora* and *Extra*)¹⁰⁵. The newspaper *Globo* published a very brief article¹⁰⁶ and the newspaper *Estadão* contacted one of the victims' representatives¹⁰⁷. A more detailed report of the decision, including its factual background and interviews with the victims, were published in Portuguese only by foreign newspapers: the Spanish *El País*¹⁰⁸ and the Portuguese *Diário de Notícias*¹⁰⁹.

¹⁰³ In the case Vladimir Herzog, for example, the Court's decision generated a prompt press release applauding the judgment and enhancing the importance of its compliance. MRE. Press Release n. 233, Jun. 2018. Available at: http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=category&id=42&Itemid=280&lang=pt-BR. Access on: Dec. 06 2018.

¹⁰⁴ VALENTE, Jonas. Corte Interamericana responsabiliza Brasil por desrespeito a direitos indígenas. *Agência Brasil*, Mar. 2018. Available at: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-03/corte-interamericana-responsabiliza-brasil-por-desrespeitar>. Access on: 27 Nov. 2018; CORTE Interamericana de Direitos Humanos condena Brasil por violação de direitos de índios. *O Globo*, Mar. 2018. Available at: <https://oglobo.globo.com/brasil/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-violacao-de-direitos-de-indios-22483039>. Access on: 6 Dec. 2018.

¹⁰⁵ According to research in the online version of the newspapers for the terms "Xucuru", "Corte Interamericana" and "Xukuru".

¹⁰⁶ CORTE Interamericana de Direitos Humanos condena Brasil por violação de direitos de índios. *O Globo*, Mar. 2018. Available at: <https://oglobo.globo.com/brasil/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-violacao-de-direitos-de-indios-22483039>. Access on: 6 Dec. 2018.

¹⁰⁷ BORGES, André. Brasil é condenado em processo de demarcação de terra indígena. *Estadão*, 2018. Available at: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-condenado-em-processo-de-demarcacao-de-terra-indigena,70002227751>. Access on: 6 Dec. 2018.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Regiane. Os indígenas que derrotaram o Governo brasileiro na Corte Interamericana. *El País*, Mar. 2018. Available at: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/13/politica/1520949894_800892.html Access on: 6 Dec. 2018.

¹⁰⁹ MOREIRA, Joao Almeida. Brasil vai pagar um milhão de

The apparent lack of interest in the decision may be explained by the general situation of the invisibilization and marginalization of indigenous peoples in the country and it may have negative impacts on the implementation of the decision. As already mentioned, media coverage is essential for disseminating the content of the decision, redressing the violation and raising the awareness of the population regarding indigenous rights, and forcing the State to respond with full compliance.¹¹⁰

5 Final conclusions

The Inter-American Court has a remarkable jurisprudence regarding indigenous rights, influencing both international and domestic legal systems, as well as redressing centuries of marginalization and exploitation suffered by traditional communities. The Court has not only expanded classical rights guaranteed in the Convention by interpretational means, namely, the right to property and the right to juridical protection; it has also recognized implicit rights as the rights to cultural identity, self-determination and prior consultation. The reach of the innovations brought about by the Court goes beyond indigenous protection, reinforcing the human rights system as a whole.

The Xucuru case is a consolidation of indigenous jurisprudence after seventeen years of strategic litigation, clarifying and fortifying indigenous rights in the inter-American system. However, the decision may represent in some aspects a setback in the jurisprudence

dólares a índios Xucuru. *Diário de Notícias*, São Paulo, Mar. 2018. Available at: <https://www.dn.pt/mundo/interior/brasil-vai-pagar-um-milhao-de-dolares-a-indios-xucuru-9201580.html>. Access on: 6 Dec. 2018.

¹¹⁰ Study demonstrated that media coverage of the Inter-American System in general is low, except when directly involves the particular country and, even then, coverage is sparse, contributing to "little hope of penetrating deeply into Latin American legal culture". Gil, Diego; Garcia, Rolando; Friedman, Lawrence M. Media representations of the Inter-American System of Human Rights. *In: Fortes, P.; Boratti, L. V.; Palacios Lleras, A.; Daly, T. G. (org.). Law and policy in Latin America: transforming courts, institutions, and rights*, London: Palgrave Macmillan, 2017. p. 57-71. In a comparative perspective, in a case study regarding land rights' decisions from the IACtHR against Paraguay (cases Yakye Axa, Sawhoyamaya and Xákmok Kásek), researchers concluded that mainstream media coverage was limited and "few people in Paraguay know about the litigation". CORREIA, Joel E.; GILBERT, Jeremie; SUBRAMANIAM, Yogeswaran. *Strategic litigation impacts: indigenous peoples land rights*. New York: Open Society Foundations, 2017. p. 63-64.

and, in others, a lost opportunity to deepen the protection of indigenous rights.

After briefly presenting the Court jurisprudential protection of indigenous traditional territory, this article analysed the points of consolidation brought about by the decision, followed by an enumeration of problematic issues in the judgment, namely the absence of protection of indigenous leadership, non-mention of the ADRIP, narrowness of the reparation measures and the lack of recognition of individuals as injured parties.

The Xucuru case should not be considered as an isolated case, but instead immersed in a wider system of strategic litigation; a major characteristic of the Inter-American System of Human Rights. Constrained by severe budgetary limits, the Court has developed a creative jurisprudence commended by its capacity to recognize and redress structural patterns of violation; a task that has been carried on by two main strategies: the contextual analysis of each case and the issue of non-repetition orders. This model of litigation has impacted not only the parties directly involved in the litigation, but also countries and victims elsewhere¹¹¹.

In the case under analysis, it is essential to bear in mind that the Xucuru struggle is part of a structural pattern of marginalization and exclusion of indigenous peoples. Even though only the Xucuru case has reached the Court, it is safe to affirm in the Brazilian context that hundreds of indigenous communities suffer due to a lack of property protection, as well as due to violence against indigenous leadership. The Xucuru case represented a lost opportunity to redress a pattern of marginalization and exclusion of indigenous peoples in the Brazilian context, thus failing the strategic litigation system.

¹¹¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Inter-American added value. In: BOGDANDY, A. V.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; PIOVESAN, F. (org.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*. Oxford United Kingdom: Oxford University Press, 2017. p. 377–408; Alessandri, Paulo Saavedra. Algunas reflexiones en cuanto el impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Ugartemendia Eceizabarrena, J. I.; Saiz Arnaiz, A.; Morales Antoniazzi, M. (org.). *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos: un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela, europeo, interamericano y africano*. Oñati [Guipuzkoa]: Instituto Vasco de Administración Pública, 2015. p. 226–258; Sikkink, Kathryn; Walling, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, v. 44, n. 4, p. 427–445, 2007.

References

- Alessandri, Paulo Saavedra. Algunas reflexiones en cuanto el impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Ugartemendia Eceizabarrena, J. I.; Saiz Arnaiz, A.; Morales Antoniazzi, M. (org.). *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos: un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela, europeo, interamericano y africano*. Oñati [Guipuzkoa]: Instituto Vasco de Administración Pública, 2015. p. 226–258.
- ANTKOWIAK, Thomas M. A dark side of virtue: the Inter-American Court and reparations for indigenous peoples. *Duke J. Comp. & Int'l L.*, v. 25, p. 1–80, 2014.
- ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, resources and rhetoric: indigenous peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Philadelphia, v. 33, n. 1, p. 113–187, 2014.
- BERISTAÍN, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación: qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.
- Bernardes, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135–156, 2011.
- BORGES, André. Brasil é condenado em processo de demarcação de terra indígena. *Estadão*, 2018. Available at: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-condenado-em-processo-de-demarcacao-de-terra-indigena,70002227751>. Access on: 6 Dec. 2018.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Inter-American added value. In: BOGDANDY, A. V.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; PIOVESAN, F. (org.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*. Oxford United Kingdom: Oxford University Press, 2017. p. 377–408.
- CAVALLARO, James; SCHAFFER, Emily J. Less as more: rethinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 2, n. 56, p. 217–281, 2004.

- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO; CAVALLI, Guilherme (ed.). *Congresso Anti-Índigena*: os parlamentares que mais atuaram contra os direitos dos povos indígenas. Available at: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/congresso-anti-indigena.pdf>. Access on: 27 Nov. 2018.
- CORREIA, Joel E.; GILBERT, Jeremie; SUBRAMANIAM, Yogeswaran. *Strategic litigation impacts: indigenous peoples land rights*. New York: Open Society Foundations, 2017.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos condena Brasil por violação de direitos de índios. *O Globo*, Mar. 2018. Available at: <https://oglobo.globo.com/brasil/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-violacao-de-direitos-de-indios-22483039>. Access on: 6 Dec. 2018.
- DULITZKY, Ariel. When afro-descendants became “tribal peoples”: the inter-American human rights system and rural black communities. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, San Francisco, v. 15, p. 29–81, 2010.
- ERRICO, Stefania. The American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Asil Insights*, v. 21, n. 7, 2017. Available at: <https://www.asil.org/insights/volume/21/issue/7/american-declaration-rights-indigenous-peoples>. Access on: 28 Dec. 2018.
- EXTITULAR del Indi, Rubén Quesnel, condenado a 10 años de cárcel. *Ultima Hora*, Assunción, Aug. 2018. Available at: <https://www.ultimahora.com/ex-titular-del-indi-ruben-quesnel-condenado-10-anos-carcel-n2704182.html>. Access on: 6 Dec. 2018.
- FUENZALIDA, Nancy Yáñez. *OAS: Regressive elements in the American Declaration*. Available at: <https://www.iwgia.org/en/focus/global-governance/2422-oas-regressive-elements-in-the-american-declaratio>. Access on: 3 Mar. 2019.
- Gil, Diego; Garcia, Rolando; Friedman, Lawrence M. Media representations of the Inter-American System of Human Rights. In: Fortes, P.; Boratti, L. V.; Palacios Lleras, A.; Daly, T. G. (org.). *Law and policy in Latin America: transforming courts, institutions, and rights*, London: Palgrave Macmillan, 2017. p. 57–71.
- GLOBAL WITNESS. *A que custo? Negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente en 2017, 2018*. Available at: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defenders-annual-report/>. Access on: 27 Nov. 2018.
- GÓNGORA MAAS, Juan Jesús; QUINTERO, Gerardo Mata. La obligación de saneamiento en el caso de la comunidad de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. territorios, cuerpos y diferencia. In: JOAQUÍN, A. Mejía R. (ed.). *Obligaciones internacionales del estado de Honduras en materia de derechos humanos y bienes naturales*. Yoro: ERIC-SJ, 2018. p. 346–371.
- IACHR. *Case of Garifuna Punta Piedra Community and its members v. Honduras*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015.
- IACHR. *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and reparations. June 27, 2012.
- IACHR. *Case of the Afro-descendant Communities displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. November 20, 2013.
- IACHR. *Case of the Community Garifuna Triunfo de la Cruz and its members v. Honduras*. Merits, Reparations and Costs. October 8, 2015.
- IACHR. *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname. Merits, Reparations and Costs*. November 25, 2015
- IACHR. *Case of the Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members v. Panama*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. October 14, 2014.
- IACHR. *Case of the Moiwana Community v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. June 15, 2005.
- IACHR. *Case of the Saramaka People. v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. November 28, 2007.
- IACHR. *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. March 29, 2006.
- IACHR. *Case of the Xákmoké Káseké Indigenous Community. v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. August 24, 2010.
- IACHR. *Case of the Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. February 5, 2017.

- IACHR. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. June 17, 2005.
- IACHR. Informe n. 44/15. *Caso 12.728, Informe de Fondo Povo Indígena Xucuru Brasil*. July 28 2015.
- IACtHR. *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*. Preliminary Objections. February 1, 2000.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Situação das terras indígenas no Brasil*. Available at: https://pib.socioambiental.org/pt/Situa%C3%A7%C3%A3o_jur%C3%ADdica_das_TIs_no_Brasil_hoje. Access on: 12 Dec. 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular pra uso pessoal: análise dos resultados*. Brasília: IBGE, 2018.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. Un derecho jurisprudencial: la propiedad colectiva y la corte interamericana. *Revista de derecho*, Coquimbo, v. 24, n. 1, p. 133–189, 2017.
- Mazzuoli, Valério de Oliveira; Ribeiro, Dilton. Indigenous rights before the Inter-American Court of Human Rights: a call for a pro individual interpretation. *The Transnational Human Rights Review*, v. 2, n. 1, p. 32–62, 2015.
- MOREIRA, Joao Almeida. Brasil vai pagar um milhão de dólares a índios Xucuru. *Diário de Notícias*, São Paulo, Mar. 2018. Available at: <https://www.dn.pt/mundo/interior/brasil-vai-pagar-um-milhao-de-dolares-a-indios-xucuru-9201580.html>. Access on: 6 Dec. 2018.
- OLIVEIRA, Regiane. Os indígenas que derrotaram o Governo brasileiro na Corte Interamericana. *El País*, Mar. 2018. Available at: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/13/politica/1520949894_800892.html. Access on: 6 Dec. 2018.
- Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (ed.). *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Ciudad del México: UNAM, 2010.
- OSOWSKI, Raquel. O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento. *Mediações*, v. 22, n. 2, p. 320–346, Jul. 2017.
- PASQUALUCCI, J. M. The Evolution of International indigenous rights in the Inter-American Human Rights System. *Human Rights Law Review*, v. 6, n. 2, p. 281–322, 2006.
- ROBLES G., Magda Yadira. La compensación colectiva en la Corte IDH. a propósito de la sentencia Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. In: JOAQUÍN, A. Mejía R. (ed.). *Obligaciones internacionales del estado de Honduras en materia de derechos humanos y bienes naturales*. Yoro: ERIC-SJ, 2018. p. 315–345.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; ROMAN, Gina. Pueblos indígenas y la corte interamericana de Derechos humanos: fondo y reparaciones. In: HAECK, Y.; RUIZ-CHIRIBOGA, O.; BURBANO Herrera, C. (org.). *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*. Cambridge: Intersentia, 2015.
- RUSSO, Anna Margherita; WENCES, Isabel. De los derechos de los miembros de las comunidades a los derechos de la comunidad y sus miembros: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: SANTOLAYA MACHETTI, P.; WENCES, I. (org.). *La América de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016. p. 281–325.
- SANCHEZ, Nelson Camilo; CÉRON, Laura Lyons. El elefante en la sala: el retraso procesal en el sistema de peticiones individuales del sistema interamericano. In: DEJUSTICIA. *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos: Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, D.C.: Dejusticia, 2015. p. 230–275.
- SCHWANTES, Susanna; STARCK, Gilberto. Marco temporal e as violações aos direitos dos povos indígenas: Análise da constitucionalidade e da convencionalidade a partir da jurisprudência da CIDH. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 23, n. 2, p. 148–173, 2018.
- SHELTON, Dinah. The Inter-American Human Rights law of indigenous peoples. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 35, p. 937–980, 2013.
- Sikkink, Kathryn; Walling, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, v. 44, n. 4, p. 427–445, 2007.
- TAULI-CORPUS, Victoria. *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the rights of indigenous peoples*. Sept. 2018. Available at: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/documents/annual-reports/256-report-ga2018> Access on: 27 Nov. 2018.
- VALENTE, Jonas. Corte Interamericana responsabiliza Brasil por desrespeito a direitos indígenas. *Agência Brasil*, Mar. 2018. Available at: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-03/corte-interamericana-responsabiliza-brasil-por-desrespeitar>. Access on: 27 Nov. 2018.

II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Nacionalidade: novas regras,
velhos problemas

Nationality: new rules, old
problems

Paulo Henrique Faria Nunes

Nacionalidade: novas regras, velhos problemas*

Nationality: new rules, old problems

Paulo Henrique Faria Nunes**

Resumo

Este artigo visa analisar as lacunas e deficiências do sistema jurídico brasileiro concernente à nacionalidade. Embora a Constituição Federal tenha um capítulo específico sobre o assunto, regulado por normas infraconstitucionais, com destaque para a Lei de Migração (Lei 13.445/2017), existem problemas que merecem maior atenção de constitucionalistas e internacionalistas no Brasil. Elegeram-se como temas para análise mais específica o direito à nacionalidade de estrangeiros adotados por brasileiros; a extradição de brasileiros naturalizados por tráfico de drogas superveniente à naturalização; o conceito de atividade nociva, requisito necessário ao cancelamento da naturalização; e a diferença entre “cancelamento” e “declaração de nulidade” de naturalização”. A investigação tem natureza qualitativa e exploratória amparada em fontes primárias, bibliográficas e no direito comparado. Ao final, conclui-se: a Constituição brasileira necessita ser atualizada no tocante à nacionalidade decorrente de adoção transnacional; os constituintes brasileiros não tiveram bom senso nem adotaram boa técnica legislativa no tratamento do cancelamento da naturalização em virtude de tráfico de drogas; faltam padrões normativos claros definidores de atividade nociva, o que pode acarretar cancelamento arbitrário da naturalização.

Palavras-chave: Nacionalidade. Adoção internacional. Naturalização. Extradição. Brasil.

Abstract

This article analyses the omissions and distortions of the Brazilian legal system concerning the right to nationality. Despite of the constitutional rules, detailed by infra-constitutional norms, some issues require special attention from both constitutionalists and internationalists in Brazil. As special object of analysis, the article focuses on the following matters: right to nationality resulting from intercountry adoption; the extradition of naturalized Brazilians as consequence of drug trafficking after the grant of the nationality; the lack of a concept of harmful activity as a condition to the cancellation of the naturalization; and the difference between the “cancelation” and “declaration of nullity” of naturalization. This qualitative and exploratory research was built upon documental sources, books and articles related to the subject of this work as well comparative law. In the end, the author concludes that the Brazilian Constitution need to be updated and include specific rules con-

* Recebido em 31/03/2019
Aprovado em 21/08/2019

** Advogado, professor e pesquisador na PUC Goiás e na Univero (campus Goiânia). Bacharel em Direito (Universidade Federal de Goiás - UFG), mestre em Geografia (UFG), doutor em Ciências Políticas e Sociais (Université de Liège, Bélgica). Dentre outros trabalhos, é autor dos livros “Direito internacional público: introdução crítica” (Juruá, 2015), “O pensamento político de Thomas Hobbes” (Simplíssimo, 2010), “Integração sul-americana” (edição do autor, 2010), “Meio ambiente & mineração: o desenvolvimento sustentável” (Juruá, 2006) e coautor de “Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil” (LTr, 2016 - no prelo). E-mail : phfnunes@gmail.com.

cerning the right to nationality of the foreign children adopted by nationals; the Constituent Assembly did not adopt a good law-making technique in the elaboration of the norms about cancellation of naturalization resulting from drug traffic; there aren't clear standards in the definition of harmful activity, what may pave the way to arbitrary cancellation of naturalization.

Keywords: Nationality. Intercountry adoption. Naturalization. Extradition. Brazil.

1 Introdução

O direito à nacionalidade é previsto constitucionalmente no Brasil. Não obstante, determinadas questões a ele inerentes são disciplinadas por normas infraconstitucionais. O Estatuto do Estrangeiro (EE – Lei 6.815/1980) e o seu regulamento (Decreto 86.715/1981), além de disciplinar o ingresso e a permanência de alienígenas no país, continham regras materiais e procedimentais a respeito da nacionalidade. Muitos dispositivos do EE não eram compatíveis com a Constituição Federal (CF) de 1988 nem com importantes tratados humanitários, mormente aqueles dedicados a refugiados e apátridas. A Lei de Migração (LDM – Lei 13.445/2017), em vigor desde 21 de novembro de 2017, revogou o EE e deu início a um novo regime jurídico, em harmonia com as regras constitucionais e humanitárias às quais o Brasil está vinculado.

Dentre as principais alterações introduzidas pela LDM, regulamentada pelo Decreto 9.199/2017, destacam-se: mudança substancial do regime de vistos; distinção entre *visto* (autorização de ingresso e permanência de curto prazo sem a caracterização da condição de imigrante) e *residência* (autorização da permanência transitória ou permanente); separação dos conceitos de *repatriação* e *deportação*; vinculação da expulsão ao cometimento de crime; aceitação da promessa de reciprocidade, além de tratados, na concessão de *transferência de pessoas condenadas* e *transferência de execução de pena*. No tocante à nacionalidade, reduziram-se os requisitos necessários à concessão da naturalização; atribuiu-se ao ato concessório da naturalização caráter predominantemente administrativo, uma vez que este passou a ser vinculado tanto na modalidade *ordinária* quanto na *extraordinária*; eliminou-se a audiência de entrega da certidão de naturalização, antes realizada na Justiça Federal;

adotou-se processo simplificado de naturalização para apátridas.

Entretanto, certos problemas presentes no regime anterior não foram resolvidos. Lacunas e omissões que dificultam a interpretação e a aplicação das normas atinentes à nacionalidade permanecem sob a Lei 13.445/2017. O Poder Legislativo não enfrentou questões como o direito à nacionalidade em casos de adoção internacional; a extradição de brasileiros naturalizados em virtude da prática de tráfico de drogas após a naturalização; o conceito de *atividade nociva*, necessário ao cancelamento da naturalização. Além disso, a LDM não prevê a distinção entre “declaração de nulidade” e “cancelamento” de naturalização. Normalmente, a literatura especializada não enfrenta tais questões, carentes de tratamento mais aprofundado no meio acadêmico.

Este artigo analisa essas lacunas relativas ao direito à nacionalidade presentes na LDM. Pretende-se verificar se o legislador brasileiro reproduziu omissões da própria Constituição, cuja solução dependeria de uma manifestação do poder constituinte derivado ou se houve realmente falhas na elaboração da nova lei. Na execução do trabalho, recorreu-se a fontes primárias, à bibliografia — ainda pouco disponível sobre a Lei 13.445/2017¹ — e ao direito comparado.

Apresentam-se inicialmente os aspectos gerais sobre a nacionalidade. Em seguida, discute-se o direito à nacionalidade nos casos de adoção internacional, analisam-se os problemas relativos à extradição de brasileiros naturalizados e à perda da nacionalidade.

2 Nacionalidade: aspectos gerais

Esta seção apresenta, brevemente, os elementos gerais a respeito da nacionalidade. O propósito do autor não é tecer minúcias sobre as regras constitucionais ou a Lei 13.445/2017, pretende-se aqui apenas introduzir os conceitos fundamentais necessários à compreensão dos problemas principais do artigo.

A nacionalidade, vínculo jurídico entre o indivíduo e

¹ Uma análise comparada do Estatuto do Estrangeiro e da Lei de Migração pode ser lida em NUNES, Paulo Henrique Faria. *Lei de Migração: novo marco jurídico relativo aos fluxos transnacionais de pessoas*. Goiânia: Edição do Autor, 2017.

o Estado², é um direito fundamental, personalíssimo e disponível³. Uma vez que o mundo se encontra loteado em aproximadamente 200 Estados, espera-se que toda pessoa tenha o direito de ingresso e permanência em pelo menos um território soberano onde será considerada objeto especial de proteção. Isso é o que torna a condição dos apátridas tão dramática.

A nacionalidade assegura direitos não reconhecidos aos estrangeiros e, em contrapartida, pode acarretar obrigações especiais (*v.g.* serviço militar obrigatório). Foros multilaterais regionais e globais já debateram a necessidade de se garantir uma nacionalidade a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua ascendência ou lugar de nascimento, e ao problema da apatridia. Dentre os tratados celebrados no âmbito das Nações Unidas, destacam-se a *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas* (1954), a *Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia* (1961) e a *Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada* (1957). Coloca-se ainda em relevo a *Convention Concernant Certaines Questions Relatives aux Conflits de Lois sur la Nationalité* e os seus protocolos adicionais (Protocolo Relativo às Obrigações Militares em Certos Casos de Dupla Nacionalidade; Protocolo Relativo a um Caso de Apatridia; Protocolo Especial Relativo à Apatridia, negociados no âmbito da Liga das Nações – Haia, 1930)⁴.

Apesar da proximidade e, em certos casos, da quase coincidência, a *nacionalidade* não deve ser confundida com a *cidadania*; tampouco com a *naturalidade*. A cidadania está diretamente relacionada ao exercício de direitos políticos. Normalmente, espera-se que a nacionalidade seja um requisito ao exercício da cidadania, embora esta não deva ser considerada uma regra absoluta. No Brasil, portugueses podem votar e ocupar cargos não privativos de brasileiros natos, ainda que a reciprocidade de tratamento seja um pressuposto indispensável. A

naturalidade⁵ diz respeito ao local de nascimento e não implica necessariamente o direito à nacionalidade caso o país não vincule a atribuição do direito ao solo pátrio. Segundo Paulino Jacques, a “nacionalidade é fenômeno político; exprime a vinculação do indivíduo para com a nação de que é súdito. A naturalidade, fenômeno sociológico, traduz o liame do indivíduo à terra em que nasceu ou adotou. A cidadania, fenômeno jurídico, revela o *status* do indivíduo no Estado em que vive”⁶. Haroldo Valladão⁷, igualmente, distingue os três institutos e lembra que “[a] *naturalidade* no antigo direito republicano brasileiro, até 1934, produzia certos efeitos, especialmente eleitorais, em face de preceitos de constituições estaduais, que limitavam aos indivíduos ali nascidos a possibilidade de eleição para o cargo de Governador”⁸. Com a vedação da distinção de tratamento entre brasileiros natos e naturalizados a partir da Constituição de 1934 (art. 17, I), a naturalidade perdeu grande parte de sua relevância jurídica⁹.

Duas são as espécies fundamentais de nacionalidade, *originária* (decorrente do nascimento) e *derivada* (adquirida mediante naturalização).

⁵ Cf. os seguintes dispositivos da Lei 6.015/1973 (modificados/alterados pela Lei 13.484/2017): § 4.º do art. 19; inciso 11 e § 4.º do art. 54. A partir da inclusão deste último na Lei de Registros Públicos, flexibilizou-se a noção de naturalidade no Brasil, ainda que isso não tenha nenhuma relevância jurídica. Conforme o § 4.º do art. 54, “[a] naturalidade poderá ser do Município em que ocorreu o nascimento ou do Município de residência da mãe do registrando na data do nascimento, desde que localizado em território nacional, e a opção caberá ao declarante no ato de registro do nascimento”. O motivo para permitir a indicação do lugar de residência da mãe como o da naturalidade é a precária estrutura do sistema de saúde pública ou mesmo a inexistência de maternidades em muitos municípios brasileiros. Muitas mulheres são forçadas a buscar outras cidades onde possam ter seus partos em segurança, o que acarreta um baixíssimo nível de nascimentos em certas regiões do país. O efeito principal do parágrafo transcrito é permitir uma “identidade geográfica” entre mãe e filho.

⁶ JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 427-428.

⁷ A “*nacionalidade* é o vínculo jurídico pessoal que prende um indivíduo a um Estado-membro da comunidade internacional; *cidadania* é o vínculo político, apropriado ao nacional no gozo dos direitos políticos; e *naturalidade* é o simples vínculo territorial pelo nascimento, o local do nascimento” (VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos: introdução e parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 1. p. 275).

⁸ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos: introdução e parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 1. p. 376.

⁹ Cf. o § 2.º do art. 12 e o inciso III do art. 19 da CF/1988.

² Referente às bases jurídicas da “nacionalidade palestina”, que precede atipicamente o próprio Estado, cf. QAFISHEH, Mutaz M. *The international law foundations of Palestinian nationality: a legal examination of nationality in Palestine under Britain’s rule*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2008; PAROLIN, Gianluca P. *Citizenship in the Arab world: kin, religion and nation-state*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2009.

³ GANCZER, Mónika. The right to a nationality as a human right? *In*: SZABÓ, Marcel; LÁNCOS, Petra Lea; MOLNÁR, Tamás. *Hungarian Yearbook of International law and European law 2014*. The Hague: Eleven International Publishing, 2015. p. 15-33.

⁴ Esses instrumentos foram promulgados no Brasil por meio do Decreto 21.798/1932; no entanto, fez-se reserva aos artigos 5, 6, 7 e 17.

A atribuição da espécie originária segue predominantemente dois critérios: *ius soli* (territorialidade) e *ius sanguinis* (sanguinidade). Este último foi predominante na Grécia e em Roma durante a Antiguidade. Na Idade Média, fatores socioeconômicos, filosóficos e religiosos (jusnaturalismo cristão) contribuíram para a disseminação do critério da sanguinidade no Velho Mundo¹⁰. A partir da Idade Moderna e, sobretudo, no século XIX, o *direito do sangue* ascendeu paralelamente aos movimentos nacionalistas e assumiu a posição hegemônica na Europa continental, ao passo que o *direito do solo* foi adotado no Novo Mundo¹¹. Atualmente, apenas trinta Estados adotam esse critério como a principal regra definidora do direito à nacionalidade¹².

Considera-se nacional, pelo critério *ius soli* (ou *jus soli*), o nascido no território estatal. O direito à nacionalidade, consoante tal princípio, decorre do lugar de nascimento. Segundo o critério *ius sanguinis*, adotado majoritariamente por Estados que assistiram a intensos movimentos de saída compulsória de seus nacionais, o fundamental é o vínculo sanguíneo do indivíduo com um nacional do Estado (pai/mãe; avô/avó; bisavô/bisavó). A tendência atual é a adoção de dois critérios, um *principal* e outro *secundário*, pois um parâmetro único pode levar ao surgimento do apátrida. Isso ocorre quando o país de nascimento reconhece somente o *ius sanguinis* e os pais são originários de países que empreguem unicamente o *ius soli* ou desconhecidos; o mesmo pode acontecer quando não há a possibilidade de registro do

filho do nacional em território estrangeiro¹³.

Destaca-se ainda no tocante ao *ius sanguinis*, que este era frequentemente vinculado à paternidade (*a patre*) e não à maternidade (*a matre*), o que, além de relegar à mulher uma posição de inferioridade, contribuía para o aumento do número de apátridas. À medida que os Estados passaram a se comprometer perante às normas internacionais referentes à apatridia e aos direitos fundamentais da mulher e da criança, essa divisão passou a ser reprovada quase globalmente, embora este seja um fenômeno relativamente recente em muitos países. Segundo Atsushi Kondo, no Japão, “[t]he former *patrilineal jus sanguinis* was amended in 1984 before the ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”¹⁴. Entretanto, a abolição das medidas discriminatórias no tocante à transmissão da nacionalidade não é suficiente para eliminar, por si só, o risco de apatridia. Betsy L. Fisher chama a atenção para a existência de regras que dificultam o registro de nascimento, a exemplo da exigência da presença do pai ou de uma figura masculina no momento de registrar um recém-nascido, ou da impossibilidade de registro de filhos oriundos de relações extramatrimoniais¹⁵.

Além do *ius soli* e do *ius sanguinis*, existem outros critérios definidores da nacionalidade originária. Merecem especial atenção o *ius religionis*¹⁶ e o *ius ethnicus*¹⁷. A vinculação do direito à nacionalidade à religião é um traço característico de países islâmicos, embora muitos tenham abandonado esse modelo (*v.g.* Turquia)¹⁸. A relação

¹⁰ “Os ‘servos’ integravam as terras, como as construções, as plantações, os instrumentos de trabalho e os animais, seguindo a sorte delas. Os ‘colonos’, que as exploravam, contribuíam para os cofres dos ‘senhores’, com pesados tributos, da mesma forma que estes forneciam ao seu rei tropas de que necessitava para a defesa do reino, além de outros ônus. Quem nascia naquelas terras, a elas pertencia, tinha a nacionalidade “delas”, era o *jus soli* (o direito do solo). Esse princípio vigorou durante toda a Idade Média (450-1450), como o *jus sanguinis*, na antiguidade” (JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 426).

¹¹ “In the nationality legislation of Arab countries, the basic principle for the establishment (thubut) or acquisition (iktisab, but also kasb) of the nationality of origin is *jus sanguinis* (haqq al-dam), while *jus soli* (haqq al-iqlm) is relegated to a secondary, or exceptional role (istithna’i). A particular combination of *jus sanguinis* and *jus soli*, usually known as double *jus soli*, is seen by Arab jurists as ‘*jus sanguinis* strengthened by *jus soli*’ (haqq al-dam mucazzaz bi-haqq al-iqlm)” (PAROLIN, Gianluca P. *Citizenship in the Arab world: kin, religion and nation-state*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2009, p. 97).

¹² Cf. FEERE, John. *Birthright citizenship in the United States: a global comparison*. Disponível em: <https://cis.org/Birthright-Citizenship-United-States>. Acesso em: 16 set. 2018.

¹³ Cf. SOSA VILLALBA, Sara Mariel. ¿Paraguayos o apátridas? Un enfoque de la problemática legal actual para la adquisición de nacionalidad de los hijos de migrantes. *Revista Jurídica*. Asunción, n. 3, p. 195-221, 2013.

¹⁴ KONDO, Atsushi. Citizenship rights for aliens in Japan. In: KONDO, Atsushi (Ed.). *Citizenship in a global world: comparing citizenship rights for aliens*. New York: Palgrave, 2001. p. 8-30.

¹⁵ FISHER, Betsy L. Gender discrimination and statelessness in the Gulf Cooperation Council States. *Michigan Journal of Gender and Law*, v. 23, n. 2, p. 268-311, 2016. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjgl/vol23/iss2/1>. Acesso em: 4 abr. 2018).

¹⁶ A Lei de Nacionalidade afegã, de 6 nov. 1936, condicionava a obtenção e a perda da nacionalidade aos “fundamentos e princípios do Islã” (art. 9.º). Cf. ATHAYI, Abdullah. *Report on citizenship law: Afghanistan*. Firenze: European University Institute, 2017.

¹⁷ Sugere-se também a leitura da *Lei de Nacionalidade* de Israel, de 1952, como caso excepcional.

¹⁸ AL GHUNAIMI, Mohammad Talaat. *The Muslim conception of international law and the Western approach*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1968; NASIR, Jamal J. Ahmad. *The status of women under Islamic law and modern Islamic legislation*. 3. ed. Leiden; Boston: Brill, 2009; PERRIN, Delphine. Struggles of citizenship in the Maghreb. In: ISIN, Engin F.; NYERS, Peter. *Routledge handbook of global citizenship*

nacionalidade-etnia, por sua vez, pode ser um *bonus* ou um *onus*. Colômbia e Equador consideram nacionais os membros de povos indígenas transfronteiriços, embora o primeiro exija a reciprocidade de tratamento do país limítrofe (cf. o art. 7.3 da Constituição equatoriana e a alínea *c* do § 2.º do art. 96 da Lei Maior colombiana). Diferentemente, a Lei de Nacionalidade de Míamar (antiga Birmânia), de 1982, indica quais etnias são agraciadas com o direito à nacionalidade e prevê que o Conselho de Estado poderá estender o direito a outros grupos étnicos (art. 3), o que relega a condição de apátrida a um número elevado de pessoas. Esses indivíduos são passíveis de deportação e se encontram em situação de alta vulnerabilidade pois Míamar, bem como seus vizinhos (Bangladesh, Índia, China, Laos e Tailândia), não é signatário da Convenção para a Redução dos Casos de Apátrida (1961). Outros países que vinculam o direito à nacionalidade à etnia são Serra Leoa, Libéria, Mali, República Democrática do Congo, Uganda, Nigéria, Somália e Costa do Marfim¹⁹.

A dupla nacionalidade²⁰ ou multinacionalidade pode ter lugar quando a pessoa nasce com direito a duas ou mais nacionalidades originárias. Normalmente, o direito a uma não prejudica em nada o direito a outra. Entretanto, há países que não toleram tal situação ou exigem a reciprocidade de tratamento. A Lei de Nacionalidade da República Popular da China (1980) não admite a dupla nacionalidade (art. 3). Na República da Coreia, a dupla nacionalidade somente foi admitida em 2010, após a entrada em vigor do *act* n. 10.275. Na África, proíbem ou restringem a nacionalidade plúrima os seguintes países: Guiné Equatorial, Eritreia, Etiópia, Lesoto, Libéria, Malawi, República Democrática do Congo, Tanzânia e Zâmbia²¹. Conforme a Constituição do Paraguai (1992),

studies. London; New York: Routledge, 2014. p. 230-239.

¹⁹ Cf. COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES (CADHP). *Le droit à la nationalité en Afrique*. Banjul (Gâmbie): CADHP, 2015; MANBY, Bronwen. *Les lois sur la nationalité en Afrique: une étude comparée*. New York: Open Society Institute, 2009.

²⁰ VONK, Olivier. *Dual nationality in the European Union: a study on changing norms in public and private international law and in the municipal law of four EU member states*. Leiden (The Netherlands): Martinus Nijhoff, 2012; SPIRO, Peter J. *Dual citizenship as human right*. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford, v. 8, n. 1, p. 111-130, 2010.

²¹ COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES (CADHP). *Le droit à la nationalité en Afrique*. Banjul (Gâmbie): CADHP, 2015; MANBY, Bronwen. *Les lois sur la nationalité en Afrique: une étude comparée*. New York: Open Society Institute, 2009.

“[l]a nacionalidad múltiple podrá ser admitida mediante tratado internacional por reciprocidad de rango constitucional entre los Estados del natural de origen y del de adopción” (art. 149). A República Dominicana não restringe a dupla nacionalidade, mas impõe obstáculo ao direito de concorrer aos postos mais altos do Poder Executivo (parágrafo único do art. 20 da Constituição de 2010).

A filosofia política clássica não se ocupou substancialmente da nacionalidade. As indagações e reflexões se concentravam predominantemente no Estado e no poder. O indivíduo, apesar das referências ao *direito de sedição*, era, no máximo, um elemento legitimador, seja na perspectiva da investidura providencial (poder divino atribuído ao governante para servir à *Communitas Dei*), em Maquiavel ou Rousseau. O ser humano era considerado, num primeiro momento, *súdito* e, posteriormente, *cidadão*. Diante das discussões sobre a *soberania nacional* ou a *soberania do Estado*, a nacionalidade se revelava matéria secundária. A mudança de percepção e a admissão de uma simbiose entre Estado e indivíduo abre espaço para as inquietações intelectuais e, posteriormente, para a definição de regras claras acerca do direito à nacionalidade. Emer de Vattel (1714-1767) revela, em *O direito das gentes* (1758), esse estado de espírito: “[q]uem maltrata um cidadão indiretamente injúria o Estado, que deve proteger esse cidadão. O soberano deste cidadão deve vingá-lo e a injúria recebida e, se possível, obrigar o agressor a uma reparação integral, ou puni-lo”²².

No período das monarquias absolutistas, quando o poder era pertencente ao governante em pessoa, os monarcas eram titulares de um direito transmitido hereditariamente. Em que pese os muitos casamentos entre herdeiros das casas reais europeias, os pensadores desse momento não se detiveram ao fato que James Stuart (herdeiro das coroas inglesa e escocesa após a morte de Elizabeth I) teria dupla nacionalidade. O mesmo vale para a União Ibérica (1580-1640), quando Portugal e Espanha estiveram unidos sob uma única coroa, ou para a Casa Real de Bourbon.

À medida que a nacionalidade se torna um tema especial de reflexão e passa a ser cada vez mais intimamente ligada à própria existência do Estado, as discussões sobre o direito a duas ou mais nacionalidades ganha mais

²² VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Universidade de Brasília (Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais), 2004. p. 231.

importância. O nacional é detentor de direitos políticos e possui deveres para com o Estado (*v.g.* serviço militar). Em virtude do dever de proteção mútuo entre a pessoa e sua pátria-mãe, a dupla nacionalidade foi vista durante muito tempo como uma aberração, mormente porque era inadmissível que alguém fosse fiel e jurasse lealdade a dois Estados. Essa preocupação era ainda maior em períodos de guerra. Ao longo do século XX, marcado pela globalização e intenso fluxo transnacional de pessoas por motivos variados (*v.g.* conflitos internacionais, guerras civis, perseguições contra minorias e dissidentes políticos, emigração em massa por razões socioeconômicas), a nacionalidade plural se torna um fenômeno cada vez mais comum. Muitas figuras célebres, inclusive chefes de Estado e de governo, ostentam essa condição (Emílio Garrastazu Médici, Ernesto Geisel, Dilma Rousseff, Michel Temer, Nicolas Sarkozy, Barack Obama) ou têm ascendência estrangeira relativamente próxima (Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek, João Goulart). É natural, portanto, que a dupla nacionalidade começasse a ser encarada com mais espontaneidade e admitida juridicamente²³. Atualmente, existem países que ainda vedam a dupla nacionalidade; outros a toleram somente na hipótese de coincidência de vínculos originários (*ius soli* e *ius sanguinis*); e há aqueles que não impõem qualquer obstáculo, mesmo para o nacional que deseja se naturalizar em outro país. Verifica-se uma maior resistência contra a dupla nacionalidade nos países asiáticos enquanto os países ocidentais são mais propensos a aceitá-la. O sistema jurídico brasileiro é um modelo de transição, mais em sintonia com o século XX do que com o XXI, uma vez que a Constituição é compatível com o acúmulo de nacionalidades originárias e tolerante com o brasileiro forçado a adquirir nacionalidade estrangeira (§ 4.º do art. 12), mas impõe a perda ao brasileiro que se naturaliza voluntariamente noutro país.

O Brasil adota um sistema misto de atribuição da nacionalidade originária (art. 12, I, da CF). São brasileiros natos os nascidos no país, salvo quando filho de estrangeiros a serviço do Estado de origem; e os filhos de pai ou mãe brasileira nascidos em território estrangeiro. Quando o genitor brasileiro estiver no exterior a serviço do Brasil, o vínculo funcional será suficiente para o reconhecimento do direito à nacionalidade originária (art. 12, I, *b*). Entretanto, se o genitor se encontrar em outro país por interesse particular, a condição de

nato dependerá do *registro consular* ou da *opção* perante a Justiça Federal (art. 12, I, *c* e art. 109, X da CF).

No Brasil, adquire-se a nacionalidade derivada de quatro modos: naturalização ordinária (art. 12, II, *b*, da CF; arts. 65 e 66 da LDM); naturalização extraordinária; naturalização especial (arts. 68 e 69 da LDM); e naturalização provisória (art. 71 da LDM). A primeira modalidade é prevista constitucionalmente, mas a definição dos requisitos é competência de lei ordinária; a extraordinária tem seus pressupostos indicados unicamente pela CF e as normas infraconstitucionais se encarregam de questões procedimentais. A concessão da naturalização ordinária e extraordinária é ato vinculado. Contudo, a outorga da ordinária era ato discricionário do Ministro da Justiça na vigência do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980). A outorga das categorias especial (cônjuge ou companheiro de agente lotado em representação brasileira no exterior; empregado de missão diplomática ou repartição consular do Brasil por mais de dez anos) e provisória (fixação de residência no país antes de atingir 10 anos de idade) é discricionária.

Apesar de a Lei 13.445/2017 ter atualizado as regras referentes ao controle migratório e a certos aspectos relativos à nacionalidade, algumas questões ainda permanecem abertas no sistema jurídico brasileiro. Destacam-se, sobretudo, o direito à nacionalidade decorrente da adoção transnacional, a extradição de brasileiros naturalizados e a perda da nacionalidade. Nas seções seguintes, discutem-se esses elementos mais detalhadamente.

3 O direito à nacionalidade decorrente da adoção transnacional

O § 6º do art. 227 da CF/88 dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Presume-se, então, que o filho adotivo originário de outro país passa a ser tratado como se brasileiro fosse.

O problema é definir se o adotado será considerado brasileiro nato ou naturalizado. A naturalização pressupõe um requerimento formal e sua concessão, não raramente, é um ato discricionário. No entanto, o brasileiro nato tem direito à nacionalidade desde o momento de seu nascimento; tanto que a *opção*, ato de natureza decla-

²³ Cf. SPIRO, Peter J. Dual citizenship as human right. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford, v. 8, n. 1, p. 111-130, 2010.

ratória, apresenta efeitos retroativos (*ex tunc*). No Brasil, a sentença de adoção apresenta efeitos constitutivos, isto é, não retroativos (*ex nunc*).

Outra questão que merece ser levantada é a diferença de tratamento entre o brasileiro nato pelo critério *jus sanguinis* e o estrangeiro adotado por brasileiro, pois ambos são nascidos em outro país. O filho adotivo também deverá fazer a opção pela nacionalidade brasileira após atingir a maioridade?

Constata-se que o sistema jurídico pátrio, a exemplo de muitos outros, é omissivo e obscuro quanto à definição da nacionalidade da criança estrangeira adotada por brasileiros. Diante da falta de normas mais explícitas, reconhece-se como referência maior o § 6º do art. 227 da Lei Maior, mas não se condenam neste artigo objeções a essa interpretação.

A doutrina não apresenta entendimento uniforme em relação ao problema. Para Valerio Mazzuoli, em sentido convergente a ideias já defendidas por Pontes de Miranda:

sem dúvida alguma, este adotado só poderá ser nacional brasileiro por meio da naturalização, uma vez que a adoção não produz, em nosso direito, nenhum efeito quanto à nacionalidade. Assim, por mais nobre que seja o gesto da adoção, de acordo com o sistema jurídico brasileiro a criança ou adolescente estrangeiro adotado por brasileiro não poderá *optar* pela nacionalidade brasileira, restando apenas o caminho da naturalização. A equiparação em direitos e qualificações dos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, prevista no art. 227, § 6º, da Constituição, tem efeitos unicamente civis, em nada alterando as hipóteses *taxativas* de outorga de nacionalidade previstas pelo art. 12 da Carta.²⁴

Os itens 4.6.44 e 4.6.45 do *Manual do Serviço Consular e Jurídico* (MSCJ)²⁵ apresentam orientação contrária à tese da equiparação ao brasileiro nato:

4.6.44 Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida, a decisão da autoridade competente do país de origem da criança ou do adolescente será conhecida pela Autoridade Central Estadual que tiver processado o pedido de habilitação dos pais adotivos, que comunicará o fato à Autoridade Central Federal e determinará as providências necessárias à expedição do Certificado de Naturalização Provisório.

²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 619-620. Em sentido contrário, cf. DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁵ Cf. Portaria 457/2010 do Ministério das Relações Exteriores.

4.6.45 Ao menor estrangeiro adotado no exterior por brasileiro não poderá ser expedido passaporte brasileiro. Em caso de viagem ao Brasil, a Autoridade Consular deverá conceder visto de turista, se for o caso, de modo a permitir ao adotante providências para a adoção de acordo com a legislação brasileira. A sentença estrangeira de adoção deverá ser homologada no Brasil perante o STJ.

A nacionalidade em decorrência da adoção é vista por alguns como uma forma de naturalização. Wilba Lúcia Maia Bernardes inclui a adoção dentre os elementos que facultam a aquisição automática da nacionalidade secundária²⁶. Entretanto, enquanto não houver regulamentação mais evidente, parece mais sensato considerar a nacionalidade resultante da adoção internacional um caso anômalo ou *sui generis*²⁷. A resolução definitiva dessa celeuma depende de uma disposição expressa no texto constitucional.

O estrangeiro adotado por brasileiro não se enquadra perfeitamente em nenhum dos tipos de nacionalidade previstos no art. 12 da Lei Maior (originária e derivada). O direito internacional e a legislação pátria acolhem o Princípio da Supremacia do Interesse do Menor; a *Carta Magna*, por sua vez, estabelece a plena equiparação entre filhos naturais e adotivos no § 6.º do art. 227. Logo, o procedimento recomendado pelo Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores não parece ser a solução mais adequada.

Nos EUA, o *Child Citizenship Act* (2000) garante à criança adotada o direito automático à cidadania após a consumação da adoção internacional²⁸. No Reino Uni-

²⁶ “A aquisição automática da nacionalidade é também denominada de aquisição extraordinária, pois o Estado a outorga sem que tenha ocorrido manifestação do interessado. É aplicada, em grande parte, às pessoas alieni juris, levando em consideração o estado de dependência da pessoa à qual será imposta. Nessa hipótese, ela resulta do reconhecimento, da legitimação e da adoção” (BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Da nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 105).

²⁷ Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), a “adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (art. 41, caput). Cf. arts. 95 e 96 da Lei 6.015/1973.

²⁸ BARTHOLET, Elizabeth. International adoption. In: ASKELAND, Lori (ed.). *Children and youth in adoption, orphanages, and foster care: a historical handbook and guide*. Westport (USA); London (UK): Greenwood Press, 2006. p. 63-77.

Sobre a ratificação da Convenção de Haia sobre Adoção e as subsequentes alterações das legislações no Canadá e nos EUA no início do século XXI, Barbara Stark registra:

“Ratification of the Convention may nevertheless encourage domestic reform. In Canada and the United States, for example, ratification

do, o *British Nationality Act* (1981), modificado em 1999 pelo *Adoption (Intercountry Aspects) Act*, também prevê a atribuição automática da *citizenship*. Na Espanha, o estrangeiro menor de 18 anos adotado por um nacional é considerado “espanhol de origem”, sem prejuízo da nacionalidade do país de proveniência caso a lei deste não imponha a perda; se maior de 18 anos, poderá optar pela nacionalidade espanhola originária até dois anos após a adoção (art. 19 do Código Civil). Na França, o art. 20 do Código Civil equipara a condição do alienígena adotado por franceses ao critério *jus sanguinis* nos casos de “adoção plena” (*adoption plénière*²⁹); diante de “adoção simples” (*adoption simple*), modalidade na qual se conservam os vínculos com a família de origem, o estrangeiro adotado por nacionais deve declarar seu interesse em se tornar francês até atingir a maioria (art. 21-12)³⁰. Segundo o direito germânico³¹, a adoção é uma forma de aquisição e perda de nacionalidade: estrangeiros adotados por alemães até os dezoito anos de idade são considerados nacionais³²; por outro lado, ale-

of the Convention was followed by the amendment of domestic law to extend the rights of citizenship to children adopted abroad. After ratifying the Hague Convention on December 19, 1996, Canada amended its federal Immigration Act on April 1, 1997. Under the amended Act, however, adopted children were still treated as immigrants. In 1998, accordingly, the Citizenship Act was amended to treat children adopted abroad by Canadian citizens the same as children of Canadian citizens born abroad.

The United States, similarly, enacted the Child Citizenship Act of 2000, which became effective on February 27, 2001, after ratifying the Convention. Under this Act, a child who is born abroad and adopted by a U.S. citizen automatically becomes a U.S. citizen, whether the adoption is finalized abroad or in the United States. The child must be in the physical custody of the U.S. parent in the United States, having been lawfully admitted. The Act amends § 320 of the Immigration and Nationality Act” (STARK, Barbara. *International family law: an introduction*. Aldershot (UK); Burlington, VT (USA): Ashgate, 2005. p. 68).

²⁹ No Brasil, pratica-se a adoção plena (cf. o art. 41, *caput*, da Lei 8.069/90). A Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1993) trata das duas categorias (*plena e simples*) nos arts. 26 e 27.

³⁰ Cf. os arts. 343-370-5 do Código Civil francês.

³¹ A Lei de Nacionalidade da Alemanha (1913) sofreu alterações no intuito de se atualizá-la e adequá-la aos muitos acordos firmados pelo país. A última modificação ocorreu em novembro de 2014. O texto pode ser consultado em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_rustag. Os sistemas jurídicos de Grécia e Coreia apontam na mesma direção do alemão (Cf. VASCONCELOS, Hitala Mayara Pereira de. Da nacionalidade como direito humano: da necessária ampliação das hipóteses de aplicação do critério *jus sanguinis* nos casos de adoção internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 435-453, 2014).

³² Encontra-se disposição semelhante no direito italiano (art. 3 da lei 91/1992) e em Portugal (art. 5.º da lei 37/1981: “O adotado plenamente por nacional português adquire a nacionalidade portu-

mães adotados por estrangeiros, antes de atingirem a maioria, caso adquiram a nacionalidade do país do adotante por se tornarem filho de um nacional, perdem a nacionalidade originária. A Constituição do Panamá (1972) trata tal situação como uma classe independente da originária (*por nacimiento*) e da derivada (*por naturalización*): “[s]on panameños por disposición constitucional y sin necesidad de carta de naturaleza, los nacidos en el extranjero y adoptados antes de cumplir siete años por nacionales panameños” (art. 11 – *grifos nossos*)³³. A Lei de Nacionalidade do Japão (Lei n. 147/1950) contém regras sobre a adoção internacional, mas não admite a equiparação do estrangeiro adotado por japoneses ao nato. Em vez disso, faculta a concessão excepcional da naturalização no item 2 do art. 8 (“[o]ne who is a child by adoption of a Japanese national and has had a domicile in Japan for one consecutive year or more and was a minor according to the law of its native country at the time of the adoption”³⁴). A Constituição do Equador considera naturalizadas as pessoas “[...] extranjeras menores de edad adoptadas por una ecuatoriana o ecuatoriano, que conservarán la nacionalidad ecuatoriana mientras no expresen voluntad contraria” (art. 8.3). A Lei de Nacionalidade da Federação Russa (2002 – art. 26) assim dispõe que estrangeiros adotados por russos têm direito à nacionalidade do país e o mesmo vale quando um dos adotantes é russo e o outro apátrida; se um dos adotantes for estrangeiro, o adotado poderá obter a naturalização por processo simplificado.

A partir da análise comparada da legislação de diferentes países constatam-se dois cenários principais: o primeiro diz respeito à adoção de nacional de país cujo critério principal é o *ius soli*. Nesse caso, conserva-se a nacionalidade do país de nascimento, pois a nacionalidade é inalterável, salvo regra expressa referente à situação especial de perda-mudança (*v.g.* art. 17 da Convenção Concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre Nacionalidade³⁵ (1930), art. 7.1.g da

guesa”). A disposição relativa à perda da nacionalidade alemã é compatível com o art. 7.1.g a Convenção Europeia sobre Nacionalidade (1997).

³³ Adota-se modelo semelhante na Suécia (Swedish Citizenship Act – SFS 2001:82, Seção 3). Entretanto, a idade limite do adotado é de doze anos. Além disso, o procedimento é simplificado quando a adoção tem lugar na Suécia, Dinamarca, Finlândia, Islândia ou Noruega.

³⁴ Disponível em www.moj.go.jp/ENGLISH/information/tnl-01.html. Acesso em: 23.02.2017.

³⁵ O Brasil fez reserva ao art. 17 da Convenção Concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre Nacion-

Convenção Europeia sobre Nacionalidade (1997)). A relação consubstanciada após a adoção não é um novo nascimento, conseqüentemente não há razão para trazer à discussão o *ius soli*. O adotado terá direito à nacionalidade do país do adotante, desde que suas leis assim permitam. O ponto nevrálgico, portanto, passa a ser a espécie de nacionalidade atribuída ao adotado, originária (*v.g.* Espanha e França) ou derivada (*v.g.* Japão, Equador). O sistema de aquisição automática da nacionalidade, adotado por países como Canadá, EUA, Alemanha, Itália e Reino Unido, é interessante, mas seria mais conveniente a equiparação expressa aos natos ou aos naturalizados. De qualquer forma, uma vez que as leis desses países empregam o verbo “adquirir”, a conclusão mais lógica, por mais que haja opiniões divergentes, parece ser a equiparação do estrangeiro adotado ao naturalizado (*nacionalidade por aquisição* ou *secundária*). O segundo cenário diz respeito à adoção de pessoa originária de país cujo critério principal é o *ius sanguinis*. Este envolve não apenas a aquisição da nacionalidade do país do adotante. O rompimento do vínculo com os pais biológicos leva à reflexão sobre a perda da nacionalidade e, por conseguinte, quanto mais explícita for a referência ao cancelamento ou à manutenção, melhor (caso da lei alemã).

O sistema jurídico brasileiro, dentre todos os citados nesta seção, se revela o pior, uma vez que a Constituição é omissa quanto à nacionalidade decorrente da adoção transnacional, um *tertium genus*. O estrangeiro adotado por brasileiro não se enquadra perfeitamente em nenhum dos tipos de nacionalidade previstos no art. 12 da Lei Maior (originária e derivada). O direito internacional e a legislação pátria acolhem o Princípio da Supremacia do Interesse do Menor; a *Carta Magna*, por sua vez, estabelece a plena equiparação entre filhos naturais e adotivos no § 7.º do art. 226. Logo, o procedimento recomendado pelo Manual do Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, citado acima, não parece ser o caminho mais razoável.

É importante destacar que o Brasil é signatário da Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1993)³⁶ e da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989). A primeira dispõe que a adoção implica “o vínculo de filiação entre a criança e seus pais adotivos” (§ 1º do art.

26), mas não veda a aplicação de normas mais favoráveis à criança; a segunda prevê expressamente o direito à nacionalidade e o dever dos Estados-partes de adotar medidas tendentes a eliminar os casos de apatridia. Todavia, não há menção clara acerca da condição do adotado, se teria direito à nacionalidade originária ou derivada, em nenhum dos atos mencionados. A Convenção Europeia em Matéria de Adoção (1967) apresenta disposições mais explícitas sobre o tema, mas também não indica a espécie de nacionalidade (art. 11³⁷). Igualmente omissa é a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores (1984)³⁸. A Convenção Europeia sobre Nacionalidade (1997) prevê que o direito interno deve permitir a *aquisição* da nacionalidade a “menores adotados por um de seus nacionais” (art. 6.4.d), mas não se pronuncia sobre equiparação a natos ou naturalizados. E, para essa mesma direção, aponta a Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças, aprovada originariamente em 1967 e revisada em 2008 (art. 12). Constata-se uma evolução normativa referente à proteção da criança, cujo princípio maior é o do *interesse superior*. Entretanto, as normas internacionais, em que pesem as preocupações com os direitos fundamentais, ainda carecem de uma solução definitiva para a questão da nacionalidade.

Ressalta-se, no entanto, que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa³⁹ aprovou um ato sobre *La nationalité des enfants* em dezembro de 2009 (Recomendação CM/Rec(2009) 13). O *princípio 13* desse documento dispõe que, no caso de adoção plena, os Estados-Membros não devem submeter a atribuição da nacionalidade às crianças estrangeiras adotadas por seus nacionais a condições outras que aquelas necessárias ao reconhecimento do *jus sanguinis* (*droit du sang*). Entretanto, nos casos de adoção simples, recomenda-se, apenas, “facilitar

³⁷ Assim dispõe o art. 11 da Convenção Europeia em Matéria de Adoção:

“1 – Se o menor adotado não possuir, no caso de adoção por uma só pessoa, a nacionalidade do adotante ou, no caso de adoção pelos dois cônjuges, a sua nacionalidade comum, a Parte Contratante da qual o adotante ou adotantes sejam nacionais facilitará a aquisição da sua nacionalidade pelo menor.

2 – A perda da nacionalidade que poderia resultar da adoção fica dependente da posse ou aquisição de uma outra nacionalidade”.

³⁸ Decreto de promulgação n. 2.429/1997.

³⁹ Chama-se a atenção do leitor para não confundir o *Conselho da Europa* (www.coe.int) e a *União Europeia* (www.europe.eu). O primeiro, do qual participam quarenta e sete países, foi instituído em 1949. A União Europeia, formada por 28 Estados, é resultado do Tratado de Maastricht (1992), que transformou substancialmente a então Comunidade Econômica Europeia.

alidade. Porém, outros tratados firmados pelo país apontam nesse mesmo sentido.

³⁶ A Convenção de Haia foi promulgada pelo Decreto 3.087/1999.

a aquisição da nacionalidade” sem mencionar a espécie originária ou derivada (*princípio 14*). Na exposição de motivos, o Comitê de Ministros ressalta que:

após a adoção, um menor deveria adquirir *ex lege* a nacionalidade dos seus adotantes sem qualquer outra condição ou procedimento. Contudo, restrições similares àquelas aplicáveis aos filhos biológicos nascidos no exterior são aceitáveis, desde que elas não acarretem a apatridia (v. princípio 1). Pouco importa que a sentença de adoção tenha sido pronunciada no Estado em questão ou no estrangeiro. Neste último caso, o mero reconhecimento da adoção no Estado da nacionalidade dos adotantes deveria bastar para gerar consequências em matéria de nacionalidade.⁴⁰

E, mais adiante:

Dever-se-ia aplicar esse princípio a todos os casos de adoções plenas [...]. Ele deveria ser aplicável às adoções por consortes, mas também – se legalmente possível – para um casal não casado ou para uma pessoa solteira. Se um Estado prevê outras formas de adoção com efeitos mais limitados (como a adoção simples), ele pode igualmente prever a aquisição de sua nacionalidade *ex lege*, mas deve pelo menos facilitar a aquisição de sua nacionalidade.⁴¹

Evidentemente, a recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (CM/Rec(2009) 13) é um documento desprovido de força vinculante. Entretanto, não é conveniente desprezar o seu caráter de fonte do direito internacional, principalmente porque ela sinaliza, simultaneamente, a prática de alguns países e a tendência que pode ser acolhida por outros no futuro.

Não são raros os tratados bilaterais sobre adoção. O Brasil, tradicionalmente, firma acordos sobre cooperação em matéria civil nos quais são incluídas disposições a respeito da guarda de menores. No entanto, grosso modo, não há referências claras sobre o problema da nacionalidade⁴².

A Lei 12.010/2009, dentre outras medidas concernentes à adoção, adequou o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/1990) à Convenção de Haia. O § 2º do art. 52 prevê o credenciamento de organismos nacionais e estrangeiros com a função de

intermediar pedidos de habilitação à adoção internacional. No tocante ao acompanhamento dos organismos estrangeiros, o inc. VI do § 4.º do mesmo dispositivo dispõe que eles deverão “tomar as medidas necessárias para garantir que os adotantes encaminhem à Autoridade Central Federal Brasileira cópia da certidão de registro de nascimento estrangeira e do certificado de nacionalidade tão logo lhes sejam concedido”.

Percebe-se que o legislador nacional espera que o Estado de origem dos adotantes trate uma criança brasileira da mesma forma que seus nacionais. Ressalta-se que a lei não se refere nem mesmo a “naturalização”. Todavia, frisam-se, novamente, as principais convenções internacionais sobre a matéria não especificam se essa nacionalidade será equivalente à originária ou à derivada. O reconhecimento da supremacia do interesse do menor como princípio elementar na legislação pátria e em instrumentos internacionais deveria ser suficiente para garantir à criança adotada a equiparação ao nato.

4 A extradição

A extradição, tal qual a transferência de execução de pena e a transferência de pessoas condenadas, é uma medida de cooperação prevista na Lei de Migração. Muitos países vedam a extradição de seus nacionais, embora essa não seja uma regra universal. O modelo franco-germânico, adotado no Brasil e na maior parte do mundo, proíbe a extradição de nacionais, embora não impeça que eles sejam punidos por crimes graves praticados em território estrangeiro. O modelo britânico, adotado em graus variados por países como EUA, Colômbia, Argentina, México, Uruguai e Espanha, tolera a extradição dos nacionais. O Tratado de Extradicação EUA-Reino Unido, celebrado em 2003, é bem enfático ao estabelecer que “*Extradition shall not be refused based on the nationality of the person sought*”⁴³. Elizabeth Goraieb apresenta um interessante apanhado dos argumentos contrários e a favor do Princípio da Não Extradicação de Nacionais⁴⁴:

⁴⁰ CONSEIL DE L'EUROPE. *La nationalité des enfants*: Recommandation CM/Rec(2009)13 et exposé des motifs. Strasbourg: Éditions du Conseil de l'Europe, 2010. p. 27.

⁴¹ *Loc. cit.*

⁴² Lê-se no Acordo sobre Adoção firmado por Equador e Suécia em 1976 (*cláusula oitava*): “La adopción estará sujeta a la aprobación en Suecia, de modo que el niño reciba el estatuto legal estipulado en la Ley sueca, a fin de que el hijo adoptivo goce de los mismos derechos que un hijo biológico del matrimonio adoptante”.

⁴³ No mesmo sentido, o art. 13.1 do Tratado de Extradición entre la República Oriental del Uruguay y el Reyno de España (1996): “No se podrá denegar la extradición, a efectos de ser juzgado en el Estado requirente, por el hecho de que la persona reclamada sea nacional del Estado requerido”.

⁴⁴ GORAIEB, Elizabeth. A extradição no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Mauad, 1999. p. 59-60; Cf. também MELLO, Celso D. de

diversas são as razões invocadas pelos autores que sustentam o princípio da não-extradição de nacionais:

a) os nacionais devem encontrar junto ao Governo de seu país uma proteção vigilante e as garantias de uma justiça imparcial. Yussef Said Cahali comenta que essa justiça imparcial pode não ocorrer quando submetidos a julgamentos perante tribunais estrangeiros, seja em razão das diferenças existentes entre as leis penais ou entre as instituições judiciárias dos diversos Estados, seja em razão de sentimentos de hostilidade;

b) o Estado requerido, no que se dispõe ao exercício da função de auxiliar de uma justiça estrangeira contra seus nacionais, estará abdicando de uma porção de sua soberania;

c) a recusa da extradição de um nacional não representa, de maneira alguma, impunidade, mas visa apenas a deixar aos juízes de seu país, como seus juízes naturais, a atribuição de apreciar as infrações cometidas por ele para além das fronteiras, impondo-lhe a sanção adequada, mas com todas as garantias que a sua condição nacional lhe assegura;

d) que todo cidadão, tendo o direito de viver no território e sob a proteção do Estado de sua nacionalidade, não pode ser retirado de sua própria pátria contra a sua vontade.

Aqueles que defendem a extradição de nacionais contra-argumentam sustentando que:

a) supor que os juízes naturais de um delinquente sejam aqueles de seu próprio país é errado, pois, na verdade, em matéria criminal, os juízes naturais são aqueles do lugar onde o delito foi praticado; ali é que a ordem social foi violada, e será esse o lugar onde se pode mais seguramente proceder à instrução e ao julgamento do processo;

b) proteger os seus nacionais não pode impedir o comparecimento de um infrator a um tribunal estrangeiro; na extradição de nacionais não há ofensa à dignidade de um Estado, pois essa extradição somente se realizará após reconhecimento, pelas autoridades do Estado requerido, do fundamento para o pedido formulado;

c) injuriar uma Nação é supor que os tribunais não serão imparciais pelo fato de não ser um nacional que será apresentado para julgamento;

d) impedir a extradição de nacionais é uma forma de assegurar a impunidade de malfeitores.

A Constituição Federal veda terminantemente a extradição de brasileiros natos. Os naturalizados podem ser extraditados por delitos anteriores à naturalização ou “comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, **na forma da lei**” (inciso LI

Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

do art. 5.º – *grifos nossos*). O STF inadmite a extradição do brasileiro por tráfico de drogas posterior à naturalização por entender que ainda não há lei ordinária disciplinadora da parte final desse dispositivo constitucional⁴⁵. O projeto de *Novo Estatuto do Estrangeiro* (PL 5.655/2009), nunca levado à deliberação do Congresso Nacional, abordou, timidamente, a questão no inciso I do art. 123, segundo o qual o *comprovado envolvimento* deveria ser “caracterizado por prova da materialidade e de indícios da autoria”. Ao debater a LDM, o Legislativo não encarou a questão e perdeu a oportunidade de definir critérios que viabilizassem a aplicação plena das regras constitucionais concernentes à extradição⁴⁶.

Ressalta-se, contudo, que a Constituição brasileira é um reflexo do momento em que foi promulgada, os anos 1980. Uma leitura mais atenta revela que a Assembleia Nacional Constituinte atribuiu alto relevo ao problema do tráfico de drogas: esse delito, assim como a tortura, o terrorismo e os crimes hediondos, é insusceptível de graça e anistia (art. 5.º, XLIII); além disso, áreas de cultivo ilícito de psicotrópicos são passíveis de expropriação, isto é, perda do direito de propriedade com caráter punitivo e sem qualquer indenização (art. 243⁴⁷). A despeito dos impactos negativos das drogas na sociedade, a Constituição não apresenta um texto equilibrado. A parte final do inciso LI do art. 5.º, diferentemente do art. XLIII, não equipara o tráfico à tortura ou ao terrorismo, o que pode levar a um cenário bizarro. Um brasileiro naturalizado condenado por tortura ou pela morte de dezenas de pessoas em um atentado terrorista não pode ser extraditado; o mesmo não é válido, contudo, para quem vende cem gramas de maconha. Malgrado a paridade inicial entre tráfico de drogas, tortura, terrorismo e crimes hediondos, não existe uma equivalência plena entre esses delitos.

Para o constituinte brasileiro, o tráfico de drogas é o mais grave entre todas as modalidades criminosas. Isso, sem dúvida, é reflexo das discussões que envolvem a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 20 dez. 1988)⁴⁸. Re-

⁴⁵ Conferir os processos de extradição n. 541 (EUA), 688 (Itália) e 1.082 (Uruguai).

⁴⁶ Cf. o PL 6.719/2006, relativo à extradição de brasileiros naturalizados.

⁴⁷ A Emenda Constitucional 81/2014 alterou o art. 243 e equiparou o emprego de mão de obra análoga à escravidão ao cultivo de entorpecentes para fins expropriatórios.

⁴⁸ KOPP, Pierre. *Political economy of illegal drugs*. New York: Routledge, 2004; SILVA, Luiza Lopes da. *A questão das drogas nas relações*

gistra-se que, poucos anos antes, um conjunto de países produtores de coca (Bolívia, Colômbia, Equador, Nicarágua, Panamá, Peru e Venezuela) fez um apelo à sociedade internacional no intuito de se considerar o narcotráfico um crime contra a humanidade (*Declaração de Quito contra o Narcotráfico*, 11 ago. 1984). Logo em seguida, em 1.º out., o Brasil se juntou aos países que defendiam essa drástica medida e endereçou – juntamente com Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela – a *New York Declaration against Drug Trafficking and the Illicit Use of Drugs* ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Em dezembro de 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas lançou uma *Campanha Internacional contra o Tráfico de Drogas* por meio da Resolução 40/121, que faz menção às duas declarações latino-americanas (*Quito e Nova Iorque*). Apesar de os esforços para minimizar os efeitos negativos do narcotráfico, nas décadas seguintes, muitos países inseriram a questão em suas políticas de *segurança e saúde pública*. O art. 7.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, adotado em Roma aos 17 jul. 1998, define “crime contra a humanidade” sem citar o comércio ilícito de psicotrópicos. Nota-se, portanto, que a redação do inciso LI do art. 5.º (*in fine*) da CF se tornou anacrônica. Assim, há uma chance razoável que a extradição do brasileiro naturalizado por tráfico ilícito de entorpecentes nunca seja efetivamente aplicada.

5 Perda da nacionalidade

A Constituição brasileira admite tanto a perda voluntária quanto a involuntária da nacionalidade no § 4.º do art. 12. A perda voluntária ocorre quando o brasileiro adquire *espontaneamente* uma nacionalidade estrangeira, salvo reconhecimento de outra *originária*, situação que caracteriza a dupla nacionalidade ou a multinacionalidade. Presume-se, assim, que a pessoa abre mão da sua nacionalidade. O procedimento de perda de nacionalidade pode ser instaurado pelo Secretário Nacional de Justiça (*de ofício*) ou mediante solicitação do interessado dirigida ao Ministro da Justiça⁴⁹. Segundo o inc. V do art. 102 da Lei 6.015/1973, averba-se no livro de nascimento “a perda da nacionalidade brasileira, quando comunicada pelo Ministério da Justiça”.

No tocante à perda da nacionalidade em virtude de

naturalização voluntária, cabe um questionamento de ordem temporal. O § 4.º do art. 12 da CF dispõe que “[s]erá declarada a perda da nacionalidade do brasileiro” (grifos nossos). Entretanto, se um brasileiro se naturaliza em outro país, a partir de quando começam os efeitos de tal declaração? Após a aquisição formal da nacionalidade estrangeira ou após a publicação do ato declaratório no Brasil?⁵⁰ A regulamentação infraconstitucional não é suficientemente clara e isso abre a porta para duas linhas interpretativas. Na hipótese de um estrangeiro se naturalizar no Brasil, os efeitos da naturalização iniciam após a publicação da portaria no DOU⁵¹. Seguindo esse mesmo raciocínio, conclui-se que a portaria relativa à perda da condição de brasileiro é meramente declaratória e, portanto, seus efeitos começam após a obtenção da nacionalidade estrangeira.

Destaca-se que esse é um ponto controverso na doutrina e nos tribunais. Um caso paradigmático no Brasil é o de *Cláudia Hoerig* (Cláudia Cristina Sobral, Cláudia Cristina Hoerig). Brasileira, naturalizou-se nos EUA, onde foi acusada de matar o cônjuge norte-americano. Retornou ao Brasil e teve sua extradição requerida (Ext. 1462). O Ministro da Justiça publicou a Portaria 2.465 (DOU, 4 jul. 2013), por meio da qual declarou a perda da nacionalidade da brasileira. Ela impetrou mandado de segurança ao STJ (proc. n. 20439-DF) e obteve decisão liminar favorável. Assim, publicou-se nova portaria que suspendeu, provisoriamente, a primeira (n. 1644, DOU de 2 out. 2015). A liminar, contudo, foi revogada pela 1.ª Turma do STF (MS 33864), que se declarou competente para se pronunciar sobre a questão por se tratar de “mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro da Justiça em matéria extradicional”. Em seguida, o MJ publicou a portaria 559 (DOU, 11 mai. 2016), que suspendeu os efeitos da de 2015. A 1.ª Turma do STF se manifestou favoravelmente à extradição em 28 de março de 2017.

Embora a decisão do STF possa causar incômodo em alguns, deve-se ter em mente que existem diferentes sistemas relativos à perda da nacionalidade. Há países em que a privação desse direito fundamental, sobretudo dos natos, não é tolerada. Outros, tal qual o Brasil, admitem a renúncia (*expressa* ou *automática*) ou mesmo a cassação. Na renúncia expressa, a pessoa declara volun-

internacionais: uma perspectiva brasileira. Brasília: Funag, 2013.

⁴⁹ Cf. os arts. 26-33 da Portaria Interministerial 11/2018.

⁵⁰ Cf. o art. 23 da Lei 818/1949. A LDM não regula expressamente essa matéria.

⁵¹ Cf. arts. 122-124 do EE; art. 73 da LDM.

tariamente que abdica de seu direito; na automática (ou *tácita*), prevista na Constituição brasileira, dispensa-se qualquer manifestação formal, bastando que a pessoa adquira nova nacionalidade.

A perda involuntária somente alcança o naturalizado que pratica atividade nociva ao interesse nacional. A cassação acontece após um processo judicial, assegurada obviamente a ampla defesa. Segundo o art. 25 da Portaria Interministerial 11/2018, “[o] Departamento de Migrações, ao ser provocado formalmente a cumprir sentença judicial transitada em julgado, procederá a publicação de portaria de cancelamento da naturalização”⁵². Não obstante, deve-se observar que a expressão “atividade nociva ao interesse nacional” é um tanto vaga e deixa margem para diversas interpretações. Em princípio, pode-se levantar que somente cabe o cancelamento diante de atos que afrontem diretamente o Estado brasileiro, questões atinentes à *Lei de Crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social* (Lei 7.170/1983). Um caso de referência na interpretação e aplicação do conceito de atividade nociva é o processo de cancelamento da naturalização da brasileira de origem chinesa Zhong Xiao Lei⁵³. Nesse julgamento, tanto a decisão monocrática quanto a de segundo grau adotaram uma interpretação mais elástica na determinação da nocividade do ato que justifica o cancelamento.

CONSTITUCIONAL. CANCELAMENTO DE NATURALIZAÇÃO. ARTIGO 12, § 4.º DA CF LEI Nº 818/49, ARTIGO 22, INCISO III. ATIVIDADE NOCIVA AO INTERESSE SOCIAL. ARTIGOS 226 E SEQUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROTEÇÃO.

1. A concessão da nacionalidade brasileira a estrangeiros é ato discricionário que atende aos princípios da soberania nacional, desde que presentes as condições dispostas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, em especial da Presidência da República por meio de decreto do Ministro da Justiça, cuja outorga da cidadania, obedece aos pressupostos da Lei nº 818/49.

2. Tão importante é essa extensão de cidadania ao estrangeiro que alguns requisitos devem ser observados, destacando-se por oportuno dentre

outros, bom procedimento (inciso V) e a ausência de pronúncia ou condenação no Brasil, por crime cuja pena seja superior a um ano de prisão (inciso VI do art. 8.º, com a redação que lhe emprestou a lei nº 5.145/1966).

3. À espécie, a naturalizada se utilizou da condição de brasileira para abrigar no país, em condições subumanas, chineses em situação irregular, explorando o sofrimento alheio com intuito de lucro, atividade esta nociva ao interesse nacional.

4. Ausência de malferimento do direito de proteção outorgado pelo Estado nos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal, em razão da conduta da apelante, incompatível com a dignidade que se espera de cidadãos de bem.

Apelação improvida.

O texto original do PLS 288/2013, que deu origem à LDM, visava restringir a discricionariedade do Poder Judiciário na declaração da perda da nacionalidade do brasileiro naturalizado, uma vez que delimitava o alcance da expressão *atividade nociva*: “condenação transitada em julgado de crime contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, terrorismo e, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio” (parágrafo único do art. 54). Entretanto, esse tema foi excluído da versão definitiva da LDM e o problema permanece aberto na legislação brasileira. Quanto ao risco na adoção de conceitos excessivamente abertos aplicáveis à perda da nacionalidade, vale lembrar as leis de vários países europeus nas primeiras décadas do século XX, conforme o registro de Giorgio Agamben:

a partir da Primeira Guerra Mundial [...] o nexo nascimento-nação não é mais capaz de desempenhar sua função legitimadora no interior do Estado-nação, e os dois termos começam a mostrar seu próprio insuturável descolamento. Junto com o transbordar, no cenário europeu de refugiados e apátridas (em um breve período de tempo deslocam-se de seu país de origem 1.500.000 russos brancos, 700.000 armênios, 500.000 búlgaros, 1.000.000 de gregos e centenas de milhares de alemães, húngaros e romenos), o fenômeno mais significativo, nesta perspectiva, é a contemporânea introdução, na ordem jurídica de muitos Estados europeus, de normas que permitem a desnacionalização e a desnacionalização em massa dos próprios cidadãos. A primeira foi, em 1915, a França, com relação a cidadãos naturalizados de origem “inimiga”; em 1922, o exemplo foi seguido pela Bélgica, que revogou a naturalização de cidadãos que haviam cometido “atos antinacionais” durante a guerra; em 1926, o regime fascista expediu uma lei análoga que dizia respeito aos cidadãos que se haviam mostrado “indignos da cidadania italiana”; em 1933, foi a

⁵² Antes da entrada em vigor da LDM, os procedimentos concernentes à cassação da nacionalidade do brasileiro naturalizado eram previstos na Lei 818/1949 (arts. 24-34).

⁵³ Processo de origem 2006.61.00.016348-2 (1.ª Vara Federal de São Paulo); apelação cível n. 0016348-97.2006.4.03.6100/SP (TRF da 3.ª Região – decisão final publicada no DE de 27 set. 2013); concessão da naturalização pela Portaria 215, de 30 abr. de 1991.

vez da Áustria, e assim por diante, até que as leis de Nuremberg sobre a “cidadania do Reich” e sobre a “proteção do sangue e da honra alemães” impeliram ao extremo este processo, dividindo os cidadãos alemães em cidadãos a título pleno e cidadãos de segundo escalão, e introduzindo o princípio segundo o qual a cidadania era algo de que é preciso mostrar-se digno e que podia, portanto, ser sempre colocada em questionamento. E uma das poucas regras às quais os nazistas se ativeram constantemente no curso da “solução final”, era a de que somente depois de terem sido completamente desnacionalizados (até da cidadania residual que lhes cabia após as leis de Nuremberg), os hebreus podiam ser enviados aos campos de extermínio⁵⁴.

Uma hipótese de perda da nacionalidade não prevista expressamente na Constituição é a declaração de nulidade da naturalização em virtude de falsidade ideológica ou algum outro meio fraudulento. Configura-se tal situação quando o naturalizando não preenche os requisitos legais para requerer a nacionalidade brasileira. A declaração de nulidade é um ato administrativo por meio do qual a autoridade competente revoga o ato concessório, isto é, o Ministro da Justiça (MJ) publica uma portaria de revogação da portaria de naturalização. Esse instituto era previsto no §§ 2.º e 3.º do art. 112 e no art. 125, XIII, do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980). Não obstante, O STF entendeu que sua aplicação afrontava o texto constitucional (inciso I do § 4.º do art. 12), uma vez que este faz referência a *cancelamento de naturalização por sentença judicial*⁵⁵. Em que pese a tese acolhida pela maioria dos membros da mais alta corte brasileira, tal interpretação não é suficientemente convincente, pois não há que se confundir o *cancelamento* e a *declaração de nulidade em virtude de vício insanável*. No caso em questão, o indivíduo nunca chegou a obter a condição de brasileiro naturalizado por não preencher os requisitos legais, mas o STF preferiu premiar a ilicitude e ignorar a Súmula 473: “[a] administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Ressalta-se, ainda, que a perda da nacionalidade por “declaração fal-

sa ou fraude” é prevista na Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961 – art. 8.2.b).

Antes dos Jogos Olímpicos de 2016, no Rio de Janeiro, a concessão da naturalização à esgrimista húngara Emese Takács foi questionada em uma ação popular proposta em Curitiba⁵⁶ (processo **5021296-34.2016.4.04.7000**). A atleta se casou com um brasileiro e requereu a nacionalidade brasileira⁵⁷. No entanto, alegou-se que o casamento era uma fraude com o propósito de assegurar a ela, cujo nome chegou a ser incluído na Portaria 253/2016 do Ministro de Estado do Esporte como um dos contemplados pelo Programa Bolsa Atleta⁵⁸, uma vaga na equipe brasileira de esgrima feminino, o que ia de encontro ao interesse de outras atletas nacionais. A decisão de primeiro grau acatou pedido de liminar e determinou a suspensão da portaria de concessão de naturalização. O Tribunal Regional Federal da 4.º Região se manifestou, em diferentes momentos, tanto favorável quanto desfavoravelmente à suspensão da naturalização⁵⁹, mas, ao final, limitou os efeitos da liminar à representação do país em competições esportivas internacionais até o julgamento definitivo da ação popular⁶⁰. Paralelamente à discussão judicial, o Ministro da Justiça instaurou um processo administrativo de declaração de nulidade de naturalização.

Destaca-se que a declaração de nulidade é questão omissa na LDM. Esta somente dispõe sobre cancelamento por ato administrativo “[...] **da autorização de residência** em razão de fraude ou de ocultação de condição impeditiva de concessão de visto, de ingresso ou de permanência no País” (art. 28 – *grifos nossos*). A nulidade do ato concessório se faz necessária, como dito acima, em situações em que o naturalizando não preenche os requisitos necessários ou diante de erros ou vícios. Assim, em que pese a ausência de referência à declaração de nulidade na Lei 13.445/2017, o Ministério da Justiça pode se deparar com casos que demandam tal medida. Poucos meses após a entrada em vigor da LDM, isso ocorreu no processo de naturalização

⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 138-139.

⁵⁵ Por meio da Portaria 361 (DOU, 21 fev. 2008), o MJ cancelou a naturalização de Werner Rydl, de origem austríaca. Entretanto, o STF entendeu ser imprescindível o processo judicial de cancelamento quando do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 27.840 (DF) em 2013 (DJe 167, 27 ago.).

⁵⁶ Cf. o inciso LXXIII do art. 5.º da Constituição Federal.

⁵⁷ Portaria n. 57, de 14 de abr. 2015 (DOU de 16 abr. 2015 – n. 72, Seção 1, p. 33).

⁵⁸ DOU de 22 jul. 2016.

⁵⁹ Cf. as seguintes portarias do Secretário Nacional de Justiça do MJ: 124/2016 (DOU, 27 mai.), 133/2016 (DOU, 13 jun.), 156/2016 (DOU, 18 jul.), 194/2016 (DOU, 15 set.).

⁶⁰ À época da conclusão deste trabalho a ação popular permanecia sem uma sentença definitiva e a atleta de origem húngara continuava no Brasil.

08444.010451/2014-5. *Anastasia Petrova*, originária da Bielorrússia, requereu a naturalização ordinária e, por preencher os requisitos legais, teve seu pedido atendido. Entretanto, a portaria foi publicada com o nome de uma homônima russa radicada no Brasil (*Anastasia Petrova Courinos*). Diante do erro, não havia outra solução senão a publicação de uma portaria que tornava sem efeito a primeira⁶¹. Portanto, insiste-se, não se deve confundir o cancelamento da naturalização concedida de pleno direito com a declaração de nulidade.

6 Considerações finais

O direito à nacionalidade é previsto constitucionalmente no Brasil e o país é signatário dos principais atos internacionais concernentes ao tema. A Constituição Federal reflete o momento em que seu texto foi concebido e questões debatidas na esfera nacional e regional, a exemplo da preocupação com o tráfico de drogas.

Sem dúvida alguma, os direitos fundamentais ocupam um papel de destaque na Constituição brasileira e são apresentados logo no início, diferentemente da estrutura textual das precedentes. O conteúdo de muitos dispositivos vai ao encontro de importantes instrumentos internacionais como o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (1966), o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966) e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969).

As regras relativas à nacionalidade seguem, em grande parte, o “padrão americano”, uma vez que o *jus soli* é o critério determinante do direito à nacionalidade nas Américas. No entanto, conforme demonstrado ao longo deste trabalho, vários pontos merecem ser atualizados ou disciplinados mais claramente a fim de evitar interpretações dúbias no tocante ao exercício do direito fundamental à nacionalidade.

A nacionalidade em virtude de adoção transnacional permanece um tema carente de regulamentação mais clara. E, como exposto acima, a prática adotada pelo Ministério das Relações Exteriores (equiparação de criança estrangeira adotada por brasileiro aos naturalizados) aparentemente vai de encontro ao § 6.º do art. 227 da Constituição Federal. O ideal é a inclusão de um parágrafo no art. 12 da Lei Maior e *equiparar* o estrangeiro

adotado por brasileiro aos natos.

No tocante à extradição excepcional de brasileiros naturalizados por crime posterior à naturalização, nota-se um descompasso. A Constituição não fornece critérios claros para a definição do que se considera “comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes” ainda não há lei infraconstitucional que discipline a parte final do inciso LI do art. 5.º. Soma-se a isso o descompasso entre o conteúdo dos incisos XLIII e LI do art. 5.º da Constituição: o primeiro equipara o tráfico de drogas à tortura, ao terrorismo e aos hediondos; o segundo somente admite a extradição de nacional por fato superveniente à naturalização no caso de tráfico de drogas.

A perda da nacionalidade está prevista no § 4.º do art. 12 da Constituição Federal, bem como na Lei 13.445/2017 e na Portaria Interministerial 11/2018. No entanto, faltam regras claras que definam a natureza do ato declaratório da perda da nacionalidade do brasileiro nato (declaratória ou constitutiva). Quando do julgamento da Ext. 1.462, a 1.ª Turma do STF se pronunciou sobre a matéria. Registra-se, contudo, que competência para julgar a extradição era restrita ao plenário do STF. Entretanto, após a Emenda Regimental 45/2011, as turmas também passaram a ter competência para se pronunciar sobre pedidos extraditórios (cf. o art. 9.º, I, *b* do RISTF). Essa medida, conquanto inegável a necessidade de dinamizar os julgamentos no Brasil, não parece ser a mais adequada. A concessão da extradição é um ato de governo submetido a controle prévio de legalidade do STF. Diante de temas mais polêmicos e espinhosos, é natural a divergência entre os Ministros. Assim, o julgamento dos processos extraditórios pelas turmas abre margem para manifestações dissonantes dentro do próprio tribunal, o que não parece recomendável em questões atinentes, simultaneamente, ao Poder Judiciário e à condução da política externa.

A Lei de Migração atualizou o sistema legal doméstico e o colocou a legislação infraconstitucional em harmonia com a Constituição e com os principais tratados internacionais relativos ao assunto. No entanto, o Poder Legislativo perdeu uma boa oportunidade para eliminar questões controversas e obscuras relativas à nacionalidade (*v.g.* o conceito de “atividade nociva aos interesses nacionais”, que constava no parágrafo único do art. 54 do PLS 288/2013 mas excluído do texto da Lei 13.445/2017) no Brasil. Por último, destaca-se que

⁶¹ DOU, 7 jun. 2018, Seção 1, p. 51.

certos aspectos dependem não apenas de alterações na própria Constituição, mormente o problema da nacionalidade decorrente de adoção transnacional, e, conseqüentemente, de maior sensibilidade e disposição dos legisladores pátrios.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- AL GHUNAIMI, Mohammad Talaat. *The Muslim conception of international law and the Western approach*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1968.
- ATHAYI, Abdullah. *Report on citizenship law: Afghanistan*. Firenze: European University Institute, 2017.
- BARTHOLET, Elizabeth. International adoption. In: ASKELAND, Lori (ed.). *Children and youth in adoption, orphanages, and foster care: a historical handbook and guide*. Westport (USA); London (UK): Greenwood Press, 2006. p. 63-77.
- BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Da nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES (CADHP). *Le droit à la nationalité en Afrique*. Banjul (Gâmbie): CADHP, 2015.
- CONSEIL DE L'EUROPE. *La nationalité des enfants: Recommandation CM/Rec(2009)13 et exposé des motifs*. Strasbourg: Éditions du Conseil de l'Europe, 2010.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- FEERE, John. Birthright citizenship in the United States: a global comparison. Disponível em <<https://cis.org/Birthright-Citizenship-United-States>>. Acesso em 16 set. 2018.
- FISHER, Betsy L. Gender discrimination and statelessness in the Gulf Cooperation Council States. *Michigan Journal of Gender and Law*, v. 23, n. 2, 2016, p. 268-311. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjgl/vol23/iss2/1>. Acesso em: 4 abr. 2018.
- GANCZER, Mónika. The right to a nationality as a human right? In: SZABÓ, Marcel; LÁNCOS, Petra Lea; MOLNÁR, Tamás. *Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2014*. The Hague: Eleven International Publishing, 2015. p. 15-33.
- GORAIEB, Elizabeth. *A extradição no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- KOPP, Pierre. *Political economy of illegal drugs*. New York: Routledge, 2004.
- KONDO, Atsushi. Citizenship rights for aliens in Japan. In: KONDO, Atsushi (ed.). *Citizenship in a global world: comparing citizenship rights for aliens*. New York: Palgrave, 2001. p. 8-30.
- MANBY, Bronwen. *Les lois sur la nationalité en Afrique: une étude comparée*. New York: Open Society Institute, 2009.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MONTAGNER, Ângela Christina Boelhouwer. A adoção internacional e a nacionalidade da criança adotada. *Prismas: direito, políticas públicas e mundialização*, v. 6, n. 2, p. 399-420, jul./dez. 2009.
- NASIR, Jamal J. Ahmad. *The status of women under Islamic law and modern Islamic legislation*. 3. ed. Leiden; Boston: Brill, 2009.
- NUNES, Paulo Henrique Faria. *Lei de migração: novo marco jurídico relativo aos fluxos transnacionais de pessoas*. Goiânia: Edição do Autor, 2017.
- PAROLIN, Gianluca P. *Citizenship in the Arab world: kin, religion and nation-state*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2009.
- PERRIN, Delphine. Struggles of citizenship in the Maghreb. In: ISIN, Engin F.; NYERS, Peter. *Routledge handbook of global citizenship studies*. London; New York: Routledge, 2014. p. 230-239.
- QAFISHEH, Mutaz M. *The international law foundations of Palestinian nationality: a legal examination of nationality in Palestine under Britain's rule*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2008.

- SOSA VILLALBA, Sara Mariel. ¿Paraguayos o apátridas? Un enfoque de la problemática legal actual para la adquisición de nacionalidad de los hijos de migrantes. *Revista Jurídica*. Asunción, n. 3, p. 195-221, 2013.
- SPIRO, Peter J. Dual citizenship as human right. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford, v. 8, n. 1, p. 111-130, 2010.
- STARK, Barbara. *International family law: an introduction*. Aldershot (UK); Burlington, VT (USA): Ashgate, 2005.
- SILVA, Luiza Lopes da. *A questão das drogas nas relações internacionais: uma perspectiva brasileira*. Brasília: Funag, 2013.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos: introdução e parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 1
- VASCONCELOS, Hitala Mayara Pereira de. Da nacionalidade como direito humano: da necessária ampliação das hipóteses de aplicação do critério jus sanguinis nos casos de adoção internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 435-453, 2014.
- VONK, Olivier. *Dual nationality in the European Union: a study on changing norms in public and private international law and in the municipal law of four EU member states*. Leiden (The Netherlands): Martinus Nijhoff, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções

The exercise of the inter-American jurisdiction of human rights: legitimacy, problems and possible solutions

Felipe Grizotto Ferreira

Guilherme Perez Cabral

Lucas Catib de Laurentiis

O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções*

The exercise of the inter-American jurisdiction of human rights: legitimacy, problems and possible solutions

Felipe Grizotto Ferreira**

Guilherme Perez Cabral***

Lucas Catib de Laurentiis****

Resumo

O trabalho enfrenta a questão da legitimidade e, conseqüentemente, efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Corriqueiramente a literatura especializada investiga o problema sob a ótica interna. Contudo, este artigo direciona a investigação para possíveis causas internacionais da questão. Partindo de um estudo comparado de caso, um enfrentado no continente europeu e o outro no americano, e, por meio de um método descritivo e normativo, o trabalho identifica pontos problemáticos na jurisprudência da Corte interamericana ao estabelecer o sentido e extensão das normas de direitos humanos. O objetivo é trazer informações e argumentos que possibilitem uma reflexão crítica da atuação da Corte e seu impacto para a efetivação dos direitos humanos. São esboçadas duas soluções aos problemas. Uma delas é encontrada na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a doutrina da margem de apreciação. A outra consiste em considerar a Corte interamericana como um “amplificador da jurisdição constitucional”, um modelo fruto da doutrina e de dois casos paradigmáticos da própria instituição.

Palavras-chave: Direitos humanos. Hermenêutica jurídica. Cooperação jurídica internaciona. Margem de apreciação. Controle de convencionalidade.

Abstract

The paper addresses the issue of legitimacy and, consequently, of effectiveness of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. In general, the specialized literature investigates the problem from the internal perspective. However, this research directs investigation to possible international causes of the issue. Starting from a comparative case study, one on the European continent and the other on the American one, and through a descriptive and normative method, the work identifies problematic points on the jurisprudence of the Inter-American Court in establishing the meaning and extension of human rights norms. The objective is to provide infor-

* Recebido em 25/04/2019
Aprovado em 21/08/2019

** Mestrando em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pela PUC-Campinas. Graduado em Direito pela PUC-Campinas, com período sanduíche na Universidade de Coimbra. Advogado. E-mail: felipe.g.ferreira@hotmail.com

*** Professor Titular da PUC-Campinas. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito, vinculado à Linha de Pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos”. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Integra o Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - BASis. Advogado. E-mail: gpcabral@gmail.com.

**** Professor Titular da PUC-Campinas. Coordenador e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito, vinculado à linha de pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos”. Mestre e doutor em Direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi pesquisador visitante da Albert Ludwigs Universität Freiburg e do Instituto Max Planck de Freiburg. Advogado. E-mail: lucas.laurentiis@gmail.com.

mation and arguments that allow a critical reflection of the Court's action and its impact on the realization of human rights. Two solutions to the problems are outlined. One is found in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the margin of appreciation doctrine. The other is to consider the Inter-American Court as an "amplifier of constitutional jurisdiction," a model that is the fruit of doctrine and two paradigmatic cases of the institution itself.

Keywords: Human rights. Legal hermeneutics. International legal cooperation. Margin of appreciation. Control of conventionality.

1 Introdução

Os direitos humanos devem ser garantidos, protegidos e promovidos. Essa é uma premissa de praticamente todos os Estados contemporâneos, a qual se constata não somente pela adoção estatal de um sistema constitucional com um amplo rol de direitos, como também pelos compromissos internacionais assumidos. A fundamentação histórica, política e filosófica dessa categoria normativa já fez seu trabalho, o qual resultou em sua positivação nos principais documentos político-normativos da atualidade, quer seja em âmbito nacional, revestidos na forma de direitos fundamentais, quer seja na esfera internacional, onde são considerados direitos humanos em sentido estrito. Sendo assim, o desafio que hoje se apresenta às sociedades não consiste mais na necessidade de fundamentação desses direitos, mas sim na elaboração de instrumentos para sua efetivação, para além da positivação.¹

É nesse contexto que foram criados diversos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, cujo objetivo primordial consiste na garantia e promoção desses direitos. Os atuais contornos institucionais desses sistemas são resultados de processos complexos de formação e desenvolvimento, influenciados por peculiaridades políticas e históricas, que implicaram diferenças substanciais entre eles. No entanto, é notável que todos acabaram por desenvolver uma forma de judicialização dos litígios e violações de direitos humanos, elaborando mecanismos e métodos específicos para de-

sempear essa função.²

Frente a essa nova realidade, os desafios da jurisdição internacional dos direitos humanos são muitos e diversas são suas formas de abordagens. É possível buscar o aperfeiçoamento dessa jurisdição por meio de reflexões e investigações de caráter formal e processual³ ou material e normativo⁴. O presente trabalho se desenvolve à luz da segunda perspectiva, analisando a atividade interpretativa dos tribunais regionais de direitos humanos e suas implicações para a legitimidade de suas decisões.

Legitimidade é um termo polissêmico nas linguagens científica. No entanto, no presente trabalho de natureza jurídica, será utilizado para significar a qualidade de uma norma que é percebida por aqueles a quem ela é direcionada como criada através do "devido processo".⁵ Na medida em que o conceito contempla a reflexão do por que, em determinadas circunstâncias, uma norma é observada, e considerando que uma decisão judicial é dotada de normatividade,⁶ os apontamentos feitos no trabalho podem auxiliar na aferição e melhoria da eficácia das decisões dos tribunais internacionais.

Nesse sentido, um ponto importante para que os destinatários de uma ordem normativa atuem em conformidade com seus preceitos consiste na possibilidade de saberem, previamente, o que é esperado deles. Por isso, no "devido processo" de interpretação e aplicação normativa, os elementos textuais são fundamentais, de forma que clareza e coerência são propulsores de legitimidade.⁷ Portanto, o exercício interpretativo de um tri-

² Essa análise dos diversos processos de internacionalização dos direitos humanos, destacando a evolução e as características institucionais de cada sistema, é feita por: RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, em especial nas p. 29-35. Especificamente sobre a evolução institucional dos sistemas regionais europeu e interamericano, objeto deste trabalho, conferir p. 161-267. Análise semelhante e complementar é feita por: MACHADO, Jonas E. M. *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 393-442.

³ Trata-se do estudo dos atores processuais, dos prazos, das formas de julgamento, da composição dos tribunais, etc.

⁴ Trata-se da investigação do conteúdo dos tratados, bem como do sentido e extensão dos direitos neles contidos.

⁵ Cf. FRANCK, Thomas M. Legitimacy in the International System. *The American Journal of International Law*, v. 82, n. 4, p. 705-759, 1988. p.705.

⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.260-277.

⁷ Cf. FRANCK, Thomas M. Legitimacy in the International System. *The American Journal of International Law*, v. 82, n. 4, p.705-759, p.713-738, 1988.

¹ Nesse sentido, de longa data: BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.23.

bunal, ao julgar os casos concretos, é importante fator a ser considerado, pois sua atuação pode gerar problemas não apenas normativos, como também de legitimidade.⁸

No exercício de sua jurisdição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte IDH” ou “Corte”), integrante do sistema regional de proteção em funcionamento na América, tem realizado interpretações inovadoras e, a pretexto da universalização dos direitos humanos, demonstra pouca deferência para com o papel dos Estados nessa função. Sua postura em colocar-se como o epicentro da proteção dos direitos humanos na América atingiu seu “clímax” com a criação do inovador “controle de convencionalidade”. Trata-se de instrumento pelo qual, estabelecendo um paralelo com o tradicional controle de constitucionalidade,⁹ procura controlar a compatibilidade de atos e normas dos Estados membros com a Convenção Americana dos Direitos Humanos (“CADH” ou “Convenção”), afirmando seu papel decisivo de “último interprete da Convenção”.¹⁰

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH” ou “Tribunal”) também tem julgado litígios de mesma natureza há um bom tempo, os quais se justificam frente à positivação dos direitos humanos no velho continente através da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“CEDH” ou “Carta europeia”).¹¹ No entanto, a jurisprudência do Tribunal caminhou de uma maneira bem diferente de seu homônimo americano. O Tribunal de Estrasburgo tem adotado uma postura identificada como “doutrina da margem de apreciação”, a qual se revela uma tentativa dogmaticamente

consistente de equalizar a uniformidade de sentido dos direitos humanos com certo respeito pela posição central que os Estados europeus possuem para promoção e efetivação desses direitos.

Evidente que essa diferença de posturas entre as duas cortes não é apenas teórica, pelo contrário, elas ocasionam diferenças práticas intrigantes. Um exemplo é encontrado por meio da análise de dois julgados: o caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*¹² (popularmente conhecido como “A Última Tentação de Cristo”), decidido pela Corte IDH, e o caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*¹³, decidido pelo Tribunal europeu. Ambos tratam da liberdade de expressão e censura, enfrentando, também, mesmo que marginalmente, a extensão da liberdade de religião. Contudo, as decisões e seus fundamentos foram bem divergentes: a Corte europeia deixou certo espaço para apreciação do Estado sobre o sentido e extensão dos direitos, enquanto a Corte interamericana buscou a aniquilação de uma norma constitucional originária do Estado chileno.

Duas cortes internacionais de direitos humanos, duas situações e direitos semelhantes, mas posições distintas. A análise desses dois casos iniciará as reflexões desse trabalho. Eles foram selecionados em razão de uma dupla pertinência com o tema investigado. Em primeiro lugar, ambos os casos ilustram a postura que as duas cortes têm construído ao exercerem suas respectivas jurisdições. O segundo motivo refere-se ao fato que ambos envolvem situações fáticas e normativas semelhantes.

Frente aos problemas normativos e de legitimidade da atuação da Corte interamericana, que serão apresentados e da insuficiência do controle de convencionalidade para efetivação de suas sentenças,¹⁴ o objetivo do presente trabalho é trazer informações e argumentos para possibilitar uma reflexão crítica da atuação da Corte e seu impacto para efetivação dos direitos humanos. A ineficácia das decisões internacionais e eventuais insuficiências de proteção¹⁵ têm sido problematizadas,

⁸ Sobre uma utilização semelhante do conceito de legitimidade, utilizando-o para avaliar a atuação do controle jurisdicional de legislação pelos tribunais nacionais, por todos, ver: POOLE, Thomas. Legitimacy, Rights and Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 4, p. 697-725, 2005. Utilizando o termo no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da eficácia de suas decisões, ver: NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 101-123, 2008; CONTESSÉ, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017.

⁹ Sobre as linhas comuns entre os controles: GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Rev. IUS, Puebla*, v. 5, n. 28, p. 123-159, 2011.

¹⁰ Prerrogativa atribuída pela própria Corte no julgamento que inaugura formalmente o controle de convencionalidade. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Julgado em 26/09/2006. Parágrafo 126.

¹¹ Vale lembrar que os países europeus foram os primeiros a adotarem uma pauta regional de direitos humanos no pós II Guerra Mundial.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001.

¹³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995.

¹⁴ Cf. CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. *Intersentia Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 3, p. 200-219, 2010.

¹⁵ Reconhecendo a ineficácia das decisões da Corte interamericana, em especial pelos órgãos do sistema de justiça, conferir:

especialmente na literatura brasileira, como responsabilidade dos Estados e atores nacionais, pouco se questionando sobre a atuação dos órgãos interamericanos de supervisão e proteção.¹⁶ Nesta pesquisa, a perspectiva é alterada para a atuação da Corte na tarefa de proteção dos direitos humanos.

Diante das questões identificadas, a atuação do Tribunal europeu e sua doutrina da margem de apreciação é entendida como uma das alternativas para a Corte interamericana realizar um diálogo mais eficaz com os Estados americanos sobre o sentido e extensão das normas de direitos humanos. Pode-se, assim, cumprir, de forma mais eficaz, seu papel institucional de identificar e dirimir violações concretas a esses direitos. Outra alternativa apresentada para esse fim é fazer da Corte um “amplificador da jurisdição constitucional”, uma proposta fruto da doutrina e respaldada em dois casos paradigmáticos da própria instituição.

Para tanto, o presente artigo seguirá a seguinte ordem de exposição: em primeiro lugar, será feita uma análise dos dois casos mencionados, pois, além de ilustrarem a discussão, também apresentam elementos importantes para a compreensão das demais questões levantadas. Posteriormente, será feita uma breve investigação dos motivos que podem levar tribunais, com atribuições semelhantes e em casos parecidos, a decidirem, de forma diversa; em seguida será realizada a análise da atuação da Corte interamericana, identificado, também, seus problemas normativos; por fim, será analisada a doutrina da margem de apreciação e sua plausibilidade como uma alternativa possível para a atuação da Corte interamericana, bem como a proposta da instituição funcionar como “amplificador da jurisdição constitucional”.

HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011. p. 116-126.

¹⁶ Problematicando a ineficácia do direito internacional dos direitos humanos apenas como responsabilidade do Estado, sem considerar a atuação da Corte interamericana, por todos, ver: CARVALHO RAMOS, André de. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: O “Diálogo das Cortes” e a *Teoria do Duplo Controle*. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais - a proteção dos Direitos Humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 1-40.

2 Estudo de caso: liberdade de expressão, censura e a deferência internacional para com as restrições aos direitos humanos

Preliminarmente, vale salientar que o objetivo não é entrar no mérito sobre o âmbito de proteção da liberdade de expressão reconhecido pelas cortes. Ou seja, o objetivo não é discutir o direito em si, mas sim a postura e metodologia dessas instituições ao exercerem suas competências e prerrogativas, especialmente a respeito da relação que estabelecem com os Estados.

2.1 O caso *Otto Preminger Institut v. Austria*: a liberdade de expressão e o reconhecimento da margem de apreciação austríaca

Em 1894, o psiquiatra e poeta Leopold Hermann Oskar Panizza lançou sua obra mais famosa, “*Das Liebeskonzil*” (Conselho do Amor). A peça é uma sátira muito intensa à Igreja Católica e muitos de seus dogmas. A repercussão foi tão grande que, em Munique, Panizza chegou a ser condenado por blasfêmia a 12 meses de prisão. Quase cem anos depois, em 1981, foi lançado um filme, dirigido por Werner Schroeter, baseado tanto na peça como no julgamento de Oskar.

Uma associação cinematográfica austríaca, a *Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung* (OPI), em 1985, agendou uma série de 6 exibições do filme. No entanto, nem mesmo a primeira exibição ocorreu, pois, a pedido da diocese da Igreja Católica Romana de Innsbruck, o Ministério Público instituiu um processo penal contra o gerente do OPI. A acusação era de “depreciação das doutrinas religiosas” (*Herabwürdigung religiöser Lehren*), um ato proibido por seção 188 do Código Penal austríaco.¹⁷ Em outubro de 1985, o processo penal foi interrompido e o caso prosseguiu sob a forma de “processo objetivo”, o qual buscava a supressão do filme, nos termos da legislação austríaca específica.¹⁸

Em síntese, os tribunais da Áustria consideraram que a liberdade artística era limitada pelos direitos à liberdade de religião dos demais, bem como pelo dever do Estado em salvaguardar uma sociedade baseada em

¹⁷ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 11.

¹⁸ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 14.

ordem e tolerância. Tanto a liberdade artística e de pensamento como a religiosa eram garantidas pela Lei-Básica da Áustria. Ocorreu, no entanto, uma verdadeira ponderação de interesses e direitos constitucionais pela jurisdição do país.

Chegando na seara internacional, para o Tribunal europeu, a questão era identificar se ocorreu uma violação ao artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (liberdade de expressão) e, em caso afirmativo, se ela seria justificável com base no parágrafo segundo do dispositivo, o qual aceita que a liberdade seja submetida a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática.

A violação da norma foi constatada de forma simples. O Governo Austríaco reconheceu a existência de uma interferência na liberdade de expressão da associação no que diz respeito à apreensão do filme, e suas objeções preliminares no processo foram rejeitadas.¹⁹ Portanto, o Tribunal de Estrasburgo considerou que tanto a apreensão quanto a confiscação do filme constituíam interferências à liberdade.²⁰ O próximo passo seria examinar, sucessivamente, se as interferências eram “prescritas por lei”: se elas perseguiam um objetivo que era legítimo e se eram “necessárias em uma sociedade democrática” para realização desse objetivo, tudo de acordo com o art. 10-2 da Carta.

O requisito da legalidade foi observado, na visão do Tribunal europeu, pela existência do art. 188 do Código Penal austríaco. O tribunal considerou ser competência das autoridades nacionais, especialmente das cortes, interpretar e aplicar o direito interno.²¹ Ou seja, se as autoridades nacionais consideram tal artigo como o fundamento legal de seu ordenamento para a limitação da liberdade de expressão, o requisito da legalidade estava observado.

Em relação à justificativa da restrição, foi considera-

do que o artigo 9º da Convenção,²² o qual estabelece a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, também consiste em um dos fundamentos de uma “sociedade democrática”. Em sua dimensão religiosa, qualifica-se como um dos elementos mais vitais que compõem a personalidade dos crentes e identifica sua concepção de vida.²³ Dessa forma, a restrição impugnada estava respaldada na busca de uma proteção legítima da liberdade de crença pelo Estado.

O Tribunal reconhece, ainda, que aqueles que optam por exercer a liberdade de manifestar sua religião, independentemente de o fazerem como membros de uma maioria religiosa ou de uma minoria, não podem, razoavelmente, esperar estar isentos de qualquer crítica.²⁴ No entanto, a maneira pela qual as crenças e doutrinas religiosas são opostas ou negadas é uma questão que pode ensejar responsabilidade estatal, notavelmente sua responsabilidade de assegurar o gozo pacífico do direito garantido pelo Artigo 9º da Convenção. Além disso, a Corte europeia defendeu que retratos provocativos de objetos de veneração religiosa podem ser considerados como uma “violação maliciosa” do “espírito de tolerância”, o qual também é uma nota qualificadora das sociedades democráticas.²⁵ Por isso, são revestidos de legitimidade e validade os atos do Estado que busquem esses escopos, mesmo que isso implique uma interferência à outra liberdade fundamental.

No entanto, para aferir se a restrição é necessária em um país democrático, a medida deverá passar pelos requisitos exigidos pelo teste da proporcionalidade. Isso se traduz, no contexto do caso, na possibilidade em se considerar necessário, em certas sociedades democráticas, sancionar ou mesmo impedir ataques impróprios a objetos de veneração religiosa, desde que qualquer “formalidade”, “condição”, “restrição” ou “penalida-

¹⁹ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafos 35 e 42.

²⁰ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 43.

²¹ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 45. Fixou esse entendimento de competência interpretativa no seguinte precedente: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Chorherr v. Austria*. Julgado em: 25/08/1993. Parágrafo 25.

²² O art.9º estabelece que qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, sendo que este direito implica também na liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

²³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 47.

²⁴ Menção ao precedente: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Handyside v Reino Unido*. Julgado em: 07/12/1976.

²⁵ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 47.

de” impostas sejam proporcionais ao objetivo legítimo prosseguido.²⁶

A questão perante o Tribunal envolve a ponderação dos interesses em conflito do exercício de duas liberdades fundamentais garantidas pela Convenção, nomeadamente o direito da associação requerente de transmitir ao público opiniões controversas e, por implicação, o direito de os interessados tomarem conhecimento de tais pontos de vista, por um lado; e, do outro, o direito de outras pessoas a um respeito adequado por sua liberdade de pensamento, consciência e religião.

Considerando-se que, de forma semelhante ao que ocorre no caso da “moral”,²⁷ não é possível discernir, por toda a Europa, uma concepção uniforme do significado da religião na sociedade,²⁸ mesmo dentro de um único país tais concepções podem variar. Por essa razão, não é possível chegar a uma definição abrangente de o que constitui uma interferência permissível no exercício do direito à liberdade de expressão quando essa expressão é dirigida contra os sentimentos religiosos dos outros. Uma certa margem de apreciação deve, portanto, ser deixada às autoridades nacionais na avaliação da existência e extensão da necessidade de tal interferência.

Seguindo essa metodologia, considerou-se caber às autoridades nacionais, que estão melhor colocadas do que o juiz internacional, avaliar a necessidade de tal medida à luz do papel desempenhado pela religião na vida cotidiana do povo de Tirol.²⁹ Consequentemente, na época dos fatos havia uma necessidade social premente para a preservação da paz religiosa. Foi também necessário proteger a ordem pública contra o filme, e, nessa seara, foi considerado que os tribunais de Innsbruck não ultrapassaram sua “margem de apreciação”.³⁰

Fundamental, portanto, para a solução do caso, e

²⁶ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 49.

²⁷ Constatação da pluralidade semântica do termo no continente europeu é feita de forma profunda no caso *Handyside v. UK*, já citado.

²⁸ Nesse sentido, conferir o julgamento: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Müller e Outros vs. Suíça*. Julgado em 24/05/1988. p. 20.

²⁹ Nesse sentido, o Tribunal não só considerou o fato de que a proporção de crentes católicos entre a população austríaca como um todo era considerável, alcançando um percentual de 78%, mas considerou ainda que entre os tirolese a proporção chegava na casa dos 87%.

³⁰ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 56.

para estabilizar a disputa de narrativas entre autoridades locais e internacionais pela extensão e sentido dos direitos humanos, foi o emprego do conceito de “margem de apreciação”. O que essa expressão significa em termos da dogmática dos direitos humanos e se é algo recorrente na atuação do Tribunal europeu são temas que serão avaliados no final do trabalho.

2.2 “A Última Tentação de Cristo”: o dever internacionalmente determinado de alteração constitucional

O drama de 1988 dirigido por Martin Scorsese, “A Última Tentação de Cristo”, embora bem-sucedido no meio cinematográfico, encontrou muitas críticas e resistência social, principalmente por parte dos cristãos. Mesmo sendo polêmico, o filme foi transmitido por cinemas de todo o mundo, inclusive nos países da América Latina. No entanto, no Chile a situação foi um diferente.

O antigo artigo 19, inciso 12, da Constituição chilena de 1980 estabelecia um sistema de censura para a exibição de produções cinematográficas. O dispositivo constitucional era regulamentado pelo Decreto-Lei nº 679 de 1974, o qual facultava o Conselho de Qualificação Cinematográfica, órgão integrante do Ministério da Educação, a realizar a qualificação e orientar a exibição dos filmes.

Em 29 de novembro de 1988, o Conselho rejeitou a exibição do filme solicitada pela *United International Pictures Ltda*, decisão que foi confirmada por um tribunal de apelação. Em 1996, no entanto, a proibição foi, administrativamente, revista e a exibição da obra permitida para espectadores maiores de 18 anos.

Inconformados com a nova decisão do Conselho, um grupo de fiéis interpuseram um recurso de proteção, por si mesmos e em nome de Jesus Cristo, perante a Corte de Apelações de Santiago, a qual acolheu o recurso e deixou sem efeitos a resolução administrativa do Conselho. O processo chegou à Corte Suprema chilena que manteve a decisão do Tribunal de apelação.

O ordenamento chileno, em boa medida, incorporava as regras internacionais,³¹ e, por isso, o problema

³¹ Ver o artigo 5º, segundo parágrafo, da Constituição chilena que, em moldes semelhantes ao art.5º, §2º, da CRFB prescreve que os direitos essenciais são garantidos pela Constituição e também pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile.

enfrentado nesse caso originou-se de uma questão interpretativa. A Suprema Corte chilena, adotando a distinção teórica entre direitos humanos ligados à dignidade da pessoa humana e direitos humanos de meio, deu preferência ao direito à honra em detrimento do direito à liberdade de expressão.³² Em razão das características da obra cinematográfica e do perfil social chileno, o tribunal considerou que a divulgação e reprodução do filme afetaria a honra e crença dos crentes e demais pessoas que consideram como seu o modelo de vida cristão.

É importante pontuar que, em 14 de abril de 1997, o Presidente da República do Chile apresentou um projeto de reforma constitucional visando alterar o artigo 19, inciso 12 da Carta Política do país e, assim, eliminar a possibilidade de censura cinematográfica e substituí-la por um sistema favorável à livre criação artística. Contudo, até a data da condenação do Chile pela Corte IDH, a reforma ainda não havia sido aprovada.

Ao analisar esse caso, a Corte interamericana define o âmbito protetivo do direito à liberdade de expressão de forma simples, respaldado, principalmente, pela literalidade do que dispõe o artigo 13 e seus respectivos incisos da Convenção americana, o que implica a noção tradicional de que os indivíduos possuem direito de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza. Implica, também, a impossibilidade de realizar censura prévia, com exceção se for para a proteção moral da infância e da adolescência.³³

Avançando, a Corte identifica que a proteção se manifesta tanto em uma dimensão individual como em uma social, ambas de igual importância e com dever de garantia simultâneo. A primeira se traduz não somente a respeito da impossibilidade de o indivíduo ser arbitrariamente impedido ou prejudicado de manifestar o próprio pensamento, como significa também o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e promovê-lo ao máximo.³⁴

A segunda dimensão é representada pela figura do

intercâmbio de ideias e informações entre as pessoas, abrangendo o direito de todas a conhecer opiniões, relatos e notícias. A Corte considera essa dimensão essencial para o cidadão e desenvolvimento da democracia, condição essencial para que a população esteja bem informada, qualificando, inclusive a liberdade de expressão como a “pedra angular de uma sociedade democrática”.³⁵

A Corte interamericana ainda transcreve um trecho do caso *Handyside v. UK* que, como já visto, é um importante precedente do Tribunal de Estrasburgo na seara da liberdade de expressão. Conforme salientado, o precedente europeu estabelece que o sentido da liberdade de expressão abrange ideias que choquem, inquietam ou até mesmo ofendem o Estado ou uma fração qualquer da população, reafirmando, também, tratar-se de um direito essencial à democracia além de vincular a necessidade de que quaisquer proibições no âmbito da liberdade devem passar pelo teste da proporcionalidade. Embora a Corte tenha invocado esse precedente, ela não demonstra a ligação direta dele com o caso em julgamento e nem se vale da proporcionalidade para decidir.

Determinante para a resolução do caso foi a proibição da censura prévia na Convenção. A Corte reafirma que, com exceção da censura realizada para proteção da infância e adolescência, os demais casos de medida preventiva implicam prejuízo à liberdade de expressão.³⁶

Em relação ao direito de liberdade religiosa, a Corte decidiu não ter ocorrido qualquer violação, uma vez que sua proteção estaria vinculada à possibilidade de as pessoas professarem, conversarem e divulgarem suas crenças religiosas. Sendo assim, a censura em nada restringiu esse direito.³⁷ Se as questões de mérito foram resolvidas de forma relativamente simples, o mesmo não se pode dizer da consequência estabelecida em face da violação.

A consequência da violação do artigo 13 da Convenção foi determinada com base nos seus artigos 1.1, 2, e 63.1. Ao manter a previsão da possibilidade de censura prévia de obras cinematográficas, a Corte considerou

³² Constatação feita por Francisco Cumplido na condição de perito especialista em Direito Constitucional e Político (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001, p.70-71).

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001.p.76-77.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 65.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 68.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 70.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. p.79.

que o Estado está desobedecendo o dever de adequar suas disposições internas ao que prescreve a Convenção.³⁸ Portanto, o Estado chileno deve “modificar seu ordenamento jurídico com o fim de suprimir a censura prévia”³⁹. Por outro lado, a sentença, *per se*, foi considerada uma forma de reparação e satisfação moral para as vítimas.⁴⁰ Dessa maneira, a Corte interpretou as modalidades de reparações previstas no art. 63 de forma muito extensiva e criativa em relação aos parâmetros reconhecidos pelo direito internacional, interferindo em uma área tradicionalmente reservada não somente ao legislador nacional, mas também ao Poder Constituinte.⁴¹

Portanto, a caso não é paradigmático, apenas, por ser referência interamericana sobre liberdade de expressão,⁴² mas, principalmente, por significar um avanço jurisprudencial ainda maior na abordagem decisória da Corte, admitindo que mesmo normas constitucionais originárias estão sujeitas ao seu juízo, e que o Estado possui pouca liberdade de atuação na seara dos direitos humanos, devendo se conformar totalmente ao sentido e extensão dos direitos nos moldes ditados pela Corte.⁴³

3 As causas das diferenças decisórias entre as jurisdições regionais

A compreensão e explicação do caminho percorrido entre os textos normativos e a sentença judicial é um

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafos 88 e 89.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 97. Nos “pontos resolutivos” da sentença (p.84) a Corte reitera que o Chile “deve” modificar seu ordenamento jurídico interno.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 99.

⁴¹ MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 12, p. 665-695, 2012. p. 685-688.

⁴² Embora o caso não versasse diretamente sobre a liberdade de expressão, a primeira vez que a Corte se pronunciou sobre esse direito foi no caso *Blake vs. Guatemala* de 1998. No entanto, em OC’s a questão já havia sido diretamente enfrentada (cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. OC-5/85. Emitida em: 13/11/1985. Parágrafo.30. A Opinião versava sobre o Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas).

⁴³ O voto concordante no caso do juiz e, na época, Presidente da Corte, Antônio Augusto Cançado Trindade é bastante ilustrativo dessa posição. Para ele, em suma, arranjos domésticos entre os direitos humanos, mesmo que feitos pelo tribunal constitucional do Estado, são totalmente irrelevantes aos olhos da Corte interamericana.

dos maiores desafios apresentado às teorias jurídicas. O obstáculo é ainda maior quando se trata de normas veiculadoras de direitos humanos em razão das peculiaridades inerentes a essa espécie normativa, como o seu alto grau de abstração, de sua construção histórica complexa e da carga valorativa acentuada que as acompanham.⁴⁴ Em face dessas dificuldades, muitos juristas e cientistas sociais buscam operar e relacionar instrumentos dogmáticos com aspectos teóricos dessa categoria normativa, o que, historicamente, implicou a elaboração de uma considerável quantidade de teorias dos direitos fundamentais.⁴⁵ Isso, por si só, já demonstra a complexidade da matéria e a razão pela qual mesmo, em situações semelhantes, os dois tribunais regionais chegaram a resultados distintos. Embora a discussão não seja o objeto específico do trabalho, alguns pontos que motivaram essa diferença precisam ser sucintamente apontados devido à relação que estabelecem com o problema explorado nessa pesquisa.

Os textos convencionais que compõem as normas internacionais de direitos humanos não possuem a mesma redação, o que implica um âmbito de proteção distinto para cada direito e liberdade em espécie, mesmo que a carga axiológica que eles representem seja a mesma (liberdade de expressão, por exemplo). Na Carta europeia, as restrições previstas a cada direito, geralmente contido no parágrafo segundo do respectivo artigo, são diferentes em número e em conteúdo das restrições previstas na Convenção americana. Em relação aos casos analisados e à liberdade de expressão, o art. 13/2 expressamente proíbe a censura prévia, enquanto o

⁴⁴ Sobre as características das normas veiculadoras de direitos humanos e fundamentais e das dificuldades técnicas delas decorrentes, ver: BÖCKENFÖRDE, E.W. Fundamental rights: theory and interpretation. In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (org.). *Constitutional and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 266-269. Explicando que as normas de direitos fundamentais não são estruturadas na formulação clássica “se... então...” e, portanto, sua operacionalização é muito dependente de pressupostos relativos à sua função e quanto aos modos, extensão, direção e intensidade de seu efeito, conferir: GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany, *ICON*, v. 13, n. 1, p. 9-29, 2015. p.16-18.

⁴⁵ Tradicionalmente, o trabalho com os direitos humanos e fundamentais era seara do direito constitucional. Assim, na atuação dos tribunais constitucionais, é possível identificar ao menos seis teorias. Sobre as teorias dos direitos fundamentais e algumas de suas relações com a dogmática jurídica, ver: MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 7-43 e BÖCKENFÖRDE, E.W. Fundamental rights: theory and interpretation. In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (org.). *Constitutional and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 266-290.

art. 10/1 da Convenção europeia previu, literalmente, a faculdade de os Estados submeterem as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de “autorização prévia”.⁴⁶

Frente às circunstâncias fáticas específicas dos casos, essa diferença de redação entre os dois documentos já é um fator relevante que pode justificar resultados diferentes para a resolução dos litígios.⁴⁷ Como visto, um argumento fundamental para a decisão da Corte interamericana no caso da “Última Tentação de Cristo” foi exatamente a literalidade do que dispunha a norma no sentido de vedar qualquer censura prévia a obras cinematográficas, estabelecendo, como única exceção possível, a proteção moral da infância e da adolescência. Esse fator textual também coloca um ônus argumentativo considerável para aqueles que defendem uma universalidade de reconhecimento e concretização dos direitos humanos.

Além do fator textual, a maneira que os tribunais interpretam as restrições permitidas pelos tratados e convenções também é um fator jurídico-dogmático decisivo para a identificação da extensão de determinado direito humano. Na metodologia de aplicação dos direitos humanos e fundamentais, a maioria dos tribunais do mundo, competentes para dirimir litígios dessa natureza, aceitam certas limitações e interferências aos direitos e liberdades desde que seja para buscar um objetivo legítimo, o qual pode ser identificado na intenção de proteger outro direito fundamental ou interesse de mesma envergadura normativa, como algum objetivo ou interesse constitucionalmente — ou convencionalmente — protegido. E, para isso, se utiliza a proporcionalidade.⁴⁸

⁴⁶ Considerações sobre como as diferenças de redação entre os tratados de direitos humanos na América e na Europa implicam âmbitos de proteção distintos é feita por Clemerson em seu estudo comparativo entre os dois sistemas regionais: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 39-78.

⁴⁷ É possível considerar como uma peculiaridade circunstancial diferenciadora dos casos e, conseqüentemente, do tratamento jurídico atribuído a cada um o fato de que, enquanto o caso chileno envolvia um evento considerado expressamente censura prévia, o caso austríaco pode ser interpretado como uma sanção posterior a exibição do filme. No entanto, como descrito neste trabalho, as exhibições no filme não ocorreram pela associação austríaca em razão da possibilidade de sanção estatal, o que na prática configura os efeitos de uma censura prévia.

⁴⁸ A identificação da utilização da proporcionalidade como meio de interpretar as limitações aos direitos fundamentais em um número considerável de jurisdições do planeta é realizada na obra: BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford Univer-

Sobre isso, existem dois pontos que merecem breves considerações.

Primeiro, a opção pela utilização da proporcionalidade nem sempre ocorre. No caso “A Última Tentação”, a Corte interamericana nem menciona a técnica, muito embora invoque um precedente europeu sobre liberdade de expressão (*Handyside v. UK*) em que existe o reconhecimento da necessidade de se aplicar a proporcionalidade como forma de aferir a validade da limitação estatal. Diferente foi o caso europeu, no qual o Tribunal de Estrasburgo reconheceu a interferência austríaca na liberdade, mas aferiu sua intensidade por meio da proporcionalidade, o que gerou resultados diferentes. Um segundo problema refere-se aos próprios contornos que a proporcionalidade assume possuem diferenças substanciais nas mais diversas jurisdições constitucionais, o que gera resultados práticos distintos. Um exemplo é o fato que determinadas jurisdições reconhecem o terceiro teste — proporcionalidade em sentido estrito — como essencial para o regular funcionamento da técnica, enquanto outras dão preferência, apenas, para os demais, alegando, inclusive, que o terceiro teste seria um juízo valorativo de competência do poder legislativo.⁴⁹

Essas últimas considerações levam a uma outra constatação de extrema importância para reflexões envolvendo tribunais internacionais. No caso decidido pelo Tribunal europeu, a proporcionalidade foi empregada como instrumento para avaliar a existência de uma “margem de apreciação” das autoridades austríacas em decidir sobre conflitos envolvendo direitos humanos consagrados na Carta europeia. O respeito do Tribunal pelas decisões nacionais sobre restrições aos direitos humanos coloca um outro elemento na discussão que, a princípio, não está presente diretamente nas reflexões

sity Press, 2004. O autor realiza uma extensa análise jurisprudencial sobre diversos direitos fundamentais e, ao final, conclui que em todas as decisões judiciais a técnica que demonstra atender os requisitos da racionalidade e imparcialidade exigidos por um Estado de Direito na avaliação da interferência estatal nesses direitos é a proporcionalidade. Contudo, vale pontuar que, para atingir os fins mencionados, o autor não deixa claro como deveria ser entendida a proporcionalidade e seus contornos.

⁴⁹ Esse é o caso do Canadá. As diferenças no entendimento e aplicação da proporcionalidade entre o Tribunal Constitucional canadense e o alemão, onde a proporcionalidade surgiu, é curiosa. Para uma visão geral e comparativa nesse sentido, conferir a análise de: GRIMM, Dieter. Proportionality in canadian and german constitutional jurisprudence. *Toronto Law Journal*, v. 57., n. 2, p. 383-397, 2007.

de mesma natureza feitas no âmbito constitucional, qual seja, o grau de discricionariedade nacional e a respectivo deferência internacional na avaliação das interferências aos direitos humanos. Esse elemento é fundamental, pois diferencia, substancialmente, a atuação das cortes interamericana e europeia, estando também relacionado com a legitimidade dessas instituições. É o que será problematizado no restante do trabalho.

4 A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos: universalismo, ativismo e supranacionalismo

Muito embora a Corte interamericana tenha iniciado suas atividades mais tardiamente em comparação a outros órgãos internacionais de mesma natureza,⁵⁰ não demorou para que sua jurisprudência tomasse rumos inovadores em diversos sentidos, sendo considerada “criativa”, “avant-garde” e até mesmo “legalmente não conformista”.⁵¹ Possivelmente o que motiva essa notória peculiaridade da instituição é sua tentativa de garantir um progresso dos direitos humanos por meio de uma leitura universalista. Embora essa busca seja louvável em muitos casos, os métodos e instrumentos que ela utiliza para galgar esse caminho geram problemas e podem causar efeitos contrários aos pretendidos. Sendo assim, após a ilustração dessa maneira particular em entender os direitos humanos, sua operacionalização pela instituição será problematizada em três pontos: a importação de precedentes, decisões *contra legem*, e principalmente o grau de deferência para com a atuação dos atores estatais.

A abordagem universalista dos direitos humanos é realizada pela Corte por meio de opiniões consultivas ou através da fundamentação de seus julgamentos, sendo observada em diferentes aspectos.⁵² A Corte já de-

monstra essa forma de atuação logo no início de seu funcionamento, como se verifica com a Opinião Consultiva nº 1/84. Na ocasião, na qual o Peru indagava como deveria ser interpretada a expressão “outros tratados” presente no art. 64 da Convenção, a Corte afirmou identificar em diversos dispositivos “uma tendência a integrar o sistema regional e o sistema universal de proteção dos direitos humanos”.⁵³ A leitura universalista é expressamente ilustrada pela própria Corte nos seguintes termos:

a unidade de natureza do ser humano e o caráter universal dos direitos e liberdades que merecem garantia estão na base de todo regime de proteção internacional. De modo que resultaria impróprio fazer distinções sobre a aplicabilidade do sistema de proteção, segundo as obrigações internacionais contraídas pelos Estados origem-se ou não de uma fonte regional. Por isso, reclama-se a existência de certos padrões mínimos nesta matéria. O Preâmbulo do Acordo de San José ampara inequivocamente esta ideia, quando reconhece que os direitos essenciais do homem “têm como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional de natureza convencional.”⁵⁴

A referência a fontes externas ao sistema interamericano, principalmente a noções vagas e abstratas, para justificar uma leitura universalista, é mais recorrente nas opiniões consultivas, mas é também verificada nos casos contenciosos, embora ocorra de maneira mais “casual e menos regular”.⁵⁵ O apelo, por exemplo, a princípios como “consciência jurídica universal” e “leis da humanidade” para fundamentação das decisões é comum nos votos do ex-juiz Cançado Trindade, que exerceu forte influência na Corte durante o exercício do cargo.⁵⁶

Com base nessa abordagem específica sobre os direitos humanos e procurando também corresponder a determinadas reivindicações sociais, muitas vezes, a atuação da Corte ocorre de forma criativa e fora dos limites normativos determinado pela Convenção. A instituição constrói, assim, o fundamento de suas decisões

⁵⁰ As atividades do Tribunal europeu tiveram início na década de 60, enquanto que as da Corte interamericana apenas na década de 80.

⁵¹ HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism, *Quebec Journal of international Law*, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011. p. 60.

⁵² Hennebel, em extensa análise das manifestações da Corte, identifica cinco aspectos que remetem a uma abordagem universalista dos direitos humanos: constitucionalização, individualização, criminalização, humanização e moralização. Cf. HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism, *Quebec Journal of international Law*, n. 57, special edition, p.

57-97, 2011.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº. 1/82*. Emitida em 24/09/1982, parágrafo 41.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº. 1/82*. Emitida em 24/09/1982, parágrafo 40.

⁵⁵ HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism, *Quebec Journal of international Law*, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011. p.93.

⁵⁶ Como exemplo, conferir seu voto concordante no caso: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Barrios Altos v. Peru*. Julgado em: 14/03/2001.

com base em fontes externas ao sistema regional como: costumes internacionais, princípios metajurídicos, outros tratados ou documentos internacionais, bem como em precedentes de outros órgãos internacionais.⁵⁷ Contudo, o uso dessa metodologia apresenta alguns perigos e, por essa razão, esta deve ser utilizada com cautela.

Um dos objetivos - e possíveis vantagens - da criação de sistemas regionais de proteção consiste justamente na busca por maior eficiência de seus órgãos e diretrizes, pois tais sistemas são construídos por Estados com uma realidade sociopolítica e cultural semelhante. Os tratados aprovados nesse contexto expressam um consenso entre os países que os aprovaram e, portanto, devem ser interpretados considerando as realidades da região.⁵⁸ Isso facilita o cumprimento de deveres impostos, bem como a fiscalização pelos órgãos de supervisão.⁵⁹ A utilização de fontes externas ao sistema deve, portanto, se justificar em termos institucionais e consensuais, sob pena da decisão carecer de legitimidade entre os integrantes do sistema. É o que ocorre, no entanto, muitas vezes com a utilização dos precedentes de outros tribunais internacionais.

A jurisprudência de outros órgãos internacionais é um dos referenciais externos utilizado corriqueiramente pela Corte, especialmente os precedentes do Tribunal europeu. Um bom exemplo dessa tendência encontra-se no próprio caso europeu analisado neste trabalho. Como visto, o caso *Handyside v. U.K.* foi expressamente citado na fundamentação da sentença,⁶⁰ embora tenha ocorrido de forma descontextualizada e seletiva. Na linha do que já foi apresentado, isso é problemático. Ou-

tros órgãos e tribunais internacionais estão submetidos a diferentes regimes e contextos. Para que um entendimento seja importado para o sistema interamericano, é preciso que a realidade dos países e instituições que o compõe apresentem substrato para a incorporação. Em outras palavras, a importação de precedentes e interpretações sobre determinado direito não pode ocorrer de qualquer forma sob pena de ferir o consenso regional e carecer, por isso, de legitimidade. A Corte interamericana, no entanto, parece não estar atenta ou preocupada com questões dessa ordem.⁶¹ A utilização dos precedentes externos se mostra mais como um método persuasivo,⁶² reforçando o peso do “argumento de autoridade” utilizado na fundamentação de suas decisões.

Uma última observação sobre a importação de interpretações é pertinente. Assim como ocorre com os precedentes europeus, no caso *Comunidade Maimvana v. Suriname*, a Corte interamericana mencionou os “Princípios orientadores relativos aos deslocados internos” para fundamentar sua decisão. Na ocasião, foi estabelecido que diversas diretrizes desse documento devem “iluminar o alcance e conteúdo do Artigo 22 da Convenção no contexto do deslocamento forçado”.⁶³ Esse tipo de operação, dependendo de como for realizada, pode ocasionar uma conversão de global *soft law* em regional *hard law*.⁶⁴ É necessário, portanto, lembrar que as fontes do direito regional não necessariamente englobam todas as fontes do direito internacional. Um descumprimento do direito internacional global pode não significar uma violação do direito regional.⁶⁵

Outro ponto característico da jurisprudência da Corte é prolação de decisões contrárias, ou não respaldadas, aos instrumentos normativos do sistema interamericana-

⁵⁷ Esse *modus operandi* não é constatada apenas pela literatura especializada, sendo inclusive reconhecida pela própria Corte em algumas oportunidades. Ver, por exemplo: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Ituango Massacres v. Colombia*. Julgado em: 01/07/2006. Parágrafo 157.

⁵⁸ Sobre a relação dos objetivos e princípios constitutivos dos sistemas regionais e a promoção da legitimidade, salientando a importância da atividade interpretativa das instituições, embora a partir de uma abordagem teórica distinta da utilizada no trabalho, ver: MORAES, Janaína Gomes Garcia de; ALVARADO, Patricio. Game theory and the legitimacy of international adjudicative bodies. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 147-164, 2019.

⁵⁹ NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p.101-123, 2008. p.111.

⁶⁰ Ver também o Caso: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Lori Berenson-Mejía v. Peru*. Julgado em: 25/11/2004, parágrafos 159-161(direito à presunção de inocência), ocasião na qual a Corte utilizou o precedente para operacionalizar uma interpretação evolutiva.

⁶¹ É o que alertam alguns autores como Neumann: NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p.101-123, 2008. P. 109-111.

⁶² HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism, *Quebec Journal of international Law*, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011. p.94.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Maimvana v. Suriname*. Julgado em: 15/06/2005. Parágrafo 111.

⁶⁴ Alertando e problematizando esse risco: NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v.19, n. 1, p.101-123, 2008. p.111-116.

⁶⁵ Concluindo de forma semelhante: MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, vol. 12, p.665-695, 2012. p. 676.

no, como a Convenção. Um exemplo é a relativização da regra da irretroatividade das normas punitivas prevista no art. 9, a qual não encontra nenhuma exceção prevista no próprio documento que legitime essa operação.⁶⁶ No entanto, buscando possibilitar a investigação e punição dos agentes responsáveis por crimes internacionais, a Corte proibiu os Estados de invocar a irretroatividade quando envolver leis de anistia.⁶⁷ Algo semelhante também correu com as garantias de indivíduos não serem julgados mais de uma vez pelos mesmos fatos (*ne bis in idem*)⁶⁸ e da duração razoável do processo.⁶⁹ Esse tipo de operação é criticável de diversas formas, mas é especialmente perigosa para o regular funcionamento de um sistema baseado no consenso,⁷⁰ podendo explicar a falta de implementação e eficácia de algumas decisões.⁷¹

Além dessas questões, um ponto certamente crucial para entender a relação entre a atuação da Corte interamericana e a efetividade de suas decisões consiste no grau de deferência para com a participação dos Estados na interpretação e aplicação dos direitos humanos. Isso envolve dois pontos inter-relacionados a respeito do entendimento da Corte sobre suas próprias prerrogativas

⁶⁶ O artigo 9 da Convenção diz que ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável, tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito.

⁶⁷ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Julgado em 26/09/2006, parágrafo 151; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La Cantuta v. Peru*. Julgado em: 29/11/2006, parágrafo 226.

⁶⁸ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Julgado em 26/09/2006, parágrafo 154, em que entende, expressamente, não se tratar de um direito absoluto, embora a própria Convenção não estabeleça exceções ao direito.

⁶⁹ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La Cantuta v. Peru*. Julgado em: 29/11/2006, parágrafo 149, afirmando que o “dever do Estado de atender plenamente às exigências da justiça prevalece sobre a garantia do prazo razoável”.

⁷⁰ Uma análise completa dos problemas em decidir, de forma contrária ou não, respaldada nos documentos normativos, especialmente no caso da Corte interamericana, é feita por: MALARINO, Ezequiel. *Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights*. *International Criminal Law Review*, vol. 12, p.665-695, 2012. p.668-680.

⁷¹ Nesse sentido, estabelecendo a relação entre o comando da Corte, a legitimidade e, conseqüentemente, a eficácia, tomando como base os sistemas de justiça nacional e caso do reconhecimento do dever de investigar e punir certos fatos, conferir: HUNEEUS, Alexandra Valeria. *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human*. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011. p. 116-140.

e sobre a finalidade do sistema interamericano: a interpretação expansiva das modalidades de reparações e a noção de controle de convencionalidade.

A Convenção americana dispõe sobre as diretrizes gerais que regulam o funcionamento da Corte, disciplinando, inclusive, suas prerrogativas nos casos de violações. O artigo 63 determina que, constatando uma violação aos direitos assegurados, a Corte assegure o respectivo gozo, proceda a reparação, bem como a compensação. Embora o texto seja muito vago, é certo que a própria redação e a existência desse dispositivo indicam que suas prerrogativas não são ilimitadas.

A Corte, no entanto, geralmente, requer dos Estados a adoção de medidas tradicionalmente de competência dos poderes nacionais. São ordenadas revogações e alterações legislativas, a revisão de decisões que já tiveram um julgamento final e até mesmo a implementação de políticas públicas e alocações de recursos de determinada forma.⁷² Essa interpretação expansiva dos instrumentos de reparação e interferência em assuntos tipicamente nacionais é bem evidente no caso “Última Tentação de Cristo”, no qual, como visto, a Corte ordenou uma medida bem específica para cessar a violação: a modificação da Constituição chilena.

Nessa linha, o próximo passo para consolidar seu papel central na proteção dos direitos humanos e legitimar, normativamente, a interpretação expansiva de suas prerrogativas foi formalizar sua competência para tanto, o que foi feito com a criação de uma noção que tem a pretensão de ser um instrumento normativo e que, por meio de um paralelo direto com o controle de constitucionalidade e sua sistemática, se consolidou como controle de convencionalidade.⁷³ Na tradição da Corte interamericana, o termo somente é adotado formal-

⁷² Uma análise mais completa dessas interferências, avaliando também seus problemas, é feita por: MALARINO, Ezequiel. *Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights*. *International Criminal Law Review*, v. 12, p. 665-695, 2012. p. 685-695.

⁷³ Muito embora a própria noção desse termo possa ser questionada, pois o termo “controle” possui uma identificação semântica e técnica muito específica na ciência e dogmática jurídica, especialmente no Direito Constitucional. Contudo, essa não é a proposta que se pretende seguir. O importante para as reflexões desenvolvidas no trabalho é identificar o que esse termo significa na relação da Corte interamericana com os Estados.

mente no caso *Almonacid Arellano v. Chile*,⁷⁴ em 2006.⁷⁵ Como fruto de uma criação jurisprudencial, os contornos atuais do controle de convencionalidade são o resultado de sucessivas manifestações nos mais diversos casos, e nem sempre a essa evolução foi feita de forma sistemática e uniforme.⁷⁶

A existência de um controle normativo interamericano implica o reconhecimento da supremacia, e, muitas vezes, em um efeito direto das normas integrantes do sistema regional de proteção. A sobreposição do direito interamericano sobre o direito doméstico é condição essencial e elementar para o controle,⁷⁷ condicionando, assim, a validade de todas as normas estatais, inclusive as constitucionais, aos parâmetros convencionais interamericanos.⁷⁸ Enfim, essa modalidade de controle tem como efeito a imposição e consolidação da leitura da própria Corte sobre os direitos humanos, pois o juízo de convencionalidade também implica uma interpretação absolutista das normas que lhe servem de parâmetro, na medida em que a própria Corte se colocou na posição de “último intérprete da Convenção”.⁷⁹

O problema é que, para legitimar a possibilidade de exercício do controle de convencionalidade, a Corte precisava encontrar um fundamento adequado para tanto. Não sendo o caso de adentrar especificamente nessa discussão, é pertinente, no entanto, refletir, brevemente, sobre um dos argumentos utilizado pela Cor-

te e pelos demais defensores do dito controle, porque isso demonstra, mais uma vez, como normas externas ao sistema interamericano têm sido utilizadas de forma seletiva e acrítica, às vezes respaldada pela doutrina, pela jurisprudência da instituição.

Para concluir que os tratados internacionais possam servir como parâmetro de invalidação de normas internas, a Corte utiliza, dentre outros fundamentos, o Princípio Internacional do *pacta sunt servanda*, juntamente ao art. 27 Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (CVDI).⁸⁰ Contudo, esse dispositivo apenas positivava uma regra elementar de direito internacional público, segundo a qual os Estados se comprometem a cumprir o que foi pactuado e, por isso, não podem invocar, no âmbito internacional, as normas internas a pretexto de descumprir uma obrigação assumida. Ou seja, o dispositivo simplesmente diz que as obrigações devem ser cumpridas sob pena de responsabilização internacional, não determinando consequências normativas de validade para os ordenamentos jurídicos nacionais.⁸¹ Nos anais dos trabalhos preparatórios desta Convenção de Viena, está, por sua vez, registrada uma proposta que pretendia incluir um dispositivo no texto do documento no qual se atribuía prioridade às normas internacionais quando em confronto com regras locais. Mas essa proposta foi rejeitada.⁸² Isso não somente indica que essa fundamentação de tal modalidade de controle é incorreta, mas também que a importação realizada pela Corte é, nesse ponto, descontextualizada e, por isso, ilegítima.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Julgado em 26/09/2006.

⁷⁵ O termo já aparecia em votos separados do Juiz García Ramírez. Ver, dentre outros, o voto do juiz nos casos CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Julgado em: 25/11/2003 e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *López Álvarez v. Honduras*. Julgado em: 01/02/2006.

⁷⁶ Ver: MOREIRA. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Década de Decisões Assimétricas. In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV CBDI*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 251- 271.

⁷⁷ SAGÜÉS, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade, *Estudios constitucionales*, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 124.

⁷⁸ Uma vez que, como visto, a Corte adotada parâmetros externos ao sistema interamericano para fundamentar suas decisões, é possível que a validade das normas nacionais acabe ficando, de certa forma, condicionada às normas internacionais em sua totalidade.

⁷⁹ Avaliando algumas consequências dessa postura para o sistema interamericano e para interação com os tribunais locais: DULITZKY, Ariel. An inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the inter-American Court of human rights, *Texas international Law journal*, v. 50, issue 1, p. 47-93, 2015. p. 70-79.

⁸⁰ O art.27 obriga os Estados a cumprir os acordos internacionais com boa-fé e impedem que quaisquer deles invoque o direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Buscando justificar o controle de convencionalidade com esses argumentos, dentre muitos outros, ver: CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. *Revista de direito brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 18-39, mai./ago. 2017, p. 25; CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. *Revista de direito internacional*, v. 12, n. 2, Brasília, p. 341-354, 2015, p. 351.

⁸¹ Sobre a consequência de eventual descumprimento ser responsabilidade internacional, e não a definição da hierarquia dos tratados ou invalidação das normas nacionais, ver: DULITZKY, Ariel. An inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the inter-American Court of human rights, *Texas international Law journal*, v. 50, issue 1, p. 47-93, 2015. p. 63.

⁸² A análise dos anais e seus reflexos para a relação do direito internacional e interno é feita por: TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: Definitely an odd Couple. *University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA)*, v. 77, n. 2, p. 483-505, 2008. p. 489-491.

Diante desses dois últimos pontos, nota-se uma tendência da Corte em promover uma supranacionalização do sistema interamericano de direitos humanos, de forma semelhante ao que ocorre no continente europeu com o ordenamento jurídico da União Europeia.⁸³ Essa atitude é compreensível quando se considera a iniciativa da Corte em consolidar padrões de direitos humanos, especialmente quando pautados em leitura universalista, mesmo que os valores e práticas dos Estados membros sejam distintos. No entanto, é preciso ter bem claro que o contexto institucional e normativo em que a Corte interamericana opera não é comparável ao existente na União Europeia.⁸⁴

A comunidade europeia teve seus arranjos normativos e instituições desenvolvidas por meio de uma atuação política e intensa cooperação jurídica internacional dos Estados europeus buscando operacionalizar uma supranacionalização.⁸⁵ Nesse processo, a competência dos Estados soberanos para disciplinar algumas matérias foi transferida para as instituições europeias implicando um altíssimo nível de integração, de tal forma que, mesmo com a não aprovação de uma Constituição Europeia, muitos defendem a constitucionalização do ordenamento jurídico da União.⁸⁶ Nesse caso, para que direitos e deveres de muitos particulares (empresas e indivíduos) não ficassem desregulamentados esperando a atuação dos Estados nacionais, bem como para o sucesso da própria União e seus objetivos, é compreensível que certas normas internacionais europeias sejam dotadas de efeito direto.⁸⁷

No entanto, um processo de integração como o

instituidor da União Europeia não ocorreu na América Latina. No continente americano o processo mais próximo ao europeu é o Mercosul, mas, ainda assim, o nível de integração é muito menor, sendo tão considerável a diferença que juristas como José Gomes Canotilho reconhecem o “caráter menos cogente” de suas normas quando comparadas com as do direito europeu.⁸⁸

O paralelo da Corte interamericana, portanto, não é com o Tribunal de Justiça da União Europeia e o cenário no qual ele opera, mas sim o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Além disso, vale frisar que, mesmo diante de circunstâncias normativas e institucionais favoráveis, a União Europeia proporciona a atuação mais ativa de um tribunal internacional no exercício de interpretações mais criativas das normas (uma comunidade com grau mais elevado de integração), não existe um reconhecimento que o Tribunal de Justiça da União possa invalidar normas internas dos Estados,⁸⁹ como exige a doutrina do controle de convencionalidade. Ainda assim, a jurisprudência desse órgão europeu não passa incólume à fortes críticas, provocando algumas vezes reações dos próprios tribunais nacionais, quando atua de forma criativa.⁹⁰ Considerando-se esses pontos, é inviável que uma supranacionalização ocorra no continente americano, simplesmente, por meio da liderança de um tribunal como parece querer a Corte interamericana.

Diante do que foi exposto, é necessário considerar que, quando se trata de sistemas internacionais de direitos humanos, um ponto central para a respectiva construção e funcionamento é o consenso. É por meio concordância e uniformidade de opiniões sobre a necessidade de proteção mínima de certo catálogo de direitos em determinada localidade que os Estados se comprometem a atuar em conjunto e a se submeterem a certas condições, como a jurisdição internacional ou regional.

No continente americano, o consenso dos Estados sobre diretrizes mínimas na seara dos direitos humanos

⁸³ MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 12, p. 665-695, 2012. p.684.

⁸⁴ Considerando a impossibilidade dessa equiparação: DULITZKY, Ariel. An inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the inter-American Court of human rights. *Texas international Law journal*, v. 50, issue 1, p. 47-93, 2015. p. 59-60.

⁸⁵ Para um panorama histórico da evolução normativa da União Europeia, ver: MACHADO, Jónatas E.M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 9-29.

⁸⁶ ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Dimensão constitucional da integração europeia: o constitucionalismo de hierarquia inversa e os direitos fundamentais. In: *Integração e Cidadania Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸⁷ A inauguração da doutrina do efeito direto das normas comunitárias ocorreu no caso “*Van Gend en Loos*” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Caso *NV Algemene Transport— en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Administratie der Belastingen van de Provincie Noord-Brabant*, Julgado em: de 5 / 021963).

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Branços e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra: Almedina, 2008. p. 223.

⁸⁹ DULITZKY, Ariel. An inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the inter-American Court of human rights. *Texas international Law journal*, v. 50, issue 1, p. 47-93, 2015. p. 68.

⁹⁰ Para algumas críticas e análise da relação com os tribunais nacionais, ver: ARNULL, Anthony. Me and My Shadow: The European Court of Justice and the Disintegration of European Union Law. *Fordham Int'l L.J.*, n. 31, p. 1174-1211, 2007.

é materializado, essencialmente, pela Convenção Americana dos Direitos Humanos. É com base nos seus termos que a Corte interamericana deve, legitimamente, aferir se as condutas estatais violam essa categoria de direitos. No entanto, sua jurisprudência demonstra que na operacionalização da leitura universalista dos direitos humanos, não raras vezes, a Corte realiza “interpretações evolutivas” pautadas em importações seletivas de precedentes estrangeiros, ou mesmo contrárias à Convenção. E disso decorre que, ao atribuir pouco espaço de atuação para os atores estatais, especialmente os tribunais, ocorre um verdadeiro descompasso entre os fundamentos dos julgamentos da Corte e o consenso regional. Isso pode explicar um dos problemas de legitimidade e, conseqüentemente, também de efetividade que padecem muitas decisões da Corte.

5 Buscando aprimoramento do exercício jurisdicional: propostas de reformulação ao modelo interamericano

Se, na atuação de um tribunal internacional, especialmente nos competentes para conhecimento de violações aos direitos humanos, a sua vinculação ao consenso do sistema no qual ele está integrado é importante para a preservação de sua legitimidade e, possivelmente, para a eficácia de suas decisões. Então, repensar a atuação da Corte interamericana, especialmente na forma em que dialoga com os Estados, é imprescindível não somente para o fortalecimento de sua autoridade como também da proteção dos direitos humanos na América. Mas qual caminho trilhar para melhorar o diálogo da Corte com os Estados americanos? A reflexão, por certo ainda inicial, sobre propostas alternativas será tarefa deste último capítulo.

5.1 A doutrina da margem de apreciação

A possibilidade de uma alternativa pode ser explorada por meio da análise do conceito e pressupostos subjacentes à margem de apreciação reconhecida pelo Tribunal europeu no caso analisado. A aceitação de certo espaço de atuação dos Estados para aplicação e promoção dos direitos humanos não é uma linha decisória do Tribunal restrita apenas a questões envolvendo a liber-

dade de expressão. A Corte de Estrasburgo já delegou certa margem de apreciação estatal nos mais diversos casos envolvendo os direitos e liberdades fundamentais,⁹¹ como também em casos de derrogações das obrigações pactuadas com fundamento no art. 15 da Carta europeia (previsão convencional dessas derrogações)⁹² e em casos envolvendo o Princípio da Não Discriminação previsto no art. 14 do mesmo diploma.⁹³ Portanto, essa lógica está presente nos mais diversos eixos temáticos disciplinados pela Carta europeia em que o Tribunal europeu é chamado a se manifestar.

Essa postura de deferência para com os Estados reiterada da jurisprudência do Tribunal europeu ficou conhecida como “doutrina da margem de apreciação” e, assim, pode ser definida como “uma latitude que um governo desfruta ao avaliar situações factuais e ao aplicar as disposições enumeradas em tratados internacionais de direitos humanos”.⁹⁴ Assim, a doutrina se fundamenta no postulado da subsidiariedade dos mecanismos internacionais, reconhecendo que o judiciário e autoridades locais estão melhor posicionados para avaliar as complexidades que envolvem um conflito de direitos humanos. É uma tentativa de conciliar certo respeito pela soberania e boa-fé dos Estados com a uniformização da Carta. O Tribunal europeu, portanto, não deixa de reconhecer que, para uma efetiva proteção dos direitos humanos, deve existir certa uniformidade de interpretação, mas a instituição procura dividir com os Estados a competência para construir o significado e estabelecer a abrangência que cada direito e liberdade

⁹¹ Para um exemplo, dentre inúmeros, distinto da liberdade de expressão, dessa vez envolvendo direitos dos transexuais, conferir: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Cossey v Reino Unido*. 27/09/1990, parágrafo 40. Exemplo em que implicitamente é aplicada ao direito à educação: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Belgian Linguistic Case*. Julgado em: 23/07/1968, parágrafos 5 e 10.

⁹² Analisando a margem de apreciação estatal em relação a derrogações, mas considerando a interferência estatal arbitrária: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Aksoy v Turquia*. Julgado em: 18/12/1996. Envolvendo um tema parecido, mas dessa vez reconhecendo a margem de apreciação do Estado: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Branigan e McBride v Reino Unido*. Julgado em: 25/05/1993, parágrafo 51.

⁹³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Frette v França*. Julgado de: 26/02/2002, mais precisamente o parágrafo 36. O caso versava sobre a questão da não discriminação em razão da orientação sexual em caso de adoção de crianças e o reconhecimento de áreas sociais em transição.

⁹⁴ TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002. p. 2.

fundamental deve ter.

De uma perspectiva ampla, a origem do conceito pode ser identificada tanto nas decisões do Conselho de Estado francês como em diversas decisões proferidas no âmbito do direito administrativo de sistemas de civil law.⁹⁵ Mas, no campo internacional, suas primeiras aparições ocorreram em manifestações da Comissão europeia,⁹⁶ sendo, pela primeira vez, explicitamente adotada pelo Tribunal em 1978, no caso *Ireland v. UK*.⁹⁷ Na esteira de consolidação e evolução da doutrina, um importante marco ocorreu no caso *Handyside v. UK*, no qual a Corte europeia entendeu ser difícil determinar um denominador comum europeu em certas áreas. Na ocasião, ficou estabelecido que era melhor não impor um determinado sentido a conceitos ou noções envolvendo os direitos humanos, bem como suas restrições, quando não exista um consenso cultural europeu sobre seu exato significado, como, à época, era a ideia de “moralidade pública”.⁹⁸

No entanto, o reconhecimento da “margem de apreciação” não significa um “cheque em branco” para os Estados, os quais podem atuar com total discricionariedade. Além de uma avaliação rigorosa das peculiaridades de cada caso e de cada direito envolvido, a Corte europeia exige que a interferência estatal no respectivo direito seja condicionada aos critérios da proporcionalidade. Como foi feito no caso analisado, o Tribunal de Estrasburgo, primeiramente, identifica se ocorreu uma limitação ao direito ou liberdade prevista na Carta.

⁹⁵ TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002. p.3.

⁹⁶ COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. *Greece v. UK*. (nº176/56). Decidido em: 02/06/1956. Defendendo essa posição: TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002. p.5.

⁹⁷ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Irlanda v Reino Unido*. Estrasburgo, 1978, menção especificamente no parágrafo 207. Para a defesa de uma origem diferenciada da doutrina, com raízes no território germânico e posterior incorporação pelo Tribunal europeu em um diferente precedente, ver: SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v.15, n. 2, p. 325-337, 2018. p. 327-328.

⁹⁸ Para uma constatação nesse sentido, conferir: BAKIRCIOGLU, Onder. *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*. *German Law Journal*, v.8, n.7, 2007. p.716.

Posteriormente, avalia se essa interferência foi feita devidamente por meio de uma lei almejando um escopo legítimo, e, por fim, analisa a necessidade (dentre as medidas possíveis, a exigência de adotar a menos onerosa ao direito protegido) e a proporcionalidade em sentido estrito do ato estatal (ponderação ou balanceamento dos interesses individuais frente as vantagens sociais no caso concreto).

Portanto, na jurisprudência do Tribunal europeu, a proporcionalidade e a margem de apreciação são duas faces de uma mesma moeda: o teste deve ser caracterizado como um instrumento de “correção e restrição” da margem atribuída aos Estados.⁹⁹ Além da proporcionalidade, o Estado é mantido em regular monitoramento para averiguar se as autoridades nacionais estão exercitando sua amplitude de discricionariedade de acordo com a boa-fé e o espírito normativo da Convenção.¹⁰⁰ Sendo assim, por depender das circunstâncias fáticas e peculiaridades de cada caso, assim como ocorre com a aplicação da proporcionalidade, o reconhecimento da margem de apreciação, muitas vezes, levanta críticas.¹⁰¹

A aplicação dessa doutrina também depende largamente do consenso regional sobre os parâmetros envolvidos.¹⁰² Por isso, como ocorreu no caso *Preminger-Institut v. Austria*, em relação ao significado e importância da religião em cada cultura e sociedade, em determinado momento, uma margem de apreciação pode ser reconhecida por não existir parâmetros europeus sólidos sobre a questão, ao passo que, em casos futuros, a discricionariedade estatal venha ser afastada por ter formado um consenso regional sobre a matéria. A identificação

⁹⁹ TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002. p. 14.

¹⁰⁰ BAKIRCIOGLU, Onder. *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*. *German Law Journal*, v. 8, n. 7, 2007. p. 718.

¹⁰¹ Vale considerar que o rigor em que a proporcionalidade é aplicada pela Corte é objeto de críticas, ainda mais considerando a dificuldade dogmática atual das jurisdições competentes para o conhecimento de litígios envolvendo os direitos fundamentais em estabelecer parâmetros e contornos sólidos sobre a técnica. A título exemplificativo das críticas dirigidas a Corte de Estrasburgo em relação a proporcionalidade, tomando como base o caso analisado no trabalho, *Otto Preminger Institute v Áustria*, ver: KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional Structure of proportionality*. Oxford: University Press, 2012. p. 149-165.

¹⁰² CONTRERAS, Pablo. *National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights*. *Northwestern journal of international human rights*, v. 11, n. 28, p. 28-82, 2012. p. 43.

do consenso geralmente ocorre por meio das manifestações das cortes constitucionais sobre as matérias.

Em razão do número de decisões em que a doutrina da margem é aplicada e da sua relação com o consenso regional, a literatura jurídica tem desempenhado esforços para sistematizar a clarificar a aplicação da margem de apreciação. Com base no critério sobre o nível de discricionariedade estatal para imposição de restrições aos direitos e para intensidade de supervisão internacional, é possível classificar a aplicação da doutrina em círculos concêntricos.¹⁰³ O círculo interno compreende os casos em que o Tribunal considerou que os direitos são tão básicos e essenciais para o sistema de proteção que quase nenhuma restrição é permitida e, assim, a supervisão internacional é intensa, aplicando rigorosamente a proporcionalidade. Nessa hipótese, a discricionariedade nacional é extremamente reduzida, muitas vezes, nem existindo menção à doutrina da margem de apreciação. É o caso de violações à vedação da tortura e do tratamento degradante, o que já foi decidido em precedentes envolvendo extradições.¹⁰⁴

O círculo externo inclui os casos em que a Corte concedeu grande latitude para apreciação interna e exerceu supervisão internacional limitada. É o que ocorre com os direitos de propriedade. Por fim, o círculo intermediário é aquele em que existe um nível intermediário de deferência internacional e, portanto, a margem de apreciação desempenha considerável papel. Os casos envolvendo liberdade de expressão e discursos de ódio, bem como a liberdade de religião estão enquadradas nesse círculo. Nesses casos intermediários, a evolução do consenso regional desempenha um papel fundamental para a aplicação da doutrina.¹⁰⁵

¹⁰³ CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights. *Northwestern journal of international human rights*, v. 11, n. 28, p. 28-82, 2012. p. 44.

¹⁰⁴ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Soering v. Reino Unido*. Julgado em: 07/07/1989, parágrafos 81, 88 e 91. O Tribunal considerou que a extradição de um indivíduo para um país onde há “fortes convicções” para acreditar que esse indivíduo enfrenta um “risco real” de sofrer o “fenômeno do corredor da morte” constitui uma violação da proibição de tratamento desumano e degradante. Nesse caso, o direito não contém exceções e nenhuma derrogação é permitida.

¹⁰⁵ CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights. *Northwestern journal of international human rights*, v. 11, n. 28, p. 28-82, 2012. p. 50-54.

A jurisprudência do Tribunal, guiada pela construção jurídico-dogmática da doutrina da margem de apreciação, tem demonstrado ser uma postura de autocontenção (*self-restraint*) da instituição que, embora passível de críticas, é responsável por decisões muito eficazes para um tribunal internacional. Em um continente com tradições e ordenamentos jurídicos muito diferentes, inclusive em relação à metodologia decisória adotada pelos tribunais, o Tribunal de Estrasburgo foi responsável, por exemplo, por difundir a utilização da proporcionalidade como um instrumento de controle de constitucionalidade para países nos quais a técnica era desconhecida, o que sinaliza um elevado grau de impacto e eficácia de suas decisões nos ordenamentos internos.¹⁰⁶ Sua jurisprudência acaba também sendo uma importante referência para as cortes constitucionais dos Estados membros, ampliando as respectivas autoridades.¹⁰⁷

Em contrapartida, os tribunais nacionais possuem um papel importante para a inauguração de interpretações evolutivas dos direitos previstos na Carta,¹⁰⁸ permitindo o Tribunal europeu, posteriormente, seguir os novos parâmetros desenvolvidos primeiramente pelos Estados. Além de abrir espaço para a possibilidade das cortes nacionais protagonizarem o desenvolvimento dos padrões de proteção, essa postura de maior deferência dos tribunais internacionais para com a autonomia democrática das nações não necessariamente significa um desestímulo aos atores nacionais da área a também dialogar com os parâmetros internacionais, pois, no continente europeu, os países e os profissionais ligados aos direitos humanos desempenham um grande esforço para realizar uma leitura dos ordenamentos nacionais em sincronia com o desenvolvimento internacional,

¹⁰⁶ Nesse sentido: SWEET, Alec Stone. On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, v. 80, p. 1-14, 2009. p. 5-7.

¹⁰⁷ É o que ocorre com países do leste europeu, como constata Sweet: “In the Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia, constitutional judges routinely invoke the Convention, and the Strasbourg Court’s jurisprudence, as authority, in order to enhance fundamental rights, and their own positions, in the national constitutional order” (SWEET, Alec Stone. On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, v. 80, p. 1-14, 2009. p. 8-9).

¹⁰⁸ Para uma análise sobre as interpretações evolutivas realizadas pelas cortes constitucionais dos Estados membros sob o abrigo da Carta europeia, bem como das relações estabelecidas sobre isso com o Tribunal, ver: BJORGE, Eirik. National supreme courts and the development of ECHR rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 1, p. 5–31, 2011.

principalmente no âmbito constitucional.¹⁰⁹

Enfim, respeitando o consenso regional e dialogando constantemente com os Estados para consolidação do sentido e extensão das normas de direitos humanos na Europa, o Tribunal tem desempenhado um papel importante para o processo de “fertilização constitucional cruzada” europeu.¹¹⁰ O Tribunal, inclusive, realiza uma profunda análise do direito interno dos Estados, principalmente dos precedentes de seus tribunais constitucionais, o que demonstra uma consciência por parte do Tribunal no sentido de que o respeito de suas decisões depende, em boa medida, de seu rigor argumentativo e da comunicação com os Estados, e não de uma postura impositiva.¹¹¹

5.2 A Corte interamericana como amplificador da jurisdição constitucional

Além da adoção da doutrina da margem de apreciação, um outro caminho possível para a Corte interamericana é o modelo proposto por Jorge Contesse ao considerar a instituição como um amplificador da justiça constitucional dos Estados.¹¹² Diante dos problemas

de legitimidade e eficácia das decisões da Corte interamericana, em um novo contexto social e político latino-americano, não mais imerso, nas palavras desse autor, em “ditaduras sanguinárias”, e de algumas inconsistências do controle de convencionalidade, Contesse propõe um modelo no qual a Corte não apenas estabelece aos Estados uma determinada interpretação das normas veiculadoras de direitos humanos e fundamentais, mas também segue as diretrizes e padrões que os tribunais desses Estados têm utilizado sobre esses direitos (uma abordagem “de baixo para cima”).

Para o autor, em vez de adotar uma jurisprudência totalizante e com “tendências absolutas”, a instituição poderia - e deveria - fazer um esforço para realizar uma conversa transnacional, servindo, portanto, como um “amplificador da justiça constitucional”. Para ilustrar sua ideia de diálogo, Contesse analisa dois casos da Corte interamericana e um caso da jurisdição constitucional do México. Para os objetivos desse trabalho, interessa a análise dos casos referentes a jurisdição interamericana. Os dois casos foram selecionados pelo autor com base em dois critérios: (i) envolveram convicções de países com regimes constitucionais robustos (Chile e Costa Rica) e (ii) apontaram novos contextos de direitos humanos que diferem dos casos de violações maciças e sistemáticas sobre as quais a Corte construiu sua jurisprudência.

O primeiro caso é *Atala Riffo v. Chile*¹¹³, o qual envolveu o direito à igualdade e a questão de orientação sexual. A Suprema Corte chilena estabeleceu a guarda das crianças para o pai a pretexto de que a mãe, Karen Atala, havia colocado os interesses pessoais dela em primeiro plano quando decidiu viver com uma outra mulher na casa em que as crianças cresceram. O argumento central da Suprema Corte chilena foi o efeito que a sexualidade da mãe exerceria sobre as crianças, na medida em que elas sofreriam discriminação social e perderiam o direito de crescer em uma família tradicional chilena. Para a resolução do caso, a Corte interamericana deu um passo no sentido de criar um tipo “genuíno de diálogo transnacional envolvendo comunicação bidirecional” em oposição a, apenas, uma decisão proferida unilateralmente pela instituição.¹¹⁴

¹⁰⁹ Elegendo Portugal como exemplo, uma tentativa de pontuar as linhas gerais de como o ordenamento lusitano foi, e está sendo modificado, seja pela via legislativa ou mesmo interpretativa, para se adequar aos ditames das normas comunitárias e internacionais, especialmente no âmbito dos direitos humano, é feita na seguinte obra em homenagem aos 40 anos da Constituição Portuguesa: CORREIA, Fernando Alves. Texto e Contexto da Constituição Portuguesa de 1976. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 3, n. 3, p. 1-17, 2016. Embora o texto seja muito sucinto e se concentre principalmente no impacto do direito constitucional da União Europeia sobre o português, ele busca esclarecer a comunidade jurídica da importância de considerar o contexto internacional na aplicação da Constituição, o que engloba o diálogo dos juízes constitucionais lusitanos com a jurisprudência do TEDH. É, em suma, uma obra ilustrativa dos mais diversos esforços acadêmicos e jurisprudenciais do país na comunicação com o direito internacional dos direitos humanos.

¹¹⁰ Esse termo identifica as constantes importações e exportações de entendimentos jurisprudenciais e teóricos entre as mais diversas jurisdições constitucionais, incluindo as Cortes internacionais que decidem matérias de natureza constitucional. Nesse sentido, para uma das análises pioneiras do fenômeno, conferir: SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003.

¹¹¹ Também considerando a tradição europeia e sua doutrina de deferência como uma alternativa, conferir: HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011. p. 136-138.

¹¹² CONTESSÉ, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017.

¹¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Atala Riffo and Daughters v. Chile*. Julgado em: 24/02/2012.

¹¹⁴ CONTESSÉ, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. p. 427.

Na ocasião, a própria Corte observou que o cenário social e político da América Latina havia mudado, impactando a maneira como o alcance dos direitos humanos deveria ser entendido. Foram mencionados os diferentes estilos de vida da atualidade e que as normas dos Estados devem ajudar a promover o progresso social; caso contrário, existiria um risco grave de legitimação e consolidação diferentes formas de discriminação que violam os direitos humanos. Além disso, a Corte interamericana citou, diretamente, desenvolvimentos constitucionais nos países latino-americanos como meio de embasar sua decisão, permitindo à “instituição seguir, mais do que liderar,” o avanço de uma nova jurisprudência sobre o problema.¹¹⁵ Foram levantadas decisões do Tribunal Constitucional da Colômbia e da Suprema Corte do México que se opuseram à forma como os homossexuais foram sistematicamente privados de seus direitos. Portanto, segundo o autor, a mensagem que se extrai desse julgado foi que a expansão da doutrina da igualdade decorreu, não apenas das noções universais de direitos, mas também das interpretações locais, pelos países que compreendem o sistema regional.

O outro caso, *Artavia Murillo v. Costa Rica*,¹¹⁶ envolveu questões relativas ao direito à vida e a prática da fertilização *in vitro*. A Suprema Corte da Costa Rica declarou inválido um ato do Executivo regulamentando as técnicas de fertilização assistida, pois o direito à vida deve ser protegido, conforme a Constituição costarricense e a Convenção americana, desde a concepção. No entanto, a Corte interamericana reconheceu que esse tipo de fertilização é compatível com a Convenção, o que foi feito através de três métodos interpretativos, dentre eles o da interpretação evolutiva. Para isso, embora a Corte não tenha citado decisões específicas das cortes constitucionais latino-americanas, foi reconhecido que a Costa Rica era o único país na região que proibia a fertilização *in vitro*. Conforme defende Contesse, essa forma de interação “efetivamente transforma a Corte em uma câmara de ressonância para a interpretação constitucional” e “mostra uma maior consideração para com a legitimidade democrática exigida por muitos Estados, e da qual a Corte e a Comissão interamericana deveriam tomar nota”.¹¹⁷

¹¹⁵ CONTESSE, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. p. 428.

¹¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Artavia Murillo e outros v. Costa Rica*. Julgado em: 28/11/2012.

¹¹⁷ CONTESSE, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue

Nessa linha, para o autor, em vez de se intrometer na tomada de decisões constitucionais a nível local, a Corte teria maior legitimidade, e suas decisões maior eficácia, se examinasse com mais cautela as distribuições estaduais de competência dos órgãos jurisdicionais e também convidasse os Estados a se envolverem em uma conversa sobre o sentido e extensão dos direitos humanos que desejam alcançar e proteger. A proposta de Contesse, portanto, é reconciliar a esfera nacional e internacional,¹¹⁸ reconhecendo a capacidade democrática das nações de regular seus próprios assuntos, ao passo que as normas internacionais de direitos humanos possuem o dever de orientar o comportamento dos Estados.¹¹⁹

Vale notar, contudo, que a proposta de Contesse não é algo muito diferente da forma de atuação do Tribunal europeu por meio da doutrina da margem de apreciação. Como visto, essa doutrina europeia possibilita um diálogo constante com os Estados e um respeito pelo consenso regional, pois uma interpretação evolutiva das normas de direitos humanos geralmente ocorre quando o Tribunal identifica a atuação pioneira das autoridades estatais, especialmente as cortes constitucionais, nessa direção.

6 As virtudes dos modelos alternativos: humildade e prudência

Diante do que foi exposto até aqui, é nítida a diferença metodológica e institucional no exercício da interpretação e aplicação das normas de direitos humanos nas jurisprudências da Corte interamericana e do Tribunal europeu. Ficou claro, também, que, nesse exercício, diferentemente da Corte interamericana, o Tribunal de Estrasburgo sistematicamente considera o sentido e extensão atribuídos pelos Estados-membros aos dispositivos da Carta, desenvolvendo o que se convencionou chamar de doutrina da margem de apreciação. No

and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. p. 430.

¹¹⁸ Semelhantemente, embora com recomendações um pouco distintas e dotadas de maior caráter político, ver: HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011. p. 144-149.

¹¹⁹ CONTESSE, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. p. 433-435.

entanto, o reconhecimento de uma certa margem de apreciação estatal na interpretação e aplicação dos dispositivos regionais de direitos humanos já ocorreu no contexto do sistema interamericano.

Na *Opinião Consultiva nº 4/84*,¹²⁰ a Corte precisou analisar a compatibilidade das propostas de Emenda Constitucional sobre nacionalidade da Costa Rica com os tratados de direitos humanos, o que envolveu os direitos à nacionalidade e à igualdade entre cônjuges costa-riquenhos. Na oportunidade a Corte afirmou estar “plenamente convencida da margem de apreciação que é reservada aos Estados para estabelecer os requisitos de aquisição da nacionalidade e determinar se estes foram satisfeitos”.¹²¹ Embora seu reconhecimento tenha ocorrido expressamente uma única vez,¹²² o fato não passou incólume de críticas doutrinárias.

É possível apontar quatro críticas a essa doutrina.¹²³ A primeira sustenta que o reconhecimento da margem de apreciação estatal em determinadas matérias implica uma aplicação não uniforme, relativista e subjetiva do direito internacional. Em segundo lugar, a margem e apreciação deixaria os indivíduos titulares dos direitos humanos em uma situação de vulnerabilidade. Em terceiro lugar, a doutrina também advogaria em favor da não obrigatoriedade e não vinculação nacional das normas internacionais. Por fim, a doutrina favoreceria

a soberania nas relações internacionais. O ponto em comum que fundamenta e justifica essas críticas é a necessidade de promover o universalismo dos direitos humanos em detrimento de qualquer multiculturalismo.

Contudo, uma defesa do universalismo pode ser perigosa e inapropriada em vários aspectos, especialmente no contexto dos sistemas regionais de proteção. Como visto, é uma marca da jurisprudência da Corte interamericana a tentativa de consolidar uma leitura universalista dos direitos humanos, mas na operacionalização dessa abordagem, por meio da interpretação e aplicação dos dispositivos da Convenção, ocorreram problemas normativos e dogmáticos que, no limite, comprometem a própria proteção dos direitos humanos, uma vez que as decisões da instituição acabam por carecer de legitimidade. Nesse sentido, ela parece ser inapropriada.

Para além dessa questão, a noção do universalismo tem se mostrado também perigosa do ponto de vista sociológico e filosófico, o que compromete a justificativa de sua incorporação no discurso jurídico. Há um bom tempo existem considerações sobre a possibilidade de os direitos humanos serem utilizados tanto como instrumento para justificar uma postura social e cultural emancipatória, protegendo a dignidade humana, como também de dominação e manutenção do *status quo*,¹²⁴ especialmente quando se reconhece que o universalismo é baseado em uma concepção ocidental dos direitos humanos e dignidade.¹²⁵

A atuação da Corte interamericana baseada na universalização do modelo ocidental, especialmente depois da criação do controle de convencionalidade, momento no qual se colocou também como o último interprete da Convenção, parece fechar o espaço para uma pluralidade de alternativas legítimas sobre o sentido e extensão das normas de direitos humanos. E, nesse sentido, certa literatura alerta que, ao defender um único sentido político como modelo correto para questões socialmente complexas, seja no nível nacional ou internacional, excluem a possibilidade de dissidência legítima e criam o terreno para o surgimento de formas violentas de an-

¹²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº 4/84*. San Jose, 11/01/1984.

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº 4/84*. San Jose, 11/01/1984, p. 16.

¹²² A literatura tem apontado, apenas, essa Opinião Consultiva como exemplo da aplicação expressa da doutrina pela Corte interamericana. Contudo, parece que uma situação semelhante ocorreu também na *Opinião Consultiva N. 07/86*, a qual tratou do direito de resposta. Poucos reconhecem a aplicação em casos contenciosos, elencando os casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* e *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Nesse sentido, conferir: SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, vol.15, nº 2, p.325-337, 2018, p.333-335. O problema desses casos e da impossibilidade de reconhecer a doutrina europeia com base neles consiste no fato de que a margem de apreciação é apenas mencionada, mas em todos a doutrina foi rechaçada. Os próprios autores reconhecem isso (p.337).

¹²³ Resumindo as principais críticas, bem como contestando a aplicação da doutrina pela Corte interamericana, por todos: CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, v.10, nº. 2, p. 262-279, 2013. De forma complementar, ver: SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v.16, n.5, p. 907-940, 2005, p.922-926.

¹²⁴ Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, n. 39, p. 105-124, 1997.

¹²⁵ Sobre as diferentes concepções e algumas de suas implicações jurídicas e filosóficas, ver: DONNELLY, Jack. Human rights and human dignity: an analytic critique of non-western conceptions of human rights, *The American Political Science Review*, v. 76, n. 2, p. 303-316, 1986.

tagonismos.¹²⁶ Nesse ponto, a doutrina da margem de apreciação se apresenta mais adequada, na medida em que possibilita o desenvolvimento de alternativas legítimas na implementação e promoção das diretrizes de direitos humanos, especialmente no contexto dos sistemas regionais de proteção.

Como já foi dito no início do trabalho, as normas veiculadoras de direitos humanos, especialmente no âmbito internacional, possuem uma estrutura peculiar e são dotadas de elevado grau de abstração e generalidade. Ao se considerar também as complexas relações sociais que essas normas buscam regular, os desafios interpretativos são enormes. Sendo assim, é importante refletir sobre a capacidade institucional dos tribunais internacionais e regionais em operacionalizar uma adequada avaliação das situações concretas, para, então, definir um sentido e extensão adequados para os dispositivos normativos e aplicá-los.¹²⁷

No caso da Corte Interamericana, os sete juízes que a compõem não parecem dispor de uma infraestrutura institucional excepcional para avaliar todas as peculiaridades política, culturais e sociais do continente de forma satisfatória. Nesse ponto, o apego à literalidade dos dispositivos da Convenção pode se mostrar como uma abordagem pouco adequada, por meio da qual juízes institucionalmente desamparados resolverem questões políticas e moralmente complexas.¹²⁸ Dessa forma, quando for necessária a utilização de uma interpretação evolutiva, que não esteja diretamente atrelada ao texto normativo, é uma questão de “humildade institucional” (para além da garantia de legitimidade) buscar considerar as interpretações realizadas pelos Estados. Isso é o cerne da ideia de margem de apreciação, pois, quando se trata de avaliar as peculiaridades nacionais e locais, as autoridades nacionais parecem estar em uma melhor posição para avaliar as circunstâncias materiais de aplicação da norma. Por isso, diante da ambivalência e complexidade inerentes aos direitos humanos,¹²⁹ a ado-

ção das alternativas propostas representa uma tomada de consciência das próprias limitações institucionais da Corte Interamericana em determinar um sentido e extensão que seja único e correto das normas da Convenção.¹³⁰

Além dessas dificuldades institucionais, o cenário político internacional é permeado por interesses difusos, muitas vezes conflitantes. Por isso, uma eventual constitucionalização de seus parâmetros, como pressupõe a noção do controle de convencionalidade, não é algo que abarcaria apenas a seara dos direitos humanos e interesses coletivos progressistas. Nesse sentido, refletindo sobre questões dessa natureza, Torrijo apresenta a seguinte preocupação em relação a constitucionalização do direito internacional e os interesses do capital global: “o ímpeto constitucional se aplica também ao direito econômico internacional, não apenas porque a propriedade deve ser considerada um direito humano, mas porque é uma oportunidade de transformar o livre mercado em um valor fundamental do qual nenhuma derrogação é possível sem arriscar a proteção de todos os outros direitos humanos”.¹³¹

Por fim, vale considerar tanto a margem de apreciação como a defesa da Corte Interamericana como “amplificador da jurisdição constitucional” apontam para uma forma de “prudência institucional”, o que favorece uma atuação institucional legítima. Essa constatação, somada aos perigos e impropriedades do discurso universalista colocadas, já responde as quatro críticas colocadas à adoção da margem de apreciação.

cialmente no âmbito internacional em relação às complexas questões morais, ver: DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Os domínios recalitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo. *Revista de Direito Internacional*, vol. 9, nº 4, p.201-227, 2012. A autora entende a margem de apreciação como uma resposta viável e conciliatória.

¹³⁰ Constatando as insuficiências institucional das cortes internacionais quando comparadas com as instituições nacionais para a tomada de decisão, ver: SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v.16, n. 5, p. 907-940, 2005. p. 918-919.

¹³¹ TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: Definitely an odd Couple. *University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory* (SELA), v. 77, n. 2, p. 483-505, 2008., p. 503. Tradução livre. No original: “But the constitutional impetus applies also to international economic law, not just because property should be considered a human right, but because it is an opportunity to transform the free market into a fundamental value of which no derogation is possible without risking the protection of all other human rights”.

¹²⁶ Nesse sentido, ver: MOUFFE, Chantal. Democracy, human rights and cosmopolitanism: an agonistic approach. In: DOUZINAS, Douglas; GEARTY, Conor. *The Meanings of Rights*, Cambridge University Press, 2014. Cap. 10. p. 183.

¹²⁷ Sobre a importância de considerar as capacidades institucionais das cortes e os efeitos dinâmicos de suas decisões, ver: SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002.

¹²⁸ SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002. p. 47.

¹²⁹ Refletindo sobre essa dificuldade dos direitos humanos, espe-

O reconhecimento de uma margem de apreciação nacional não é, como visto, um “cheque em branco” para os Estados, tampouco é aplicada em relação a quaisquer tipos de normas.¹³² No entanto, ela é especialmente pertinente para as normas veiculadoras de direitos humanos, uma vez que a definição de seu sentido e extensão e seus elementos dogmáticos (titulares, destinatários e objeto) são muito abertos.¹³³ Nesse sentido, a primeira e a segunda crítica não convencem. As normas do sistema somente serão aplicadas seletivamente em relação aos pontos de “textura aberta” e sobre os quais não exista consenso regional. Em relação às questões em que existe um entendimento já consolidado de aplicação, como a vedação da tortura, não é reconhecida qualquer margem de apreciação (identificação dos círculos concêntricos já apresentada).¹³⁴

Dessa forma, a doutrina não favorece o entendimento de que as normas internacionais não possuem eficácia, pelo contrário. A doutrina da margem de apreciação quando bem empregada apenas permite a participação dos Estados na identificação do sentido e extensão das normas de direitos humanos, o que fortalece a eficácia e incorporação do direito internacional na medida em que promove a legitimidade dos tribunais internacionais. A doutrina, como visto, foi criada, justamente, para conciliar a soberania dos Estados com a vinculação ao direito internacional, especialmente quando envolve países com regimes democráticos (“*democratic accountability*”).¹³⁵ Por isso, sua utilização, em última análise, busca contribuir com a implementação das normas internacionais em detrimento dos argumentos de soberania.

¹³² Shany aponta três categorias de normas adequadas a aplicação da margem de apreciação: “standard-type norms”; “discretionary norms”; “result-oriented norms”. Cf. SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2005. p.914-917.

¹³³ Constatação semelhante é feita por Shany ao afirmar que: “I submit that in cases where the application of law is inherently or inevitably uncertain there are strong policy reasons which support recourse to the margin of appreciation doctrine” (SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n.5, p. 907-940, 2005. p. 913).

¹³⁴ Vale considerar também o fato de que os sistemas internacionais são subsidiários e muitas vezes o catálogo de direitos é igual ou até mais extenso no âmbito nacional, ocorrendo o fenômeno da duplicação. Nesse sentido, ver: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

¹³⁵ Cf. SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2005. p. 919-920.

Sendo assim, a doutrina da margem de apreciação, e de forma semelhante o entendimento da Corte interamericana como “amplificador da jurisdição constitucional”, significam um importante incentivo à “prudência institucional”, postura que contribui para sua legitimidade, pois geram uma flexibilidade necessária para evitar tensões entre os tribunais internacionais e os Estados parte em matérias polêmicas, não sedimentadas da região e sem disciplina expressa nos tratados internacionais. São alternativas que, muito embora ainda tenham problemas teóricos e dogmáticos, parecem contribuir, de forma mais eficiente, para a garantia de legitimidade dos tribunais de direitos humanos, facilitando a internalização das normas e valores internacionais.¹³⁶

7 Considerações finais

Com o objetivo de explorar o problema da legitimidade da jurisdição interamericana de direitos humanos, partiu-se de um estudo comparativo de caso para buscar elementos importantes para o enfrentamento do problema. A análise da jurisprudência da Corte interamericana identificou uma tendência em realizar uma leitura universalista dos direitos humanos. No entanto, para promover essa visão por meio da interpretação e aplicação da Convenção, a Corte importa, acriticamente e seletivamente, precedentes de sistemas e jurisdições estrangeiras; decide de forma ativista e, por fim, tem buscado promover unilateralmente uma supranacionalização do sistema interamericano, o que culminou na criação do controle de convencionalidade.

Contudo, essas práticas afastam a instituição de uma atuação legítima. No caso dos tribunais internacionais de direitos humanos, a legitimidade é alcançada principalmente através do consenso regional ou internacional sobre a matéria. O consenso é materializado pelos tratados internacionais que integram o sistema de proteção e por isso o apego aos elementos textuais ao decidir é garantia de legitimidade. Nesse aspecto, a Corte interamericana tem demonstrado certa falta de consideração pelo consenso regional em sua jurisprudência, especialmente ao realizar as “interpretações evolutivas”.

É inegável que, em meio a um continente com gra-

¹³⁶ Cf. SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2005. p. 921-922.

ves problemas econômicos, sociais e políticos, em que vigorou, por anos, regimes sanguinários e autoritários, a Corte interamericana desenvolveu um papel fundamental para a instauração dos princípios democráticos e o respeito aos direitos humanos, tarefa que, sem dúvidas, exigiu uma postura firme e, muitas vezes, incisiva. No entanto, alguns autores já estão apontando para mudanças substanciais no panorama geral latino-americano. O continente não vive mais na era dos regimes autoritários como 30 anos atrás, embora violações massivas ainda ocorram. Hoje, a regra é: regimes democráticos e, dentro do contexto político, social e econômico variado do continente, os problemas apresentados na seara dos direitos humanos envolvem também desacordos morais delicados sobre temas complexos.

Para legitimar interpretações menos atreladas aos elementos textuais da Convenção ou mesmo para prolatar decisões inovadoras em casos moralmente complexos, a doutrina da margem de apreciação se apresenta como uma alternativa dogmaticamente consistente para sincronizar a atuação da Corte com o consenso regional. O mesmo vale para a proposta que considera a Corte como “amplificador da justiça constitucional”. No fim, mais do que uma fonte de inovação e protagonismo na seara dos direitos humanos, a Corte interamericana deveria ser um meio de assegurar os padrões de proteção já consolidados, tarefa que exige prudência e coerência de posicionamento.

Referências

ARNULL, Anthony. Me and My Shadow: The European Court of Justice and the Disintegration of European Union Law. *Fordham Int'l L.J.*, n. 31, p. 1174–1211, 2007.

BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, v.8, n.7, p.711-733, 2007.

BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BJORGE, Eirik. National supreme courts and the development of ECHR rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 1, p. 5–31, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BÖCKENFÖRDE, E.W. Fundamental rights: theory and interpretation. In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (org.). *Constitutional and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. *Revista de direito brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 18-39, maio/ago. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Conventionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. *Revista de direito internacional*, v. 12., n. 2, Brasília, p. 341-354, 2015.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. The Conventionality Control: examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. *Intersentia Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 3, p. 200-219, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CONTESSÉ, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017.

CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights. *Northwestern journal of international human rights*, v. 11, n. 28, p. 28-82, 2012.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 262-279, 2013.

CORREIA, Fernando Alves. Texto e Contexto da Constituição Portuguesa de 1976. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 3, n. 3, p.1-17, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum:

- o caso do aborto do feto anencéfalo. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, p. 201-227, 2012.
- DONNELLY, Jack. Human rights and human dignity: an analytic critique of non-western conceptions of human rights, *The American Political Science Review*, v. 76, n. 2, p. 303-316, 1986.
- DULITZKY, Ariel. An inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the inter-American Court of human rights, *Texas International Law Journal*, v. 50, issue 1, p. 47-93, 2015.
- FRANCK, Thomas M. Legitimacy in the International System. *The American Journal of International Law*, v. 82, n. 4, p. 705-759, 1988.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Rev. IUS, Puebla*, v. 5, n. 28, p. 123-159, 2011.
- GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence. *Toronto Law Journal*, v. 57., n. 2, p. 383-397, 2007.
- GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany, *Icon*, v. 13, n. 1, p. 9-29, 2015.
- HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism. *Quebec Journal of International Law*, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011.
- HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: University Press, 2012.
- MACHADO, Jonatas E. M. *Direito internacional do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MACHADO, Jonatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 12, p. 665-695, 2012.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MORAES, Janaína Gomes Garcia de; ALVARADO, Patricio. Game theory and the legitimacy of international adjudicative bodies. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 147-164, 2019.
- MOREIRA. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma década de decisões assimétricas. In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV CBDI*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- MOUFFE, Chantal. Democracy, human rights and cosmopolitanism: an agonistic approach. In: DOUZINAS, Douglas; GEARTY, Conor. *The Meanings of Rights*, Cambridge University Press, 2014. Cap. 10
- NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p.101-123, 2008.
- POOLE, Thomas. Legitimacy, Rights and Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 4, p. 697-725, 2005.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: O "Diálogo das Cortes" e a Teoria do Duplo Controle. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais - a proteção dos Direitos Humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, n. 39, p. 105-124, 1997.
- SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p. 325-337, 2018.

- SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2005.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Havard International Law Journal*, v.44, p. 191-219, 2003.
- SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002.
- SWEET, Alec Stone. On the Constitutionalisation of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, v. 80, p. 1-14, 2009.
- TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002.
- TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: definitely an odd Couple. *University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA)*, v. 77, n. 2, p. 483-505, 2008.
- ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Dimensão constitucional da integração europeia: o constitucionalismo de hierarquia inversa e os direitos fundamentais. In: RICHTER, Thomas; SCHMIDT, Rainer, (org.). *Integração e Cidadania Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A proteção da identidade de gênero na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

The protection of gender identity under the European Court of Human Rights case-law

Gabriel Coutinho Galil

A proteção da identidade de gênero na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos*

The protection of gender identity under the European Court of Human Rights case-law

Gabriel Coutinho Galil**

Resumo

Este trabalho investiga a proteção da identidade de gênero na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. A análise jurisprudencial é justificada pela ausência de disposições legislativas sobre a proteção LGBTI no direito internacional, nos âmbitos global e regional. Valendo-se do marco teórico da teoria da justiça de Nancy Fraser, questiona-se se as decisões da Corte auxiliam o reconhecimento dos direitos das pessoas trans. O estudo se divide em três partes: revisão bibliográfica acerca do marco teórico e da especificação dos direitos humanos; pesquisa empírica e exploratória sobre as decisões da Corte Europeia em matéria de identidade de gênero; análise crítica dos dados encontrados na fase exploratória. Os resultados obtidos apontam para uma parcial contribuição da jurisprudência do órgão para as políticas de reconhecimento, que, apesar de apresentar certo grau de especificação, são fundamentadas em discursos que não contribuem para a reconfiguração dos padrões de subordinação social e cultural da população trans.

Palavras-chave: Direitos LGBTI. Identidade de gênero. Corte Europeia de Direitos Humanos. Direito Internacional LGBTI. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Abstract

This paper investigates the protection of gender identity in the European Court of Human Rights' case-law. The case-law analysis is justified in the absence of legislative provisions on LGBTI protection in international law, globally and regionally. Drawing on the theoretical framework of Nancy Fraser's theory of justice, it is questioned whether the decisions of the Court provides recognition for these persons. The study is divided into three parts: a bibliographical review about the theoretical framework and the specification of human rights; empirical and exploratory research on the decisions of the European Court on gender identity; critical analysis of the data found in the exploratory phase. The results obtained point to a partial contribution of the body's case-law to the policies of recognition, which, although presenting a certain degree of specification, are based on discourses that do not contribute to the reconfiguration of the social and cultural subordination patterns for trans persons.

* Recebido em 30/03/2019
Aprovado em 24/06/2019

** Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (NEPEDI) da UERJ. E-mail: gcgilil@gmail.com.

Keywords: LGBTI Rights. Gender Identity. European Court of Human Rights. LGBTI International Law. International Human Rights Law.

1 Introdução

A violência à qual pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersex (LGBTI) são submetidas globalmente pode ser aferida com base em numerosos relatórios expedidos por organizações intergovernamentais¹ e não governamentais (ONGs)². Essa violência pode ocorrer de diversas maneiras: por meio da existência de campos de concentração voltados para a tortura e execução de LGBTIs, como ocorre na Chechênia; por meio da criminalização das práticas sexuais não heteronormativas, atualmente em vigor em 69 países; pela negação sistêmica de direitos básicos pelos estados³, como o casamento homoafetivo e a adequação de registro de acordo com a identidade de gênero autopercebida; e por incontáveis outros modos, inclusive, a partir da ação de

agentes privados.

Apesar de suas nuances, não há qualquer dúvida de que a discriminação contra LGBTIs é um problema global. Essa percepção, no entanto, não é nova. Desde a década de 1980, pode-se identificar a crescente inserção do tema na agenda das instituições internacionais. Isso é visível a partir de alguns marcos temporais importantes: discussões nas conferências da ONU (Viena, 1993; Cairo, 1994; Pequim, 1995; Durban, 2000); casos adjudicados no Comitê de Direitos Humanos (*Toonen v. Australia*, 1994), na Corte Europeia de Direitos Humanos (*Dudgeon v. the United Kingdom* – 1981) e na Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Atala Ríffo y niñas v. Chile* – 2012); e a luta pelo reconhecimento do status consultivo das organizações LGBTIs no Conselho de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1993). Diante desse esforço, a pauta dos direitos LGBTIs atinge, atualmente, estágio de maior institucionalização, recebendo atenção especial, por exemplo, do Conselho de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio da designação de um expert independente e da criação de uma relatoria específica, tendo sido, até mesmo, pauta do Conselho de Segurança em 2015.

Apesar do longo histórico de luta pela inserção das pautas LGBTI na legislação internacional, o processo de elaboração normativa baseada no consenso interestatal faz com que essas demandas sejam sistematicamente ocultadas por meio do *bracketing*⁴. O armário do cotidiano se transpõe para os “parênteses” dos textos, como forma de manter essa população excluída do devido reconhecimento simbólico e efetivo como sujeitos de direitos, reafirmando um paradigma do Direito Internacional Monocromático⁵, isto é, com ausência de

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/HRC. RES/27/32*. Nova Iorque, 2014. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/177/32/PDF/G1417732.pdf?OpenElement>. Acesso: 01 jun. 2018. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Violência Contra Pessoas LGBTI*, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

² INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISSEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION. *State-Sponsored Homophobia: a world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition*. Geneva: ILGA, 2017.; ANISTIA INTERNACIONAL. *Making Love a Crime: criminalization of same-sex conduct in sub-saharan Africa*. 2013. Disponível em: <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/afr010012013en.pdf>. Acesso: 01 jun. 2018. TRANSGENDER EUROPE. *Trans Rights Europe Map & Index 2018*. Disponível em: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/>. Acesso em: 10 set. 2018. Em relação ao número de estados que criminalizam relações homossexuais, apesar de o relatório da ILGA trazer o número de 70 países, ressalta-se que este foi publicado antes da decisão da Suprema Corte de Botsuana de descriminalizar essas relações.

³ Adota-se utilização da palavra estado com “E” minúsculo, por demarcar uma posição de paridade desse ator com os demais que compõem o sistema internacional, principalmente em face do indivíduo, que também se escreve com minúscula. Em sentido semelhante: “Guerra se grafa em minúsculas, porquanto não se podem admitir como os marcos principais ordenadores do mundo e dos períodos de análise e de exame deste. Como tendo a escrever ‘estado’ em minúsculas, para tormento dos revisores das editoras, que tendem a querer corrigir. Aliás, estaria em tempo de se economizarem maiúsculas no português contemporâneo do Brasil” (CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 02).

⁴ O *bracketing* é o termo utilizado para a prática de se colocar entre parênteses os trechos sobre os quais não se obteve consenso nos processos de negociação e que, conseqüentemente, são excluídos do texto final das convenções. Cf.: BUTLER, Judith. *The End of Sexual Difference*. In: BUTLER, Judith. *Undoing Gender*. New York: Routledge: 2004. p. 174 – 203; SAIZ, Ignacio. *Bracketing sexuality: human rights and sexual orientation- A Decade of Development and Denial at the UN*. *SPW Working Papers*, n. 2, nov. 2005.; ZEIDAN, Sami. Irreverent or irrelevant?: the United Nations and Gay Rights. *The Harvard Law Record*. Cambridge, p. 1-2. 6 out. 2005. Disponível em: <http://hlrecord.org/2005/10/irreverent-or-irrelevant-the-united-nations-and-gay-rights/>. Acesso em: 16 Jun. 2018.

⁵ LELIS, Rafael Carrano; GALIL, Gabriel Coutinho. Direito internacional monocromático: LGBTI na Ordem Internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p.279-297, 27 abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v15i1.5087>.

previsões legislativas sobre pessoas LGBTIs.

No entanto, mesmo com a ausência de normas expressas, decisões de sistemas regionais de proteção de direitos humanos e recomendações emitidas por *treaty bodies* têm se colocado como uma importante fonte normativa para os direitos LGBTIs na esfera internacional. A importância de analisar essas decisões advém do fato de, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, o real âmbito de proteção de uma norma dever sempre considerar a interpretação dada pelos órgãos responsáveis por sua implementação⁶. Assim, apesar de as decisões emitidas por esses órgãos possuírem, tradicionalmente, uma baixa efetividade em seu cumprimento, elas servem de fundamento para a determinação do conteúdo das obrigações estipuladas pelos tratados internacionais⁷.

A partir dessas considerações, a análise da jurisprudência internacional é essencial para que se determine qual é a proteção jurídica oferecida às pessoas LGBTIs na ordem internacional. Nesse sentido, o presente artigo objetiva realizar um estudo empírico⁸ sobre a tutela dos direitos relacionados à identidade de gênero no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Para isso, vale-se de análise documental das decisões emitidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CrEDH) a partir de petições individuais propostas por essas pessoas.

De forma a guiar e integrar as leituras e questionamentos do trabalho, parte-se da concepção de justiça democrática pós-westfaliana de Nancy Fraser⁹. A partir desse referencial se questiona se, na ausência de proteção no âmbito interno dos estados e nas normas de Direito Internacional, a atuação Corte Europeia de Direitos Humanos contribuiria para o reconhecimento das pessoas trans. A hipótese levantada é de que haveria um

reconhecimento a partir da especificação de direitos na jurisprudência.

Desse modo, a pesquisa se propõe aos seguintes objetivos: 1) realizar revisão bibliográfica para evidenciar o marco teórico e relacioná-lo com o processo de especificação de direitos; 2) elaborar um estudo de caráter empírico e exploratório, analisando, exaustivamente, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em matéria de proteção da identidade de gênero; 3) analisar, criticamente, os dados coletados e apresentar inferências que permitam confirmar ou refutar a hipótese traçada.

Com os resultados do trabalho, espera-se contribuir com o estudo específico sobre o desenvolvimento da proteção das pessoas trans no âmbito europeu, somando-se a esforços de evidenciar e evoluir o panorama do desenvolvimento dos direitos LGBTI no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2 reconhecimento e especificação dos direitos das LGBT no Direito Internacional dos Direitos Humanos

A teoria da justiça de Nancy Fraser é apresentada em suas obras principalmente a partir da crítica realizada a movimentos que tinham como escopo apenas questões de classe e a movimentos somente identitários¹⁰. O ponto central da autora, em apertada síntese, é a insuficiência de se adotar uma postura monofocal diante das diversas injustiças presentes no mundo contemporâneo. Originalmente, a autora propõe que essas injustiças devem ser enfrentadas, analiticamente, a partir de dois vieses: o da redistribuição e o do reconhecimento. As injustiças geradas por uma má distribuição estariam diretamente ligadas à uma dimensão econômica da justiça, enquanto as concebidas por um falso reconhecimento estariam vinculadas à ordem de *status*, inseridas na dimensão cultural. Importante destacar que, para a autora, o conceito de reconhecimento não é fundado na teoria hegeliana, ou seja, construído intersubjetivamente. Fraser considera o reconhecimento enquanto *status social*, que é resultado de normas e valores institucionalizados.

⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos direitos humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 35-38.

⁷ SCHUTTER, Olivier De. *International human rights law: cases, material, commentary*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 832.

⁸ Adota-se a concepção de empiria de Lee Epstein e Gary King, que pode ser sintetizada na seguinte passagem: “O que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, dados, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência[...]”. EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 11.

⁹ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009.

¹⁰ FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003.

Assim, usando pessoas homossexuais como exemplo, Fraser considera que a injustiça sofrida por esse grupo tem fundamento preponderantemente na esfera cultural, uma vez que sua exclusão é institucionalizada na própria lei. Desse modo, não adiantaria tratar a questão da subordinação de pessoas homossexuais apenas a partir da redistribuição, devendo se dar prioridade às políticas de reconhecimento¹¹.

Nesse ponto é importante destacar algumas questões sobre a teoria fraseriana que embasa o trabalho. Primeiramente, apesar de ser proposta uma divisão analítica das injustiças, a autora enfatiza que a superação das injustiças nos casos concretos demandará, sempre, políticas conjuntas de redistribuição e de reconhecimento¹². Isso porque esses eixos de opressão se interseccionam de modo que se torna impossível a remediação das injustiças a partir de uma única esfera¹³. Outro ponto deve ser evidenciado: o fato de as políticas de reconhecimento se situarem na esfera cultural não diminui a materialidade da injustiça atribuída pela autora aos casos de falso reconhecimento¹⁴.

Após alguns anos defendendo uma teoria justiça dualista, Fraser elabora uma terceira esfera da justiça, que é a política. Assim, considerando que o estado não se coloca mais como a unidade apropriada para tratar as injustiças, a autora elabora esse meta-nível, que seria o enquadramento. Desse modo, antes de se endereçar as questões de redistribuição e reconhecimento, é necessário estabelecer *quem* são os sujeitos dessas políticas. O fracionamento político gerado pelo modelo keynesiano-westfaliano serviria como óbice para que populações excluídas unificassem suas lutas. A autora menciona, de forma expressa, tanto a legislação quanto a jurisdição internacional como uma das formas de superação do mau enquadramento¹⁵.

O marco teórico da justiça democrática pós-westfa-

liana, então, relaciona-se diretamente com o objeto de estudo pretendido com base na ideia de enquadramento, o que justifica a análise da proteção oferecida a partir dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Acredita-se que a possibilidade de acesso direto a esses mecanismos permite a superação do estado como unidade de realização da justiça. Ademais, a autora apresenta o direito como importante fator para a determinação do status social, podendo contribuir para a inclusão ou exclusão de determinados grupos das políticas de reconhecimento.

Dessa maneira, ordenamentos jurídicos ao redor do globo divergem diametralmente em relação ao reconhecimento oferecido ou negado às pessoas LGBTI. Segundo dados da *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA), 69 países ainda criminalizam relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, enquanto somente 52 estados oferecem alguma forma jurídica de proteção contra a discriminação baseada em orientação sexual e apenas 3 países (incluindo o Brasil) proíbem terapias de conversão (a chamada “cura gay”)¹⁶. Em relação às pessoas trans, considerando-se, apenas, os países europeus, 34 estados exigem laudo médico sobre saúde mental para a retificação dos documentos e 14 impõem a esterilização para o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans¹⁷.

Quando se analisa o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a característica mais marcante do campo no que toca às pessoas LGBTI é o silenciamento em relação a esses indivíduos. Ou seja, uma quase total ausência de referências à orientação sexual, identidade e expressão de gênero e características do sexo¹⁸

¹⁶ INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION. State-Sponsored Homophobia: a world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition. Geneva: ILGA, 2017. p. 235. Sobre o reconhecimento dos casamentos e uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ver: ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. Os casamentos e as parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito internacional privado brasileiro: aspectos transnacionais das famílias contemporâneas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, 2014 p. 43-52. DOI:10.5102/rdi.v11i1.2832.

¹⁷ TRANSGENDER EUROPE. *Trans Rights Europe Map & Index 2018*. Disponível em: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁸ Atualmente o utiliza-se a sigla que sintetiza a tradução desses termos - SOGIESC (Sexual Orientation, Gender Identity and Expression and Sex Characteristics) - para se referir à agenda dos direitos LGBTIs no campo internacional. Essa utilização pode ser justificada principalmente a partir de críticas a uma excessiva ocidentalização do termo “LGBTI”, que não abarcaria sexualidades e

¹¹ FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003. p. 17-19.

¹² FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003. p. 25.

¹³ FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003. p. 26.

¹⁴ FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and capitalism: a response to Judith Butler. *Social Text*, Durham, v. 0, n. 52/53, p. 279-289, 1997, 2009.

¹⁵ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 15.

na legislação internacional, constituindo um paradigma *monocromático*¹⁹. Analisando a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e os nove tratados centrais do sistema onusiano de proteção de direitos humanos²⁰, essa ausência se confirma. Ocorre, porém, um agravante. Tanto a DUDH quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) definem o casamento como a união de um homem e uma mulher, aparentemente excluindo²¹ do âmbito de proteção do direito as uniões não cisheteronormativas.

Essa ausência de reconhecimento expresso nas normas de Direito Internacional se agrava quando se considera o contexto histórico do silenciamento. Isso porque, nas décadas que seguiram à Declaração Universal, ocorreu um movimento no sentido de especificação dos direitos humanos²². Ou seja, diante das situações específicas de vulnerabilidade que alguns grupos se encontravam, foram elaboradas normativas especiais direcionadas à tutela de seus direitos. Esse processo de especificação é visível na intensa expansão legislativa internacional²³ que ocorreu na segunda metade do século XX, quando se observa os tratados elaborados, como a

identidades dissidentes no âmbito global.

¹⁹ LELIS, Rafael Carrano; GALLI, Gabriel Coutinho. Direito internacional monocromático: LGBTI na Ordem Internacional. *Revista de Direito Internacional*, [s.l], v. 15, n. 1, p.279-297, 27 abr. 2018.

²⁰ Os chamados *core human rights treaties* são: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; Convenção de Direitos da Criança; Convenção Internacional para a proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Convenção para a proteção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado.

²¹ Atualmente, existem estudos que apontam que a menção a “homem” e “mulher” no âmbito da DUDH, pelo menos, estaria mais ligada à igualdade de gênero e à vedação do casamento infantil do que à exclusão de pessoas do mesmo sexo à instituição do casamento. Nesse sentido: WAALDIJK, Kees. The Gender-Neutrality of the International Right to Marry: same-sex couples may still be excluded from marriage, but their exclusion – and their foreign marriages – must be recognised. In: ZIEGLER, Andreas R. *International LGBTI Law [no prelo]*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3218308>. Acesso em: 30 jul. 2018.

²² MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 180-182; BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho nova. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 21.

²³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 105.

Convenção de Direitos da Criança, Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Esse processo permite que se diminua a abstração dos sujeitos de direito, atentando-se para sua concrecência e especificidade²⁴.

Segundo Peces-Barba²⁵, a especificação pode se justificar por situações específicas, condições físicas e condições sociais ou culturais. Assim, a última hipótese estaria ligada aos sujeitos que sofrem de um falso reconhecimento, conforme a teoria fraseriana. Dessa maneira, entende-se que os estigmas que subordinam a população LGBTI e a torna alvo de injustiças, que extrapolam a esfera meramente cultural²⁶, compõem uma patente justificativa para que haja uma especificação dos direitos dessas pessoas.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

²⁵ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 181.

²⁶ Nesse ponto, é importante elucidar que Fraser não considera que as injustiças sofridas por gays e lésbicas se restrinjam à esfera cultural. No entanto, a autora entende que essa esfera seria, preponderantemente, a origem dessa subordinação à qual as pessoas LG (ela não aborda expressamente o caso das pessoas bissexuais, trans e intersex) estariam subordinadas. Em resposta direta a Fraser, Judith Butler discorda, uma vez que entende que a subordinação em razão da orientação sexual está intrinsecamente ligada ao sistema “sexo-gênero-desejo”, que seria base essencial do sistema capitalista. Assim, para Butler, nem mesmo em um nível analítico seria possível distinguir a opressão sofrida por lésbicas e gays entre a esfera econômica e cultural. Na tréplica de Fraser, ela elucidada que também compreende que a injustiça sofrida por esses indivíduos extrapolaria a esfera cultural, mas que no atual modelo de produção capitalista, acredita que há menos relevância do sistema “sexo-gênero-desejo”, de modo que mantém seu posicionamento que em relação à origem a injustiça é atribuída majoritariamente à esfera cultural. Entendemos que a teoria tripartite de Fraser é uma valiosa ferramenta analítica, mas que a separação estanque, mesmo em relação à origem da opressão pode ser limitada. Ademais, quando se considera a diversidade do grupo LGBTI e suas múltiplas interseções com marcadores como raça, gênero e classe, remeter a origem apenas à esfera cultural seria uma abstração exagerada. Também há de se contextualizar que o debate entre as duas autoras se dá em um contexto estadunidense e que uma real compreensão da origem dessas expressões envolveria analisar as peculiaridades de cada contexto no qual a opressão das pessoas LGBTI ocorre. Em relação ao debate entre Fraser e Butler, consultar: BUTLER, Judith. *Merely Cultural*. In: OLSON, Kevin. *Adding Insult to Injury: Nancy Fraser debates her critics*. London: Verso, 2008. p. 42-56; FRASER, Nancy. *Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: a response to Judith Butler*. *Social Text*, Durham, v. 0, n. 52/53, p. 279-289, 1997. Sobre o sistema “sexo-gênero-desejo”, consultar: RUBIN, Gayle. *O tráfico de mulheres*. In: RUBIN, Gayle. *Políticas do Sexo*. São Paulo: Ubu, 2017.p. 9-62.

No entanto, as menções, no direito internacional, à orientação sexual somente ocorreram no começo do século XXI²⁷ e, até hoje, apenas dois tratados mencionam expressamente a proteção em razão da identidade de gênero estão em vigor²⁸. Ressalte-se que essas normas convencionais que mencionam, de alguma maneira, a orientação sexual e a identidade de gênero existem apenas no âmbito regional europeu e interamericano.

Assim, com o aviltante silêncio da legislação internacional sobre os direitos LGBTIs, a proteção desses indivíduos vem se desenvolvendo, como afirma André de Carvalho Ramos, de modo indireto, pela interpretação de direitos já estabelecidos em tratados de direitos humanos²⁹. No entanto, se discorda do autor de que estaria se tratando de uma interpretação *ampliativa* de direitos. Essa perspectiva implica o entendimento que a população LGBTI não era portadora desses direitos originariamente, legitimando a exclusão dessas pessoas. Em sentido diverso, Rafael Lelis³⁰ entende que, partindo-se de uma ideia de suporte fático amplo, a população LGBTI sempre foi titular de direitos, como liberdade e igualdade, o que coloca em maior evidência a injustiça da histórica negativa dessas proteções. A ideia de suporte fático amplo³¹ não somente é compatível, como também reforça a questão da universalidade, tida como princípio basilar dos direitos humanos internacionais. Ou seja, se a ideia de universalidade realmente é levada a cabo, não se pode alegar que os sujeitos marginalizados não eram titulares originais de direitos.

Nesse sentido, deve-se apontar que a garantia de direitos específicos não constitui um contraponto à ideia

de universalidade dos direitos humanos. Pelo contrário, a especificação, constantemente, é um meio para que se garanta o acesso a direitos ditos universais. É exatamente a garantia da igualdade do acesso a direitos universais que se coloca como uma medida capaz de promover o reconhecimento de uma população tradicionalmente subordinada na esfera social³². Assim, quando se garante o direito de casamento a uniões entre pessoas do mesmo sexo, trata-se de uma especificação, mas que visa garantir o acesso de um grupo excluído a um direito universal. O mesmo se pode dizer do direito de acesso à cirurgia de transgenitalização para pessoas trans, que poderá ser remetido ao direito à saúde; e o direito à não intervenção cirúrgica das pessoas intersex, que se remete ao direito de integridade física.

Esse binômio universalidade/especificidade se justifica no próprio processo de mobilização política de minorias sociais. Como explica Douzinas, esse processo é baseado em uma estratégia semiótica em que as minorias primeiro afirmam sua semelhança com os grupos que já possuem direitos garantidos, valendo-se de significantes flutuantes, como a palavra “homem” ou “humanidade”. Em seguida, evidencia-se a diferença entre a natureza humana abstrata e as características concretas dos reivindicantes que justificam o tratamento específico daquele grupo³³.

Seguindo essa ideia de que a relação entre direitos específicos e universais seria de complementaridade, Baisley³⁴ defende que a especificidade pode surgir a partir da substancialização, interpretação ou implementação dos direitos. Assim, ao contrário dos autores acima, ela não entende o processo da especificação como restrito à fase legislativa. Na esteira desse entendimento é que se buscará analisar se há, na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, a dita especialização de direitos em relação à identidade de gênero. E, caso a resposta seja afirmativa, ocorre de modo a possibilitar o reconhecimento desses indivíduos.

²⁷ O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2007, faz menção à vedação de discriminação com base em orientação sexual. Em 2008 a OEA editou uma resolução manifestando sua preocupação em relação às violações de direitos humanos em razão de orientação sexual e identidade de gênero.

²⁸ Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas Idosas menciona a vedação de discriminação com base em identidade de gênero em seu artigo 9º, enquanto a Convenção Europeia de Combate à violência contra a mulher o faz em seu artigo 4º. A Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013), que menciona proibição de discriminação com base em orientação sexual, identidade e expressão de gênero somente foi ratificada pelo Uruguai, dependendo de mais uma ratificação para entrar em vigor.

²⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 847.

³⁰ LELIS, Rafael Carrano. *Em busca das cores latino-americanas: uma análise da proteção constitucional dos direitos LGBTIs na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 43-45.

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

³² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 263-269.

³³ DOUZINAS, Costas. *The end of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 253 – 256.

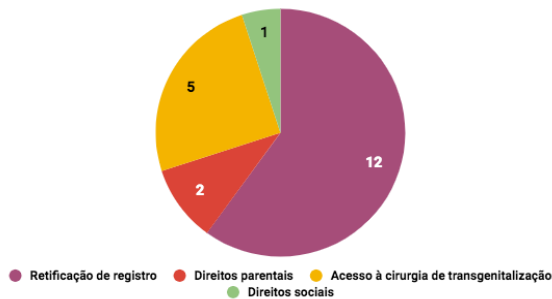
³⁴ É importante destacar que, em seu artigo, a autora não entende os direitos LGBTI como sendo *status-differentiated rights*. No entanto, a análise por ela realizada se restringe aos Princípios de Yogyakarta que, de fato, não focam na questão da especificação. Desse modo, entende-se que os avanços realizados após a edição desses princípios evidenciarão os direitos LGBTI como diferenciados. (BAISLEY, Elizabeth. Status-Differentiated Rights. *Journal of Human Rights*, v. 11, p. 365-383, 2012).

3 Análise dos casos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos

Para a o prosseguimento do estudo proposto, realizou-se uma pesquisa empírica de caráter exploratório sobre a jurisprudência da CrEDH em matéria de direitos relativos à identidade de gênero. Para definição do espaço amostral³⁵, valeu-se de relatório fornecido pelo próprio tribunal, contendo todos os casos julgados por ele que versavam sobre identidade de gênero³⁶. A partir dessa lista, todos os 20 casos foram acessados no repositório oficial da corte e lidos em sua íntegra em ordem cronológica. Após a fase inicial de leitura, os dados extraídos das decisões foram segmentados a partir dos seguintes marcadores, relativos ao objeto da demanda: direito à retificação de registro; direito à cirurgia de transgenitalização; direitos parentais e direitos sociais. A segmentação dos casos de acordo com esses marcadores resultou na seguinte distribuição:

Perfil do Caso

Fonte: autoria própria



Devido ao grande número de casos envolvendo o primeiro grupo (12), ele foi analisado a partir do agrupamento de algumas especificidades dos casos. Após a segmentação, houve a qualificação dos casos entre aqueles com resultados positivos e negativos, como for-

³⁵ Adota-se aqui o sentido amplo de amostra, proposto por Álvaro Pires. Segundo o autor, ainda que se analise o universo geral do objeto escolhido, como ocorre no presente caso, poderia se utilizar o termo “amostra”. Isso porque, apesar de o *corpus* empírico utilizado na pesquisa ter a pretensão exaustiva, não se deixa de realizar aqui uma generalização analítico-teórica. Isto é, os resultados da pesquisa não se reduzem à mera sistematização das decisões da Corte, mas avançam no sentido de desenhar inferências sobre o que esse *corpus* significa para os direitos das pessoas trans. Cf.: PIRES, Álvaro P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean *et al.* *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 154-214.

³⁶ ECHR. *Gender Identity Issues*: factsheet, March 2018. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf. Acesso em: 02 jul. 2018.

ma de percepção da possível evolução da proteção das pessoas trans. Ademais, ao decorrer da análise dos casos, perceberam-se alguns outros padrões decisórios relevantes para o problema proposto, de modo que se sistematizaram dados relativos às referências expressas de direitos específicos e de direitos universais; ao discurso patologizante em relação às pessoas trans; à negativa de reconhecimento de discriminação; e ao estabelecimento de um marco temporal para o surgimento dos direitos. Por fim, vale-se das regras de inferência de Epstein e King³⁷ para se concluir sobre a existência ou não da especificação de direitos e da possível contribuição das decisões para o reconhecimento dessa população.

3.1 Direito à retificação de registros: primeiros casos

O primeiro caso em que o tema da retificação de registros foi enfrentado, sendo também o primeiro de todos que a corte julgou relativo a questões de identidade de gênero, é o caso *Rees v. United Kingdom*, decidido em 1986. O solicitante foi registrado como pertencente ao sexo feminino em sua certidão de nascimento em 1942. Após passar pelo processo de transgenitalização década de 1970, o solicitante conseguiu, em 1984, que seus documentos fossem retificados para que constassem seu novo prenome e também o prefixo “Sr.”. No entanto, ao requerer a retificação de sua certidão de nascimento, teve seu pleito negado. O solicitante alegou que a negativa estatal violava o seu direito à privacidade, consagrado no artigo 8 da CEDH. Também alegou violação quanto o seu direito ao casamento, uma vez que o autor se identificava como heterossexual e o fato de que seus registros o atribuísem o sexo feminino, faria com que seu casamento fosse considerado entre duas pessoas do mesmo sexo e, logo, proibido. O governo britânico se defendeu alegando que as certidões de nascimento eram registros históricos, que expressavam a situação do indivíduo no momento do seu nascimento e que somente poderiam ser retificadas em caso de erro material do oficial de registro. No entanto, o próprio governo admite que haveria possibilidades de retificação tardia, como no caso de adoção, mas que esses casos não se comparavam com o que se disputava no caso.

A primeira consideração feita pela corte refere-se

³⁷ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

ao fato de que havia pouco consenso entre os estados-parte da Convenção em relação ao reconhecimento das pessoas trans e que esses direitos ainda se encontravam em uma fase transicional. Isso, segundo o tribunal, conferiria uma ampla margem de apreciação aos estados para regular a matéria internamente.

Em seguida, o tribunal considerou que o pedido do autor implicava declarar uma obrigação positiva ao estado de reconhecê-lo oficialmente enquanto homem, que surgiria com base no direito à privacidade. A existência dessa obrigação deveria ser aferida a partir de um sopesamento entre o interesse individual (direito à privacidade) e os interesses coletivos. Nesse sentido, a corte se prendeu a um detalhe do pedido do autor, que seria a confidencialidade da modificação registral. A partir desse fato, ela entende que, no sopesamento entre o interesse coletivo da publicidade de registros e o interesse do autor, segundo a corte, “poderia ser reduzido a um ajuste incidental em seus registros”, a restrição dos direitos do autor seria legítima.

Dessa maneira, a partir dos dois argumentos citados (margem de apreciação e sopesamento entre o interesse público e o privado), a corte conclui pela ausência de violação ao artigo 8. Em relação ao pleito secundário, a ausência de retificação impedia o autor de contrair o matrimônio, a CrEDH conclui que o dispositivo se refere, apenas, ao “casamento tradicional”, que deve ser protegido como a “base da família”. Assim, concluiu que a limitação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não era um impedimento desarrazoado, logo, inexistiria violação ao artigo.

O próximo caso julgado pela corte foi o *Cossey v. United Kingdom*, em 1990, no qual havia grande semelhança fática com o caso anterior e em que a corte utilizou grande parte dos mesmos argumentos. Assim, afirma que não poderia ser feita a retificação no registro por três motivos: 1) o sistema de registros de nascimento britânico é baseado em fatos históricos e não reflete o atual status do indivíduo; 2) uma mudança no registro somente poderia ser feita a partir de uma anotação e não uma retificação, uma vez que “a mudança completa de sexo é impossível em termos médicos”³⁸; 3) o pedido de confidencialidade sobre a retificação violaria o inte-

resse público.

Assim, confirma que a negativa de retificação de registros de nascimento e, conseqüentemente, o conhecimento integral da identidade de gênero dos e das solicitantes não consiste em uma violação ao direito à privacidade.

A decisão desse caso, no entanto, deu-se por um placar de 10 votos a 8 em relação à existência ou não de violação ao artigo 8, e é acompanhada de quatro opiniões dissidentes. Todas as opiniões dissidentes entenderam pela existência de violação ao artigo 8, alegando tanto que o sopesamento não deu a devida importância aos interesses individuais, quanto a existência de redução da margem de apreciação no lapso temporal entre o caso *Rees* e o caso *Cossey*. A opinião mais extensa e incisiva foi proferida pelo juiz Martens, que diz que o caso foi uma oportunidade desperdiçada de corrigir os erros cometidos no caso *Rees*. Ele afirma que o bem-estar das pessoas trans somente é garantido a partir do acesso ao processo transgenitalizador e ao completo reconhecimento jurídico de sua “identidade sexual”. E, ainda, ressalta que a existência do sistema de registros britânico em si, por excluir o direito ao reconhecimento da identidade de gênero, mesmo após o processo transgenitalizador, era uma clara violação à privacidade.

3.1.1 Avanço e retrocesso: *B. v. France e Sheffield and Horsham v. UK*

Os dois casos que se seguiram demonstram o que aparentava ser um avanço significativo no primeiro, seguido por uma manutenção da negativa de direitos pela corte. Julgado em 1992, o caso *B. v. France* foi o primeiro em que houve deferimento a favor de uma pessoa trans. Nele, a Sra. B., uma mulher nascida na Argélia, que havia passado pelo processo de transgenitalização e teve seu pedido de retificação de registros negado em todas as instâncias do judiciário francês. Ela alegou que a recusa do governo francês em reconhecer sua “identidade sexual” constituía uma violação ao artigo 8 da CEDH.

A petionária alega que seu caso se distinguia dos dois casos anteriores por duas razões: o lapso temporal havia possibilitado avanços científicos, legais e sociais relacionados às pessoas trans; e o sistema de registro francês era substancialmente diferente do inglês.

Ao analisar o primeiro argumento, a corte considera que, apesar dos avanços científicos, “remanesciam dúvi-

³⁸ No original: “Moreover, the register could not be corrected to record a complete change of sex since that is not medically possible” ECHR. Case of *Cossey v. The United Kingdom*, julgamento em 17 set. 1990. p. 12.

das sobre a natureza essencial do transsexualismo (sic) e que a legitimidade das intervenções cirúrgicas poderia ser questionada”³⁹. Desse modo, não haveria a matéria atingido um consenso entre os estados do Conselho Europeu que justificasse a superação dos precedentes *Rees* e *Cossey*. O segundo argumento, no entanto, tem um peso decisivo no caso. Isso porque a corte entende que o sistema de registro francês era elaborado de modo que as certidões de nascimento deveriam ser atualizadas ao longo da vida do cidadão, refletindo mudanças em seu estado civil⁴⁰. Ademais, a publicidade dos registros públicos em sua íntegra era restrita a servidores públicos e pessoas que requeressem o acesso a tais registros. Outro fator que diferencia o caso dos precedentes é que neste não foi permitido à petionária nem a mudança do seu prenome nem de seu marcador de gênero em nenhum documento, e não somente no registro de nascimento.

Assim, a corte decidiu no sentido que haveria *distinguishing* entre o caso apreciado e os dois precedentes, de modo que, mesmo considerando a margem de apreciação do estado, não haveria um devido sopesamento entre o interesse público e o individual, resultando na violação do artigo 8⁴¹.

Importante notar que, ao declarar o *distinguishing*, a corte deixa evidente que não havia superado seu entendimento de que a negativa de retificação de registros de pessoas trans que haviam passado pelo processo transgenitalizador não constituía uma violação à convenção. Esse entendimento é confirmado no caso *Sheffield and Horsham v. UK*, julgado em 1998. A demanda, proposta por duas mulheres trans, versava sobre o direito de retificação de registro. Assim como nos casos *Rees* e *Cossey*, elas haviam conseguido a mudança de prenomes e a retificação do sexo jurídico em seus passaportes, mas os pedidos de mudança da certidão de nascimento foram negados. Os fundamentos decisórios da corte

continuam sendo dois: não haveria avanços científicos que justificassem uma mudança de postura; a ausência de consenso permitia ao estado uma ampla margem de apreciação⁴². Assim, diz expressamente que não há uma obrigação dos estados de reconhecimento jurídico da identidade de gênero de pessoas que passaram pelo processo transgenitalizador. No entanto, aconselha que os estados-parte da convenção deveriam manter a matéria sob consideração, mesmo na ausência de obrigações convencionais.

Nesse caso, a Sra. Horsham também alega que a ausência de retificação de seu marcador de gênero na certidão de nascimento a impedia de contrair um matrimônio com seu companheiro. O tribunal também reitera seu entendimento de que o artigo 12 somente tutela o casamento “tradicional”, o que permite que os estados continuem a adotar o critério biológico para a determinação do sexo dos nubentes.

3.1.2 O ponto de virada: *Christine Goodwin v. UK e I. v. UK*

Em 11 de Julho de 2002, a CrEDH emitiu decisões de dois casos envolvendo direitos de pessoas trans: *Christine Goodwin v. UK e I. v. UK*. Ambos os casos se assemelham aos três casos anteriores envolvendo o Reino Unido (*Rees*; *Cossey* e *Sheffield and Horsham*) por se tratar de pessoas que haviam passado pelo processo transgenitalizador e que tinham seus pedidos de retificação da certidão de nascimento negado. O caso de Christine trazia maior detalhamento sobre as violências físicas e simbólicas que a negativa de reconhecimento de sua identidade de gênero causou. Um dos fatos narrados foi a negativa do judiciário inglês de apreciar caso envolvendo assédio sexual que ela sofreu em seu ambiente de trabalho ante o fundamento de que ela era do sexo masculino e, portanto, não poderia sofrer tal assédio. Outras situações envolviam práticas discriminatórias em relação a questões como aposentadoria e pagamento de seguro, nas quais ela era tratada como sendo do sexo masculino. Christine também alega violação do seu direito ao casamento, uma vez que não poderia contrair matrimônio com seu companheiro, por ainda ser considerada como tendo sexo masculino.

³⁹ ECHR. *Case of Cossey v. The United Kingdom*, p. 18, par. 48.: “in the light of the relevant studies carried out and work done by experts in this field, that there still remains some uncertainty as to the essential nature of transsexualism and that the legitimacy of surgical intervention in such cases is sometimes questioned.”

⁴⁰ Importante notar que os exemplos de possibilidade de retificação, como adoção e alteração de paternidade são os mesmos que eram possíveis no Reino Unido, de acordo com as alegações do governo britânico no caso *Cossey*.

⁴¹ A decisão é acompanhada de uma opinião dissidente assinada por seis juízes (Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Valticos, Loizou e Morenilla) que alegam que a questão do transsexualismo (sic) ainda possibilitaria uma margem de apreciação larga o suficiente para que não houvesse violação ao artigo 8 no caso.

⁴² Importante notar que na intervenção de terceiros proposta pelo grupo Liberty consta que apenas quatro dos 37 estados-parte não permitiam o reconhecimento jurídico da transgenitalização. Assim, apesar de não haver consenso, havia uma significativa maioria.

Desse modo, a corte enfrenta, novamente, a questão se a convenção resultaria na obrigação positiva de os estados reconhecerem, juridicamente, a identidade de gênero de pessoas que passaram pela cirurgia de transgenitalização. Segundo o tribunal, os casos anteriores não haviam demonstrado que a ausência de reconhecimento gerava consequências graves o suficiente para superar a margem de apreciação garantida aos estados-parte⁴³. Aduzindo que não estava vinculada a seus julgamentos anteriores, a corte ressalta que deve prezar por uma interpretação prática e efetiva dos direitos da convenção e também que o documento deve ser interpretado sempre de forma evolutiva e dinâmica⁴⁴. Assim, propõe que os casos em tela sejam analisados “à luz dos dias atuais”.

A decisão da corte se fundamenta em cinco pontos. O primeiro ponto considerado pela corte é o fato de que a cirurgia de transgenitalização da petionária foi realizada pelo sistema público de saúde britânico e que seria incoerente fornecer tal possibilidade a uma cidadã e negar-lhe o reconhecimento jurídico de sua identidade de gênero que, nas palavras do tribunal, seria o ponto final e culminante do processo transgenitalizador⁴⁵⁻⁴⁶.

Em seguida, analisa a questão do consenso entre os estados-parte da convenção, dizendo que havia uma maior aceitação do reconhecimento jurídico da identidade de gênero do que havia nos primeiros casos e que, apesar de as regulações continuarem diversificadas (se referindo ao argumento utilizado em *Sheffield*), o fato era normal já que a regulação internacional era subsidiária.

Em terceiro lugar, aprecia os avanços científicos e sociais, dizendo que, no campo médico, não havia se avançado sobre as “causas do transexualismo (sic)”⁴⁷,

⁴³ ECHR, *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*. Julgamento em 11 jul. 2002. p. 21, par 73. “Nor had it been shown that the failure to accord general legal recognition of the change of gender had given rise in the applicants’ own case histories to detriment of sufficient seriousness to override the respondent State’s margin of appreciation in this area”.

⁴⁴ ECHR, *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*. Julgamento em 11 jul. 2002. “It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement”.

⁴⁵ ECHR, *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*. Julgamento em 11 jul. 2002. p. 22, par. 72: “which might be regarded as the final and culminating step in the long and difficult process of transformation which the transsexual has undergone”.

⁴⁶ Deve-se notar, no entanto, que o mesmo argumento já havia sido utilizado no caso Rees. Ver: ECHR, *Case Rees v. U.K.*, pag. 13, par.41.

⁴⁷ ECHR, *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*. Jul-

mas que, no campo jurídico e social, alguns avanços haviam ocorrido. Em seguida, considera o caráter histórico do sistema de registros britânico, alegando que, apesar de não ter havido nenhuma mudança significativa, havia propostas legislativas em discussão.

Por fim, a corte faz um juízo de sopesamento entre o interesse público e o da petionária. Nesse ponto, aponta que o princípio da dignidade humana era fundamento da convenção e que, no século XXI, não se podia conceber que o direito ao reconhecimento legal da identidade de gênero de pessoas que passavam pelo processo transgenitalizador era uma matéria de controvérsia, que devia esperar o decorrer do tempo. Aduz, ainda, que era razoável que houvesse uma certa “tolerância” da sociedade para permitir que essas pessoas vivessem de acordo com sua “identidade sexual”. A partir dessas considerações, a CrEDH aponta que não haveria mais uma margem de apreciação para o estado e que o resultado do sopesamento era pela ocorrência da violação ao direito à privacidade.

Ato seguinte, ao analisar a violação ao artigo 12, a corte considera que naquela data a referência a homem e mulher no dispositivo não podia ser concebida em um caráter puramente biológico. Também destaca que a intervenção de terceiros havia demonstrado uma considerável aceitação no direito ao casamento para pessoas trans (54% dos estados). Assim, considera que deixar essa regulação a cargo dos estados contratantes poderia resultar em uma negativa completa do direito, decidindo pela violação do artigo 12.

O caso *I v. U.K.* possui exatamente a mesma fundamentação. Desse modo, a corte declara, em 2002, a partir de uma decisão unânime o direito das pessoas trans à retificação de registros e ao casamento. Apesar de não estabelecer expressamente, o panorama das decisões demonstra que tais direitos se restringem, nesse momento a pessoas que passaram pela cirurgia de transgenitalização.

3.1.3 Condicionamento para a retificação

Em quatro diferentes oportunidades, a CrEDH enfrentou a questão do condicionamento da alteração do sexo jurídico. Os dois primeiros casos tiveram decisão de inadmissibilidade emitida no mesmo dia, em 2006,

gamento em 28 nov. 2006. p. 23, par. 81.

com a mesma fundamentação jurídica. No caso *Parry v. United Kingdom*, a petionária era uma mulher trans que antes de passar pelo processo de transgenitalização se casou com uma mulher cis e com ela teve três filhos. As duas companheiras eram muito religiosas, sendo a Sra. Parry pastora de sua Igreja, e não tinham nenhuma intenção de se separar. No entanto, a petionária foi incapaz de obter sua “certidão de reconhecimento de gênero” (*Gender Recognition Certificate*), que exigia que a pessoa fosse divorciada. Ela somente obteve uma certidão provisória, que possibilitaria a anulação de seu casamento, como meio de obter a certidão definitiva.

O caso *R e F. v. United Kingdom* possui um quadro fático semelhante. F. é uma mulher trans, que já era casada com R. antes de passar pelo processo transgenitalizador. As duas não tinham intenção de se divorciar nem de anular o casamento, o que impediu que F. obtivesse a certidão de reconhecimento de gênero. As partes alegam a violação do direito à vida privada e familiar (ambos tutelados no artigo 8º da CEDH) e ao casamento.

A corte analisou se os casos constituiriam uma violação da obrigação instituída pelo precedente do caso *Goodwin*. Reconhecendo o fato de que as petionárias realmente deveriam abrir mão de um dos dois direitos, o reconhecimento da identidade gênero ou do casamento estabelecido. O tribunal enxerga isso como um reflexo da vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento britânico. No entanto, aduz que elas teriam a opção de estabelecer uma união civil, que já era reconhecida no Reino Unido. Com esses fundamentos, estabelece que não havia fundamentação que demonstrasse uma violação ao artigo 8.

Em relação ao artigo 12, fica estabelecido que a regulação dos efeitos da alteração do registro de gênero no contexto do casamento está na margem de apreciação dos estados-parte e que a união civil possibilitaria às petionárias “muitas das proteções e benefícios do casamento”.

Os dois pleitos (do artigo 8 e do artigo 12) foram considerados manifestamente mal fundamentados e declarados inadmitidos com base no artigo 35 da CEDH.

Oito anos após os dois casos, a CrEDH decidiu sobre o assunto novamente no pleito *Hämäläinen v. Finland*, em 2014. A petionária passava pela mesma situação: era casada com uma mulher e, após passar pelo processo transgenitalizador, teve o reconhecimento jurídico da sua identidade de gênero condicionado ao divórcio ou

à conversão do casamento em união civil. Desse modo, alegou que ela havia sofrido violação do seu direito à vida privada e familiar (artigo 8). A corte compreende que a situação deveria ser analisada pelo prisma positivo do dispositivo, *i.e.*, se havia uma obrigação positiva para a Finlândia de reconhecer a identidade de gênero da petionária enquanto ela permanecesse casada.

O primeiro ponto enfrentado na decisão é o fato de inexistir um consenso entre os estados signatários sobre a possibilidade de o casamento entre pessoas do mesmo sexo e sobre a relação entre o casamento e adequação de registros à identidade de gênero os colocar dentro da margem de apreciação.

Em seguida, analisou-se o sistema jurídico finlandês. Nesse sentido, a petionária teria três opções: manter seu casamento e não ter sua identidade de gênero reconhecida; converter o casamento em união civil; se divorciar. Diferentemente do sistema inglês, aqui não era possível que se anulasse o casamento sem o consentimento marital (*spouse consent*), o que faz com que o reconhecimento da identidade de gênero esteja sempre condicionado à declaração de vontade da outra pessoa no relacionamento. Na avaliação da corte, essas possibilidades eram razoáveis, uma vez que: a mudança do casamento para uma união civil seria “mínima”; o consenso marital resguarda o direito de terceiros; e não haveria mudanças no relacionamento entre os pais e a filha. Conclui-se pela não violação do artigo 8 em suas duas facetas.

Ao apreciar as alegações feitas em relação ao artigo 12, a corte referencia seu precedente no caso *Rees*, quando considera que o casamento é direito de união entre um homem e uma mulher. Entende que não há obrigação aos estados de reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo e, logo, pela inexistência de violação.

Em relação à proibição de discriminação, a petionária alega que se ela fosse uma pessoa cisgênera, sua identidade de gênero seria automaticamente reconhecida em seu nascimento e que não estaria sujeita a um divórcio “forçado”. No entanto, a corte alega que a situação dela não poderia ser comparada com a de uma pessoa cisgênero por não ser suficientemente similar. Assim, conclui pela inexistência de violação do artigo 14.

No ano de 2017, na decisão do caso **A.P., Garçon and Nicot v. France**, a CrEDH teve que enfrentar duas diferentes questões: o condicionamento da retificação

de documentos à realização da cirurgia de transgenitalização e à apresentação de laudos médicos. Reunindo três diferentes petições, o caso tem contornos pouco homogêneos⁴⁸.

A primeira petionária (A.P.) realizou cirurgia de transgenitalização na Tailândia e teve o reconhecimento de sua identidade de gênero negado pelos tribunais franceses, que alegaram que ela precisava passar por um novo exame de uma equipe multidisciplinar antes de autorizarem a retificação. A segunda petionária (Émilie Garçon) afirma que, desde muito nova, se identificava como sendo do gênero feminino e que passou pelo processo de transgenitalização em 2004. Ao requerer a mudança de seu prenome e marcador de gênero nos documentos, teve seu pedido negado pelos tribunais franceses, sob alegação de que o laudo médico apresentado não era crível. A terceira autora também diz que, desde muito nova, se identificava como sendo do gênero feminino, porém não havia realizado a cirurgia de transgenitalização. Novamente, os tribunais franceses negaram a retificação, argumentando que apenas pessoas “genuinamente”⁴⁹ transgênero poderiam modificar os documentos. A Corte de Cassação francesa confirmou a negativa, dizendo que é necessário comprovar, de modo aceito pela comunidade científica, que a pessoa sofria de “desordem de identidade de gênero (sic)”⁵⁰ e que as “mudanças na aparência” deviam ser definitivas, o que poderia incluir a esterelização.

As três autoras alegam a violação do artigo 8 da CEDH pelo condicionamento da modificação de seus documentos à demonstração do diagnóstico de “desordem de identidade de gênero” e da irreversibilidade da transgenitalização. A corte alega que não se pode inferir de seus precedentes que haviam estabelecido a “liberdade de definição da identidade sexual”,⁵¹ obrigação de reconhecimento da identidade de gênero estaria condicionada à cirurgia de transgenitalização. Segue dizendo que, à primeira vista, o sistema francês era adequado, por permitir a retificação dos documentos das pessoas

trans e que os requisitos estabelecidos deveriam ser analisados sob a margem de apreciação.

Em relação ao requisito de exigir uma modificação definitiva, o que incluía a comprovação da cirurgia de transgenitalização e/ou a esterilização do indivíduo, a corte considera que haveria uma interferência no direito à integridade física, extraído tanto do artigo 3 quanto do artigo 8 da CEDH. Também é levado em consideração um número de resoluções de organizações internacionais e a quantidade de estados-parte que estabeleciam ou não tal requisito. Assim, ao sopesar o interesse público, que consistiria na inalienabilidade do status civil e na segurança jurídica, e o interesse privado das petionárias, a corte define que não havia razoabilidade nesse primeiro critério. Dessa maneira, decide que condicionar a retificação de registros à prova da irreversibilidade do processo, consistindo esta na cirurgia de transgenitalização e na esterilização, resulta em uma violação ao direito à vida privada (artigo 8).

No tangente ao segundo requisito, que seria a comprovação médica da condição de transgênero, a corte define que também haveria uma margem de apreciação conferida aos estados. Nesse ponto, o tribunal compreende que não haveria uma interferência na integridade física da pessoa quando o judiciário francês exige a apresentação de laudos médicos (situação de Émilie Garçon) ou a submissão à perícia médica e multidisciplinar (situação enfrentada por A.P.). Assim, pelo sopesamento entre os interesses públicos, novamente a inalienabilidade do registro civil e segurança jurídica, e o direito à vida privada seria proporcional a exigência de diagnóstico médico para a modificação de registros. Portanto, não haveria violação ao artigo 8 da CEDH.

3.2 Acesso à cirurgia de transgenitalização

Neste tópico serão analisados os casos em que os indivíduos enfrentaram algum tipo de dificuldade para realização da cirurgia de transgenitalização, seja pelo impedimento absoluto desse acesso, seja por questões ligadas ao financiamento do procedimento.

A primeira vez em que o assunto foi enfrentado ocorreu no caso *Van Kück v. Germany*, decidido em 2003. A petionária requereu que sua companhia de seguro a ressarcisse dos gastos que teve com a processo de transgenitalização, especificamente com a terapia hormonal e com a cirurgia. Diante da negativa da companhia, ela

⁴⁸ Importante notar que, diferentemente dos outros casos analisados, a Corte não usa os pronomes de gênero correspondentes ao gênero das petionárias, referindo-se a elas por pronomes masculinos (*he/his/il/lu*).

⁴⁹ ECHR, *Case of A.P., Garçon And Nicot v. France*. Julgamento em 6 abr. 2017. p. 13, par. 45.

⁵⁰ ECHR, *Case of A.P., Garçon And Nicot v. France*. Julgamento em 6 abr. 2017. p. 15, par. 52.

⁵¹ ECHR, *Case of A.P., Garçon And Nicot v. France*. Julgamento em 6 abr. 2017. p. 28, par 93.

ingressou com uma ação no judiciário alemão, que negou seu pedido até a última instância, sob alegação da “desnecessidade” de tal procedimento, mesmo com apresentação de opinião médica em sentido contrário. A autora alegou a violação do artigo 6, §1º (direito a um processo justo e equitativo) e do artigo 8 da CEDH.

Em relação à primeira alegação, a CrEDH aduz que o ônus imposto à Sra. Van Kück pelos tribunais alemães para provar a necessidade médica do seu “tratamento” era desproporcional, considerando a jurisprudência da corte de que a identidade de gênero é um dos aspectos mais íntimos da vida privada. Também conclui que a interpretação dada ao termo “necessidade médica” e a valoração dos elementos probatórios não foram razoáveis, constituindo uma violação ao artigo.

Ao apreciar a segunda alegação, a corte afirma que a dignidade humana, elemento central à convenção, tutela tanto a integridade física quanto psíquica das pessoas trans. Ademais, afirma que a identidade de gênero e orientação sexual são questões protegidas dentro do conteúdo do artigo 8, que resultam tanto na obrigação do estado de abstenção de interferência, quanto na obrigação positiva de garantir o respeito à vida privada. A extensão dessas obrigações deve ser definida considerando-se a margem de apreciação. O tribunal diferencia a garantia procedimental apreciada sob a perspectiva do artigo 6 e o direito substancial ao respeito da identidade de gênero da petionária. Assim, conclui que as autoridades germânicas não chegaram a um equilíbrio entre os interesses da seguradora e da petionária, ultrapassando sua margem de apreciação, o que resulta na violação do direito à vida privada (artigo 8).

Em 2007 a corte enfrenta o caso *L. v. Lithuania*, no qual o autor alega que havia sido impedido de realizar a cirurgia de transgenitalização por ausência de regulação jurídica do procedimento. Pede que seja reconhecida a violação à proibição de tortura e tratamento degradante (Artigo 3), ao também artigo 8 e também ao seu direito ao casamento (artigo 12), uma vez que ele era heterossexual e o país não reconhecia o casamento de pessoas do mesmo sexo.

A alegação de tortura ou tratamento degradante é descartada, arguindo a corte que as circunstâncias não eram intensas ao ponto de levar ao enquadramento no dispositivo. A relativa ao artigo 12 também não é apreciada, pelo entendimento que já estava incluída no escopo do artigo 8. Em relação ao artigo 8, o tribunal conclui

que o vazio legislativo existente na Lituânia resultaria na interferência na vida privada do petionário, por negar a ele o reconhecimento de sua real identidade. Assim, a corte conclui que não houve um balanceamento devido entre o interesse público, que foi justificado na falta de orçamento para realização das cirurgias, e a vida privada do autor. Conclui que a situação de não regulação da cirurgia viola o direito à vida privada.

O caso *Schlumpf v. Switzerland*, julgado em 2009, é muito semelhante ao caso Van Kücken, envolvendo o ressarcimento da cirurgia pela companhia de seguro. Nele a autora tem seu pedido negado porque não respeitou o período de espera de dois anos (contados a partir do início do processo transgenitalizador) imposto pela Tribunal Federal de Seguros da Suíça como condição para a cirurgia de transgenitalização. No entanto, a petionária tinha mais de 67 anos na época dos fatos e o adiantamento da cirurgia era justificado por questões de saúde, notadamente sua idade avançada. Desse modo, a corte entende que não houve uma devida apreciação dos fatos pelos tribunais suíços, resultando na violação do direito a um processo justo e equitativo (Artigo 6). Ato seguinte, conclui que o sopesamento entre o interesse da companhia de seguro e o da petionária, que, segundo a corte, consiste no respeito à sua “identidade sexual”, não havia sido devido, resultando na violação do direito à vida privada.

O acesso à cirurgia retorna à pauta da CrEDH em 2015, no caso *Y.V. v. Turkey*. Nele, um homem trans tem seu direito de realizar a cirurgia de transgenitalização negado sob alegação de que ele possuía o corpo de uma mulher fértil e o código civil turco exigia a incapacidade de procriação para o acesso à cirurgia. A corte reconhece que a autonomia privada inclui a possibilidade de dispor sobre o próprio corpo e que, ainda que o artigo 8 não pudesse ser interpretado como uma obrigação de acesso irrestrito à cirurgia de transgenitalização, a condição de “transgenerismo (sic)” era uma situação médica e que o “tratamento” já era fornecido pela maioria dos estados-membro, o que inclui a cirurgia. Esse consenso fez com que a corte considerasse a margem de apreciação mais restrita.

Em seguida, a corte conclui que o estado negou um dos direitos mais básicos à autodeterminação do petionário, que seria a liberdade de definir sua identidade de gênero. Consequentemente, decidiu, por unanimidade, pela ocorrência de violação do artigo 8 diante do

condicionamento do acesso à cirurgia à incapacidade de procriação.

3.3 Direitos parentais

Outro aspecto dos direitos das pessoas trans enfrentado pela CrEDH foi em relação aos direitos parentais. A primeira vez que enfrentou-se a matéria em 1997, no caso **X, Y and Z v. United Kingdom**. X era um homem trans que vivia juntamente com Y, sua companheira. Os dois decidiram realizar uma inseminação artificial em Y, da qual nasceu Z. No ato de registro da criança, as autoridades britânicas não admitiram que X conste como pai da criança, por considerar que apenas um homem “biológico” poderia constar como pai. A corte apreciou a questão sob o aspecto do direito à vida familiar contido no artigo 8.

O primeiro ponto abordado pela corte é a falta de consenso e a consequente ampla margem de apreciação. Em seguida, o tribunal alega que a falta de reconhecimento da relação parental não os impediria de viver como uma família e que haveria um “interesse comunitário de manter um sistema de direito de família coerente, que colocasse o melhor interesse da criança como ponto central”. Esse interesse geral de manter um direito de família “íntegro” deveria ser sopesado com os interesses individuais de X, Y e Z. A corte alega que esses interesses não seriam tão gravemente violados, uma vez que a ausência de relação sucessória automática poderia ser suprida por um testamento e que a ausência de reconhecimento parental na certidão de nascimento somente seria conhecida se os petiçãoários trouxessem essa informação a público. Importante notar que a argumentação é frontalmente oposta àquela dos casos *Rees* e *Cossey*, que usavam a publicidade dos registros como elemento-chave para negar o direito de retificação de registro. Conclui alegando que “a transexualidade implica complexas questões morais, sociais e legais” e que, diante da inexistência de consenso entre os estados, não se poderia entender pela obrigação de reconhecer o direito de reconhecimento da paternidade de uma pessoa trans, inexistindo violação ao artigo 8. Ademais, entende-se que nenhuma outra questão levava a considerar a alegada violação da proibição de discriminação, não apreciando a alegada violação do artigo 14.

Somente em 2010 se decide novamente sobre questões ligadas aos direitos parentais de pessoas trans, no

caso *P.V. v. Spain*. A demanda foi proposta por uma mulher trans que era casada e havia tido uma criança antes de passar pelo processo de transgenitalização. O divórcio e o regime de guarda da criança também foram determinados antes do processo. Ocorre que, quando a petiçãoária assumiu sua identidade de gênero, a ex-esposa peticionou o tribunal pedindo que ela fosse impedida de ver a criança. O tribunal não acolheu o pedido em sua íntegra, mas reduziu o regime de visitas a partir de um laudo psiquiátrico que atestava a instabilidade emocional de P.V. O regime reduzido foi mantido por todas instâncias do judiciário espanhol. Assim, P.V. alegou a violação do artigo 8 (direito à vida privada e familiar) conjugado com a vedação de discriminação (artigo 14).

Houve, na fundamentação da corte, pela primeira vez, dentre os casos analisados, a declaração expressa de que a identidade de gênero seria um dos elementos cobertos pela proibição de discriminação, juntamente à orientação sexual. No entanto, o tribunal compreendeu que o judiciário espanhol pautou suas decisões no laudo psiquiátrico produzido em primeira instância e na tutela do melhor interesse da criança, não sendo um caso de violação do direito à vida familiar ou de discriminação com base em identidade de gênero.

3.4 Direitos sociais

Em apenas uma ocasião, a CrEDH enfrentou uma questão relacionada aos direitos sociais das pessoas trans. Em 2006, no caso *Grant v. United Kingdom*, uma mulher trans que havia passado pelo processo de transgenitalização e que havia se inscrito e contribuído para a previdência social de acordo com sua identidade de gênero, teve sua aposentadoria negada, pois lhe foi aplicada a idade mínima para homens. A autora alega a violação do seu direito à vida privada e à vedação de discriminação conjugada com o direito de propriedade. O tribunal, valendo-se do seu precedente do caso *Goodwin*, entende que houve uma violação à vida privada por falta de reconhecimento jurídico da identidade de gênero da autora. A corte, no entanto, limitou a temporalidade do dano, dizendo que somente se considera a conduta do estado como ilícita a partir do julgamento de *Goodwin*. Assim, mesmo que a autora mencione dois pleitos levados à previdência, em que ambos foram negados por falta do reconhecimento jurídico da identidade de gênero, somente aquele que foi negado após o caso *Goodwin* foi considerado como vio-

lador da Convenção. Ademais, julga improcedente o segundo pedido, por entender que a análise, à luz do artigo 8, já havia exaurido os danos alegados.

4 Especificação e reconhecimento nos casos analisados

A partir dos dados coletados, é possível notar que, desde os casos *Goodwin v. U.K.* e *I. v. U.K.*, a corte reconhece o direito à retificação de registro para as pessoas que passaram pelo processo transgenitalizador. Assim, a possibilidade de mudança dos documentos passava a ser uma obrigação positiva dos estados-parte que surge do direito à vida privada, estabelecido no artigo 8 da convenção. Apesar de não haver nenhuma negativa expressa nos casos de uma pessoa que não havia realizado a cirurgia de transgenitalização e que pleiteava a modificação dos documentos, a corte somente reconhece, expressamente, essa possibilidade em 2017, no caso *A.P., Garçon and Nicot*. Nos casos anteriores, mesmo não se manifestado diretamente, a menção ao fato de que a pessoa havia passado pelo processo transgenitalizador sempre era colocada tacitamente como uma condição para apreciação da demanda. Ainda sobre a retificação, pode-se concluir que ela ainda hoje não é reconhecida de forma expressa, uma vez que a corte entende, também no caso de 2017, que não é uma violação à privacidade o requerimento de apresentação de laudos médicos como condição para a retificação dos registros.

Em relação ao acesso à cirurgia de transgenitalização, entendido não somente como a efetiva possibilidade de realizá-la, mas também o direito que ela seja financiada por seguros de saúde como um tratamento. Ademais, o tribunal entende que o condicionamento da cirurgia à esterilização forçada constitui uma violação ao direito à privacidade.⁵²

No que toca aos direitos parentais, vinculados principalmente à parte da vida familiar contida no artigo 8 da convenção, não há avanço significativo da corte, tendo os dois casos propostos na matéria resultados negativos. Por fim, em relação ao caso envolvendo um direito social, a CrEDH reconhece o direito de igualdade no tocante ao acesso à previdência social. No entanto, o resultado é alcançado a partir do direito à privacidade,

⁵² Importante notar que, apesar da decisão da corte, 14 países europeus ainda exigem que a pessoa que quer se submeter à cirurgia seja estéril. Cf. TRANSGENDER EUROPE. *Trans Rights Europe Map & Index 2018*. Disponível em: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/>. Acesso em: 10 set. 2018.

demonstrando uma ausência completa de fundamentação do direito das pessoas trans nos direitos tido como econômicos, sociais e culturais.

4.1 A especificação de direitos na interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos

Dentro dos objetivos propostos, figurava-se a questão da existência ou não da especificação de direitos das pessoas por meio da interpretação da corte. Como forma de buscar uma resposta ao problema, buscou-se identificar as menções da corte aos direitos tidos como “universais” e àqueles que poderiam ser interpretados como “específicos”. A partir da análise textual dos casos, encontrou-se referência expressa da corte aos seguintes direitos que seriam tidos como específicos: direito ao desenvolvimento pessoal, segurança física e moral *das pessoas trans*; liberdade de definição da identidade de gênero; direito à cirurgia de transgenitalização; e proibição de discriminação por “transexualismo”. De modo que se observa que há, de fato, uma especificação de direitos das pessoas trans na fase da interpretação realizada pela CrEDH. No entanto, ao se observar a frequência em que esses direitos são mencionados, chega-se à seguinte relação:

MENÇÕES A DIREITOS UNIVERSAIS E ESPECÍFICOS NOS CASOS ANALISADOS		
Direito mencionado	Classificação	Número de menções
Direito à vida privada	Universal	21
Direito ao casamento	Universal	7
Direito à integridade física	Universal	1
Direito de estabelecer detalhes de sua identidade	Universal	1
Direito ao desenvolvimento pessoal, segurança física e moral <i>das pessoas trans</i>	Específico	1
Direito de disposição sobre o corpo	Universal	1
Liberdade de definição da identidade de gênero	Específico	2
Direito à cirurgia de transgenitalização	Específico	1
Proibição de discriminação por “transexualismo”	Específico	1

Desse modo, observa-se um total de 31 menções a direitos universais (86%) e apenas 5 menções a direitos específicos (14%). Assim, apesar de ter se observado um substancial desenvolvimento de proteção dos direitos das pessoas trans, a questão da especificação aparece de forma secundária, uma vez que o tribunal faz poucas menções a direitos específicos, quando comparado com as menções aos direitos universais.

4.2 A questão do reconhecimento nas decisões da Corte

Para se aferir em que medida a jurisprudência da CrEDH contribui para o reconhecimento da população trans, é necessário um olhar mais detido aos dados coletados na pesquisa. Isso porque, conforme o entendimento de Fraser, o falso reconhecimento não ocorre apenas pela negativa de direitos, mas pela institucionalização de valores que colocam as pessoas que desviam da cisheteronormatividade em um status de subordinação social⁵³. Assim, não basta analisar se há garantia de direitos pelo tribunal estudado, mas também como se dá essa garantia. Ou seja, há que se questionar se a argumentação da CrEDH reproduz os padrões institucionalizados que geram a subordinação de status⁵⁴ das pessoas trans ou se buscam, ainda que minimamente, romper com eles. Desse modo, nesta seção serão apreciados os argumentos utilizados pela corte a partir de aportes da construção fraseriana e da teoria *queer*.

4.2.1 A tutela por meio da privacidade

Em primeiro lugar, nota-se que o percentual de casos com resultados desfavoráveis para esses indivíduos (considerando os indeferidos, inadmitidos e arquivados) é de 55%, enquanto os favoráveis (considerando os casos de deferimento total ou parcial) se restringem à 45%. Dentre os casos favoráveis, nota-se que em todos utilizou-se como fundamento da decisão o artigo 8 da convenção, na parte da tutela à vida privada.

⁵³ Novamente, faz-se a ressalva de que a autora somente se refere às pessoas LGB. No entanto, nesse ponto em específico, compreende-se que a menção que a autora faz à heteronormatividade como estrutura capaz de subordinar indivíduos pode ser lido como cisheteronormatividade, aplicando-se também às pessoas trans. (FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003. p. 18-19).

⁵⁴ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003. p.29.

Restringir a proteção dos direitos que se relacionam com a identidade de gênero apenas à esfera privada significa impedir a livre e pública manifestação das identidades não cisgêneras. Isto é, a utilização desse argumento reforça a invisibilização e opressão históricas enfrentadas por esse grupo⁵⁵, que é impedido de exteriorizar seus sentimentos e sua própria existência para o restante da sociedade⁵⁶. Nesse sentido, Eve Sedgwick aponta como o uso da privacidade na tutela de pessoas LGBTI as remete à instituição do armário, historicamente ligada à opressão dessa população⁵⁷. Na mesma esteira, Borillo identifica o apelo à esfera individual como uma manifestação da vertente liberal da homofobia (aqui entendida como homotransfobia), que se vale das dicotomias de público/privado como forma de organizar uma hierarquia das sexualidades, reservando a visibilidade apenas para alguns sujeitos⁵⁸.

4.2.2 A negativa do reconhecimento da vedação de discriminação

Outro ponto que se destaca na análise é a recorrente negativa da corte de se analisar os casos a partir da alegação de vedação à discriminação. Em onze dos vinte casos analisados (55%), as pessoas petionárias alegaram que haveria violação ao artigo 14, que estabelece a vedação à discriminação. No entanto, a corte se recusa a apreciar a alegação em todos os casos, dizendo, na maioria deles, que a questão já havia sido analisada com base no direito à privacidade. Em dois casos, no entanto, são usados argumentos diversos. O primeiro deles, utilizado no caso *Sheffield and Horsham v. U.K.*, é de que os interesses públicos considerados (publicidade de registros oficiais), assim como a baixa frequência em que documentos que não estavam conforme a identidade de gênero eram requeridos, bastariam para satisfazer o requisito de “justificação objetiva e razoável”, que exclui

⁵⁵ Sobre a transfobia, suas causas e consequências, consultar: JESUS, Jaqueline Gomes. *Homofobia: identificar e prevenir*. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Metanoia, 2015. p. 62-70.

⁵⁶ LELIS, Rafael Carrano; GALIL, Gabriel Coutinho. Direito Internacional Monocromático: Previsão e Aplicação Dos Direitos LGBTI Na Ordem Internacional. *Revista de Direito Internacional*, [s.l.], v. 15, n. 1, p.278-298, 27 abr. 2018

⁵⁷ SEDGWICK, Eve Kosofsky. A epistemologia do armário. *Cad. Pagu*. Campinas, n. 28, p. 19-54, June 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332007000100003>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁵⁸ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2016. p. 75-77.

a ilicitude da discriminação. O segundo argumento, utilizado no caso *Hämäläinen v. Finland*, é de que a situação da peticionária não era comparável à de qualquer pessoa cis, não havendo base para se alegar a discriminação. A única menção positiva da corte nesse sentido ocorreu no caso *P.V. v. Spain*, quando se menciona que o termo “outros status” do artigo 14 deveria ser compreendido como compreendendo a vedação de discriminação por “transexualismo (sic)”. No entanto, diante da improcedência do caso, a afirmação constitui verdadeiro *obiter dictum*.

A importância de se reconhecer o direito à proibição de discriminação se dá em face do próprio caráter “acessório” do dispositivo. Ou seja, do fato que ele deve ser sempre conjugado com um outro direito específico. Assim, uma jurisprudência que afirmasse que o artigo 14 inclui a identidade de gênero como motivo proibido para a discriminação possibilitaria uma ampliação da proteção das pessoas trans, não mais se restringindo à seara do direito à privacidade. Ademais, a afirmação da corte de que a situação de uma pessoa trans em relação ao reconhecimento de sua identidade de gênero e do seu direito ao casamento não seriam comparáveis à de uma pessoa cis demonstram uma hierarquização velada estabelecida pela corte. Isso porque, ao criar uma distinção tão estanque e estabelecer que uma experiência cisheteronormativa goza de proteção jurídica e a experiência homotrans não possui a mesma proteção, cria-se clara relação de preferência de uma sobre a outra.

Essa hierarquização de sujeitos e experiências torna-se ainda mais visível na passagem em que a corte fundamenta a decisão no caso *Goodwin*, em que alega que “haveria uma expectativa de que a sociedade poderia tolerar uma certa inconveniência para possibilitar que indivíduos [pessoas trans] vivessem dignamente de acordo com a identidade sexual escolhida por eles”(sic)⁵⁹. Percebe-se, então, a utilização de um discurso da “tolerância” que, como afirma Quinalha⁶⁰, nega o direito à existência autônoma do que é diferente dos padrões construídos socialmente. Essa exclusão é evidente, ain-

da, na dicotomia traçada pela corte entre sociedade/pessoas trans. Isto é, para além do reconhecimento de direitos, é necessária a ruptura dos padrões de subordinação social que leva à exclusão da população trans das diversas demandas sociais, enquanto privilegia as pessoas cisgêneras⁶¹.

4.2.3 Patologização da identidade trans na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

Um dos elementos que se faz mais presente nas decisões analisadas é a utilização de um discurso patologizante sobre as pessoas trans. O dispositivo da patologização foi utilizado em um primeiro momento (antes do caso *Goodwin*) como motivo para a negativa do direito à retificação dos registros. Assim, a corte afirmava que ainda não havia consenso científico sobre “as causas do transexualismo (sic)” e, diante disso, que não poderia enfrentar a questão de um ponto de vista jurídico. Na decisão de *Goodwin v. U.K.*, que se coloca como o precedente mais citado da corte na proteção das pessoas trans, a visão medicalizante da identidade trans continua vividamente presente, como se percebe na passagem que é reiteradamente citada nos casos posteriores:

Permanece a situação em que não há evidências conclusivas em relação às causas do transexualismo (sic) e, em particular, se isto é completamente psicológico ou associada à diferenciação física do cérebro [...]. A Corte considera mais significativa, no entanto, que o transexualismo (sic) possui um amplo reconhecimento internacional como uma condição médica para a qual o tratamento é providenciado com providenciar alívio [...] a Corte nota que com o avanço da sofisticação da cirurgia e de tipos de tratamentos hormonais, o principal aspecto biológico imutável da identidade de gênero é o elemento cromossômico. É de amplo conhecimento, no entanto, que anomalias cromossômicas podem surgir naturalmente (por exemplo, no caso de condições intersexo, onde o critério biológico no nascimento não é congruente) e, nesses casos, algumas pessoas têm que ser designada para um sexo ou outro como for mais apropriado de acordo com as circunstâncias do caso individual.⁶² (grifo nosso)

⁵⁹ No original: “the Court considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost”. ECHR, *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*. Julgamento em 11 jul. 2002. p. 26, par. 91.

⁶⁰ QUINALHA, Renan. Contra a mera “tolerância” das diferenças. *Cult*. São Paulo, 24 fev. 2016. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/contra-mera-tolerancia-das-diferencas/>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁶¹ Nesse sentido, sobre exclusão social e transepistemicido, ver: NOGUEIRA, Sayonara N. B. Monitoramento. In: INSTITUTO BRASILEIRO TRANS DE EDUCAÇÃO. *As fronteiras da educação: a realidade dos estudantes trans no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://storage.googleapis.com/wzukusers/user-31335485/documents/5c50350f95db81ka6cN8/ibte2019.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

⁶² No original: It remains the case that there are no conclusive

Desse modo, o reconhecimento dos direitos vem, quase que exclusivamente, como uma resposta à “condição” das pessoas trans, e os direitos são assegurados a partir de uma ideia de continuidade do “tratamento” possibilitado pelo processo transgenitalizador. Apesar de a citação ser datada de 2002, o entendimento pela patologização não parece ter sofrido maiores modificações no tribunal. Isso porque no último dos casos analisados, *A.P., Garçon and Nicot v. France*, a corte entende que a exigência de laudos médicos que comprovem a “condição de disforia de gênero” é proporcional quando se considera um sopesamento entre o “interesse geral de salvaguardar o princípio da inalienabilidade do status civil e a confiabilidade dos registros oficiais”⁶³. Assim, pode-se afirmar que a posição da corte se mantém em uma perspectiva altamente patologizante.

Nesse sentido, Butler explica que a patologização funciona como um dispositivo que desacredita certos modos de existência corporificados a partir de uma explicação pseudocientífica. Esse modelo provoca um enfraquecimento do movimento político por emancipação, uma vez que as minorias sexuais e de gênero patologizadas são vistas como necessitando mais de “tratamento” do que de direitos. A autora não nega que essa estratégia é necessária como forma de se alcançar uma “vida capaz de ser vivida”, se referindo aos sistemas estatais que condicionam o acesso ao procedimento de transgenitalização à existência de um diagnóstico médico. No entanto, Butler alerta que essas estratégias alimentam os próprios instrumentos que são utilizados para oprimir⁶⁴.

findings as to the cause of transsexualism and, in particular, whether it is wholly psychological or associated with physical differentiation in the brain.[...] The Court considers it more significant however that transsexualism has wide international recognition as a medical condition for which treatment is provided in order to afford relief [...]the Court notes that with increasingly sophisticated surgery and types of hormonal treatments, the principal unchanging biological aspect of gender identity is the chromosomal element. It is known however that chromosomal anomalies may arise naturally (for example, in cases of intersex conditions where the biological criteria at birth are not congruent) and in those cases, some persons have to be assigned to one sex or the other as seems most appropriate in the circumstances of the individual case. *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, par 80-81.

⁶³ ECHR. *Case of A.P., Garçon And Nicot v. France*. Julgamento em 6 abr. 2017. p. 42, par. 142: “In that regard, moreover, the interests of the second and third applicants overlap to some extent with the general interest in safeguarding the principle of the inalienability of civil status, the reliability and consistency of civil-status records, and legal certainty, given that this requirement also promotes stability in changes of gender in civil-status documents”.

⁶⁴ BUTLER, Judith. *Notes toward a performative theory of assembly*.

Essa posição mantida pelo tribunal mostra-se extremamente destoante daquela adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶⁵, que reconheceu o direito de retificação a partir da identidade de gênero autopercebida, declarando desnecessária a apresentação de laudos médicos e a urgência de adoção de processos simplificados e não judiciais.

4.2.4 A modulação temporal e a questão da interpretação ampliata

Como se afirmou no segundo tópico do trabalho, entender que a garantia de direitos de pessoas LGBTIs ocorreria por meio de uma interpretação “ampliata” seria legitimar o fato de que essas pessoas não eram originariamente titulares dessas prerrogativas. Ocorre que esse aparenta ser o entendimento da corte pelo exposto no caso *Grant v. U.K.* Isso porque a decisão afirma que o dano sofrido pela autora somente se iniciaria a partir da decisão no caso *Goodwin*, no qual a corte reconheceu que não haveria mais justificativas para negar o reconhecimento do gênero de pessoas que haviam realizado a cirurgia de transgenitalização⁶⁶. Desse modo, a declaração da corte sobre obrigação estatal de reconhecimento jurídico da identidade de gênero assume caráter constitutivo e não declaratório. O que significa dizer que, na visão da corte, o direito à vida privada não tutelava as pessoas trans até aquele marco temporal. Como se afirmou, esse posicionamento contraria a ideia de universalidade contida na própria CEDH.

5 Considerações finais

O presente trabalho se propôs a avaliar a tutela da identidade de gênero no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, a partir de uma análise empírica embasada na sua jurisprudência na matéria. Desse modo, foi utilizada a listagem de casos fornecida pelo órgão

Cambridge-London: Harvard University Press, 2015. p. 54-55.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24*, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁶⁶ ECHR. *Case of Cossey v. The United Kingdom*. Julgamento em 17 set. 1990. p. 8, par. 41: “The Court’s judgment in *Christine Goodwin* found that from that moment there was no longer any justification for failing to recognise the change of gender of post-operative transsexuals.”.

para definição da amostra e, então, os casos foram explorados integralmente.

A análise empenhada se fundamentou na teoria da justiça de Nancy Fraser, de modo que buscou-se compreender se as respostas fornecidas pela corte eram passíveis de remediar a injustiça sofrida pela população trans na esfera do reconhecimento. Para isso, adotou-se a compreensão de que a especificação de direitos seria uma medida passível de contribuir para que os padrões de institucionalização da subordinação social, causa do falso reconhecimento, fossem revertidos. Diante da ausência de previsões expressas sobre direitos específicos para a população LGBTI no âmbito dos tratados regionais europeus, refletindo a realidade do direito internacional, buscou-se averiguar se a especificação poderia ocorrer na fase de interpretação desses direitos. A partir da análise dos casos, o trabalho inferiu que há menções expressas nas decisões de direitos específicos, que seriam extraídos do conteúdo geral dos direitos universais. Essa especificação, então, contribuiria para uma paridade de acesso aos direitos ditos universais, possibilitando uma política de reconhecimento. No entanto, ao se comparar as menções de direitos universais com direitos específicos, percebe-se que os últimos ainda representam a minoria de 14%.

Desse modo, a hipótese inicial, de que haveria a especificação de direitos das pessoas trans na jurisprudência analisada, foi confirmada. Porém, diante do baixo percentual encontrado, entende-se que o mais adequado é afirmar que tal confirmação se deu de forma parcial.

Ademais, com a análise integral dos dados, percebeu-se que a hipótese inicial não possibilitaria uma resposta completa ao problema proposto, que abrangeria o reconhecimento como um todo. Assim, no decorrer da fase exploratória da pesquisa encontraram-se dados que evidenciaram que, ainda que houvesse a especificação, outros fatores poderiam contribuir para a manutenção de um falso reconhecimento da população trans. Dessa maneira, foi exposto que a fundamentação da corte se baseia, amplamente, no direito à vida privada, que guarda problemática relação com a figura do armário que limita a existência das pessoas LGBTIs.

Ademais, a negativa constante em se reconhecer a vedação à discriminação nos casos analisados contribui para que as pessoas trans não sejam colocadas em pé de igualdade com as pessoas cis no discurso jurídico, mantendo a estrutura de falso reconhecimento. No

mesmo sentido, o discurso patologizante utilizado pela corte também influencia negativamente o potencial das decisões de alterar o padrão de subordinação social e cultural que afeta as políticas de reconhecimento.

Por fim, no nível político da justiça pós-westfaliana, a teoria da margem de apreciação limitou a atuação do tribunal de modo negativo. Isso porque, segundo o marco teórico, a jurisdição internacional seria uma das alternativas para remediar as injustiças que são distribuídas inadequadamente no espaço do estado-nação. No entanto, ao se apoiar no consenso entre os estados-partes da convenção e não no real conteúdo dos direitos dela, a corte remete a injustiça sofrida por aqueles que acessam sua jurisdição novamente à competência do estado-nação. Assim, a metodologia do consenso, que tradicionalmente silenciou as pessoas LGBTIs por meio do *bracketing*, transfere-se para a jurisdição internacional por meio da teoria da margem de apreciação.

Referências

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. Os casamentos e as parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito internacional privado brasileiro: aspectos transnacionais das famílias contemporâneas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 43-52, 2014. DOI:10.5102/rdi.v11i1.2832.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Making Love a Crime: criminalization of same-sex conduct in sub-saharan Africa*. 2013. Disponível em: <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/afr010012013en.pdf>. Acesso: 01 jun. 2018.

BAISLEY, Elizabeth. Status-Differentiated Rights. *Journal of Human Rights*, v. 11, p. 365-383, 2012.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho nova. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUTLER, Judith. Merely Cultural. In: OLSON, Kevin. *Adding Insult to Injury: Nancy Fraser debates her critics*. London: Verso, 2008.

BUTLER, Judith. *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*. Cambridge-London: Harvard University Press, 2015.

- BUTLER, Judith. The End of Sexual Difference. In: BUTLER, Judith. *Undoing Gender*. New York: Routledge: 2004.
- CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011.
- DE SCHUTTER, Olivier. *International human rights law: cases, material, commentary*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- DOUZINAS, Costas. *The end of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- ECHR *Case of Cossey v. The United Kingdom*, julgamento em 17 set. 1990.
- ECHR. *Case of A.P., Garçon And Nicot v. France*, julgamento em 6 abr. 2017.
- ECHR. *Case of B. v. France*, julgamento em 22 mar. 1992.
- ECHR. *Case of Cassar v. Malta*, julgamento em 9 jul. 2013.
- ECHR. *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, julgamento em 11 jul. 2002.
- ECHR. *Case of D.C. v. Turkey*, julgamento em 9 mar. 2017.
- ECHR. *Case of Grant v. The United Kingdom*, julgamento em 23 maio 2006.
- ECHR. *Case of Hämäläinen v. Finland*, julgamento em 16 jul. 2014
- ECHR. *Case of I. v. The United Kingdom*, julgamento em 11 jul. 2002.
- ECHR. *Case of L. v. Lithuania*, julgamento em 11 set. 2007
- ECHR. *Case of P. v. Portugal*, julgamento em 6 set. 2011.
- ECHR. *Case of P.V. v. Spain*, julgamento em 30 nov. 2010.
- ECHR. *Case of Parry v. The United Kingdom*, julgamento em 28 nov. 2006.
- ECHR. *Case of R and F v. The United Kingdom*, julgamento em 28 nov. 2006.
- ECHR. *Case of Rees v. The United Kingdom*, julgamento em 17 out. 1986.
- ECHR. *Case of Schlumpf. v. Switzerland*, julgamento em 08 jan. 2009.
- ECHR. *Case of Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, julgamento em 30 jul. 1998.
- ECHR. *Case of Van Kuck v. Germany*, julgamento em 12 jun. 2003.
- ECHR. *Case of X, Y and Z v. The United Kingdom*, julgamento em 22 abr. 1997.
- ECHR. *Case of Y.Y. v. Turkey*, julgamento em 10 mar. 2015.
- ECHR. *Gender Identity Issues: factsheet*, March 2018. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf. Acesso em: 02 jul. 2018.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013,
- FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: a response to Judith Butler. *Social Text*, Durham, v. 0, n. 52/53, p. 279-289, 1997.
- FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452009000200001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 out. 2017.
- FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003.
- INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION. *State-Sponsored Homophobia: a world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition*. Geneva: ILGA, 2017.
- JESUS, Jaqueline Gomes. *Homofobia: identificar e prevenir*. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Metanoia, 2015.
- LELIS, Rafael Carrano; GALIL, Gabriel Coutinho.

- Direito internacional monocromático: LGBTI na Ordem Internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p.279-297, 27 abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v15i1.5087>.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.
- NOGUEIRA, Sayonara N. B. Monitoramento. In: INSTITUTO BRASILEIRO TRANS DE EDUCAÇÃO. *As fronteiras da educação: a realidade dos estudantes trans no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://storage.googleapis.com/wzukusers/user-31335485/documents/5c50350f95db81ka6cN8/ibte2019.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/HRC.RES/27/32*. Nova Iorque, 2014. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/177/32/PDF/G1417732.pdf?OpenElement>. Acesso: 01 jun. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Violência contra pessoas LGBTI*, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24*, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 01 jun. 2018.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIRES, Álvaro P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.
- QUINALHA, Renan. Contra a mera “tolerância” das diferenças. *Cult*. São Paulo, 24 fev. 2016. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/contra-mera-tolerancia-das-diferencas/>. Acesso em: 23 set. 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016
- RUBIN, Gayle. O Tráfico de Mulheres. In: RUBIN, Gayle. *Políticas do sexo*. São Paulo: Ubu, 2017
- SAIZ, Ignacio. Bracketing sexuality: human rights and sexual orientation- A Decade of Development and Denial at the UN. *SPW Working Papers*, n. 2, nov. 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SCHUTTER, Olivier De. *International human rights law: cases, material, commentary*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- TRANSGENDER EUROPE. *Trans Rights Europe Map & Index 2018*. Disponível em: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/>. Acesso em: 10 set. 2018.
- WAALDIJK, Kees. The Gender-Neutrality of the International Right to Marry: same-sex couples may still be excluded from marriage, but their exclusion – and their foreign marriages – must be recognised. In: ZIEGLER, Andreas R. *InternationalLGBTILaw [no prelo]*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3218308>. Acesso em: 30 jul. 2018.
- ZEIDAN, Sami. Irreverent or irrelevant?: the United Nations and Gay Rights. *The Harvard Law Record*. Cambridge, p. 1-2. 6 out. 2005. Disponível em: <http://hlrecord.org/2005/10/irreverent-or-irrelevant-the-united-nations-and-gay-rights/>. Acesso em: 16 Jun. 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O Comitê Jurídico
Interamericano da OEA e
a codificação do direito
internacional regional**

**The OAS Inter-American
Juridical Committee and
the Codification of Regional
International Law**

Lucas Carlos Lima

VOLUME 16 • N. 2 • 2019
DIREITO AMBIENTAL

O Comitê Jurídico Interamericano da OEA e a codificação do direito internacional regional*

The OAS Inter-American Juridical Committee and the Codification of Regional International Law

Lucas Carlos Lima**

Resumo

O presente artigo avaliará se, e em qual medida, o trabalho do Comitê Jurídico Interamericano pode favorecer uma certa regionalização do direito internacional. Mais precisamente, busca-se saber se, e em qual medida, o trabalho do Comitê pode favorecer a emergência de regras regionais, não escritas, de caráter costumeiro. O trabalho será dividido em três partes. Primeiramente, será contextualizada a ideia de codificação na América Latina e, em particular, a noção de codificação no Continente Americano. Embora exista significativo trabalho acadêmico na questão, revisitar esse debate prova-se importante, uma vez que é no interior dele que o primeiro comitê foi criado com a função de codificar o direito internacional. Na segunda parte, será examinado o método de trabalho do Comitê Jurídico Interamericano e se este favorece a promoção ou contribui para a ideia de regras de direito internacional aplicáveis apenas na relação entre Estados Americanos. O último problema analisado será aquele das interações entre o trabalho de codificação do Comitê Jurídico Interamericano e o da Comissão de Direito Internacional. O objetivo será o de investigar e avaliar a relação entre a perspectiva regional e a perspectiva universal no processo de codificação, especialmente quando um determinado tópico é coberto por dois órgãos e potenciais conflitos podem emergir. Para tanto, a metodologia empregada é a análise das fontes primárias do trabalho do Comitê bem como a análise bibliográfica dos trabalhos sobre codificação. O principal argumento sustentado é que, direta e indiretamente, o CJI favorece uma certa regionalização do direito internacional ao focar-se, particularmente, em seus trabalhos recentes, na prática e na *opinio juris* dos Estados Americanos. Isto ocorre apesar da coordenação entre CJI e CDI.

Palavras-chave: Comitê Jurídico Interamericano. Regionalismo. Codificação do direito internacional.

* Recebido em 13/06/2019
Aprovado em 07/08/2019

** Lucas Carlos Lima é professor adjunto de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito Internacional pela Università degli Studi di Macerata. Coordenador do Grupo de Pesquisas em Cortes e Tribunais Internacionais CNPq/UFMG. E-mail : lucaslima00@hotmail.com.

Abstract

This contribution shall assess whether and to what extent the work of the Inter-American Juridical Committee may favour a certain regionalisation of international law. More precisely, the focus is on the question of whether and to what extent the work of the Committee may favour the emergence

of regional, non written, customary rules. The work is divided in three parts. Firstly, I will briefly contextualize the idea of regionalism in Latin America and, particularly, the notion of codification in the Continent. Although there has been much scholarly work on the issue, revisiting this debate proves to be important since it is within it that the first committee was created with the task of codifying international law. In the second part, I shall examine the method of work of the Inter American Juridical Committee. In this respect, I will inquire if the Committee favours the promotion or contributes to the idea of rules of international law applicable only in the relationship between American States. The last problem I would like to address concerns the interactions between the work of codification of the Inter-American Juridical Committee and that of the International Law Commission. My purpose here is to assess the relationship between a regional perspective and a universal perspective in the process of codification, especially when the same topic is covered by the two bodies and potential conflicts of laws might arise. For this purpose, the methodology employed was the analysis of the primary sources of the Committee as well as the bibliographical analysis on the work of codification of international law. The main argument I sustain is that directly or indirectly the IAJC favours a certain regionalisation of international law by focusing, particularly in its most recent work, on the practice and *opinio juris* of American States. This occurs despite the coordination between the IAJC and the ILC.

Keywords: Interamerican Juridical Committee. Regionalism. Codification of international law.

1 Introdução

Em sistemas jurídicos domésticos, a codificação é um projeto de universalização. A ideia de codificação no direito internacional não constitui uma exceção a esse truismo. Ainda assim, parece existir uma constante tensão entre universalismo e regionalismo quando se trata da codificação do direito internacional.¹ Na América,

¹ Ver, nesse sentido, CRAWFORD, James R. Universalism and Regionalism from the Perspective of the Work of the International Law Commission. In: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. International Law on the Eve of the Twenty-First Century: Views from the International Law Commission. New York: CDI, 1997. p. 99-122, para quem “[t]he underlying diversity of nations

um continente orgulhoso de suas contribuições ao Direito das Gentes², essa tensão é epitomada no trabalho do Comitê Jurídico Interamericano (CJI ou Comitê), um específico órgão regional incumbido da tarefa de promover a codificação na região.

Desde 1948 o Comitê desempenhou um importante papel no cumprimento de sua tarefa de desenvolver o direito internacional público e privado no continente.³ De acordo com o Artigo 99 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), uma das tarefas do Comitê é

[...] promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional; e estudar os problemas jurídicos relativos à integração dos países em desenvolvimento do Hemisfério.

Esse dispositivo emprega as mesmas palavras que definem a função da Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas: promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional.

Contudo, na prática recente do Comitê, as expressões “codificação” e “desenvolvimento progressivo” adquiriram um significado aparentemente diferente daquele oferecido pelo Estatuto da CDI. Enquanto o Estatuto da CDI e sua prática estabelecem uma clara

and the tendency to regionalism even in respect of areas, such as human rights, where universal values would appear to be at stake, raises significant tensions for international law and may even call in question its claim to ‘universality.’” Ver também MEHDI, Rostane. Les objectifs de la codification régionale. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. La Codification du Droit International: Colloque d’Aix-en-Provence. Paris: Pedone, 1999, pp. 69-99 e de maneira mais geral, SCHREUER, Christoph. Regionalism v Universalism. *European Journal of International Law*, 1995. p. 477-499.

² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The contribution of Latin American legal doctrine to the progressive development of international Law. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 2014, p. 9-92; BARBERIS, Julio. Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1992. p. 81-230; MAROTTA RANGEL, Vicente. International law, regional developments: Latin America. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008; VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. La contribución de América al derecho internacional. In: XXXIII Curso de derecho internacional: el derecho internacional en las Américas: 100 Años del Comitê Jurídico Interamericano, 2006. p. 59-94.

³ Embora, no campo do direito internacional privado, tenham ocorrido grandes resultados, o presente exame limitar-se-á ao direito internacional público. Sobre os desenvolvimentos no campo do direito internacional privado, ver VÁSQUEZ, Carlos Manuel. Regionalism Versus Globalism: a View from the Americas. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, 2003. p. 63-70; e ALVARADO, Dante Maurício Negro. La labor del Comitê Jurídico Interamericano. *Agenda Internacional, [S.l.]*, p. 211-230, 2015.

distinção entre codificação e o desenvolvimento de regras⁴, essa distinção não parece espelhar-se na prática do Comitê Interamericano. Na prática da CDI, codificação relaciona-se à identificação de regras costumeiras. Esse não parece ser o caso em relação ao trabalho do Comitê. O que se depreende da prática do Comitê é um significado mais genérico: ele relaciona-se à identificação das regras existentes numa determinada área que parecem refletir os interesses, as necessidades e as práticas dos Estados americanos. Isso significa que a função do Comitê não é necessariamente a de determinar as regras costumeiras aplicáveis aos Estados americanos. Também significa que a distinção entre codificação e desenvolvimento progressivo não é central ao trabalho do Comitê. A prioridade do Comitê é a de identificar conjuntos de regras em diferentes áreas do direito internacional que respondam, adequadamente, às necessidades específicas dos Estados Americanos.

O presente trabalho avaliará se, e em qual medida, o trabalho do Comitê Jurídico Interamericano pode favorecer uma certa regionalização do direito internacional. Mais precisamente, o foco é na questão de saber se, e em qual medida, o trabalho do Comitê pode favorecer a emergência de regras regionais, não escritas, de caráter costumeiro. O trabalho será dividido em três partes. Primeiramente, será contextualizada a ideia de codificação na América Latina e, em particular, a noção de codificação no continente americano. Embora exista significativo trabalho acadêmico versando sobre a questão, re-visitar esse debate prova-se importante uma vez que, no interior dele, o primeiro comitê foi criado com a função de codificar o direito internacional. Na segunda parte, será examinado o método de trabalho do Comitê Jurídico Interamericano. Sobre a questão, será verificado se o Comitê favorece a promoção ou contribui para a ideia de regras de direito internacional aplicáveis apenas na relação entre Estados Americanos. O último problema analisado diz respeito às interações entre o trabalho de codificação do Comitê Jurídico Interamericano e o da Comissão de Direito Internacional. O objetivo será o de investigar e avaliar a relação entre a perspectiva regional e a perspectiva universal no processo de codificação, es-

pecialmente quando um determinado tópico é coberto por dois órgãos e potenciais conflitos podem emergir. O principal argumento sustentado é que, direta e indiretamente, o CJI favorece uma certa regionalização do direito internacional ao focar-se, particularmente em seus trabalhos recentes, na prática e na *opinio juris* dos Estados Americanos. Isto ocorre apesar da coordenação entre CJI e CDI.

2 Regionalismo e a codificação do Direito Internacional

Desde o início do século XX, a codificação do direito internacional era uma preocupação dos Estados americanos e latino-americanos.⁵ Na terceira Conferência dos Estados Americanos, no Rio de Janeiro em 1906, a importância da codificação do direito internacional foi salientada. Estados Americanos confiaram a tarefa de codificação a um grupo de internacionalistas e criaram a Comissão Internacional de Jurisconsultos (Comisión International de Jurisconsultos), composta por um representante de cada Estado americano.⁶ O assim chamado Código Bustamante e a Convenção de Montevideo de 1933 sobre Direitos e Deveres dos Estados são produtos de sucesso desses esforços pela codificação no continente. A Comissão, que mudou seu nome ao longo do tempo, foi a predecessora do atual Comitê Jurídico Interamericano.⁷

Não por acaso, quando o internacionalista chileno

⁴ A distinção é estabelecida pelo Artigo 15 do Estatuto da Comissão de Direito Internacional. Sobre a relevância dessa distinção no trabalho da CDI, ver PELLET, Alain. *Between codification and progressive development of the law: some reflections from the ILC*. Forum du droit international, 2004. p. 15-24; e GRADONI, Lorenzo. La Commissione del Diritto Internazionale riflette sulla rivelazione della consuetudine. *Rivista di Diritto Internazionale*, 2014. p. 667-698.

⁵ ÁLVAREZ, Alejandro. *La codification du droit international*. Paris: Pedone, 1912.; PESSOA, Epitácio. *Codificação do direito internacional: guerra externa terrestre: guerra civil: reclamações oriundas de uma e outra: projecto*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1912.; NYS, Ernest. The Codification of International Law. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 5, n. 4, p. 871-900, 1911.; ROOT, Elihu. The function of private codification in International Law. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 5, p. 577-589, 1911.; BAKER, P.J. The Codification of international law. *British YearBook of International Law*, v. 5, 1924. p. 38 ss.; SCOTT, James Brown. The codification of international law in America. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 19, p. 333-337, 1925.; MORRIS, Roland S. The codification of international law. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 74, p. 452-463, 1926.; YEPES, Jesus Maria. *La codificación del derecho internacional americano y la conferencia de Rio de Janeiro*. Bogotá: Imprensa Nacional, 1927.

⁶ ÁLVAREZ, Alejandro. *La Codification du Droit International*. Paris: Pedone, 1912p. 100.

⁷ RIBEIRO, Renato. Breve História da Comissão Jurídica Interamericana e de sua Obra. *Revista de Ciência Política*, [S.l.], v. 33, n. 2, p. 85-99, 1990.

e ativo delegado nas conferências americanas, Alejandro Álvarez, lançou a ideia de que existia um Direito Internacional Americano, essa declaração causou reverberações no campo da doutrina bem como no campo diplomático.⁸ O objetivo da codificação na América Latina, segundo Álvarez, era precisamente divergir das regras europeias e incorporar valores regionais, como por exemplo, o princípio de não intervenção. A existência de um “Direito Internacional Americano”, por muito tempo, conflitou debates doutrinários e conjurou vozes dissonantes sobre sua existência, formação e efeitos. A questão da codificação conduzida por Estados americanos não prosseguiu sem resistência por parte de alguns acadêmicos.⁹

Como é notório, a possível existência de regras costumeiras regionais foi admitida pela Corte Internacional de Justiça no caso *Asylum*, que envolvia dois Estados americanos.¹⁰ Como observado por um dos juizes da Corte na ocasião, um costume regional preenche a “necessidade de levar em consideração, na criação ou adaptação de regras de um escopo territorial limitado, de circunstâncias geográficas, históricas e políticas que são peculiares à região em questão”.¹¹ O julgamento desencadeou um amplo debate sobre se regras regionais

constituem em uma categoria separada ou independente de regras de direito internacional.¹²

Mais recentemente, a existência de regras costumeiras foi também reconhecida pela Comissão de Direito Internacional em seu Projeto de conclusões sobre a identificação do direito internacional costumeiro, adotado em segunda leitura em 2018.¹³ A Conclusão 16 estabelece que “uma regra do direito costumeiro internacional particular, seja regional, local ou outro, é uma regra de direito internacional que aplica-se somente a um limitado número de Estados”. Sobre essa questão, o *special rapporteur* do projeto observou que “regras de direito internacional costumeiro particular por vezes desempenham um papel significativo nas relações interestatais, acomodando diferentes interesses e valores peculiares a alguns Estados somente”.¹⁴ Ele também esclareceu que um critério mais restrito deveria ser aplicado na determinação da existência dessas regras, uma vez que “é necessário identificar claramente quais Estados participaram da prática e aceitaram-na como direito”.¹⁵ A inclusão de um projeto de conclusão sobre direito internacional costumeiro particular foi apoiado por diversos Estados.

Apesar de seu raro aparecimento, a possibilidade de regras costumeiras regionais é geralmente admitida e Estados americanos, ou acadêmicos oriundos desses

⁸ ALVAREZ, Alejandro. *Le droit international Américain*. Paris: Pedone, 1910.; SCARFI, Juan Pablo. *The hidden history of international law in the Americas*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 87-106; OBREGÓN, Liliána. Noted for dissent: the international life of Alejandro Álvarez. *Leiden Journal of International Law*, [S.l.], v. 19, p. 983-1016, 2006.

⁹ Talvez a querrela mais conhecida seja representada pela divergência teórica entre o chileno Alejandro Álvarez e o brasileiro Manoel Sá Vianna. Enquanto o primeiro defendia a existência de um “Direito Internacional Americano”, Sá Vianna escreveu um livro contestando essa ideia. Segundo Sá Vianna, os princípios e regras do direito internacional compunham um único corpo jurídico e não permitiria o surgimento de “subsistemas”. O debate sobre regionalismo e direito internacional perseverou ao longo do século XX levantando um conjunto de questões práticas e teóricas. Nesse sentido, ver, SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *De la non existence d'un droit international américain*. Rio de Janeiro: L Figueirado, 1912.; OBREGÓN, Liliána. identity formation, theorization and decline of a Latin American international law. In: ALMEIDA, Paula W.; SOREL, Jean Marc (org). *Latin America and the International Court of Justice: contributions to international law*. London: Routledge, 2017. p. 3-14.

¹⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of 20 November 1950. In: I.C.J. Reports 1950. p. 266.

¹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Dissenting Opinion of Judge Azevedo, Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of 20 November 1950. In: I.C.J. Reports 1950. p. 333. Do original: “necessity of taking into account, in the creation or adaptation of rules of restricted territorial scope, of geographical, historical and political circumstances which are peculiar to the region concerned”.

¹² FRANCIONI, Francesco. La consuetudine locale nel diritto internazionale. *Rivista di diritto internazionale*, 1972. p. 396.; D'AMATO, Anthony. The Concept of Special Custom in International Law. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 63, p. 211-223, 1969.; FORTEAU, Mathias. Regional International Law. In: MAX Planck Encyclopaedia of Public International Law, 2006.; KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: Report of the Study Group of the International Law Commission, Un. doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006. Ver, de maneira mais geral THIRLWAY, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 88-89; ELIAS, Olufemi. The relationship between general and particular customary international law. *African Journal of International & Comparative Law*, [S.l.], v.8, 1996. p. 65.

¹³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Identification of customary international law: text of the draft conclusions as adopted by the Drafting Committee on second reading*, UN doc. A/CN.4/L.908, 22 May 2018.

¹⁴ WOOD, Michael. *Fourth report on identification of customary international law*, UN doc. A/CN.4/695, 8 Mar. 2018. p. 11. Do original: “rules of particular customary international law sometimes play a significant role in inter-State relations, accommodating differing interests and values peculiar to some States only”

¹⁵ WOOD, Michael. *Third report on identification of customary international law*, UN doc. A/CN.4/682, 27 Mar. 2015. p. 57. Do original: “it is necessary to identify clearly which States have participated in the practice and accepted it as law”.

Estados, foram os proponentes mais vocais da existência dessa categoria de regras. Essa possibilidade soleva o problema do papel dessas regras no processo de codificação do direito internacional. Uma primeira questão — que não poderá ser profundamente examinada neste artigo — seria a de qual é o papel que o regionalismo desempenha no processo geral de codificação realizado pela Comissão de Direito Internacional. Um autor aptamente observou que “em conformidade com seu Estatuto e mandato, a Comissão trabalhou completamente no pressuposto de universalismo”¹⁶ e igualmente que

os registros da Comissão revelam não apenas uma ausência de referência a questões de regionalismo mas mesmo uma tentativa deliberada de evitar essas ideias — o que descrevi como um universalismo resoluto.¹⁷

Essa abordagem não surpreende se toma-se em consideração a aspiração da CDI de uma ampla aceitação de seu trabalho. Exagerar as potenciais exceções ou particularidades regionais de uma regra geral universal pode gerar um risco inerente de uma “fragmentação” do projeto.

A segunda questão desencadilhada pela existência de um direito regional costumeiro é a maneira pela qual a codificação destas regras pode eventualmente ocorrer. No continente americano, o exame da prática recente e dos métodos de trabalho do órgão regional responsável pela codificação é um primeiro passo para oferecer uma possível resposta para a questão.

3 O trabalho do Comitê Jurídico Interamericano

Na condição de um dos órgãos principais estabele-

cidos pela Carta da Organização dos Estados Americanos, o Comitê Jurídico Interamericano ocupa um lugar privilegiado na arquitetura da organização, sendo responsável por um número de iniciativas conectadas ao desenvolvimento e a promoção do direito internacional. A prática pretérita do CJI revela como o órgão provou-se influente na codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional do continente.¹⁸ Exemplos significativos de tratados elaborados sob sua influência são o Pacto de Bogotá para Solução Pacífica de Controvérsias de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 e a Convenção de Asilo Diplomático de 1954. Ademais, diversas convenções foram esboçadas pelos membros do CJI em tópicos como direito do mar, meio ambiente e terrorismo.¹⁹

Os onze juristas que compõem o CJI são selecionados em sua capacidade pessoal.²⁰ Eles são nacionais dos Estados membros da OEA e, na ocasião de suas eleições pela Assembleia Geral, uma representação geograficamente equitativa deve ser levada em consideração²¹, uma vez que o Comitê representa todos os membros da Organização.²² Quando o estudo de um tópico específico é requisitado por um órgão da OEA ou escolhido *proprio motu* pelo Comitê, um *rappporteur* é confiado à tarefa de preparar um relatório com a análise do tópico e sua abordagem doutrinal — outro ponto em comum com o método de trabalho da CDI.²³

Há duas questões a serem colocadas em evidência em relação ao trabalho do Comitê Jurídico Interamericano. A primeira é o resultado de seu trabalho, ou seja,

¹⁶ CRAWFORD, James R. Universalism and Regionalism from the Perspective of the Work of the International Law Commission. In: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *International Law on the Eve of the Twenty-First Century: Views from the International Law Commission*. New York: CDI, 1997. p. 115. Do original: “[...] in conformity with its Statute and mandate, the Commission has worked entirely on the assumption of universalism”.

¹⁷ CRAWFORD, James R. Universalism and Regionalism from the Perspective of the Work of the International Law Commission. In: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *International Law on the Eve of the Twenty-First Century: Views from the International Law Commission*. New York: CDI, 1997. p. 115. Do original: “[...] the Commission’s record reveals not merely an absence of reference to the issues of regionalism but even a deliberate attempt to eschew any such ideas – what I have described as a resolute universalism”.

¹⁸ Para uma visão geral, ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Inter-American juridical committee: an overview. *The World Today: Chatham House Review*, [S.l.], p. 437-442, 1982.; SACASA, Mauricio Herdócia. La contribución del comité jurídico interamericano a los nuevos desarrollos del derecho internacional en las Américas. In: XXXV Curso de Derecho Internacional, United States, p. 167-190, 2008.; ARRIGHI, Jean Michel. L’organisation des États Américains et le Droit International. *Recueil des cours*, [S.l.], p. 235-242, 2011.; SIQUEIROS, José Luis. La OEA y el derecho internacional. *Revista Mexicana de Política Exterior*, p. 38-67, 1998.; ALVARADO, Dante Negro Mauricio. La labor del Comité Jurídico Interamericano. *Agenda Internacional*, [S.l.], p. 211-230, 2015.

¹⁹ RIBEIRO, Renato. Breve História da Comissão Jurídica Interamericana e de sua Obra. *Revista de Ciência Política*, [S.l.], v. 33, n. 2, p. 95-97, 1990. Ver também MILLICAY, Fernanda. Inter-American Juridical Committee. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2011.

²⁰ Artigo 4 do Estatuto do Comitê Jurídico Interamericano.

²¹ Artigo 101 da Carta da OEA.

²² Artigo 102 da Carta da OEA.

²³ Artigo 49 das Regras de Procedimento do CJI, CJI/RES.II-3/89, OEA/Ser. Q/I rev.1, 2 May 1998.

quais são os textos e os documentos elaborados como produtos últimos do processo de codificação. Segundo, é interessante verificar quais são os materiais e as fontes que os membros da Comissão se utilizam para a codificação do direito.

Se, no passado, o resultado típico dos trabalhos do Comitê eram tratados, mais recentemente, os resultados têm sido diretrizes (*guidelines*), leis-modelo, e projetos de artigos que não se transformam em tratados: em suma, uma codificação *soft* — uma mudança que é similar à que caracteriza o trabalho da CDI.²⁴ Dois exemplos ilustram essa prática. Em 2017, após estudar o tópico de pessoas apátridas, o CJI adotou um “Guia para a Proteção das Pessoas Apátridas”, disponível para os países da região como uma fonte de recomendações e de guia.²⁵ De maneira similar, em 2018, o CJI adotou um “Guia para aplicação prática das imunidades jurisdicionais das organizações internacionais”²⁶ com o mesmo propósito de oferecer orientação num tópico que as autoridades americanas consideraram oferecer dificuldade em suas atividades cotidianas. Ambos os documentos foram adotados pelos órgãos da OEA e submetidos aos Estados membros.

Em relação ao método de trabalho do CJI, um aspecto a ser ressaltado é que o Comitê parece focar-se essencialmente na prática dos Estados americanos. A escolha e o exame dos materiais inevitavelmente enfatizam a relevância da dimensão regional no trabalho de codificação. A importância especial dada à prática dos Estados da OEA, o fato que o CJI geralmente submete questionários a estes em relação aos tópicos examinados e a inclinação do Comitê de respeitar esta prática em seu trabalho são elementos que demonstram a atenção dada à dimensão regional. Além disso, ao considerar

a importância de tratados universais para os propósitos do trabalho de codificação, o Comitê leva em consideração a aderência dos Estados americanos a esses tratados. Em outras palavras, tratados universais parecem ser relevantes aos olhos do Comitê somente na medida em que permitem a identificação de regras aceitas *por* Estados americanos.

Interessante exemplo do método de trabalho do Comitê é oferecido por seu recente trabalho no tópico da Imunidade dos Estados. Para verificar se os Estados americanos precisavam de um quadro jurídico nessa área, eventualmente distanciando-se das regras universalmente aplicáveis a todos os Estados, o Comitê realizou uma investigação sobre as práticas dos Estados americanos em matéria de imunidade.²⁷ Como esperado à luz do seu método de trabalho usual, a única preocupação do Comitê era a de verificar uma prática regional. Ao final, o *rapporteur* concluiu que “o presente estado não requiere novas normas, à luz das convenções e das normas costumeiras”.²⁸ Em outras palavras, de acordo com o *rapporteur*, uma vez que os Estados americanos estavam satisfeitos com o direito costumeiro existente e não precisavam de novos tratados ou do desenvolvimento de novas regras, não era necessário continuar o trabalho no tópico. Ao final de seu relatório, o *rapporteur* salientou que

[..]a existência de uma Convenção [regional] sobre o âmbito de aplicação da Imunidade de Jurisdição dos Estados não implica a ausência de regulamentação na área, mas sim que ela é normalmente governada pelo direito internacional costumeiro.²⁹

Significativamente, o *rapporteur* não entendeu necessário estabelecer se existiam regras costumeiras regionais na matéria.

O que se pode inferir do exame da prática do Comitê sobre a importância outorgada ao direito costu-

²⁴ Ver VILLALPANDO, Santiago. Codification Light: a New Trend in the Codification of International Law at the United Nations. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, [S.l.], p. 117-155, 2013.; COGAN, Jacob Katz. The Changing Form of the International Law Commission's Work. In: VIRZO, Roberto; INGRAVALLO, Ivan (ed.). *Evolutions in the law of international organizations*. Leiden: Brill, 2015. p. 275 e de maneira geral, ABI-SAAB, Georges. De la codification: quelques réflexions sur la signification et son rôle en droit international. In: KOHEN, Marcelo; LANGER (ed.) *Le développement du droit international: réflexions d'un demi-siècle*. Paris, 2013. p. 107-120.; BORDIN, Fernando Lusa. Reflections of customary international law: the authority of codification conventions and ILC draft articles in international law. *International & Comparative Law Quarterly*, [S.l.], p. 535-567, 2014.

²⁵ OAS Doc. IA/C/RES.218 (LXXXVII-O/15), August 7, 2015.

²⁶ OAS Doc. CJI/doc.545/17.

²⁷ MATA PRATES, Carlos. Immunity of Jurisdiction of States: Scope and Validity, OAS Doc. CJI/doc.530/17. p.124-128.: “In order to analyze the current development on this issue a Questionnaire on the Status of Immunity of Jurisdiction of States in the American Continent was prepared, which was forwarded to the Member States of the OAS”.

²⁸ Annual Report of the Inter-American Juridical Committee 2017, CJI/doc. 551/17, 16 August 2017. p. 124.

²⁹ Annual Report of the Inter-American Juridical Committee 2017, CJI/doc. 551/17, 16 August 2017. p. 128. Do original: “the inexistence of a [regional] Convention on the scope of Immunity of Jurisdiction of States does not imply the lack of regulations in the area, but rather that it is normally governed by customary international law”.

meio regional é que a função do comitê não é de nenhuma maneira a de codificar essas regras. O Comitê nem mesmo faz referência, em seu trabalho, à distinção entre direito internacional geral e direito internacional costumeiro regional. Contudo, seu método trabalho, baseado na avaliação exclusiva da prática dos Estados americanos, pode favorecer uma regionalização do direito internacional, incluindo a possibilidade de determinar a existência de uma prática suportando a criação de regras aplicáveis somente em relação aos estados da região. Ademais, existe um segundo meio pelo qual o CJI pode favorecer a emergência de regras costumeiras regionais. Ao identificar as regras particulares que divergem das regras gerais e galvanizá-las em tratados regionais ou documentos de *soft law*, o CJI pode influenciar a criação de *novas* regras costumeiras. A, regra eventualmente identificada ou sugerida pelo CJI, pode não ser uma regra costumeira no momento de sua formulação, mas a ulterior reação dos Estados americanos a essa regra pode impactar novas regras costumeiras.

4 O CJI e sua relação com a Comissão de Direito Internacional

Uma característica que define o processo de codificação regional é ser um processo ciente dos outros. Ele ocorre enquanto o processo de codificação do direito internacional geral está ocorrendo em nível universal. Historicamente isso explica por que o trabalho do Comitê Jurídico Interamericano possui diversos pontos de contato com o trabalho da Comissão de Direito Internacional.

O Estatuto da CDI de 1947 determina, em seu artigo 26.4, o fato de ser reconhecida a “conveniência da consulta pela Comissão com organizações intergovernamentais cuja tarefa seja a codificação do Direito Internacional, como a União Pan Americana”.³⁰ Por sua vez, o Estatuto do CJI prevê a possibilidade de se apontar observadores para os encontros da CDI.³¹ Todos os anos, um representante do CJI vai a Genebra e apresenta o presente trabalho do Comitê para a CDI.

³⁰ Artigo 26.4 do Estatuto da Comissão de Direito Internacional. Do original: “The advisability of consultation by the Commission with intergovernmental organizations whose task is the codification of international law, such as those of the Pan American Union, is recognized.”

³¹ Artigo 30, ‘f’, do Estatuto do CJI.

Os membros dos dois órgãos estabelecem um diálogo sobre tópicos de interesse comum. Além disso, como emerge dos relatórios da Comissão, os membros da CDI estabelecem diálogos informais com os membros do Comitê.³²

Somando-se às trocas diretas entre os dois órgãos, é interessante notar que membros do Comitê Jurídico Interamericano referem-se, autoritativamente, ao trabalho da Comissão em diferentes projetos. Por exemplo, quando o presente *rapporteur* do tópico dos acordos obrigatórios e não obrigatórios iniciou o exame da questão, ele referiu-se, extensivamente, aos debates ocorridos na Comissão de Direito Internacional em relação ao projeto da Convenção de Viena.³³ Ademais, a CDI levou em consideração, diversas vezes, o trabalho do Comitê. Por exemplo, a CDI considerou o trabalho do Comitê em relação à plataforma continental nos anos 50 e, mais recentemente, utilizou o Esboço de Convenção Interamericana sobre Imunidades em seu trabalho acerca das Imunidades Jurisdicionais do Estado.³⁴

Interessante exemplo desse diálogo entre Comissão e Comitê pode ser encontrado exatamente no projeto de Imunidade dos Estados — um tópico com que ambos os órgãos lidaram. Embora focando, exclusivamente, na prática dos Estados Americanos, é digno de nota que o CJI levou em consideração a Convenção das Nações Unidas de 2005. Em particular, o *rapporteur* abordou a matéria desenvolvendo uma espécie de teste de compatibilidade entre o trabalho regional e a convenção universal: ele esforçou-se em verificar se a prática dos Estados americanos deveria ser considerada compatível com as regras estabelecidas pela Convenção da ONU. Em suas palavras, o problema era determinar se a prática dos Estados americanos “compatibilizava-se com

³² Como observado por um dos membros da CDI: “Clearly, the Commission had long held the inter-American system in high regard. Noting the personal ties between the members of the two bodies, he said that their history of cooperation had provided an excellent example that had been followed for the development of constructive relations with other regional bodies, including those whose representatives had visited the Commission during the current session. The two bodies shared a mandate to promote the progressive development and the codification of international law”. In: INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Provisional summary record of the 3379th meeting, 1, Un. doc A/CN.4/SR.3379, 6 August 2017*. p. 12.

³³ HOLLIS, Duncan. Preliminary report on binding and non-binding agreements, CJI/doc.542/17 corr.1. In: Annual Report of the Inter-American Juridical Committee 2017, CJI/doc. 551/17, 16 August 2017. p. 98.

³⁴ YEARBOOK of the International Law Commission 1991, UN. Doc. A/46/10. p. 39-40.

os *standards* e os princípios gerais estabelecidos no Direito Internacional e aqueles refletidos na Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e sua Propriedade”³⁵ De maneira interessante, em seu relatório final, o *rapporteur*, sugeriu a ratificação das convenções universais “para o propósito de segurança jurídica e standardização de critérios comuns para a questão”.³⁶ Nesse sentido, o trabalho do Comitê pode também contribuir para estimular a progressiva aceitação de convenções universais pelos Estados Americanos. Quando o Comitê entender que a prática dos Estados americanos for consistente com as regras contidas num tratado universal, o Comitê tende a favorecer a aderência desses Estados à tal convenção.

Esse teste de compatibilidade pode gerar problemas se os dois órgãos assumirem diferentes posições em relação aos respectivos trabalhos de codificação. O risco que o Comitê possa endereçar um tópico que tenha sido previamente codificado pela Comissão de Direito Internacional e descubra diferenças em relação à abordagem em Estados Americanos foi ventilado no interior da Comissão quando o Comitê abordou o tópico de Imunidades. Ao se ler os debates no interior da CDI sobre essa proposta, pode-se encontrar uma certa perplexidade por parte dos membros da Comissão.³⁷ Quando

questionado em relação às perspectivas deste trabalho, o presidente do Comitê Jurídico Interamericano observou que “a abordagem do Comitê é a de complementar, em vez de duplicar, o trabalho dos dois órgãos, levando em consideração as especificidades dos países da região”.³⁸ Essa resposta é iluminadora: ela revela como o CJI percebe o seu próprio trabalho. Trata-se de complementaridade imbuída com especificidades regionais. Mais uma vez, a tensão reemerge entre codificar em termos gerais as regras de direito internacional enquanto, ao mesmo tempo, levar em consideração uma dimensão regional. Nesse caso, a tensão pode ser descrita entre confirmar o trabalho da CDI ou dele divergir.

5 Considerações finais

Desde 2015 os membros do Comitê Jurídico Interamericano iniciaram um processo de reflexão em relação aos tópicos a serem incluídos em seu programa de trabalho de longo prazo.³⁹ O debate que se seguiu revelou como os membros do Comitê percebem seu trabalho. O Comitê não parece, particularmente, interessado na dimensão regional do direito; ele parece tampouco estar ciente do possível impacto de seu trabalho na regionalização do direito internacional. Apesar disso, a dimensão regional repetidamente emerge. É difícil evitar a impressão de que há algo faltando na análise do Comitê. Esse elemento ausente pode ser descrito como uma espécie de autoconsciência de sua influência na dimensão regional de seu trabalho.

O problema do impacto de órgãos regionais de codificação na unidade do direito internacional não foi

³⁵ NOVAK TALAVERA, Fabián. Presentation of the Report of the Inter-American Juridical Committee to the International Law Commission of the United Nations, CJI/doc.463/14. In: *Annual report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly*, CJI/doc.472/14, 25 September 2014. p. 137. Do original: “match the standards and general principles established in International Law and built into the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property”.

³⁶ MATA PRATES, Carlos. Report Immunity of jurisdiction of states: scope and validity, CJI/doc.530/17. In: ANNUAL report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly 2017, CJI/doc. 551/17, 16 August 2017. p. 128. Do original: “for the purposes of juridical safety and the standardization of common criteria for this issue”.

³⁷ Por exemplo, após recordar que a CDI tinha trabalho no tópico das imunidades que gerou a Convenção de 2004, o sr. Valencia Ospina “asked [the president of the IAJC] what the final outcome of the Committee’s work had been: had the Committee reworked the 1986 draft or had it decided to discontinue its consideration of the topic owing to the existence of the United Nations Convention?”. In: The same sense, Mr. Valencia Ospina questioned about the current topic of the immunity of international organizations observing that “The Commission had begun to study the topic of immunity of international organizations in 1949. After years of consideration, it had decided, and the United Nations General Assembly had agreed, that it should suspend its consideration of that topic. The Committee, on the other hand, had continued to consider the subject. [Mr. Valencia Ospina] asked what the future prospects were for its work in that area.” (INTERNATIONAL LAW COM-

MISSION. *Provisional summary record of the 3379th meeting, 1, Un. doc A/CN.4/SR.3379*, 6 August 2017. p. 12).

³⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Provisional summary record of the 3379th meeting, 1, Un. doc A/CN.4/SR.3379*, 6 August 2017, p. 13. Do original: “the Committee’s approach was to complement, rather than duplicate, the work of other bodies, taking into account the specificities of the countries of the region”.

³⁹ ANNUAL Report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly 2015, CJI/doc.495/15, Brazil 8 Sep. 2015. p. 151-158: “During the 86th regular session of the Inter-American Juridical Committee (Rio de Janeiro, March 2015), the Members of the Juridical Committee decided to begin a process of reflection with a view to improving its performance for the Organization and the States. It asked Dr. Correa Palacio to compile a list of topics suggested by members to serve as a basis for the drafting of the multiyear agenda, taking into consideration the needs of the Organization and the States as a whole”.

completamente explorado. O problema não envolve somente o CJI, mas também o Comitê Jurídico da União Africana⁴⁰, com o qual o CJI mantém relações. Essa ausência de interesse provavelmente reflete que dificuldades não apareceram. Se o regionalismo se reforçar como um fenômeno, talvez esses órgãos possam desenvolver um papel mais forte no processo de codificação — regional e universal. Em verdade, o trabalho do Comitê pode mesmo reforçar o projeto universalista da codificação. Quando existe compatibilidade entre os resultados obtidos por esses diferentes órgãos na codificação do direito, problemas não emergem. Apesar disso, nada exclui que eles possam surgir no futuro. Uma tentativa teórica de solução para tal possibilidade é reforçar a cooperação entre os órgãos responsáveis pela codificação e aumentar a coordenação entre os trabalhos de codificação. Talvez o “universalismo resoluto” possa um dia ser transfigurado em uma relação mais flexível e coordenada com regionalismo.

Referências

- ABI-SAAB, Georges. De la codification: quelques réflexions sur la signification et son rôle en droit international. In: KOHEN, Marcelo; LANGER (eds). *Le développement du droit international: réflexions d'un demi-siècle*. Paris, 2013. p. 107-120.
- ALVARADO, Dante Maurício Negro. La labor del Comité Jurídico Interamericano. *Agenda Internacional*, [S.l.], p. 211-230, 2015.
- ÁLVAREZ, Alejandro. *La codification du droit international*. Paris: Pedone, 1912.
- ALVAREZ, Alejandro. *Le droit international Américain*. Paris: Pedone, 1910.
- ARRIGHI, Jean Michel. L'organisation des États Américains et le Droit International. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, [S.l.], p. 235-242, 2011.
- BAKER, P. J. The Codification of International Law. *British YearBook of International Law*, [S.l.], v. 5, 1924.
- BARBERIS, Julio. Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, [S.l.], 1992.
- BORDIN, Fernando Lusa. Reflections of customary international law: the authority of codification conventions and ILC draft articles in international law. *International & Comparative Law Quarterly*, [S.l.], p. 535-567, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, [S.l.], p. 9-92, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Inter-American juridical committee: an overview*. The World Today: Chatham House Review, 1982.
- COGAN, Jacob Katz. The changing form of the international law commission's work. In: VIRZO, Roberto; INGRAVALLO, Ivan (ed.). *Evolutions in the law of international organizations*. Leiden: Brill, 2015.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of 20 November 1950. In: I.C.J. Reports 1950.
- CRAWFORD, James R. Universalism and Regionalism from the Perspective of the Work of the International Law Commission. In: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *International law on the eve of the twenty-first century: Views from the International Law Commission*. New York: CDI, 1997.
- D'AMATO, Anthony. The Concept of Special Custom in International Law. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 63, p. 211-223, 1969.
- ELIAS, Olufemi. The Relationship between general and particular customary international law. *African Journal of International & Comparative Law*, [S.l.], v. 8, 1996.
- FORTEAU, Mathias. Regional International Law. In: MAX Planck Encyclopaedia of Public International Law, 2006.
- FRANCIONI, Francesco. La consuetudine locale nel diritto internazionale. *Rivista di Diritto Internazionale*, [S.l.], 1972.
- GALINDO, G. R. B. Para que serve a história do direito internacional?. *Revista de Direito Internacional*, [S.l.], v. 12, p. 338-354, 2015.

⁴⁰ Ver, nesse sentido, TCHIKAYA, Blaise. Les orientations doctrinales de la Commission de L'Union Africaine sur le Droit International. *Revue québécoise de droit international*, [S.l.], n. 30, p. 113-128, 2017.

- GRADONI, Lorenzo. La Commissione del Diritto Internazionale riflette sulla rivelazione della consuetudine. *Rivista di Diritto Internazionale*, [S.l.], p. 667-698, 2014.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Identification of Customary International Law: text of the draft conclusions as adopted by the drafting committee on second reading*, UN doc. A/CN.4/L.908, 22 May 2018.
- KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the Study Group of the International Law Commission*, Un. doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006.
- MAROTTA RANGEL, Vicente. International law, regional developments: Latin America. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008.
- MATA PRATES, Carlos. *Immunity of jurisdiction of states: scope and validity*, OAS Doc. CJI/doc.530/17.p.124-128.
- MEHDI, Rostane. Les objectifs de la codification régionale. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *La codification du droit international: colloque d'aix-en-provence*. Paris: Pedone, 1999.p. 69-99.
- MILLICAY, Fernanda. Inter-American Juridical Committee. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2011.
- MORRIS, Roland S. The codification of international law. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 74, p. 452-463, 1926.
- NOVAK TALAVERA, Fabián. *Presentation of the Report of the Inter-American Juridical Committee to the International Law Commission of the United Nations*, CJI/doc.463/14.
- NYS, Ernest. The Codification of International Law. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 5, n. 4, p. 871-900, 1911.
- OBREGÓN, Liliana. Identity Formation, Theorization and Decline of a Latin American International Law. In: ALMEIDA, Paula W.; SOREL Jean Marc (org.). *Latin America and the International Court of Justice: contributions to international law*. London: Routledge, 2017. p. 3-14.
- OBREGÓN, Liliana. Noted for Dissent: the International Life of Alejandro Álvarez. *Leiden Journal of International Law*, [S.l.], v. 19, p. 983-1016, 2006.
- PELLET, Alain. Between Codification and Progressive Development of the Law: Some Reflections from the ILC. *Forum du droit international*, 2004. p. 15-24.
- PESSOA, Epitácio. *Codificação do direito internacional: guerra externa terrestre: guerra civil: reclamações oriundas de uma e outra: projecto*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1912.
- RIBEIRO, Renato. Breve História da Comissão Jurídica Interamericana e de sua Obra. *Revista de Ciência Política*, [S.l.], v. 33, n. 2, p. 85-99, 1990.
- ROOT, Elihu. The function of private codification in International Law. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 5, p. 577-589, 1911.
- SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *De la non existence d'un droit international américain*. Rio de Janeiro: L Figueirado, 1912.
- SACASA, Mauricio Herdocia. La contribución del comité jurídico interamericano a los nuevos desarrollos del derecho internacional en las américas. In: XXXV Curso de Derecho Internacional, United States, 2008, pp. 167-190.
- SCARFI, Juan Pablo. The hidden history of international law in the Americas. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 87-106.
- SCHREUER, Cristoph. Regionalism v Universalism. *European Journal of International Law*, [S.l.], p. 477-499, 1995.
- SCOTT, James Brown. The Codification of International Law in America. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 19, p. 333-337, 1925.
- SIQUEIROS, José Luis. La OEA y el derecho internacional. *Revista Mexicana de Política Exterior*, [S.l.], p. 38-67, 1998.
- TCHIKAYA, Blaise. Les orientations doctrinales de la Commission de L'Union Africaine sur le Droit International. *Revue québécoise de droit international*, [S.l.], n. 30, p. 113-128, 2017.
- THIRLWAY, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- VÁSQUEZ, Carlos Manuel. Regionalism Versus Globalism: a View from the Americas. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, [S.l.], p. 63-70, 2003.
- VILLALPANDO, Santiago. Codification Light: a New Trend in the Codification of International Law at the United Nations. *Anuário Brasileiro de Direito*

Internacional, [S. l.], p. 117-155, 2013.

VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. La contribución de América al derecho internacional. *In*: XXXIII Curso de Derecho Internacional: el derecho internacional en las Américas: 100 Años del Comité Jurídico Interamericano, 2006. p. 59-94.

WOOD, Michael. *Fourth report on identification of customary international law*, UN doc. A/CN.4/695, 8 Mar. 2018.

WOOD, Michael. Third report on identification of customary international law, UN doc. A/CN.4/682, 27 Mar. 2015.

YEARBOOK of the International Law Commission 1991, UN. Doc. A/46/10.

YEPES, Jesus Maria. *La codificación del derecho internacional americano y la conferencia de Rio de Janeiro*. Bogotá: Imprensa Nacional, 1927.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O caso Petruhhin e o princípio do nível mais elevado de proteção no tocante aos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia

The Petruhhin case and the principle of the higher level of protection with respect to fundamental rights under the European Union

Clovis Demarchi

Jaine Cristina Suzin

O caso Petruhhin e o princípio do nível mais elevado de proteção no tocante aos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia*

The Petruhhin case and the principle of the higher level of protection with respect to fundamental rights under the European Union

Clovis Demarchi**

Jaine Cristina Suzin***

Resumo

Na era da globalização, em que as relações sociais não estão mais limitadas por distâncias territoriais, em um mundo em que o poder estatal está sendo, sistematicamente, testado por poderes transnacionais, a cidadania, no entendimento clássico de pertencimento a um Estado, passa a ser questionada e revisada, a ponto de ser possível, juridicamente, se pensar em múltiplas cidadanias. O presente trabalho tem por escopo entender como os direitos fundamentais são protegidos no âmbito do direito da União Europeia e, por consequência, qual o seu papel para a evolução e solidificação da cidadania decorrente dos Tratados instituidores do processo de integração. Para tanto, um caso apreciado e decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (caso Petruhhin) será apresentado, tendo por base a aplicação do Princípio do Nível Mais Elevado de Proteção dos Direitos Fundamentais. Observa-se que a livre circulação de pessoas implica muito mais do que a liberdade de ir e vir. Implica um processo de integração. Implica conceder um conjunto de direitos sem olvidar os deveres. Diferencia-se cidadania da União de nacionalidade dos Estados-Membros, oportunizando o cidadão da União a fazer uso dos direitos fundamentais daí decorrentes até mesmo contra seu Estado-Membro, em uma relação de simbiose. Quanto à metodologia, utilizou-se o método indutivo com a prática da pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Processo de integração. União Europeia. Cidadania da União Europeia. Direitos fundamentais e princípio do nível mais elevado de proteção.

Abstract

In the era of globalization, in which social relations are no longer limited by territorial distances, in a world in which state power is being systematically tested by transnational powers, citizenship, in the classical understanding of belonging to a state, becomes to be questioned and revised to the point of being legally possible to think of multiple citizenships. The purpose of this

* Recebido em 10/05/2019
Aprovado em 18/09/2019

** Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (capes 6). Membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. E-mail : demarchi@univali.br.

*** Mestranda em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí e em Direito da União Europeia na Universidade do Minho, Portugal. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Unisul. E-mail : suzin@edu.univali.br.

paper is to understand how fundamental rights are protected under European Union law and, consequently, what role they play in the evolution and solidification of citizenship stemming from the Treaties establishing the integration process. To this end, a case considered and decided by the Court of Justice of the European Union (Petruhhin case) will be presented, based on the application of the principle of the highest level of protection of fundamental rights. It is observed that the free movement of people implies much more than the freedom to come and go. It involves an integration process. It implies granting a set of rights without forgetting the duties. It differentiates itself from citizenship of the Union of nationality of the Member States, and gives citizens of the Union an opportunity to make use of the fundamental rights resulting therefrom, even against their Member State, in a symbiotic relationship. As for the methodology, we used the inductive method with the practice of bibliographical and documentary research.

Keywords: Process of integration. European Union. Citizenship of the European Union. Fundamental rights and principle of the highest level of protection.

1 Introdução

O conceito clássico de Cidadania não atende mais às alterações socioculturais e político-jurídico da Sociedade globalizada. Isso porque, diante da tendência de mundialização do jogo de forças dos novos protagonistas da Sociedade internacional, que atuam em nível multinacional, o planeta se tornou uma grande aldeia. Ademais, o centro político de poder passa do Estado para entes internacionais, dentre eles privados, estatais e com personalidade *sui generis*, como é o caso da União Europeia, objeto de estudo do presente artigo.

O trabalho tem por escopo entender como os direitos fundamentais são protegidos no âmbito do direito da União Europeia e, por consequência, qual o seu papel para a evolução e solidificação da cidadania decorrente dos Tratados instituidores do processo de integração.

Diante disso observa-se que estão ocorrendo alterações com o conceito de Cidadania e o seu estudo é essencial, porquanto, a União Europeia se apresenta como o exemplo mais representativo dessas alterações, na medida em que pressupõe a nacionalidade de

um Estado-Membro e a cidadania alargada da União, apresentando-se como um conceito jurídico e político autônomo em relação ao de nacionalidade¹.

Ao mesmo tempo, o momento atual da política da União Europeia faz questionar, de que forma, se dará (ou, e se dará) a manutenção da proteção dos direitos decorrentes da Cidadania da União aos Cidadãos, acaso a saída do Reino Unido, efetivamente, venha a ocorrer.

O tema que se propõe pesquisar é atual e relevante, pois a União Europeia se torna modelo não somente para os demais processos de integração, mas também de adaptação social e jurídica quando o assunto é Cidadania e garantia de direitos dela decorrentes.

O caso em análise (caso Petruhhin, processo C-182/15²) envolveu questão da igualdade de direitos dos nacionais dos Estados-Membros; aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) quando há risco de extradição para um Estado terceiro adepto de penas de morte, tortura ou outros tratamentos desumanos ou degradantes e o risco de impunidade de crime praticado fora do território dos Estados-Membros.

Aleksei Petruhhin, nacional da Estônia, estava no rol de pessoas procuradas da Interpol, com mandado de prisão prioritário, cujo cumprimento ocorreu na Letônia, tendo sido recolhido em prisão preventiva. Após o seu recolhimento, a Letônia recebeu da Rússia pedido de extradição, por condenação à pena de liberdade em processo penal anterior (o crime em questão era o tráfico de drogas com associação criminosa). Nesse contexto prático, como se decide? Ou seja, como o Tribunal da União Europeia se comporta frente ao interesse de três Estados-Membros sobre um cidadão que é cidadão europeu, mas, ao mesmo tempo, é cidadão de um Estado-Membro específico.

A Cidadania europeia, institucionalizada pelo Tratado de Maastricht, consubstancia uma das construções mais relevantes do processo de integração. Alçando o processo a uma nova etapa de aprofundamento, avançando além da fase de mercado interno, para assumir uma dimensão política. A Cidadania tem o papel de

¹ SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE. *Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da união*. Coimbra: Almedina. 2016. p. 23.

² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Caso Petruhhin, processo C-182/15*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-182/15>. Acesso em: 20 fev. 2019.

originar uma identidade europeia pelo reconhecimento de um estatuto de igualdade a todos os nacionais dos Estados-Membros e da promoção da sua participação enquanto Cidadãos da União tendente a reforçar a legitimidade do processo de integração.

Tais decisões resultam da necessidade de se reconhecer um estatuto de igualdade entre os Cidadãos dos Estados-Membros como participantes ativos do processo de integração, reproduzindo o que Jean Monnet já apregoava quando do início do processo, de “uma União de pessoas e não de Estados”.³

A Cidadania europeia foi sendo construída e desenvolvida por meio do exercício de direitos decorrentes dos Tratados da União. Para isto muito contribuiu a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que, ao longo do tempo, foi criando um estatuto de igualdade entre os Cidadãos dos Estados-Membros como participantes ativos do processo de integração.

O artigo trata, inicialmente, da ideia de Direitos fundamentais e de Cidadania para em seguida mergulhar na análise do Caso Petruhhin visando verificar a aplicação da ideia de Cidadania com fundamento na soberania dos Estados sobre os seus nacionais, nas obrigações recíprocas que os unem e na falta de confiança nos sistemas jurídicos dos outros Estados. É dever do Estado proteger os seus nacionais contra a aplicação de um sistema penal estrangeiro, cujo processo e cuja língua eles não conhecem, em um âmbito do qual dificilmente podem se defender⁴. Nesse contexto, o caso em análise é de um nacional ou de um cidadão da União Europeia. E, em sendo assim, a dúvida que surge é: a proteção deveria ser dada com fundamento na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, transformando as fronteiras territoriais entre os Estados-Membros, ou com base nos direitos estampados nas cartas constitucionais nacionais?

³ MONNET, Jean. *Memórias*. Tradução de Alexandra Costas e Sousa e Nuno Fonseca. Lisboa: Ulisséia, 2004. Nota introdutória, p. 9.

⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhhin, considerando 51. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=2382342>. Acesso 20 fev. 2019. Nesse sentido, o TJUE já havia se manifestado no caso Aranyosi e Căldăraru (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Caso Aranyosi e Căldăraru, processo C-404/15. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-404/15&language=pt>. Acesso em: 20 fev. 2019.

Quanto à metodologia, utilizou-se o método indutivo com a prática da pesquisa bibliográfica e documental.

2 Os direitos fundamentais⁵

Desde o Código de Hamurabi, gravado em uma estela de basalto por volta do século XVIII a.C., cujas leis lá insculpidas defendem a vida e o direito de propriedade, contemplando honra, dignidade, família e supremacia das leis, passando pelas ideias religiosas de “imagem e semelhança de Deus”, políticas como a democracia, por exemplo e chegando aos ideais libertários da Revolução Francesa que culminaram na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A declaração, por exemplo, foi uma tentativa de estabelecer parâmetros humanitários universais para todos os homens, sem distinção.

Segundo Staffen⁶,

[...]se no medievo o homem, na condição mais formal da palavra, era criado sob os desígnios divinos e da Igreja, a passagem para a Modernidade tratou de eliminar o jugo hierarquizado da condição humana.

Assim, o ideal de direitos fundamentais deve ser compreendido como uma pretensão moral justificada, consubstanciada em valores libertários e igualitários, com intuito em dar autonomia pessoal, por meio da racionalidade, da solidariedade e da segurança jurídica.

Autores como Norberto Bobbio e Gregorio Peces-Barba Martínez são uníssonos ao afirmar que os direitos fundamentais não nascem de uma só vez. São fruto das demandas sociais em um mundo em constante progresso. Segundo Garcia⁷, uma das teses mais conhecidas

⁵ Nada obstante a ciência acerca da distinção doutrinária no sentido de que a expressão “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Enquanto “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, porquanto se referem a posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com um Estado, com validade universal, para todos os povos e tempos, conforme ensina Sarlet, nesse trabalho usar-se-á “direitos fundamentais” e não “direitos do homem”, uma vez que a União Europeia utiliza essa expressão, tanto nos seus Tratados como na sua Carta de Direitos Fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 36).

⁶ STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 80-81.

⁷ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba. *Revista Brasileira de Direitos e*

de Peces-Barba é de que os direitos fundamentais são um conceito histórico de um mundo moderno surgido, de forma progressiva, a partir do trânsito à modernidade, entendido como um momento de revolução, entre a época medieval e a idade média até o século XVIII, surgindo a filosofia dos direitos fundamentais.

Essa evolução levou os direitos fundamentais a serem classificados, tendo em vista as características dos direitos protegidos. Segundo Peces-Barba⁸, servem eles para integrar a justiça e a força sob a perspectiva de indivíduo na cultura antropocêntrica do mundo moderno.

Assim, direitos fundamentais são uma pretensão justificada, tendente a facilitar a autonomia e independência pessoal, enraizada nas ideias de liberdade, igualdade, com matizes que aportam conceitos como solidariedade e seguridade jurídica, construída pela reflexão racional na história do mundo moderno, com aportes sucessivos e integrados da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista⁹.

Nessa evolução, os direitos fundamentais passaram por quatro processos históricos, a saber: 1) de positivação, por meio das revoluções burguesas, apresentando como principal característica a positivação da primeira geração dos direitos fundamentais, os de liberdade); 2) de generalização, representando o reconhecimento e a proteção dos direitos de uma classe a todos os indivíduos de uma comunidade, caracterizado como o processo da positivação dos direitos sociais; 3) a internacionalização, com a criação de um sistema de proteção internacional, em uma tentativa de universalizar os direitos humanos; 4) a especificação, onde se considera o indivíduo na situação concreta, apresentando os direitos de solidariedade, difusos ou de terceira geração. A União Europeia, apesar de seus mais de sessenta anos desde o marco inicial¹⁰, somente em 2009, por meio do Tratado de Lisboa é que atribuiu valor jurídico de Tratado à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), conforme previsão inserta logo no

artigo 6º do Tratado de Lisboa¹¹, constituindo um fato fundamental na história da integração europeia.

E não poderia ser diferente, uma vez que o processo de integração possui, como elemento de extrema importância, a garantia dos direitos decorrentes diretamente dos seus Tratados instituidores.¹²

Destaca-se que já no preâmbulo do Tratado à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), a proteção dos direitos fundamentais é invocada “à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”, vindo ao encontro do conceito em constante mutação preconizado pelos autores supramencionados.

3 A cidadania da União Europeia

Segundo Froufe e Gomes¹³, desde o início do processo de integração, a promoção da paz, os seus valores e o bem-estar dos povos europeus foram os objetivos orientadores para que as etapas preconizadas fossem sendo, gradativamente, alcançadas. E isso está expressamente previsto no Tratado da União Europeia (TUE), em seu artigo 3º, a saber: “a União tem por objetivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos.”¹⁴

Tais objetivos foram sendo alcançados por meio da integração por fases, sendo elas, a zona de livre comércio, a união aduaneira, o mercado comum e a união econômico/monetária; e, por fim, a união política.

De forma muito resumida, por zona de livre comércio se entende a livre circulação de produtos sem taxa-

Garantias Fundamentais, Brasília, Conpedi, v. 2, n. 1, p. 209 -232, jan./jun. 2016. p. 209.

⁸ PECES-BARBA, Gregorio Martínez. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 105.

⁹ PECES-BARBA, Gregorio Martínez. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 109.

¹⁰ A UE tem as suas origens na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e na Comunidade Económica Europeia, formadas por seis países, em 1957.

¹¹ ARTIGO 6.º 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. [...] (Grifou-se) GOMES, José Carmelo. *Tratado de Lisboa*. Anotado com todas as versões anteriores. Lisboa: Lusíada, 2010. p. 43.

¹² SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 12.

¹³ FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, José Carmelo. Mercado interno e concorrência. In: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira. *Direito da União Europeia: elementos de direito e política da União*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 450.

¹⁴ GOMES, José Carmelo. *Tratado de Lisboa*. Anotado com todas as versões anteriores. Lisboa: Lusíada, 2010. p. 40.

ção. Já a união aduaneira caracteriza-se pela adoção, por parte dos países integrantes, do mesmo percentual de tarifação para importação.

Por sua vez, o mercado comum se apresenta, por meio da livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais. Na livre circulação de bens¹⁵, os produtos circulam, livremente, entre os Estados-Membros que fazem parte do processo de integração. A livre circulação de pessoas importa em liberdade total para qualquer cidadão que pertença a um dos Estados-Membros, para circular, exercer uma profissão, residir ou investir nos demais Estados-Membros. Com a livre prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento, é assegurada a todas as pessoas a possibilidade de estabelecer ou prestar serviços em qualquer dos Estados-Membros, nas mesmas condições que os nacionais, sem distinção. A quarta e última liberdade é a livre circulação de capitais, pressuposto para as demais liberdades, pois a movimentação inerente ao mercado comum implica a disponibilidade de meios de pagamento por meio do acesso livre de país para país¹⁶. A fase seguinte, união monetária¹⁷ se configura pela adoção de uma mesma moeda por todos os integrantes¹⁸.

Para muitos autores, como Thorstensen¹⁹, o encerramento de um processo de integração seria por meio da união política, que pressupõe cooperação política em termos de política externa, política de segurança e de defesa, o que exige forte coesão econômica e social, o que até o presente momento não ocorreu na União Europeia. Inclusive, a tentativa de criar uma Constituição única da União não foi aprovada em dois referendos, na França e na Holanda, o que levou a uma estagnação no processo político, tendo sido parcialmente retomado por meio do Tratado de Lisboa.

Por meio da terceira fase (mercado comum), a cidadania europeia se descortinou, porquanto é ela decorrência direta do direito de livre circulação de pessoas

que a União Europeia concedeu a todos os cidadãos europeus, criando a necessidade de assegurar direitos e prever deveres aos cidadãos.

A discussão acerca da cidadania da União surgiu na década de setenta, com o objetivo de conceder direitos civis, políticos e sociais aos cidadãos de Estados-Membros dinâmicos, ou seja, em circulação dentro o território da União Europeia, para igualá-los aos nacionais do Estado-Membro de acolhimento²⁰.

Por meio do Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (Tratado de Roma, 1957), o Princípio da Não Discriminação em razão da nacionalidade foi instituído como forma de garantir o direito à livre circulação no território da então Comunidade Europeia. O então artigo 39º, atualmente, é o artigo 45º no Tratado de Lisboa²¹, *verbis*:

Artigo 45.º 1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União. 2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

A proibição da discriminação em razão da nacionalidade se torna uma questão relevante quando se trata de livre circulação de pessoas por territórios soberanos em processo de integração, conforme bem coloca Diz e Jaeger Junior²². Do contrário, a cidadania em formação estaria seriamente comprometida.

Destaca-se que a liberdade de circulação era, então, vinculada a uma atividade econômica (trabalhadores assalariados dinâmicos). Porém, por meio do Tratado de Maastricht (1992), a cidadania europeia foi, expressamente, objetivada em Tratado, conforme seu artigo B:

[...]a União atribui-se os seguintes objetivos: [...] o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-membros, mediante a instituição de uma cidadania da União; [...]²³.

¹⁵ A União Europeia adotou a abertura do mercado interno em 1º de janeiro de 1993.

¹⁶ SILVA, Elizabeth Accioly Pinto Almeida de. *Mercosul & União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 34-44.

¹⁷ No caso da União Europeia, o euro foi adotado por treze dos então quinze Estados-membros (Inglaterra e Dinamarca não adotaram o Euro) em 1991.

¹⁸ D'ARCY, François. *União Europeia: instituições, políticas e desafios*. Bonn: Fundação Konrad Adenauer, 2002. p. 13-14.

¹⁹ THORSTENSEN, Vera. *Tudo sobre Comunidade Europeia*. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 44.

²⁰ SILVEIRA, Alessandra. Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira. *Direito da União Europeia: elementos de direito e política da União*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 22.

²¹ GOMES, José Caramelo. *Tratado de Lisboa*. Anotado com todas as versões anteriores. Lisboa: Lusíada, 2010. p. 211.

²² DIZ, Jamil Bergamaschine Mata; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, UNICEUB, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015.

²³ SILVEIRA, Alessandra. Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana;

Por fim, no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE – 2007 – Lisboa), em seu artigo 20º, reproduziu o previsto no artigo 17º do Tratado da Comunidade Europeia no tocante à sua criação, a saber: artigo 20º (ex-artigo 17º TCE): “é instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui”.²⁴

No mesmo artigo (20º do TFUE), foi enumerada uma série de direitos e deveres aos cidadãos da União, os quais deverão ser exercidos em condições e nos limites definidos pelos Tratados, dentre eles: o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros; o direito de eleger e serem eleitos nas eleições para o Parlamento Europeu, bem como nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado; o direito de, no território de países terceiros em que o Estado-Membro de que são nacionais não se encontra representado, beneficiar da proteção das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-Membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado e o direito de dirigir petições ao Parlamento Europeu, o direito de recorrer ao Provedor de Justiça Europeu e o direito de se dirigir às instituições e aos órgãos consultivos da União numa das línguas dos Tratados e de obter uma resposta na mesma língua.

Caso fosse necessário resumir a base dos direitos conferidos pela cidadania da União, poderíamos, assim, dizer que, confere ela, ao cidadão da União, o direito de circulação e de permanência dentre os Estados-Membros e o direito à igualdade de tratamento em relação ao nacional do Estado de acolhimento.

Com a entrada em vigor da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), anexada ao Tratado de Lisboa, o núcleo base do conjunto normativo de proteção aos direitos do cidadão da União passou a ter força vinculante tanto à União Europeia (leia-se aqui instituições e demais órgãos) como aos Estados-Membros.

A Cidadania da União teve grande impulso por meio da jurisprudência do TJUE, que vem reconhecendo os Cidadãos dos Estados-Membros como participantes

ativos do processo de integração garantindo o que Jean Monnet já apregoava quando do início do processo, de uma União de pessoas e não de Estados: “*Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes*”²⁵. Dentre as decisões, pode-se citar o caso Martínez Sala, processo C-85/96²⁶; o caso Grzelczyk, processo C-184/99²⁷; o caso Baumbast, processo C-413/99²⁸; o caso Trojani, processo C-456/02²⁹; o caso Bidar, processo C-209/03³⁰; caso Rottmann, processo C-135/08³¹; o caso Zambrano, processo C-34/09³²; caso Dereci, processo C-256/11³³ e o caso Corman-Collins, processo C-9/12³⁴.

Tais decisões são importantes porquanto fortalecem a cidadania da União enquanto cidadania de direitos, além de alargarem a abrangência da cidadania para além dos cidadãos dinâmicos, atingindo aqueles que não usufruem do direito de livre circulação, qual seja, os cida-

²⁵ Discurso de Jean Monnet proferido no Clube da Imprensa Nacional, em Washington DC, na data de 30 de abril 1952. (UNIVERSITY OF PITTSBURGH. *Archive of european integration*. Disponível em: <http://aci.pitt.edu/14364/>. Acesso em: 1 maio 2019).

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Martínez Sala, de 12 maio 1998*: Processo C-85/96. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-85/96&td=ALL>. Acesso em: 18 fev. 2019.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Grzelczyk, 20 set. 2001*: Processo C-184/99. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-184/99>. Acesso em: 18 nov. 2018.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Baumbast, 17 set. 2002*, processo C-413/99. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-413/99>. Acesso em: 18 abr. 2019.

²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Trojani, de 07 set. 2004*: processo C-456/02. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-456/02>. Acesso em: 23 abr. 2019.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Bidar, de 15 mar. 2005*, processo C-209/03. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-209/03>. Acesso em 23 abr. 2019.

³¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Miguel Poirares Maduro, no caso Rottmann*. 30 set. 2009. Processo C-135/08, considerando 23. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/08>. Acesso 20 out. 2018.

³² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Zambrano, de 08 mar. 2011*, processo C-34/09. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-34/09>. Acesso em 24 mar. 2019.

³³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Dereci, de 15 nov. 2011*, processo C-256/11. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-256/11&td=ALL>. Acesso 24 abr. 2019.

³⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Corman-Collins, de 19 dez. 2013*, processo C-9/12. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-9/12>. Acesso 24 abr. 2019.

FROUFE, Pedro Madeira. *Direito da União Europeia: Elementos de Direito e Política da União*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 40.

²⁴ GOMES, José Caramelo. *Tratado de Lisboa*. Anotado com todas as versões anteriores. Lisboa: Lusíada, 2010. p. 166-167.

dãos estáticos³⁵.

Ademais, são elas resultado da necessidade de se reconhecer um estatuto de igualdade entre os cidadãos dos Estados-Membros como participantes ativos do processo de integração, reproduzindo o que um dos pais do processo da integração, Jean Monnet já apregoava, lá no início do processo de integração, de que “não estamos a coligar Estados, estamos a unir homens”³⁶.

4 O caso Petruhhin e o princípio do nível mais elevado de proteção

O caso Petruhhin envolveu questão da igualdade de direitos dos nacionais dos Estados-Membros; aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) quando há risco de extradição para um Estado terceiro adepto de penas de morte, tortura ou outros tratamentos desumanos ou degradantes e o risco de impunidade de crime praticado fora do território dos Estados-Membros.

Aleksei Petruhhin, nacional da Estônia, estava no rol de pessoas procuradas da Interpol, com mandado de prisão prioritário, cujo cumprimento ocorreu na Letônia, tendo sido recolhido em prisão preventiva. Após o seu recolhimento, a Letônia recebeu da Rússia pedido de extradição, por condenação à pena de liberdade em processo penal anterior (o crime em questão era o tráfico de drogas com associação criminosa).

A Letônia autorizou a extradição, com base no seu direito interno e internacional³⁷, do que Petruhhin in-

terpôs pedido de anulação da decisão, sob o fundamen-

tado, infrações graves ou muito graves atentatórias dos interesses da República da Letônia ou dos seus habitantes devem, independentemente da legislação do Estado no território do qual a infração foi cometida, ser considerados criminalmente responsáveis a título da presente lei, se não forem considerados criminalmente responsáveis ou julgados em aplicação da legislação do Estado do local onde a infração foi cometida. 4. Os estrangeiros não titulares de uma autorização de residência permanente na Letônia que tenham cometido uma infração no território de outro Estado ou fora de qualquer território nacional devem, independentemente da legislação do Estado no território do qual a infração foi cometida, ser considerados responsáveis a título da presente lei nos casos previstos pelos acordos internacionais que vinculam a República da Letônia, se não forem considerados criminalmente responsáveis pela referida infração ou julgados por causa desta no território de outro Estado.” O capítulo 66 do Latvijas Kriminālprocesa likums (Código de Processo Penal, a seguir Código de Processo Penal letão), intitulado “Da extradição para outros países” dispõe, no seu artigo 696º, nos 1 e 2: “1. Pode ser concedida a extradição de uma pessoa que se encontre em território da Letônia para efeitos de procedimento penal, de julgamento ou de execução de uma sentença, se tiver sido recebido um pedido para lhe ser aplicada a prisão preventiva ou se outro país tiver requerido a sua extradição baseada em factos tipificados como crime na legislação letã e na de esse outro país. 2. Pode ser concedida a extradição de uma pessoa para efeitos de procedimento penal ou julgamento por atos cuja prática seja punida com pena privativa de liberdade, cuja duração máxima não seja inferior a um ano, ou com uma pena mais grave, salvo disposição em contrário de um acordo internacional.” O artigo 697º, nº 2, do Código de Processo Penal letão tem a seguinte redação: “A extradição não é concedida nos seguintes casos: 1) quando a pessoa seja cidadão da Letônia; 2) quando o pedido de extradição da pessoa em causa tenha por objetivo perseguir criminalmente ou punir essa pessoa em razão da raça, religião, nacionalidade ou opiniões políticas, ou quando haja fundados motivos para crer que os direitos da pessoa possam ser violados por essas razões; [...] 7) quando exista a possibilidade de a pessoa ser submetida a tortura no Estado estrangeiro.” O Acordo de 3 de fevereiro de 1993 entre a República da Letônia e a Federação da Rússia, relativo à assistência judiciária e às relações judiciárias em matéria de direito civil, da família e penal, dispõe, nos seus artigos 1º e 62º: “Artigo 1º Proteção jurídica. 1. Os nacionais de uma Parte Contratante gozam, no território da outra Parte Contratante, da mesma proteção jurídica dos seus direitos pessoais e patrimoniais que os nacionais da outra Parte Contratante. 2. Os nacionais de uma Parte Contratante têm o direito de aceder livremente e sem qualquer restrição aos tribunais da outra Parte Contratante, ao Ministério Público, aos notários [...] e a outras instituições competentes em matéria de direito civil, da família e penal, perante os quais podem agir, apresentar pedidos, interpor recursos e proceder a outros atos processuais nas mesmas condições que os nacionais. [...] Artigo 62º Recusa de extradição 1. A extradição não é concedida quando: 1) a pessoa cuja extradição é requerida for nacional da Parte Contratante à qual o pedido foi apresentado ou se a pessoa tiver o estatuto de refugiado nesse país. [...]”. O Acordo entre a República da Lituânia, a República da Estônia e a República da Letônia, relativo à assistência judiciária e às relações judiciárias, assinado em Tallinn, em 11 de novembro de 1992, prevê, no seu artigo 1º, nº 1: “Os nacionais de uma Parte Contratante gozam, no território da outra Parte Contratante, da mesma proteção jurídica dos seus direitos pessoais e patrimoniais que os nacionais desta outra Parte Contratante.” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016,*

³⁵ SILVEIRA, Alessandra. Princípios de direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência. 2 ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 17.

³⁶ MONNET, Jean. *Memórias*. Tradução de Alexandra Costas e Sousa e Nuno Fonseca. Lisboa: Ulisséia, 2004. Nota introdutória, p. 9.

³⁷ “A Constituição letã dispõe, no artigo 98º, terceira frase: “A extradição de cidadãos letões para outros países não é concedida, a não ser nos casos previstos em acordos internacionais ratificados pelo Saeima (Parlamento), e desde que a extradição não viole os direitos fundamentais consagrados na Constituição”. Nos termos do artigo 4º do Krimināllikums (Lei penal, a seguir Lei penal letã): “1. Os cidadãos e os não-cidadãos letões, bem como os estrangeiros titulares de uma autorização de residência permanente na Letônia devem ser considerados responsáveis no território letão, a título da presente lei, por atos cometidos no território de outro Estado ou fora de qualquer território nacional, quer esse ato seja considerado ou não como uma infração e punível no local onde foi cometido. [...] 3. Os estrangeiros não titulares de uma autorização de residência permanente na Letônia que tenham cometido, no território de outro Es-

to de que, nos termos do artigo 1º do Acordo entre a República da Lituânia, a República da Estônia e a República da Letônia, relativo à assistência judiciária e às relações judiciárias, gozava, na Letônia, dos mesmos direitos que um nacional letão e que, assim sendo, a República da Letônia tinha a obrigação de o proteger face a uma possível extradição injustificada³⁸.

Em resposta ao pedido, a Letônia afirmou que não havia impedimento à extradição para à Rússia de um nacional da Estônia em seu território, tanto no seu direito interno e bem assim em nenhum dos acordos internacionais assinados. Argumentou, ainda, que o único nacional a ser garantido com a impossibilidade de extradição são os nacionais letões. Ponderou, ademais, que a Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002³⁹, autorizaria os Estados-Membros a entregar nacionais de outros Estados-Membros que estejam em seus territórios a Estado terceiro, mas não prevê a prévia consulta ao Estado-Membro de que o extraditando seja nacional.

Tal questão resultou no questionamento ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), se não se discriminaria em razão da nacionalidade, pois um nacional da Letônia não seria extraditado nas mesmas condições em que o seria o nacional da Estônia, em residência fora do seu Estado de origem, fazendo uso do direito de livre circulação.

Como destacado pelo órgão jurisdicional de reenvio prejudicial⁴⁰, a situação criada seria “contrária à essên-

cia da cidadania da União Europeia, ou seja, o direito a uma proteção equivalente”. E foi ainda mais longe, ao afirmar que, ao nacional de outro Estado-Membro, é devido o mesmo nível de proteção conferido aos nacionais do Estado-Membro em que se situa, ao circular por entre os territórios⁴¹.

Mesmo assim, o Augstākā tiesa (Supremo Tribunal da Letônia) decidiu reenviar ao TJUE, questionando se: 1) os artigos 18º, primeiro parágrafo, e 21º, nº 1, do TFUE deveriam ser interpretados no sentido de que, para efeitos da aplicação de um acordo de extradição celebrado entre um Estado-Membro e um Estado terceiro, em caso de extradição de um cidadão de qualquer Estado-Membro da União Europeia para um Estado terceiro, deveria ser garantido a esse cidadão o mesmo nível de proteção que o conferido aos cidadãos do Estado-Membro em questão? 2) Se deveria o órgão jurisdicional do Estado-Membro (ao qual foi apresentado o pedido de extradição) aplicar os requisitos de extradição do Estado (da nacionalidade ou da residência habitual do interessado)? 3) Nos casos em que se deveria proceder à extradição sem ter em consideração o nível de proteção especial previsto para os cidadãos do Estado requerido, deveria esse Estado-Membro verificar a observância das garantias previstas no artigo 19º da CDFUE, isto é, que ninguém pode ser extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito à pena de morte, à tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes? 4) poderia essa verificação limitar-se a comprovar que o Estado requerente é parte contratante na Convenção contra a Tortura ou há de analisar a situação concreta, tendo em conta a avaliação desse Estado efetuada pelo Conselho da Europa? ⁴²

Em suas respostas, o TJUE, assim, entendeu que, no tocante as duas primeiras questões, ao contrário do

processo C-182/15, *Caso Petruhlin*: considerandos 6 a 11. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhlin*: considerando 15. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

³⁹ Dispõe acerca do mandado de detenção europeu e os processos de entrega entre Estados-Membros.

⁴⁰ O reenvio prejudicial é um instrumento de cooperação entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito da União que lhes são necessários para a resolução do litígio que lhes cabe decidir. A sua previsão está no artigo 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), sendo que interpretação do direito da União é decorrência do papel primordial do judiciário da União que é garantir a correta interpretação e aplicação das normas comunitárias em todos os Estados-Membros, conforme pre-

visão inserta no artigo 19.º do Tratado da União Europeia (TUE).

⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhlin*, considerando 18. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁴² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhlin*, considerando 20. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

que concluiu o advogado-geral, entendeu a Corte de Luxemburgo que os Estados-Membros devem respeitar o direito da União, quando o caso concreto envolver tal direito, invocando o disposto no artigo 18º do TFUE, que impõe tratamento igualitário às pessoas que se encontram em situação prevista nos Tratados. Devendo, ainda, o caso concreto a ser analisado em consonância com os demais dispositivos dos Tratados, especialmente àqueles que dizem respeito à cidadania, notadamente, o artigo 21.º do TFUE.

Veja-se o que dizem os referidos dispositivos:

Artigo 18.º No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar normas destinadas a proibir essa discriminação.

Artigo 21.o 1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação.

2. Se, para atingir esse objetivo, se revelar necessária uma ação da União sem que os Tratados tenham previsto poderes de ação para o efeito, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar disposições destinadas a facilitar o exercício dos direitos a que se refere o

n.o 1. 3. Para os mesmos efeitos que os mencionados no n.o 1 e se para tal os Tratados não tiverem previsto poderes de ação, o Conselho, deliberando de acordo com um processo legislativo especial, pode adotar medidas respeitantes à segurança social ou à proteção social. O Conselho delibera por unanimidade, após consulta ao Parlamento Europeu.⁴³

Assim, segundo o TJUE, Petruhhin exerceu as faculdades inerentes à cidadania da União ao transitar do seu Estado-Membro de origem (Estônia) para a Letônia (residência) — direito de circular livremente na União, nos termos do artigo 21º do TFUE —, motivo pelo qual não poderia ser tratado de forma desigual em comparação aos estônios — garantidos pelo direito nacional e internacional de não serem extraditados para Estado terceiro —, uma vez que, se Petruhhin fosse tratado de forma desigual aos nacionais da Letônia, seria entendido como uma restrição à liberdade de circulação.⁴⁴

⁴³ SILVEIRA, Alessandra. *Tratado de Lisboa*: versão consolidada. Lisboa: Quid Juris, 2016. p. 79.

⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 6 de se-*

Foi esse o mesmo entendimento do Advogado-geral Yves Bot, nas suas conclusões apresentadas ao caso, ao indicar, inclusive, que o TJUE afirmou, por mais de uma vez⁴⁵, que:

o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros, permitindo aos que, de entre estes últimos, se encontrem na mesma situação obter, no domínio de aplicação *ratione materiae* do Tratado FUE, independentemente da sua nacionalidade e sem prejuízo das exceções expressamente previstas a este respeito, o mesmo tratamento jurídico.⁴⁶

Tais entendimentos levam à conclusão de que a garantia do nível mais elevado de proteção foi aplicada ao caso concreto, nos termos do artigo 53.º da CDFUE, pois o TJUE privilegiou os direitos fundamentais previstos nos seus artigos 19.º e 21.º, em detrimento ao direito interno da Letônia — incluindo, aí, acordos internacionais.

Por nível de proteção mais elevado, entende-se, em resumo, preferência pela norma mais favorável ao cidadão, em garantia ao(s) direito(s) fundamental(is) posto(s) em debate.

No ensinamento de Silveira⁴⁷,

[...] segundo tal princípio, se numa situação concreta for possível a aplicação de mais de um regime jurídico relativo ao mesmo direito fundamental, será aplicável o que ofereça uma proteção mais elevada ao titular do direito em causa.

Ora, a ideia da pluralidade de níveis não pode ser vista como impeditiva à harmonização entre os vários sistemas de proteção dos direitos humanos; ao contrário, deve funcionar como instrumento para busca da máxima proteção desses direitos.⁴⁸

tembro de 2016, processo C-182/15, *Caso Petruhhin*, considerando 31-33. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=183097&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Processo C-359/13, Caso Martens*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-359/13>. Acesso em: 23 abr. 2019.

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhhin, considerando 36*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁴⁷ SILVEIRA, Alessandra. *Princípios de direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 83.

⁴⁸ NADER, Belisa Carvalho. Os “triângulos normativo e judicial

Nesse sentido, viável é, inclusive, que o TJUE conclua que o direito que apresenta um nível mais elevado de proteção não seja o da União, mas sim o do Estado-Membro envolvido no caso concreto.

Efetivamente, o TJUE já teve a oportunidade de, assim, se pronunciar, no caso Omega. O Caso envolveu uma sociedade alemã (Omega) que comercializava aparelhos de pontaria a laser semelhantes a pistolas automáticas. Em um dado momento, firmou parceria com uma sociedade britânica para exploração de um jogo denominado “Laserdrome”, pois simulava homicídios, o que foi considerado inapropriado pelas autoridades policiais alemãs, até o caso chegar a alta corte alemã que considerou o jogo contrário à dignidade humana, nos termos da lei fundamental alemã, com o qual o TJUE concordou, nos seguintes termos:

[...] no presente caso, é de salientar, por um lado, que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a proibição da exploração comercial de jogos de divertimento que envolvem a simulação de actos de violência contra pessoas, em especial a representação de actos que infligem a morte a seres humanos, corresponde ao nível de protecção da dignidade humana que a Constituição nacional pretendeu garantir no território da República Federal da Alemanha. Por outro lado, há que concluir que, ao proibir unicamente a variante do jogo laser que tem por objecto disparar sobre alvos humanos e, consequentemente, os «jogos de simulação de homicídio», o despacho controvertido não foi além do que é necessário para atingir o objectivo prosseguido pelas autoridades nacionais competentes. Nestas condições [...] não pode ser considerado uma medida que viole injustificadamente a livre prestação de serviços.⁴⁹

Nesse aspecto, importante destacar que a decisão de extradição no caso concreto (caso Petruhhin), tornou a liberdade de circulação menos atrativa, na medida em que há o risco, concreto, de o cidadão que o exerce sofrer medidas que lhe são negativas, que não lhe seriam aplicadas caso permanecesse no seu Estado-Membro de origem.

E, no tocante à questão da livre circulação e residência, não basta assegurar o exercício de liberdade de ir e vir dentro dos territórios dos Estados-Membros, mas

européus”: a coerência intersistemática em matéria de direitos humanos. Revista de Direito Internacional, Brasília: UNICEUB, v. 9, n. 2, p. 25-43, 2012.

⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 14 de outubro de 2004, processo C-36/02, Caso Omega*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49221&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2386081>. Acesso em: 23 abr. 2019.

também há de se assegurar o pleno exercício desse direito, na medida em não o tornar menos atrativo, tal como se mostrou o caso do senhor Petruhhin.

Conforme ensina Silveira⁵⁰, o conceito de cidadania da União passa pelo vínculo com a nacionalidade de diferentes Estados-Membros, mas que não é limitada por uma dada nacionalidade, porquanto constitui a base de um novo espaço político do qual emergem direitos e deveres que são fixados pelo direito da União e não são dependentes dos Estados-Membros, criando, assim, uma “união de direitos”.

Ainda, a cidadania da União serve de elo de conexão para situações abrangidas pelo domínio de aplicação do direito da União, na medida em que representa direitos fundamentais previstos nos Tratados da União, tais como o exercício da livre circulação entre os territórios dos Estados-Membros.

Consequentemente, e nas palavras do advogado-geral do caso Petruhhin, em matérias da competência dos Estados-Membros, o exercício por um nacional de um Estado-Membro do seu direito de circular e de permanecer no território de outro Estado-Membro pode constituir um elemento pertinente de conexão com o direito da União⁵¹.

Como o TJUE concluiu que não haveria possibilidade de extradição por dois motivos (o Princípio da Não Discriminação em razão da nacionalidade (art. 18.º do TFUE) e em respeito aos direitos fundamentais, notadamente o artigo 19.2 da CDFUE)) e como a Letônia não tinha competência para julgar o caso, cujo crime fora praticado na Rússia, para que o crime não ficasse impune⁵², a solução dada ao caso Petruhhin, e, conside-

⁵⁰ SILVEIRA, Alessandra. Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais. In: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Pedro Madeira. *Direito da União Europeia: elementos de direito e política da união*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 24.

⁵¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhhin, considerando 39*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁵² Como salientou o advogado-geral suas conclusões, “a extradição é um processo que permite o julgamento por uma infração ou a execução de uma pena. Por outras palavras, trata-se de um processo que visa intrinsecamente lutar contra a impunidade de uma pessoa que se encontra num território diferente daquele em que a infração foi cometida.” UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15*,

rando o Princípio da Proporcionalidade, foi adequar o binômio “*aut dedere, aut judicare*”⁵³, transmudando-o para “*prender e entregar*” ao país de origem do cidadão em questão, por meio da emissão do mandado de detenção europeu⁵⁴, além de notificar a Letônia acerca do referido mandado, invocando o Princípio da Cooperação Leal, previsto no artigo 4.º.3, do TUE, que prevê o respeito e assistência mútuos entre União e Estados-Membros para cumprimento das missões previstas nos Tratados.

O Princípio da Cooperação Leal é uma “verdadeira chave de interpretação de todo o sistema jurídico”, porquanto obriga os Estados-Membros a adotarem todas as medidas para garantir a execução das obrigações decorrentes do direito da União, tanto originário quanto derivado. Assim como tal princípio obriga os Estados-Membros tomarem qualquer medida que coloque em perigo a realização dos objetivos da União, sob pena de responsabilização⁵⁵.

Caso Petrubhin, considerando 56. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁵³ Extraditar ou julgar, conforme “indica o relatório final das Nações Unidas de 2014, intitulado «Obrigação de extraditar ou de julgar (*aut dedere aut judicare*)», essas convenções baseiam-se no compromisso geral recíproco dos Estados partes de entregar qualquer pessoa contra a qual as autoridades competentes do Estado requerente instauraram processos ou que seja procurada para a execução de uma pena ou de uma medida de segurança. Todavia, esta obrigação de extraditar tem algumas exceções, em especial quando o indivíduo cuja extradição é pedida é um nacional do Estado requerido. A fim de evitar a impunidade, as referidas convenções impõem ao Estado requerido o segundo termo da alternativa, a saber, a obrigação de julgar o autor da infração se a extradição for recusada.” UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15, Caso Petrubhin, considerando 61.* Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁵⁴ O mandado de detenção europeu apoia-se na Decisão-Quadro 2002/584, que tem por objetivo facilitar a cooperação judiciária por meio da criação do mandado de detenção europeu. Este constitui a primeira concretização, no domínio do direito penal, do princípio do reconhecimento mútuo, que o Conselho Europeu qualificou de «pedra angular» da cooperação judiciária (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 01 de dezembro de 2008, Caso Leymann e Pustovarov, Processo C-388/08, considerando 49.* Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66639&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2454790>. Acesso em: 23 mar. 2019. A esse mecanismo de cooperação judiciária que constitui o mandado de detenção europeu acrescem numerosos instrumentos de entajuda destinados a facilitar a cooperação.

⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do advogado*

Na verdade, o TJUE chamou a atenção da Letônia de que, ao contrário de ter aceito o pedido de extradição de um cidadão da União ao Estado terceiro (Rússia), deveria ter notificado a Estônia acerca do pedido de extradição de um nacional seu, em observância aos direitos previstos nos artigos 18.º e 21.º, ambos do TFUE e o entregado ao seu Estado de origem (Estônia), nos termos da Decisão-Quadro 2002/584⁵⁶.

O direito à livre circulação foi restringido, mas não de forma extrema, como no caso da pleiteada extradição, ante o princípio da proporcionalidade, insculpido no artigo 3.º.2, do TUE⁵⁷, confirmando a leitura pelo acórdão de Zambrano⁵⁸, de que a cidadania é aplicada de acordo com os direitos fundamentais.

O TJUE lembrou, ainda, que já havia, assim, respondido, de forma semelhante, em casos anteriores, tal como Rottmann⁵⁹ em que Janko Rottmann, de origem austríaca, naturalizou-se alemão, após circular da Áustria para a Alemanha e, por consequência, perdeu a nacionalidade originária.

Ocorre que o governo austríaco descobriu que lhe foi omitido, quando do pedido de naturalização, a in-

geral Giuseppe Tesouro, apresentadas em 17 de maio de 1990: Processo C-213/89 considerando 14. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96738&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2461052>. Acesso em: 23 mar. 2019.

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias.* Decisão-quadro do Conselho de 13 de junho de 2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Publicado em 18 de julho de 2002. http://www.dgpij.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2002-584-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2002.584.JAI_Mandado_de_Detencao_Europeu.pdf?nocache=1199978422.1. Acesso em: 23 mar. 2019.

⁵⁷ “Artigo 3.º.2. 2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a esse fenómeno.” SILVEIRA, Alessandra. *Tratado de Lisboa: Versão consolidada.* Lisboa: Quid Juris, 2016. p. 37.

⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 08 de março de 2011, processo C-34/09, Caso Zambrano.* Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=82BD12CFA4E9B9B6A03A40ADD87E7B02?text=&docid=80236&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2453741>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 02 de março de 2010, processo C-135/08, Caso Rottmann.* Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75336&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2454243>. Acesso em: 24 mar. 2019.

formação de antecedentes criminais de Rottmann e, por força do direito internacional (Convenção para Redução dos Casos de Apátrida, conforme artigo 8º, item 2, e Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, artigo 7º, item 3) e direito nacional, perdeu a nacionalidade alemã. O TJUE foi instado a se manifestar acerca da apátrida ocasionada e consequente e perda da cidadania europeia, logo, questão a ser compatibilizada com o direito da União.

O diferencial aqui é que não houve liberdade de circulação, pois o senhor Rottmann era um nacional alemão e a decisão de perda da nacionalidade foi proferida por um Tribunal alemão também.

A Corte de Luxemburgo decidiu que não importava o exercício ou não da liberdade de circulação — antes ou depois da nacionalização alemã. O que importava para o caso era a perda do estatuto — leia-se direitos deveres — de cidadão da União, ante a perda da nacionalidade alemã e da anterior perda da nacionalidade austríaca.

Ou seja, o caso foi apreciado como sendo um cidadão estático e não dinâmico, inovando a questão, pois assegurou a cidadania europeia — salvaguardando direitos e liberdades — a um cidadão estático, de o que seria seguido na decisão do TJUE no caso Zambrano.

No caso Rottmann, o TJUE se preocupou, ante o Princípio da Proporcionalidade, nas consequências da apátrida tanto para o principal interessado, como para sua família. Assim, entendeu necessário analisar se a perda da nacionalidade se justificaria em relação à gravidade da infração cometida; o tempo decorrido entre a decisão de naturalização e a decisão de revogação e a possibilidade de o recorrente poder readquirir a nacionalidade originária.

A Corte de Luxemburgo decidiu que o artigo 20º do TFUE não tem o condão de proibir os Estados-Membros de revogar a nacionalidade concedida de modo fraudulento. Porém, a decisão de revogação deveria respeitar o Princípio da Proporcionalidade, nos termos do direito da União. E, para o caso concreto, deveria ser concedido a Janko Rottmann prazo razoável para tentar readquirir a nacionalidade austríaca o que, por consequência, levaria à reaquisição da cidadania da União.

Voltando ao caso Petruhhin, quanto à resposta a terceira questão, o TJUE concluiu pela necessidade de examinar, no caso concreto, se a extradição não violaria

os direitos consagrados na CDFUE e, sendo caso disso, quais os critérios a ter em conta para essa verificação, notadamente, de acordo com artigos 19.º e 51.º.1, da CDFUE, *verbis*:

Artigo 19.º Proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição: 1. São proibidas as expulsões coletivas. 2. Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes [...]

Artigo 51.º Âmbito de aplicação: 1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados. 2. A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados⁶⁰.

Segundo o TJUE, os critérios devem ser objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados”, resultantes de

[...] decisões judiciais internacionais, como acórdãos do TEDH, de decisões judiciais do Estado terceiro requerente e de decisões, de relatórios e de outros documentos elaborados pelos órgãos do Conselho da Europa ou pertencentes ao sistema das Nações Unidas⁶¹.

Ainda, tradicionalmente, a extradição de um nacional a Estado terceiro é negada com fundamento na soberania dos Estados sobre os seus nacionais, nas obrigações recíprocas que os unem e na falta de confiança nos sistemas jurídicos dos outros Estados. Assim, entre os motivos que são invocados como justificação desse princípio consta, designadamente, o dever do Estado de proteger os seus nacionais contra a aplicação de um sistema penal estrangeiro, cujo processo e cuja língua eles não conhecem e no âmbito do qual dificilmente podem se defender⁶².

⁶⁰ SILVEIRA, Alessandra. *Tratado de Lisboa*. versão consolidada. Lisboa: Quid Juris, 2016. p. 367–368/375.

⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 06 de setembro de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhhin, considerando 59*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=183097&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁶² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Ad-*

Nessa linha de entendimento, e traçando um paralelo com a soberania dos Estados, o TJUE assumiu o caso como sendo de um “nacional da União Europeia”, cuja proteção deveria ser dada com fundamento na CDFUE, transformando as fronteiras territoriais entre os Estados-Membros, as quais estão cada vez menos estanques. Isso porque uma das manifestações do Estado-Nação (povo, território e poder/soberania) se assenta na regra pela qual o Estado não expulsa do seu território os seus nacionais.

5 Considerações finais

A União Europeia foi criada para fazer frente à devastação de duas grandes guerras, e diante do temor de uma terceira guerra mundial, sem mencionar o crescimento do poder dos Estados vencedores da guerra, a exemplo dos Estados Unidos da América.

No seu desenvolvimento, acabou por criar uma cidadania *sui generis*, porquanto pressupõe ela a nacionalidade de um Estado-Membro, mas é também um conceito jurídico e político autônomo relativamente ao de nacionalidade, na medida em que pressupõe um vínculo de natureza política entre cidadãos europeus, embora não se trate de um vínculo de pertencimento a um povo, tal como se apresenta a cidadania relacionada ao Estado-nação, no seu conceito clássico.

Vê-se, pois, que a livre circulação de pessoas implica muito mais do que a liberdade de ir e vir, sem fiscalização, entre fronteiras de Estados-Membros em um processo de integração. Implica, pois, em conceder um conjunto de direitos — sem olvidar os deveres — cujo exercício, no caso da União Europeia, construiu uma cidadania nova, dissociada da nacionalidade dos Estados-Membro, nada obstante, dependente.

A evolução do processo de integração levou o TJUE — por meio do reenvio prejudicial, em um constante

diálogo formal com os Tribunais nacionais — a interpretar os Tratados instituidores de maneira a entender que a cidadania da União serve não somente ao cidadão ativo, ou dinâmico, que circula por entre as fronteiras, mas também ao estático, aquele que invoca os direitos de cidadão da União, sem sair de seu Estado de origem/residência. Ademais, o TJUE é acionado em casos em que o fato econômico (cidadão economicamente ativo no mercado comum) não está presente, tais como nos casos em que o direito assistencial é o mote do pedido de reenvio prejudicial.

O que se concluiu com decisões como a do caso Petruhhin, adotadas pelo TJUE, é a clara intenção de diferenciar cidadania da União de nacionalidade dos Estados-Membros, oportunizando o cidadão da União a fazer uso dos direitos fundamentais daí decorrentes até mesmo contra seu Estado-Membro, em uma relação de simbiose.

Portanto, iniciado o processo de integração e ultrapassada a maioria das suas fases, o surgimento da cidadania europeia por meio de uma delas, qual seja, a livre circulação de pessoas, criou um *status* jurídico completamente novo ao cidadão europeu, uma vez que ele usufrui da condição de nacional de um Estado-Membro da União em consequência da sua cidadania nacional. Ao mesmo tempo, ele detém a qualidade de cidadão da União Europeia, com direitos próprios, do que a doutrina tem chamado a União como “*União de direitos*” em que o elo são, justamente, os direitos garantidos pelos seus Tratados e pela sua Carta de Direitos Fundamentais.

Essa condição *sui generis* tem criado impasses jurídicos em que o TJUE é chamado a interpretar, por meio do reenvio prejudicial, em um constante diálogo com os tribunais nacionais, fazendo que, não raras vezes, o nacional de um Estado-Membro, invoque a condição de cidadão da União contra seu próprio Estado, no intuito de garantir direitos fundamentais previstos nos Tratados da União — veia-se aqui também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia —, que, ironicamente, foram concedidos/assinados pelos Estados demandados, em uma situação em que “a criatura se volta contra o criador”.

vogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhhin, considerando 51. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&d oclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019. Nesse sentido, o TJUE já havia se manifestado no caso Aranyosi e Căldăraru (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Caso Aranyosi e Căldăraru, processo C-404/15. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-404/15&language=pt>. Acesso em: 20 fev. 2019.

Referências

- D'ARCY, François. *União Europeia: instituições, políticas e desafios*. Bonn: Fundação Konrad Adenauer, 2002.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata e JAEGGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília: UNICEUB, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015.
- FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, José Caramelo. Mercado Interno e Concorrência. In: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira. *Direito da União Europeia: elementos de direito e política da união*. Coimbra: Almedina, 2016.
- GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Brasília, Conpedi, v. 2, n. 1, p. 209 -232, jan./jun. 2016.
- GOMES, José Caramelo. *Tratado de Lisboa*. Anotado com todas as versões anteriores. Lisboa: Lusíada, 2010.
- MONNET, Jean. *Memórias*. Tradução de Alexandra Costas e Sousa e Nuno Fonseca. Lisboa: Ulisséia, 2004.
- NADER, Belisa Carvalho. Os “triângulos normativo e judicial europeus”: a coerência intersistemática em matéria de direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 25-43, 2012.
- PECES-BARBA, Gregorio Martínez. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, Elizabeth Accioly Pinto Almeida de. *Mercosul e União Europeia: Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba: Juruá, 2000.
- SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2013.
- SILVEIRA, Alessandra. CANOTILHO, Mariana; FROUFE. *Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da união*. Coimbra: Almedina, 2016.
- SILVEIRA, Alessandra. *Tratado de Lisboa: versão consolidada*. Lisboa: Quid Juris, 2016.
- STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- THORSTENSEN, Vera. *Tudo sobre Comunidade Europeia*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Decisão-quadro do Conselho de 13 de junho de 2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Publicado em 18 de julho de 2002. http://www.dgpij.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2002-584-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2002.584.JAI_Mandado_de_Detencao_Europeu.pdf?nocache=1199978422.1. Acesso em: 23 mar. 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Bidar, de 15 mar. 2005, processo C-209/03*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-209/03>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Corman-Collins, de 19 dez. 2013, processo C-9/12*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-9/12>. Acesso em: 24 abr. 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Dereci, de 15 nov. 2011, processo C-256/11*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-256/11&td=ALL>. Acesso em: 24 abr. 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Grzeleczyk, 20 set. 2001: Processo C-184/99*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-184/99>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Martínez Sala, de 12 maio 1998, processo C-85/96*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-85/96&td=ALL>. Acesso em: 18 fev. 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Trojani, de 07 set. 2004, processo C-456/02*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-456/02>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Zambrano, de 08 mar. 2011, processo C-34/09*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-34/09>. Acesso em: 24 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Miguel Poiares Maduro, no caso Rottmann*. 30 set. 2009. Processo C-135/08, considerando 23. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/08>. Acesso em: 20 out. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Miguel Poiares Maduro, no caso Rottmann*. 30 set. 2009. Processo C-135/08, considerando 23. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/08>. Acesso em: 20 out. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão caso Baumbast, 17 set. 2002, processo C-413/99*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-413/99>. Acesso em: 18 abr. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 01 de dezembro de 2008, Caso Leymann e Pustovarov, Processo C-388/08, considerando 49*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66639&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2454790>. Acesso em: 23 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 02 de março de 2010, processo C-135/08, Caso Rottmann*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75336&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2454243>. Acesso em: 24 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 06 de setembro de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhhin, considerando 31-33*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=183097&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 22 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 08 de março de 2011, processo C-34/09, Caso Zambrano*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=82BD12CFA4E9B9B6A03A40ADD87E7B02?text=&docid=80236&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2453741>. Acesso em: 24 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 08 de março de 2011, processo C-34/09, Caso Zambrano*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/>

[document.jsf;jsessionid=82BD12CFA4E9B9B6A03A40ADD87E7B02?text=&docid=80236&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2453741](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=82BD12CFA4E9B9B6A03A40ADD87E7B02?text=&docid=80236&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2453741). Acesso em: 24 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 14 de outubro de 2004, processo C-36/02, Caso Ómega*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49221&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2386081>. Acesso em: 23 abr. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Caso Aranyosi e Căldăraru, processo C-404/15*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-404/15&language=pt>. Acesso em: 20 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Caso Petruhhin, processo C-182/15. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-182/15> acesso em: 20 fev. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do advogado geral Giuseppe Tesaurò, apresentadas em 17 de Maio de 1990: Processo C-213/89 considerando 14*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96738&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2461052>. Acesso em: 23 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Conclusões do Advogado-geral, Yves Bot, de 10 de maio de 2016, processo C-182/15, Caso Petruhhin, considerando 51*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=53B4CD00B824DF28304A0B0CDE9FEBEE?text=&docid=177901&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382342>. Acesso em: 20 fev. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Processo C-359/13, Caso Martens*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-359/13>. Acesso em: 23 abr. 2019.

UNIVERSITY OF PITTSBURG. *Archive of European integration*. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/14364/>. Acesso em: 1 May 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A autonomia da vontade
na escolha da lei aplicável
aos contratos de comércio
internacional no regulamento
Roma I da União Europeia**

**Party autonomy in choosing the
law applicable to international
commercial contracts as
contained in the Rome I
regulation of the European
Union**

Aline Beltrame de Moura

Rafaela Hörmann

A autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos de comércio internacional no regulamento Roma I da União Europeia*

Party autonomy in choosing the law applicable to international commercial contracts as contained in the Rome I regulation of the European Union

Aline Beltrame de Moura**

Rafaela Hörmann***

Resumo

O presente artigo estuda a autonomia da vontade como elemento de conexão do Direito Internacional Privado europeu e sua influência nos contratos de comércio internacional. Em particular, analisa-se o Regulamento Roma I e a interpretação dada a alguns de seus dispositivos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, visando compreender os limites impostos à liberdade concedida às partes na escolha da lei aplicável às relações contratuais. Conclui-se que o Regulamento Roma I concede ampla autonomia às partes de relações contratuais internacionais no âmbito da União Europeia. Entretanto, importantes tópicos acerca da lei aplicável seguem sem regulamentação completa, atribuindo aos juízes grande poder interpretativo.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Lei Aplicável. Contratos de Comércio Internacional. União Europeia. Regulamento Roma I.

Abstract

This article studies party autonomy as a connecting element of European Private International Law and its influence on international commercial contracts. In particular, the Rome I Regulation and the interpretation given to some of its provisions by the Court of Justice of the European Union are analyzed in order to understand the limits on the freedom granted to the parties in choosing the law applicable to contractual relations. It follows that the Rome I Regulation grants broad autonomy to parties to international contractual relations within the European Union. However, important topics regarding applicable law remain without full regulation, giving judges great interpretative power.

Keywords: Party Autonomy. Applicable law. International Commercial Contracts. European Union. Rome I Regulation.

* Recebido em 01/07/2019
Aprovado em 19/09/2019

** Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Internacional pela Università degli Studi di Milano, Itália, com Bolsa CAPES Doutorado Pleno no Exterior. Foi Pesquisadora Visitante do Max Planck Institute for Comparative and International Private Law em Hamburgo, Alemanha. Coordenadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq. Coordenadora do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC, projeto financiado pela Comissão Europeia. Presidente da Comissão de Direito e Relações Internacionais OAB/SC. E-mail : alineb.moura@gmail.com.

*** Bacharel em Direito pela Faculdade Cesusc. Mestranda em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Visiting researcher na Universidade de Lisboa (2019). Membro do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq. Membro da Comissão de Direito e Relações Internacionais da OAB/SC. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Estácio de Sá (2019) e Direito Processual Civil pela Faculdade Cesusc (2019). Administradora Nacional Brasileira da Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition. E-mail: rafaelahormann@gmail.com.

1 Introdução

Um contrato, por si só, não pode ser o único fundamento dos direitos e obrigações das partes de uma relação jurídica. É necessário que um ordenamento jurídico governe o contrato, preenchendo as lacunas eventualmente deixadas pelo instrumento jurídico pactuado entre as partes. A garantia da prevalência da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos é uma das conquistas mais importantes no desenvolvimento do Direito Internacional Privado no século XX, e uma das tarefas do Direito Internacional Privado no século XXI.

O presente trabalho estuda a importância do respeito à autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos privados no comércio internacional conforme introduzido pelo Regulamento Roma I da União Europeia. Aborda-se, inicialmente, a necessidade de legitimação da escolha das partes e o interesse dos Estados em reconhecer a possibilidade de estas determinarem previamente a lei aplicável à pactuação, promovendo a utilidade e eficiência econômica pela garantia de segurança jurídica e previsibilidade aos contratantes.

O Princípio da Livre Escolha está de acordo com a ideia de que a autonomia das partes é um direito primário, reconhecido pela União Europeia. Assim, em um segundo momento, é feita uma análise do histórico e previsões legislativas acerca da autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos de comércio internacional no âmbito da União Europeia, a fim de compreender o nível de segurança jurídica concedido aos contratantes que se encontrem ou que firmem relações jurídicas internacionais com algum dos Estados membros do bloco.

Por fim, trata-se da preponderância da autonomia da vontade das partes no Direito Internacional Privado da União Europeia a partir das previsões normativas inseridas no Regulamento Roma I, bem como os limites impostos a essa autonomia. Da análise dos dispositivos normativos do Regulamento e das decisões interpretativas do Tribunal de Justiça da União Europeia, demonstram-se as lacunas deixadas pelo instrumento normativo, concedendo aos juízes grande margem interpretativa.

2 Por que garantir a autonomia das partes na escolha da lei aplicável é relevante aos contratos internacionais?

A autonomia da vontade das partes se tornou o princípio basilar do Direito Internacional Privado contemporâneo¹, e também um dos mais enigmáticos². Por autonomia da vontade, entende-se a liberdade das partes em configurar suas relações privadas livremente e sob sua responsabilidade. A mais evidente e importante manifestação dessa vontade é a liberdade contratual, que concede às partes o direito de decidir por si mesmas se desejam contratar, com quem desejam contratar e qual será o conteúdo do contrato.³

Para uma melhor compreensão da autonomia das partes, Felix Mautzsch a distingue como intrínseca ou extrínseca. Enquanto a legitimação intrínseca da autonomia das partes refere-se às razões éticas e políticas que a favorecem, a legitimação extrínseca é encontrada na aceitação das escolhas das partes pelas regras pertinentes de Direito Internacional Privado, que podem ter caráter nacional ou supranacional (como no caso da União Europeia)⁴. No que tange à escolha das partes acerca da lei aplicável às suas relações contratuais, a liberdade interligada à autonomia da vontade concede às partes o direito de escolher a lei que regerá determinadas obrigações contratuais⁵.

A lei aplicável aos contratos internacionais cumpre, pelo menos, três funções diferentes: primeiro, uma “função suplementar”, preenchendo as lacunas contratuais com as regras e a jurisprudência do foro; segundo, uma “função interpretativa”, determinando o significado de termos contratuais ambíguos ou obscuros; por

¹ NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, p. 35, 2016.

² NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, p. 06, 2016.

³ LEIBLE, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011. p. 215.

⁴ MAULTZSCH, Felix. Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?. *Journal of Private International Law*, v. 12, n. 3, p. 466-491, 2016. p. 475.

⁵ NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, p. 06, 2016.

fim, uma “função restritiva”, anulando cláusulas contratuais que são contrárias às normas imperativas do direito do foro.⁶

O reconhecimento da escolha das partes acerca da lei aplicável é de especial importância ao comércio internacional⁷, sendo a liberdade contratual uma doutrina de conveniência e eficácia comercial. Em muitos contratos comerciais internacionais, há razões imperiosas que levam as partes a escolher um direito específico. Assim, pode ocorrer que as partes estejam interessadas em submeter um contrato a uma lei que contenha os padrões mais apropriados para aquele tipo de obrigação ou que dominem o comércio internacional nessa área.⁸

Observa-se que a razão subjacente para a adoção da liberdade de escolha é, em grande parte, de cunho econômico. Ao conceder às partes a possibilidade de determinarem de antemão a lei aplicável ao contrato, promove-se a eficiência econômica ao reduzir custos interligados à compreensão das regras de Direito Internacional Privado de países diversos⁹. A base dessa

⁶ LORENZO, Sixto Sánchez. Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts after Rome I. *Yearbook of Private International Law*, v. 12, p. 67, 2010. Sobre a função restritiva, o autor ressalta: “Whenever the parties choose the applicable law, a basic principle of interpretation calls for the restrictive function of the applicable law to be disregarded: the rationale is that the parties would not logically have chosen a law to void their own agreement. However, from other perspectives this conclusion is not self-evident, even in cases of choice of law. By choosing the applicable law, the parties may be interested in establishing a framework for the control of their agreement, “self-limiting” in a sense, and it would not be unreasonable if binding rules of the applicable law voided some clauses or the whole contract. Even if the parties clearly asserted the prevalence of contract clauses over the law chosen, they would be unable to prevent such a consequence, since the validity of a clause may not be excluded from any law.”

⁷ A prática do comércio internacional tende a valorizar ao máximo a autorregulação das relações por parte dos operadores: não apenas através do uso do instrumento contratual, mas também mediante a elaboração de contratos-padrão por órgãos públicos ou privados. CLERICI, Roberta. O papel da autonomia privada e seus efeitos na aplicação da CISG. In: MOURA, Aline Beltrame de et al. (org.). *Course of private international law: new trends on private international law concerning international contracts*. Dez. 2018. p. 10.

⁸ LEIBLE, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011. p. 217. O autor traz como exemplo a escolha da lei inglesa para contratos de fornecimento de cereais devido ao papel predominante da Corn Trade Association na cidade de Londres.

⁹ ARAUJO, Nádia. Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1. p. 440. A autora explica que o desconhecimento da lei estrangeira pode resultar em uma tendência a adoção

afirmação se dá pela compreensão de que as partes de uma relação contratual buscam a maximização de seu bem-estar e não firmam um acordo acerca da lei aplicável, exceto se acreditarem que lhes será benéfico. Os motivos pelos quais as partes acreditam estarem sendo beneficiadas são múltiplos: a lei escolhida pode ser mais adequada às suas necessidades do que a lei usualmente aplicável; pode-se ter um corpo estabelecido de jurisprudência que facilite a interpretação de regras legais e, assim, evite disputas futuras; ou as partes podem querer apenas selecionar uma lei neutra¹⁰ diferente daquela de suas respectivas leis domésticas¹¹. Em suma, a autonomia das partes e a livre escolha da lei aplicável se sustentam por firmes razões econômicas.

Ademais, a autonomia das partes é promovida em razão de sua utilidade. A escolha das partes acerca da lei aplicável garante segurança jurídica e previsibilidade, admitindo que os contratantes calculem riscos associados à escolha de uma lei e jurisdição competentes. Do ponto de vista legal, a escolha de determinada lei para reger uma relação contratual facilita a aplicação por juízes e árbitros, bem como eleva a uniformização de transações em determinados setores como por exemplos o marítimo, os seguros ou o setor financeiro, em que as leis inglesa, suíça e nova iorquina dominam como padrões internacionais.¹²

Apesar do reconhecimento da importância da autonomia das partes nessa área de estudo, a legitimação da

de preço mais elevado para a transação, pois na sua composição leva-se em consideração as disposições da lei aplicável escolhida. Logo, saber de prima a lei aplicável evita surpresas em um futuro litígio, evitando-se gastos com relação aos estudos necessários para entender as questões de DIPr aplicáveis, bem como a jurisprudência a respeito do tribunal escolhido como fórum de um possível litígio.

¹⁰ Acerca da escolha de uma lei neutra, Leible explica: “Pero las partes también pueden elegir un derecho neutral, lo que en la práctica ocurre sobre todo cuando en la negociación coinciden las partes con el mismo peso. Puede ocurrir que ninguno este de acuerdo con la elección del derecho de la otra parte porque teme que la otra parte pueda sacar de ello algún provecho al conocer mejor su propio derecho. Entonces se acuerda la aplicación de un derecho neutral [...]”. Em LEIBLE, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011. p. 218.

¹¹ RUHL, Gieselda. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper n. 4, v. 03, n. 01, p. 32-33, 2007.

¹² NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, p. 09, 2016.

livre escolha da lei aplicável na área do direito positivo começa exclusivamente com a lei estatal, e não como um princípio de liberdade pessoal. A *lex fori* é responsável por declarar qual lei é aplicável ao caso. São, portanto, as regras de conflito do foro que determinam os critérios internacionais de conexão para o contrato e ditam se será possível eleger uma lei estrangeira. Para os Estados, há diversas razões que falam a favor de uma legitimação interna desta livre escolha: o princípio *in dubio pro libertates*¹³, a garantia de segurança jurídica, a superação das dificuldades para realizar a conexão etc¹⁴.

O respeito à autonomia emergiu como instrumento dominante no Direito Internacional Privado tanto da Europa quanto dos Estados Unidos¹⁵. A escolha da lei aplicável nesses países desenvolveu-se na mesma direção em matéria contratual, e tanto o *Second Restatement of Conflict of Laws*¹⁶ americano, maior regime de conflitos para contratos dos Estados Unidos da América, quanto o *Regulamento Roma I*¹⁷, que estabelece regras de conexão para os países membros da União Europeia, preveem a

¹³ Conforme leciona Leible: “No obstante, el argumento de más peso es sin lugar a dudas el respeto de los intereses de las partes. El que las partes mismas sean quiénes decidan sobre cómo quieren perseguir y equilibrar sus intereses se corresponde con la idea de contrato. Las partes deben saber «lo que les conviene», y lo dicho no vale solamente para la relación contractual material, sino también para la cláusula de remisión de derecho conflictual.”. Em LEIBLE, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011. p. 217.

¹⁴ LEIBLE, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011. p. 215.

¹⁵ RUHL, Gieselda. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper n. 4, v. 03, n. 01, 2007.

¹⁶ Restatement (Second) of Conflict of Laws, 1988. Conforme explica a Professora Nadia Araujo, nos Estados Unidos da América, o *First Restatement of Conflicts of Law* adotava a regra da lei do local da celebração. Foi somente em 1971, com a publicação do *Second Restatement*, que a teoria da autonomia da vontade foi adotada de forma ampla. No que diz respeito a esta revisão, o *Second Restatement* introduziu importante modificação nas regras de conexão para a lei aplicável aos contratos internacionais, em caráter subsidiário, na ausência de escolha pelas partes: estabeleceu como norma de conexão a ideia dos vínculos mais estreitos, hoje conhecido como princípio da proximidade. Em ARAUJO, Nadia. Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1. p. 436.

¹⁷ Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

livre escolha da lei aplicável¹⁸.

Nos países asiáticos, também se vislumbra um forte movimento pela aceitação dos Estados no que tange à lei escolhida pelas partes para reger uma relação contratual¹⁹. Já na América Latina, devido à predominância da doutrina do territorialismo²⁰, a aceitação da escolha da lei aplicável mostra-se um pouco mais tímida²¹, pois, muito embora tenha sido elaborada a *Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais* (CIDIP IV), sua abrangência ainda é bastante limitada²².

Em nível mundial, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) editou os *Princípios da Haia sobre a Escolha da Lei Aplicável aos Contratos de Comércio Internacional*, aprovados no ano de 2015²³. Os

¹⁸ RUHL, Gieselda. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper n. 4, v. 03, n. 01, 2007. p. 01.

¹⁹ Vide análise do Professor Yuko Nishitani: NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, 2016.

²⁰ ALBORNOZ, María Mercedes. Choice of law in international contracts in latin american legal systems. *Journal of Private International Law*, v. 6, n. 1, p. 48, 2010. A autora explica: “Territorialism is a doctrine that advocates the application of the law of a state to all the people and activities within its territory. Under the territoriality principle foreign law is only exceptionally applied. This has been the traditional approach to conflict of laws in Latin America, and even in countries whose domestic law actually admits party autonomy in international contracts, territorialism is clearly established by the legislature and/or enacted by the tribunals. However, an absolute territorialism would leave no room to the principle of party autonomy.”

²¹ ALBORNOZ, María Mercedes. Choice of law in international contracts in latin american legal systems. *Journal of Private International Law*, v. 6, n. 1, p. 24, 2010: “The traditional territorialism of Latin America has caused the acceptance of party autonomy to be very slow. Nevertheless, in recent years, a remarkable phenomenon has taken place: even the most reticent states, clearly compelled by the pressures of international trade and by the need for regional integration, have signed treaties on international arbitration, where the choice of the law applicable to the substance of the controversy is expressly accepted. Although these treaties only apply to international contracts subject to arbitration proceedings, they are helping to, gradually, reduce the states’ resistance to party autonomy.”

²² A Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994 é bastante clara quando determina que “O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes.” (art. 7). A lei escolhida pode inclusive ser de Estado que não seja parte da Convenção. Logo, a autonomia das partes é amplamente aceita. Entretanto, a Convenção da Cidade do México é considerada um grande fracasso como Tratado Internacional: após quase 25 (vinte) anos de sua assinatura, apenas o México e a Venezuela a ratificaram: <http://www.oas.org/juridico/English/signs/b-56.html>. Acesso em: 27 nov. 2018.

²³ O objetivo dos Princípios da Haia é servir como modelo universal de normas de direito internacional privado, aplicáveis aos contratos internacionais. Para atingir essa finalidade, o trabalho da Confer-

Princípios da Haia são o primeiro instrumento não vinculativo do tipo adotado pela Conferência, que tradicionalmente procura unificar o Direito Internacional Privado por meio de convenções ou protocolos legalmente vinculantes²⁴. Logo, o instrumento não se destina à aplicação direta pelos tribunais estatais, mas apenas por força da escolha das próprias partes ou dos árbitros, e os Estados estão desobrigados a aplicá-los como lei doméstica. A ideia é que tais normas sirvam de modelo para legisladores em países nos quais a legislação em matéria de direito aplicável aos contratos internacionais é inexistente, fragmentada ou antiquada²⁵.

Os princípios estabelecem a liberdade de escolher a lei que regerá os contratos comerciais, sem abordar as regras de conflitos que seriam aplicáveis na ausência de escolha²⁶. Seu propósito é promover a autonomia das partes estipulando regras essenciais sobre a escolha da lei em contratos comerciais internacionais. Desse modo, podem-se considerar os Princípios da Haia como o primeiro passo de um processo global de convergência normativa que futuramente poderá facilitar a adoção de uma convenção internacional sobre a escolha do direito aplicável em matéria contratual no âmbito da Conferência da Haia²⁷.

A autonomia da vontade na escolha da lei aplicável é, sem dúvida, uma das conquistas mais importantes no

desenvolvimento do Direito Internacional Privado no século XX, e sua consolidação e desenvolvimento são tarefas futuras do Direito Internacional Privado no século XXI a nível global²⁸, visando assegurar maior segurança jurídica às relações transnacionais.

Apesar de suas nítidas vantagens, a aceitação da escolha da lei aplicável aos contratos internacionais parece bastante complexa, especialmente pelos interesses econômicos envolvidos²⁹. Movida por essa preocupação, a União Europeia caminha para uma progressiva unificação das regras de Direito Internacional Privado do bloco, e a autonomia da vontade assume grande relevância como elemento de conexão em relações jurídicas que envolvam matérias obrigacionais, de aplicação tradicional, mas também com seu âmbito de incidência expandido dentro da União Europeia, refletido nos regulamentos europeus de questões do Direito de Família e Sucessões³⁰. Veja-se, por exemplo, a possibilidade de escolha antecipada da lei aplicável ao divórcio ou a separação judicial por meio do comum acordo entre as partes, prerrogativa esta reservada aos casais “internacionais”³¹.

A opção pela autonomia da vontade evita o recurso a elementos de conexão de difícil determinação, como por exemplo a residência habitual, garantindo maior estabilidade às relações jurídicas³². Apesar da crescen-

ência orienta-se por um conceito fundamental: a promoção e defesa do princípio da autonomia da vontade das partes. Vide ARAUJO, Nadia; GAMA JR, Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros Princípios da Haia e perspectivas para o Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34, p. 03, jul. 2012.

²⁴ NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, p. 03, 2016.

²⁵ ARAUJO, Nadia; GAMA JR, Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros Princípios da Haia e perspectivas para o Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34, p. 04, jul. 2012. Sobre o assunto, vide Yuko Nishitani: NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, p. 05, 2016.: “As a non-binding instrument, the Hague Principles are expected to serve as a model of legislation or law reform de lege ferenda, as well as to help interpret, supplement and develop rules in implementing party autonomy de lege lata, eventually producing a substantial degree of harmonization of contractual conflicts rules in respect of choice of law.”

²⁶ NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, p. 03, 2016.

²⁷ ARAUJO, Nadia; GAMA JR, Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros Princípios da Haia e perspectivas para o Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34, p. 04, jul. 2012.

²⁸ LEIBLÉ, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011. p. 215.

²⁹ MAULTZSCH, Felix. Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument? *Journal of Private International Law*, v. 12, n. 3, p. 469, 2016.

³⁰ HELLWIG, Guilherme Centenaro. Limites à adoção da autonomia da vontade como princípio geral estruturante do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado da União Europeia através do Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Rjr, 2016. cap. 13. p. 345. Vide artigo 5(1) do Regulamento (UE) no 1259/2010 do Conselho (Regulamento Roma III) e artigo 22 do Regulamento no 650 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2002.

³¹ MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP I*, v. 1, n. 1, p. 21, jun. 2015.

³² HELLWIG, Guilherme Centenaro. Limites à adoção da autonomia da vontade como princípio geral estruturante do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado da União Europeia através do Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Rjr, 2016. cap. 13, p. 351.

te adoção da autonomia da vontade como critério de conexão no Direito Internacional Privado da União Europeia, não há solução uniforme aos diferentes campos e sua aplicação é dotada de certa heterogeneidade³³. Limites à atuação das partes na escolha da lei aplicável são impostos e variam conforme a matéria, havendo restrições no que tange a amplitude de escolha e ao aspecto temporal em campos como o Direito de Família, Sucessões e obrigações extracontratuais. Já nas relações contratuais, a liberdade de escolha da lei aplicável é mais abrangente e relaciona-se à ideia da autonomia da vontade como direito fundamental, pautado na busca por eficiência econômica e regulatória³⁴. Assim, apesar da autonomia da vontade consagrar-se como importante critério de conexão na União Europeia, a heterogeneidade no tratamento normativo impõe uma análise individualizada de cada matéria. A regulamentação da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável às obrigações contratuais no âmbito da União Europeia será estudada a seguir.

A doutrina, por sua vez, moveu-se no sentido de definir a residência habitual tendo por base uma interpretação autônoma e idêntica para as autoridades de todos os Estados-membros. Trata-se, assim, de um conceito que “equivale a ‘centro social de vida’ o lugar donde o interessado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable”. Em outras palavras, de um critério de tipo empírico que indica o lugar no qual o interessado fixou o centro permanente dos seus interesses com um certo nível de estabilidade, independentemente do local do registro da sua residência.

³³ HELLWIG, Guilherme Centenaro. Limites à adoção da autonomia da vontade como princípio geral estruturante do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado da União Europeia através do Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Rjr, 2016. cap. 13. p. 345.

³⁴ HELLWIG, Guilherme Centenaro. Limites à adoção da autonomia da vontade como princípio geral estruturante do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado da União Europeia através do Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Rjr, 2016. cap. 13. p. 353.

3 A lei aplicável aos contratos internacionais no âmbito da União Europeia: da Convenção de Roma de 1980 ao Regulamento Roma I

O primeiro importante instrumento acerca da possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais no âmbito da União Europeia, enquanto ainda Comunidade Econômica Europeia, foi a Convenção de Roma de 1980³⁵. O objetivo inicial da Comunidade era a criação de um mercado interno por meio da eliminação dos obstáculos criados ao comércio artificialmente pelos Estados membros³⁶ e a Convenção de Roma buscou unificar o tratamento pelos membros do bloco acerca da lei aplicável aos contratos internacionais³⁷, trazendo maior segurança jurídica aos negócios firmados no âmbito do processo de integração regional.

A Convenção reconhecia a autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, sendo que o artigo 3º deixava clara a liberdade de escolha, determinando que

O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante essa escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.³⁸

³⁵ COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: versão consolidada. *OJ C 27*, 26 jan. 1998. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126(02)). Acesso: 25 mar. 2019.

³⁶ KUIPERS, Jan-Jaap. Party autonomy in the Brussels I regulation and Rome I regulation and the European Court of Justice. *German Law Journal*, v. 10, n. 11, p. 1505-1524, 2009. p. 1517.

³⁷ COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: versão consolidada. *OJ C 27*, 26 jan. 1998. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126(02)). Acesso: 25 mar. 2019. Preâmbulo.

³⁸ COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: versão consolidada. *OJ C 27*, 26 jan. 1998. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126(02)). Acesso: 25 mar. 2019. Artigo 3. “According to Article 3 (3) Rome Convention a choice of a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, does not, where all other elements relevant to the contract at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of the mandatory laws of that country. In purely domestic cases a choice-of-law clause, therefore, will not be enforced in view of the mandatory provisions of the law which would be applicable had the parties not agreed on a foreign law.” RUHL, Gieselda. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and

A Convenção de Roma foi um primeiro passo de grande valia para a aceitação da escolha da lei aplicável no âmbito da União Europeia. Entretanto, algumas deficiências significativas reduziram o valor da unificação pretendida. Em primeiro lugar, devido à natureza de convenção regida pelo direito internacional público, o instrumento legal não entrou automaticamente em vigor em todos os Estados membros, tendo que ser transformado em direito nacional de acordo com as exigências internas de cada Estado. Em segundo lugar, no decorrer do tempo, a Convenção sofreu repetidas modificações. Por ocasião da adesão dos novos Estados membros à União Europeia e da obrigação de adotar a Convenção de Roma como parte do acervo comunitário, a Convenção foi repetidamente renegociada, emendada ou alterada. As diferentes datas de adesão dos Estados membros à União Europeia levaram, assim, a uma situação em que diferentes versões da Convenção de Roma foram ratificadas por Estados membros, pelo que o texto deixou de ser idêntico para os integrantes do bloco. Por fim, a Convenção de Roma permitiu a aceitação com reservas³⁹, o que foi feito por diversos Estados, diluindo sua uniformidade.⁴⁰

Já sob a égide da conformação atual da União Europeia, a Convenção de Roma de 1980 foi modificada e transformada no Regulamento 593/2008⁴¹. Dando continuidade à lógica do diploma anterior, o novo instrumento internacional adotou como regra principal a autonomia da vontade, permitindo às partes escolher livremente a norma regente de seus contratos. Em caráter subsidiário, adotou a regra dos vínculos mais estreitos⁴². Ao transformar a Convenção de Roma de 1980 em um Regulamento próprio da União Europeia, grandes deficiências da convenção enquanto instrumento de direito internacional foram superadas.

Atualmente, existe um texto uniforme a ser seguido

por todos os Estados membros⁴³ pois, diferentemente da Convenção de Roma de 1980, o regulamento não permite reservas. Ademais, Roma I, por ser um regulamento da União Europeia, é automaticamente aplicável pelos Estados membros sem a necessidade de qualquer transformação adicional ou processo de internacionalização⁴⁴. E, em terceiro lugar, as futuras modificações do regulamento serão automaticamente aplicáveis aos Estados membros, garantindo a sua uniformidade de aplicação.⁴⁵

Ao invés de estabelecer um novo conjunto de regras, a Comissão responsável pela elaboração do Regulamento Roma I pretendeu converter a Convenção existente em instrumento de direito comunitário. A proposta e a versão final do regulamento introduziram uma série de alterações com a intenção de modernizar o conteúdo das regras de conflito e de as coordenar com outros instrumentos do Direito Internacional Privado Europeu, especialmente os Regulamentos Roma II⁴⁶ e Bruxelas I.⁴⁷⁻⁴⁸

Analisando o âmbito do Regulamento Roma I, pode-se observar que este não é substancialmente diferente da Convenção predecessora. Atualmente, o regulamento aplica-se às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis. A exigência de envolver um conflito de leis destina-se a

economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper n. 4, v. 03, n. 01, p. 09, 2007.

³⁹ Vide artigo 22 da Convenção de Roma de 1980.

⁴⁰ BEHR, Volker. Rome I regulation: a – mostly – unified private international law of contractual relationships within – most – of the European Union. *Journal of Law & Commerce*, v. 29, n. 2, p. 236, 2011.

⁴¹ Conforme o artigo 28, o Regulamento Roma I aplica-se aos contratos celebrados após 17 de dezembro de 2009. Já o artigo 24 determina a substituição, entre os Estados membros, da Convenção de Roma de 1980.

⁴² ARAUJO, Nadia. Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1. p. 436.

⁴³ Conforme observa Behr: “Being an EC Regulation, Rome I in principle would be in force in the Member States of the European Union. However, being based on Articles 61 and 65 EC, it is not automatically in force in the United Kingdom, Ireland, and Denmark. Since it has not opted in, it is not in force in Denmark. Consequently, Article 1(4) makes a distinction between Member States to the Regulation and Member States of the European Union, the letter being addressed within the Regulation only in Article 3(4) and Article 7.” Em BEHR, Volker. Rome I regulation: a – mostly – unified private international law of contractual relationships within – most – of the European Union. *Journal of Law & Commerce*, v. 29, n. 2, p. 238, 2011.

⁴⁴ Vide artigo 2 do Regulamento Roma I, que lê: A lei designada pelo presente regulamento é aplicável mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro.

⁴⁵ BEHR, Volker. Rome I regulation: a – mostly – unified private international law of contractual relationships within – most – of the European Union. *Journal of Law & Commerce*, v. 29, n. 2, p. 234, 2011.

⁴⁶ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II).

⁴⁷ Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I).

⁴⁸ VALDHANS; Jiri; MYSAKOVA, Petra. Rome I and Rome II regulations – allies or enemies? *Dny práva – Days of Law*. I. Brno: Masarykova univerzita, 2008. p. 02.

restringir a aplicabilidade do instrumento legal a situações ligadas a pelo menos dois países diferentes⁴⁹. O regulamento não se aplica, em especial, às matérias fiscais, aduaneiras e administrativas⁵⁰. A intenção de coordenar o Regulamento Roma I com outros instrumentos do direito europeu é evidente, em especial os Regulamentos Bruxelas I, relativo à competência judiciária em matéria civil e comercial, e Roma II, sobre obrigações extracontratuais. Na delimitação negativa do âmbito de aplicação do Regulamento Roma I, por exemplo, foi inserida a letra “i)”, que trata da *culpa in contrahendo* (obrigações decorrentes de transações anteriores à celebração do contrato), abrangida pelo Regulamento Roma II.⁵¹

No que tange à aplicação concreta do regulamento, especialmente sobre a inteiração entre Roma I e outros acordos internacionais que regulem os conflitos de lei em matéria contratual, o artigo 25 (1) prevê que o regulamento não prejudicará a aplicação das convenções internacionais de que um ou mais Estados membros sejam parte na data de aprovação do instrumento e que estabeleçam normas de conflitos de leis referentes a obrigações contratuais. A disposição — tecnicamente, uma cláusula de salvaguarda ou de compatibilidade — perpetua uma solução já presente na Convenção de Roma de 1980 e reflete a necessidade de assegurar “[...] o respeito pelos compromissos internacionais assumi-

dos pelos Estados-Membros”⁵², partindo da disposição geral do artigo 307 do Tratado de Roma.⁵³

Nos termos do artigo 2, o Regulamento Roma I é de aplicação universal⁵⁴ visando, em princípio, substituir completamente as regras existentes de direito internacional privado nos Estados membros. Logo, à União Europeia tem competência exclusiva para celebrar futuros acordos internacionais sobre o direito internacional privado de contratos que utilizem a técnica do conflito de leis⁵⁵, e a adoção de acordos internacionais deve ser apresentada pelas principais organizações que tratam da cooperação universal nesta área: a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e a Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado. Discute-se se a eventual entrada em vigor desses acordos resultaria numa “erosão” da regulamentação “Roma I”, ocasionando uma tensão entre a uniformidade de regulação de conflitos de leis da União Europeia e as aberturas “universalistas”.⁵⁶

Da mesma forma que a Convenção de Roma de 1980, o Regulamento Roma I parte do princípio da liberdade das partes na escolha da lei aplicável. Isto é evidenciado desde a leitura do Considerando n. 11, que destaca, em particular, a liberdade de escolha como “[...] uma das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais”⁵⁷. A autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos

⁴⁹ BEHR, Volker. Rome I regulation: a – mostly – unified private international law of contractual relationships within – most – of the European Union. *Journal of Law & Commerce*, v. 29, n. 2, p. 239, 2011.

⁵⁰ Regulamento Roma I, art. 1 (1). O Professor Behr analisa e critica o escopo do artigo: “Negatively speaking, Article 1 (2 and 3) excludes a number of obligations, which in substance are part of civil or commercial law but for different reasons shall not be treated under the Regulation. Exceptions apply to status or legal capacity of natural persons except for specific situations of parties concluding a contract while being in the same country, obligations out of family relations, obligations out of matrimonial property regimes, obligations out of negotiable instruments, obligations out of arbitration, obligations out of company law, power of agency, obligations out of trust, pre-contractual obligations, obligations out of specific insurance contracts, and evidence and procedure. Most of those exceptions to the applicability of Rome I can be clearly justified. The exception as to power of agency, however, is rather tantalizing. A significant quota of international business transactions being negotiated through agents, it would have been more than just helpful, if Rome I had clarified this issue.”. Em BEHR, Volker. Rome I regulation: a – mostly – unified private international law of contractual relationships within – most – of the European Union. *Journal of Law & Commerce*, v. 29, n. 2, p. 239, 2011.

⁵¹ VALDHANS; Jiri; MYSAKOVA, Petra. Rome I and Rome II regulations – allies or enemies? *Dny práva – Days of Law*. I. Brno: Masarykova univerzita, 2008. p. 03.

⁵² Vide Considerando n. 41 do Regulamento Roma I.

⁵³ FRANZINA, Pietro. Las relaciones entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 1, p. 92-101, mar. 2009. p. 95. Artigo 307 (1) do Tratado de Roma de 1957: As disposições do presente Tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de Janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à Comunidade, anteriormente à data da respectiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro.

⁵⁴ Artigo 2 do Regulamento Roma I: A lei designada pelo presente regulamento é aplicável mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro.

⁵⁵ FRANZINA, Pietro. Las relaciones entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 1, p. 92-101, mar. 2009. p. 100.

⁵⁶ FRANZINA, Pietro. Las relaciones entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 1, p. 92-101, mar. 2009. p. 101.

⁵⁷ Vide Considerando n. 11 do Regulamento Roma I.

contratos internacionais é subsequentemente consagrada e sistematizada pelo artigo 3º do Regulamento, que estabelece que o contrato é regido, via de regra, pela lei escolhida pelas partes⁵⁸. Apesar da amplitude do texto, a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável encontra certos limites, o que será analisado abaixo.

4 Previsões e limites à autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais no Regulamento Roma I

Conforme visto anteriormente, o artigo 3º (1) do Regulamento Roma I trata da liberdade de escolha das partes, consagrando a autonomia da vontade como regra geral desde que a escolha seja expressa ou que resulte de forma clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso. Mediante sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato.⁵⁹ O artigo 3º segue o padrão de seu predecessor e continua a considerar a escolha da lei como um contrato independente, desconectado do contrato principal. Portanto, sempre haverá dois contratos diferentes, mesmo quando eles forem concluídos simultaneamente. A validade de um não afeta a validade do outro. Ou seja, o contrato principal pode ser válido inclusive quando a escolha da lei aplicável for considerada inválida.⁶⁰

Ainda quanto à escolha da lei no direito contratual, o artigo 3º (1) permite uma ampla autonomia das partes do ponto de vista de um direito substantivo. As partes da respectiva relação jurídica podem, em princípio,

escolher qualquer lei estatal. Não há exigência de um nexo específico entre a relação jurídica e a lei escolhida e, portanto, as partes podem escolher a lei de um terceiro estado “neutro” ou uma lei que é particularmente desenvolvida e reconhecida no seu respectivo campo.⁶¹

Apesar de permitir a escolha da lei de um terceiro Estado neutro, o Regulamento Roma I recebe críticas pelo fato de não incluir expressamente a possibilidade de escolha de uma lei de origem não estatal, como por exemplo os Princípios da UNIDROIT ou a *lex mercatoria*, instrumentos estes que adquiriram grande relevância para a regulação do comércio internacional das últimas décadas⁶². O texto final do regulamento suprimiu o parágrafo 2º do artigo 3 que previa a possibilidade de escolha de princípios e normas do direito material dos contratos, reconhecidos a nível internacional ou da União Europeia como lei aplicável⁶³. Logo, a escolha de regras não estatais é efetivada apenas com a ajuda da doutrina da incorporação, que permite às partes, no exercício e dentro dos limites da liberdade contratual, incorporar tais regras como termos do contrato⁶⁴.

⁵⁸ LEIBLE, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011. p. 220.

⁵⁹ Artigo 3 (1) do Regulamento Roma I.

⁶⁰ LEIBLE, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011. p. 221. Sobre o artigo 3º do Regulamento Roma I, Jan-Jaap Kuipers explica: “It favours the upholding of a choice of law by recognizing [sic] its formal validity when it satisfies the formal requirements of the putative applicable law, the *lex loci contractus* when both parties, or their agents, were in that respective country, or the national laws of either party or the law of place where either party was present when the parties were at the time of conclusion of the contract in different countries. Whereas the Court has not allowed Member States to rely on national law to test the formal validity of a prorogation of jurisdiction clause and developed a uniform approach, the formal validity of the choice of law clause still depends upon national law?”. Em KUIPERS, Jan-Jaap. Party autonomy in the Brussels I regulation and Rome I regulation and the European Court of Justice. *German Law Journal*, v. 10, n. 11, p. 1505-1524, 2009. p. 1523.

⁶¹ MAULTZSCH, Felix. Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?. *Journal of Private International Law*, v. 12, n. 3, p. 470, 2016. Como apontado pelo Professor Lorenzo: “Despite the fundamental function that conflict-of-laws autonomy carries out in international trade, parties can only choose a national law and judges will only apply a national law as *lex contractus*”. Em LORENZO, Sixto Sánchez. Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts after Rome I. *Yearbook of Private International Law*, v. 12, 2010. p. 69.

⁶² RUHL, Gieselda. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper n. 4, v. 03, n. 01, p. 17, 2007. A não inclusão da possibilidade de escolha de uma lei não estatal já era uma realidade na Convenção de Roma de 1980, mantendo-se no Regulamento Roma I.

⁶³ BALLARINO, Tito. Il regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 1, p. 5-18, mar. 2009. p. 10. O autor explica: “Nell’esposizione dei motivi della proposta si spiegava che così si voleva favorire, come ha fatto la Convenzione di Città del Messico del 17 marzo 1994 sulla legge applicabile ai contratti internazionali, la scelta dei principi UNIDROIT, dei Principles of European Contract Law o di un “eventuale futuro strumento comunitario facoltativo” (ma non la *lex mercatoria* “insufficientemente precisa”) con lo scopo di “rafforzare ulteriormente l’autonomia della volontà”. Il regolamento Roma I prevede soltanto nei considerando (al n. 13) che le parti possano includere nel loro contratto “mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale”. Questa formula mi pare che faccia riferimento ad una ricezione materiale che si innesta sulla competenza di una legge individuata con altri mezzi.”

⁶⁴ RUHL, Gieselda. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper n.

No que tange à possibilidade de uma escolha parcial de lei, esta só é permitida quando a questão for suscetível a tratamento diferenciado. Logo, deve tratar-se de uma questão legal com uma autonomia mínima, e somente se pode separar uma parte do contrato que não esteja, por razões de direito material, em uma relação de dependência simultânea com outra parte do instrumento jurídico.⁶⁵

A escolha da lei aplicável pode ser feita de forma escrita ou oral. A única exigência é que a lei escolhida pelas partes esteja perfeitamente clara⁶⁶. Poderá haver uma escolha tácita quando esta for nitidamente demonstra-

da pelos termos do contrato ou pelas circunstâncias do caso. O Regulamento Roma I optou por um critério baseado numa escolha real, independente de qualquer presunção ou determinação objetiva. Logo, os julgadores devem deduzir do contrato e do seu contexto a vontade real das partes acerca da lei aplicável.⁶⁷

Ao invés de impor requisitos para a validade formal de uma escolha de lei, Roma I favorece a manutenção da opção de contratação feita pelas partes. Logo, a escolha da lei será formalmente válida quando satisfizer os requisitos formais da: lei aplicável; ou da *lex loci contractus* quando ambas as partes ou seus agentes estiverem naquele país; ou da lei de residência habitual de qualquer das partes; ou da lei do lugar onde uma das partes se encontrava presente no momento da conclusão do contrato. Um contrato possui, portanto, potencialmente cinco chances de ser considerado formalmente válido.⁶⁸

A determinação da lei aplicável não é feita exclusivamente de maneira positiva, mas também pode ser formulada de maneira negativa. Pode-se acordar, por exemplo, a não submissão do contrato à lei alemã. Nesse caso, se não houver a escolha positiva da lei aplicável e a conexão objetiva levar à aplicação do direito alemão — que foi expressamente descartado —, a lei com a qual há a segunda conexão mais próxima deverá ser aplicada.⁶⁹

Em relação à lei aplicável na ausência de escolha, o artigo 4º do Regulamento é visto como revolucionário. Quando a lei não puder ser determinada de acordo com as regras elencadas no art. 4 (1) e (2)⁷⁰, o contrato será

4, v. 03, n. 01, p. 17, 2007. Sobre a questão da escolha de lei não estatal, observa o Professor Nishitani: “The question is whether the conflict of laws system ought to qualify non-state law as the law governing the contract, instead of merely allowing its incorporation into the contract. According to the traditional view, judges as state representatives exercise judicial power to render and enforce a judgment against the party who would not perform his or her obligation voluntarily, so that legal sources of court decisions must be limited to those emanating from the state, a policy decision to qualify non-state law as eligible applicable law, there is no preemptive argument against it. It ought to be considered, however, that party autonomy is a particular conflicts rule to subjectively designate the applicable law by relying on the parties’ intent. Once the legislature takes a policy decision to qualify non-state law as eligible applicable law, there is no preemptive argument against it.” Em NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, p. 12, 2016.

⁶⁵ LEIBLÉ, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011. p. 224. O autor complementa: “Se considera aceptable someter a derechos distintos la conclusión del contrato por un lado y su cumplimiento por el otro, y también se puede distinguir entre validez formal por un lado y validez material por el otro. Por el contrario es indisoluble la cuestión del consenso material en el momento de la conclusión del contrato. Si un contrato se ha generado por dos declaraciones de voluntad coincidentes solamente se puede determinar según un único derecho.”

⁶⁶ BEHR, Volker. Rome I regulation: a — mostly — unified private international law of contractual relationships within — most — of the European Union. *Journal of Law & Commerce*, v. 29, n. 2, p. 242, 2011. Conforme Kuipers: “Rome I does not preclude that a choice of law is expressed orally, as long as a meeting of minds is sufficiently clear. In fact, Rome I does not even require that a choice of law is explicit. An implicit choice of law will be assumed when a genuine will of the parties can with a reasonable degree of certainty be deducted from the contract and the surrounding circumstances. It will thus depend much upon the factual circumstances. Such a deduction will not be possible when too many connections with different jurisdictions exist. On the other hand, the fact that parties base their submissions upon the arguments derived from one law only or an exclusive jurisdiction clause in a contract are strong indications of an implicit choice of law.” Em KUIPERS, Jan-Jaap. Party autonomy in the Brussels I regulation and Rome I regulation and the European Court of Justice. *German Law Journal*, v. 10, n. 11, p. 1511, 2009.

⁶⁷ LORENZO, Sixto Sánchez. Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts after Rome I. *Yearbook of Private International Law*, v. 12, p. 79, 2010.

⁶⁸ KUIPERS, Jan-Jaap. Party autonomy in the Brussels I regulation and Rome I regulation and the European Court of Justice. *German Law Journal*, v. 10, n. 11, p. 1510, 2009. Vide Artigo 11 do Regulamento Roma I.

⁶⁹ LEIBLÉ, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, mar. 2011. p. 222.

⁷⁰ Artigo 4º (1) e (2) do Regulamento Roma I: “1. Na falta de escolha nos termos do artigo 3º e sem prejuízo dos artigos 5º a 8º, a lei aplicável aos contratos é determinada do seguinte modo: a) O contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual; b) O contrato de prestação de serviços é regulado pela lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual; c) O contrato que tem por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel é regulado pela lei do país onde o imóvel se situa; d) Sem prejuízo da alínea c), o arrendamento de um bem imóvel celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis

potencialmente regido pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita — art. 4 (4)⁷¹. Como explica Nádia Araújo, a expressiva mudança das regras seculares para a ideia dos vínculos mais estreitos sempre fora criticada na Europa por seu caráter flexível, tendendo à aplicação da lei local. “Mas uma das razões para o seu sucesso e conseqüente adoção na Europa se deve ao seu caráter econômico: abandona-se um critério aleatório diante do mundo cada vez mais sem fronteiras para se perquirir os verdadeiros vínculos entre os contratantes.”⁷²

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) analisou a temática no caso *Intercontainer Interfrigo* (C-133/08), momento em que foi chamado a se posicionar acerca da lei aplicável a um contrato que tinha por objeto a colocação à disposição de meio de transporte para o envio de mercadorias. Ainda na vigência da Convenção de Roma de 1980, o Tribunal reconheceu que, para determinar a lei aplicável a um contrato, o juiz nacional deve averiguar a lei do país com o qual o instrumento apresente a conexão mais estreita⁷³. Os julgadores entenderam que não poderia se admitir a aplicação

meses consecutivos é regulado pela lei do país em que o proprietário tem a sua residência habitual, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país; e) O contrato de franquia é regulado pela lei do país em que o franqueado tem a sua residência habitual; [...] 2. Caso os contratos não sejam abrangidos pelo n.º 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas a) a h) do n.º 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual.”

⁷¹ VALDHANS; Jiri; MYSAKOVA, Petra. Rome I and Rome II regulations – allies or enemies? *Dny práva - Days of Law*. I. Brno: Masarykova univerzita, 2008. p. 04. Artigo 4 (4) do Regulamento Roma I: “Caso a lei aplicável não possa ser determinada nem em aplicação do n.º 1 nem do n.º 2, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita.”

⁷² ARAUJO, Nádia. Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1. p. 436.

⁷³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de outubro de 2009. *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV*. *Processo C-133/08*. Colectânea da jurisprudência 2009 I-09687. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris>. Acesso em: 20 mar. 2019. Para ilustrar, o TJUE citou exemplo de contrato de arrendamento celebrado entre dois nacionais franceses, cujo objeto é uma locação sazonal na Itália. Tal contrato possui vínculos mais estreitos com a França. Nesse caso, vários elementos convergem para um país diferente do país que é o designado pela presunção (Itália). Os contratantes são ambos nacionais franceses, o contrato foi celebrado em França e é, a priori, no seu interesse que a lei francesa seja a lei aplicável ao contrato, tanto pela língua quanto pela presunção de maior conhecimento da lei francesa.

da lei do país que não apresenta a conexão mais estreita, cabendo ao magistrado determinar se o contrato tem conexão mais estreita com um país diferente daquele indicado pelos critérios previstos na regulação europeia após examinar as circunstâncias do caso⁷⁴.

Já em *Haeger & Schmidt* (C-305/13), caso julgado em 2014, porém referente a contrato ainda sobre a égide da Convenção de Roma de 1980, o Tribunal de Justiça da União Europeia assinalou que os julgadores devem proceder a uma comparação das conexões existentes entre o contrato e o país onde a parte que fornece a prestação característica tem a sua residência habitual no momento da celebração do contrato, bem como com outro país com o qual o contrato apresente uma conexão estreita. Logo, o juiz deve fazer uma apreciação global de todos os elementos objetivos que caracterizam a relação contratual e valorar aquele ou aqueles que, no seu entender, são os mais significativos. Inclusive, importa levar em consideração a existência de conexões estreitas do contrato em causa com um ou mais contratos que fazem parte da mesma série de negócios, bem como o lugar de entrega das mercadorias — interpretação também sustentada pelo Considerando 20 do Regulamento Roma I. Assim, o órgão jurisdicional nacional levará em conta todas as circunstâncias, incluindo a existência de outros instrumentos jurídicos relacionados com o contrato em causa.⁷⁵

Apesar da ampla autonomia concedida às partes de uma relação contratual na escolha pela lei aplicável, efetivar a liberdade de escolha significa também adotar uma compreensão substantiva dessa liberdade, que inclui a necessidade de ações positivas para contrabalançar os obstáculos factuais e sociais existentes que tornam uma parte contratual drasticamente menos livre do que a outra⁷⁶. Assim, o regramento da União Europeia restringe a escolha da lei aplicável a certos contratos, impondo essas restrições às relações em que uma das partes se encontra em posição de desvantagem, o que

⁷⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. El derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto *Intercontainer Interfrigo* y su repercusión en el Reglamento Roma I. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 302, mar. 2011.

⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 23 de outubro de 2014. *Haeger & Schmidt GmbH contra Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD) e o*. *Processo C-305/13*. 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris>. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁷⁶ CIACCHI, Aurelia. Party autonomy as a fundamental right in the European Union. *European Review of Contract Law* (6 ERCL 2010, 303). 2010.

ocorre, principalmente, em contratos de consumo, contratos de trabalho e contratos de seguro⁷⁷.

A proteção da parte presumivelmente mais fraca já havia sido prevista pela Convenção de Roma de 1980 e o Regulamento Roma I procurou, em um grau ainda mais elevado, modificar o alcance da autonomia das partes na escolha da lei aplicável⁷⁸. O objetivo está delineado no Considerando n. 23: “No caso dos contratos celebrados com partes consideradas vulneráveis, é oportuno protegê-las por meio de normas de conflitos de leis que sejam mais favoráveis aos seus interesses do que as normas gerais”⁷⁹ e as restrições estão previstas nos artigos 6 a 8 do Regulamento Roma I que tratam, respectivamente: contratos celebrados por consumidores; contratos de seguro; e contratos individuais de trabalho.

Ao apreciar o caso *Verein für Konsumenteninformation* (C-191/15), o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu a ilegalidade da escolha da lei luxemburguesa em contratos celebrados pela empresa Amazon com consumidores austríacos. O órgão jurisdicional de reenvio buscava compreender se era abusiva uma cláusula constante das condições gerais de venda de um contrato celebrado no âmbito do comércio eletrônico entre um consumidor e uma empresa, nos termos da qual o contrato era regido pela lei do Estado sede desta empresa. O TJUE entendeu que uma cláusula constante das condições gerais de venda de um profissional, que não foi objeto de negociação individual, nos termos da qual o contrato celebrado com um consumidor, no âmbito do comércio eletrônico, é regido pela lei do Estado membro da sede desse profissional é abusiva na medida em que induza esse consumidor em erro, dando-lhe a impressão de que somente a lei desse Estado membro é aplicável ao contrato, sem o informar que o consumidor se beneficia igualmente, nos termos do artigo 6 (2) do Regulamento Roma I, da proteção que lhe proporcionam as disposições imperativas do direito que seria aplicável na falta dessa cláusula.⁸⁰

⁷⁷ RUHL, Gieselda. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper n. 4, v. 03, n. 01, p. 20, 2007.

⁷⁸ BEHR, Volker. Rome I regulation: a – mostly – unified private international law of contractual relationships within – most – of the European Union. *Journal of Law & Commerce*, v. 29, n. 2, p. 248, 2011.

⁷⁹ Considerando n. 23 do Regulamento Roma I.

⁸⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 18 de outubro de 2016. *Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis*. *Processo C-135/15*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jurisp>. Acesso

em: 21 mar. 2019.

Apesar de sua atualidade e importância, o Regulamento Roma I é considerado um trabalho incompleto dos pontos de vista material, geográfica e temporal. Do ponto de vista material, o Regulamento é entendido como incompleto, pois exclui algumas categorias de relações contratuais de sua esfera de aplicação, como é o caso das obrigações que decorrem de relações de família ou das que decorrem de letras, cheques e outros títulos negociáveis⁸¹. É incompleto de uma visão geográfica, porque um Estado membro da União Europeia, a Dinamarca, não está vinculado ao regulamento.⁸² No que tange à incompletude temporal, esta ocorre, pois o Regulamento Roma I se aplica, somente, aos contratos celebrados a partir de 17 de dezembro 2009⁸³.

A limitação temporal é regida pelo artigo 28 do Regulamento Roma I e foi recentemente analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Republik Griechenland v. Grigorios Nikiforidis* (C-135/15), que tratou sobre o direito aplicável ao contrato de trabalho e o âmbito de aplicação *ratione temporis* do Regulamento Roma I. O Tribunal entendeu que o artigo 28 deve ser interpretado no sentido de que uma relação contratual laboral que teve início antes de 17 de dezembro de 2009 estará abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento Roma I apenas se esta for objeto de alteração significativa após a vigência. Assim, faz-se necessário que haja o consentimento das partes e que a alteração seja considerada tão grande que entende-se que foi celebrado um novo contrato após 17 de dezembro de 2019, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar.⁸⁴

5 Considerações finais

A consolidação da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos de comércio internacional é, sem dúvida, uma das tarefas do Direito Internacional

em: 21 mar. 2019.

⁸¹ Artigo 1 (2) do Regulamento Roma I.

⁸² FRANZINA, Pietro. Las relaciones entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 1, p. 93, mar. 2009.

⁸³ Artigo 29 do Regulamento Roma I.

⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 28 de julho de 2016. *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl*. *Processo C-191/15*. 2016a. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jurisp>. Acesso em: 21 mar. 2019.

Privado, pois o respeito à escolha das partes é essencial a realização de transações comerciais internacionais. Há razões imperiosas que levam as partes a escolher um direito específico, tais como a busca por uma lei que contenha padrões apropriados para aquele tipo de negócio ou a opção pela aplicação do direito de um país neutro. Em favor da liberdade de escolha da lei também fala o ganho em segurança jurídica que isso implica, uma vez que as partes obtêm conhecimento seguro acerca das obrigações vigentes, podendo adaptar seu comportamento ao juridicamente desejado pelo sistema legal escolhido.

É de interesse dos Estados adotar previsões legislativas que assegurem o respeito à autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, e a União Europeia segue essa lógica. O respeito à autonomia das partes emergiu como princípio dominante no Direito Internacional Privado europeu com o advento da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável aos contratos internacionais. Após a instituição da União Europeia, a Convenção de Roma de 1980 foi adaptada e transformada no Regulamento Roma I, que estabelece regras de conexão para os países membros da União Europeia e prevê expressamente a livre escolha da lei aplicável, embora algumas restrições tenham levado parte da doutrina a tecer sérias críticas ao modelo adotado em comparação com outros instrumentos jurídicos internacionais ou mesmo regionais.

De qualquer modo, a escolha da lei aplicável aos contratos foi bem-sucedida nos Estados membros da União Europeia por ser considerada um expoente da autonomia privada no plano internacional. Atualmente, o Regulamento concede às partes ampla autonomia na determinação da lei aplicável às suas relações contratuais internacionais, permitindo a escolha tácita, parcial e até mesmo a escolha negativa. Assim, apesar das limitações do instrumento legal, tais como impossibilidade de escolha de lei não estatal e a proteção à parte mais fraca da relação, o Regulamento Roma I é bem-sucedido ao conceder ampla autonomia às partes de relações contratuais internacionais no âmbito da União Europeia. Entretanto, tópicos importantes acerca da lei aplicável aos contratos internacionais, tais como a possibilidade de escolha dos Princípios da UNIDROIT ou similares como lei aplicável, a determinação da conexão mais estreita e a limitação temporal de aplicação do instrumento normativo, seguem sem regulamentação satisfatória, cabendo ao juiz determinar após a análise do caso concreto.

Referências

- ALBORNOZ, María Mercedes. Choice of law in international contracts in latin american legal systems. *Journal of Private International Law*, v. 6, n. 1, p. 23-58, 2010.
- ARAUJO, Nadia. Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1.
- ARAUJO, Nadia; GAMA JR, Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros Princípios da Haia e perspectivas para o Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34. jul. 2012.
- BALLARINO, Tito. Il regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 1, p. 5-18, mar. 2009.
- BEHR, Volker. Rome I regulation: a – mostly – unified private international law of contractual relationships within – most – of the European Union. *Journal of Law & Commerce*, v. 29, n. 2, 2011.
- CIACCHI, Aurelia. Party autonomy as a fundamental right in the European Union. *European Review of Contract Law* (6 ERCL 2010, 303). 2010.
- CLERICI, Roberta. O papel da autonomia privada e seus efeitos na aplicação da CISG. In: MOURA, Aline Beltrame de et al. (org.). *Course of private international law: new trends on private international law concerning international contracts*. dez. 2018. p. 10-19.
- COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Tratado de Roma de 1957, que institui a Comunidade Economica Europeia: versão consolidada de 2002. *OJ C 325*, 24 dez. 2002. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/tec_2002/oj. Acesso: 25 mar. 2019.
- COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais: versão consolidada. *OJ C 27*, 26 jan. 1998. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126(02)). Acesso: 25 mar. 2019.
- FRANZINA, Pietro. Las relaciones entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 1, p. 92-101, mar. 2009.
- HELLWIG, Guilherme Centenaro. Limites à adoção da

autonomia da vontade como princípio geral estruturante do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado da União Europeia através do Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Rjr, 2016. cap. 13. p. 341-367.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. El derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el reglamento Roma I. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 302-315, mar. 2011.

KUIPERS, Jan-Jaap. Party autonomy in the Brussels I regulation and Rome I regulation and the European Court of Justice. *German Law Journal*, v. 10, n. 11, p. 1505-1524, 2009.

LEIBLE, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011.

LORENZO, Sixto Sánchez. Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts after Rome I. *Yearbook of Private International Law*, v. 12, p. 67-91. 2010.

MAULTZSCH, Felix. Party autonomy in european private international law: uniform principle or context-dependent instrument?. *Journal of Private International Law*, v. 12, n. 3, p. 466-491, 2016.

MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP 1*. v. 1, n. 1, p. 13-30, jun. 2015.

NISHITANI, Yuko. Party autonomy in contemporary private international law. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, p. 300-344, 2016.

RUHL, Gieselda. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper n. 4. v. 03, n. 01, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de Outubro de 2009. Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV e MIC Operations BV. *Processo C-133/08*. Colectânea da jurisprudência

2009 I-09687. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jurisp>. Acesso em: 20 mar. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 23 de outubro de 2014. Haeger & Schmidt GmbH contra Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD) e o. *Processo C-305/13*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jurisp>. Acesso em: 20 mar. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 28 de julho de 2016. Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl. *Processo C-191/15*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jurisp>. Acesso em: 21 mar. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 18 de outubro de 2016. Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis. *Processo C-135/15*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jurisp>. Acesso em: 21 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II). *OJ L 199*, 31 jul. 2007. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj>. Acesso: 25 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. o 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). *OJ L 177*, 04 jul. 2008. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>. Acesso em: 25 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I). *OJ L 351*, 20 dez. 2012. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>. Acesso: 25 mar. 2019.

VALDHANS; Jiri; MYSAKOVA, Petra. Rome I and Rome II regulations: allies or enemies?. *Dny práva - Days of Law*. I. Brno: Masarykova univerzita, 2008.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A jurisdição da ICANN: desafios atuais e perspectivas futuras

ICANN Jurisdiction: current challenges and future prospects

Aziz Tuffi Saliba

Amael Notini Moreira Bahia

A jurisdição da ICANN: desafios atuais e perspectivas futuras*

ICANN Jurisdiction: current challenges and future prospects

Aziz Tuffi Saliba**

Amael Notini Moreira Bahia***

Resumo

O presente artigo visa analisar os meios existentes de atribuir imunidades jurisdicionais à ICANN para evitar sua submissão às cortes e leis dos Estados Unidos, de forma que a missão e os procedimentos dessa organização não sejam prejudicados. Assim, a metodologia empregada para o desenvolvimento do presente trabalho consiste na análise de fontes bibliográficas doutrinárias e jurisprudenciais, além da legislação pertinente. Para tal fim, será apresentado o desenvolvimento histórico da ICANN em vista de demonstrar a relação histórica desta com o governo norte-americano, bem como a recente transição que os distanciou. Em seguida, serão apresentadas e discutidas possibilidades para eliminar a influência da jurisdição doméstica dos Estados Unidos da América sobre a ICANN, sendo elas a internacionalização da organização, a alternância de jurisdição e as imunidades jurisdicionais provenientes do *International Organizations Immunities Act*. A primeira alternativa demonstra-se vinculada ao reconhecimento da personalidade jurídica internacional da ICANN pela comunidade internacional, o que se demonstra improvável no curto prazo devido ao contexto recente de transição dessa organização. A segunda proposta foi expressamente vetada no estatuto da própria ICANN, de forma que sua efetivação está submetida à uma reforma institucional. Por fim, a última alternativa se demonstra a mais adequada para conferir imunidades de jurisdição à ICANN, visto que ela se baseia em precedentes similares e recebe um apoio significativo da comunidade internacional.

Palavras-chave: ICANN. Imunidades de Jurisdição. Governança da Internet.

Abstract

The present paper aims to analyze the existing means of assigning jurisdictional immunities to ICANN in order to avoid its submission to the courts and laws of the United States, in such a way that the mission and the proceedings of this organization are not affected. Thus, the methodology employed for the development of the present work consists in the analysis of doctrinal and jurisprudential bibliographic sources, in addition to the relevant legislation. To this end, the paper presents the historical deve-

* Recebido em 23/07/2019
Aprovado em 19/09/2019

Agradecimento: Os autores gostariam de agradecer as cuidadosas e essenciais contribuições do diplomata Thiago Jardim e do Prof. Leonardo Parentoni. Ressalta-se, entretanto, que todas as eventuais falhas do presente trabalho são de exclusiva responsabilidade dos autores.

** Professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre (University of Arizona) e Doutor em Direito. E-mail : azizsaliba@ufmg.br.

*** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail : amaenotini@hotmail.com.

lopment of the ICANN in order to demonstrate its historic relationship with the United States' government, as well as the recent transition that created a distance between them. Then, the possibilities to eliminate the United States domestic jurisdiction's influence on the ICANN will be presented and discussed, which are the internationalization of the organization, the alternation of jurisdictions and the jurisdictional immunities arising from the International Organizations Immunities Act. The first alternative is related to the recognition of ICANN's international legal personality by the international community, which is unlikely in the short term due to ICANN's recent transitional context. The second proposal was expressly vetoed in ICANN's own bylaws, and its implementation is subject to institutional reform. Finally, the latter alternative is the most appropriate for granting ICANN jurisdictional immunities, as it is based on similar precedents and receives significant support from the international community.

Keywords: ICANN. Jurisdictional Immunities. Internet Governance.

1 Introdução

Jenny Rubin foi uma dentre as várias vítimas de um atentado terrorista cometido pelo Hamas em Jerusalém no ano de 1997, com treinamento e material concedidos pela República Islâmica do Irã. Rubin, juntamente com outras vítimas, conquistou judicialmente, por meio de uma corte distrital norte-americana, o direito à reparação no valor de \$71 milhões de dólares, que deveria ser paga pelo Irã.¹ Diante do inadimplemento do Irã, Rubin decidiu requerer judicialmente que a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* [ICANN] transferisse o Domínio de Nível Superior [TLD] do Irã [.ir] como forma de pagamento das dívidas decorrentes do julgamento civil anteriormente mencionado, o que violaria claramente os processos e o mandato da ICANN.² Frente a esse caso, o juiz federal Royce Lambert rejeitou tal pedido, visto que os TLDs não podem ser conside-

rados como propriedade sujeita à alienação perante à lei americana.³

Considerando que a ICANN se encontra sobre a jurisdição norte-americana,⁴ a interferência das leis e das cortes americanas na atuação dessa organização não é rara, tendo esta participado no polo passivo de dezenas de ações em cortes americanas.⁵ Isso se torna preocupante diante do fato de que entes privados tais como a ICANN exercem uma forte influência no cenário internacional.⁶

Diante desse contexto, o presente artigo visa analisar as possibilidades existentes para garantir que a jurisdição doméstica dos Estados Unidos não interfira no exercício das funções da ICANN enquanto uma organização de atuação global. Será, portanto, apresentado o desenvolvimento histórico da ICANN e sua relação contínua com o governo dos Estados Unidos, para então se analisar o status jurídico dessa organização e assim considerar os seus desafios presentes e seus prospectos futuros.

2 A ICANN e sua relação histórica com o governo norte-americano

A ICANN é uma organização responsável por gerenciar as funções da *Internet Assigned Numbers Authority* [IANA], entre elas o Sistema de Nomes de Domínio [DNS], um conjunto de bases de dados que contém endereços de Protocolo da Internet (IP) correspondentes aos nomes de domínio.⁷ Todo dispositivo conectado à internet e toda página da internet são identificados por um endereço de IP. Esse endereço é um conjunto de

³ UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. *Order and Memorandum of Opinion Granting Motions to Quash Writs of Attachment*. Washington D.C., 2014. p. 8.

⁴ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *A Quick Look at ICANN: the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 2013. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/quick-look-icann-01nov13-en.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁵ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Litigation Documents*. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/governance/litigation-en>. Acesso em: 12 jan. 2018.

⁶ SCHMITT, Guilherme Berger. Os fundos abutres: meros participantes do cenário internacional ou sujeitos perante o direito internacional?. *Revista de Direito Internacional*. 2015. p. 383-400. p. 386.

⁷ KRUGER, L. G. The Future of Internet Governance: Should the United States Relinquish Its Authority over ICANN? *Congressional Research Service*, 2016. p. 1.

¹ UNITED STATES COURT OF APPEALS (SEVENTH CIRCUIT). *Jenny Rubin, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.* Chicago, 2011. p. 2-3.

² JUST NET COALITION. *Response to the questionnaire issued by the Jurisdiction Subgroup of CCWG/Accountability*. Work Stream 2, 2017. Disponível em: <https://justnetcoalition.org/2017/ICANN-jurisdiction.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

números que identificam a localização de uma conexão em particular do computador com a rede, de forma a enviar informações ao destinatário correto.⁸ A título de exemplo, o endereço de IP da página eletrônica da ICANN é “192.0.34.163”, mas de praxe escreve-se “icann.org” para acessá-lo. Esse sistema, conhecido por IPv4, apresenta entretanto uma limitação de espaço em função da utilização estrita de números para compor o endereço de IP. Para contornar esse impasse, foi desenvolvido recentemente um novo método de protocolo de IP, o IPv6. Esse novo sistema combina números e letras, possibilitando assim a criação de uma quantidade de endereços de IP trilhões de vezes superior ao seu predecessor.⁹

Isso acontece em virtude do DNS, que converte o número do endereço de IP em endereços alfanuméricos exclusivos, os denominados nomes de domínio, que tornam o acesso à internet mais simples e rápido.¹⁰ Os nomes de domínio podem ser divididos em duas partes: o TLD, que foi objeto da disputa mencionada no caso anteriormente explanado, e o Domínio de Segundo Nível [SLD]. Os TLDs são posicionados após o ponto, podendo ser genéricos [.com; .org] e por código do país [.ir; .br], enquanto o SLD é fluído e precede o ponto [“icann” no exemplo de icann.org].¹¹

Inicialmente o DNS era gerenciado pela *National Science Foundation* [NSF], uma agência governamental dos Estados Unidos responsável pelo registro de nomes de domínio não militares. Em 1993, a NSF assinou um acordo de cooperação com a InterNic, um consórcio de companhias que se tornou o serviço exclusivo de registro de nomes de domínio. Com a instauração de uma taxa de registro em 1995, o monopólio da InterNic

foi duramente criticado, dando ensejo à uma transição promovida pelo governo norte-americano.¹² Em 1998, o Departamento de Comércio dos Estados Unidos [DOC], por meio da Administração Nacional de Telecomunicações e Informação [NTIA], declarou que

[...] o governo dos Estados Unidos da América está preparado para reconhecer, por meio do estabelecimento de um acordo com, e buscando apoio internacional para uma nova organização sem fins lucrativos composta pelas partes privadas interessadas na Internet para administrar as políticas para o sistema de endereços e nomes da Internet”.¹³

Em novembro do mesmo ano criou-se o Estatuto da ICANN, estabelecendo essa organização enquanto uma corporação de utilidade pública e sem fins lucrativos sob a égide das leis da Califórnia.¹⁴ Subsequentemente à adoção do Estatuto, a ICANN e o DOC assinaram um acordo para conjuntamente desenvolver e testar os mecanismos e procedimentos para efetuar a transição do gerenciamento do DNS, devendo a ICANN relatar suas atividades ao DOC regularmente.¹⁵

A supervisão unilateral da ICANN pelo governo norte-americano começou a ser contestada pela comunidade internacional, como pode ser observado no relatório de 2005 do Grupo de Trabalho sobre Governança da Internet, criado pela Organização das Nações Unidas, que clamava pela criação de um comitê intergovernamental para exercer tal função.¹⁶ Em resposta, o NTIA declarou uma série de princípios que enunciavam

⁸ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Begginer's Guide to Internet Protocol (IP) Addresses*, 2011. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/ip-addresses-beginners-guide-04mar11-en.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018. p. 4.

⁹ PARENTONI, Leonardo. Network Neutrality: what is internet made of, how is it changing and how does it affect your life? p. 103-146. In: BELLANTUONO, Giuseppe; LARA; Fabiano. *Legal Conversations between Italy in Brazil*. Trento: Università degli Studi di Trento, 2018. P.103-146.

¹⁰ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Begginer's Guide to Domain Names*, 2010. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/domain-names-beginners-guide-06dec10-en.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018. p. 3.

¹¹ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. David Weinstein, et al., v. Islamic Republic of Iran, et al., Washington D.C., 2016. p. 5.

¹² KRUGER, L. G. *Internet Domain Names: Background and Policy Issues*. *Congressional Research Service*, 2015. p. 1-2.

¹³ “[...] the U.S. Government is prepared to recognize, by entering into agreement with, and to seek international support for, a new, not-for-profit corporation formed by private sector Internet stakeholders to administer policy for the Internet name and address system”. NTIA. *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, 1998. Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/federal-register-notice/1998/statement-policy-management-internet-names-and-addresses>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁴ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Articles of Incorporation of Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 1998. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/articles-2012-02-25-en>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁵ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS & DOC. *Memorandum of Understanding between the U.S. Department of Commerce and Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 1998. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/icann-mou-1998-11-25-en>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁶ WORKING GROUP ON INTERNET GOVERNANCE. *Report of the Working Group on Internet Governance*. United Nations. Château de Bosey. 2005. p. 15.

o intuito do governo norte-americano de preservar a segurança e estabilidade do DNS, mas também confirmaram a continuação da supervisão dos Estados Unidos sob o ICANN.¹⁷

Apenas em 2014, o NTIA anunciou a intenção do governo em transferir suas atribuições à comunidade multi-setorial (*multistakeholder community*), marcando assim a fase final do processo de transição do DNS ao controle da ICANN.¹⁸ A ICANN apresentou uma proposta de transição em 10 de março de 2016,¹⁹ a qual foi considerada consistente com os critérios estipulados pelo NTIA, dando sequência ao processo.²⁰ Por fim, em janeiro de 2017, foi finalizado o último acordo formal entre a ICANN e o DOC, completando assim a transição pleiteada.²¹ Com essa nova fase de participação da comunidade multi-setorial, espera-se que a ICANN se torne uma organização global ao serviço do interesse público, como expresso na Declaração final da NETmundial.²²

Após a transição mencionada, foi criada uma segunda fase para sanar as controvérsias que não haviam sido solucionadas, fase essa que perdura até dias atuais. O

principal tema dessa segunda fase, reconhecidamente, é a questão da jurisdição.²³ Surgem, nesse contexto, as controvérsias acerca do futuro da ICANN, sendo de especial relevância as controvérsias acerca do posicionamento dessa organização no âmbito do ordenamento jurídico norte-americano e as formas de impedir que este interfira na missão e nos processos da ICANN.

3 O Status Jurídico da ICANN

A ICANN, como afirmado anteriormente, é uma corporação de utilidade pública e sem fins lucrativos subordinada às leis da Califórnia e dos Estados Unidos.²⁴ A Califórnia foi escolhida como sede da ICANN por ter uma legislação rigorosa em termos de prestação de contas para organizações sem fins lucrativos, visando estabelecer um modelo de contabilidade transparente e coerente com o exercício das funções dessa organização. Nesse sentido, a ICANN deve agir em conformidade com as leis que vigoram na jurisdição de sua sede, devendo respeitar obrigações genéricas relativas às corporações de sua categoria, que afetam sua estrutura interna e também sua conduta.²⁵

Apesar dos benefícios atribuídos à ICANN com base em seu status jurídico perante a legislação da Califórnia, tais como a isenção fiscal, a ICANN permanece apta a ser responsabilizada perante as leis dos Estados Unidos,²⁶ mesmo que seu mandato e seus processos sejam afetados como consequência. Interessante notar que, ao analisar a extensa gama de casos em que a ICANN figurou no polo passivo, percebe-se a completa omissão da questão das imunidades jurisdicionais da

¹⁷ NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION. U.S. Principles on the Internet's Domain Name and Addressing System, 2005. Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/other-publication/2005/us-principles-internets-domain-name-and-addressing-system>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁸ NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION. NTIA Announces Intent to Transition Key Internet Domain Name Functions, 2014. Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/press-release/2014/ntia-announces-intent-transition-key-internet-domain-name-functions>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁹ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. Proposal to Transition the Stewardship of the Internet Assigned Numbers Authority (IANA) Functions from the U.S. Commerce Department's National Telecommunications and Information Administration (NTIA) to the Global Multistakeholder Community, 2016a. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/iana-stewardship-transition-proposal-10mar16-en.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

²⁰ NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION. NTIA Finds IANA *Stewardship Transition Proposal Meets Criteria to Complete Privatization*, 2016. Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/press-release/2016/iana-stewardship-transition-proposal-meets-criteria-complete-privatization>. Acesso em: 14 jan. 2018.

²¹ STRICKLING, L. *Letter from Lawrence Strickling, NTIA, to Steve Crocker, regarding the Affirmation of Commitments*, 2017. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/correspondence/strickling-to-crocker-06jan17-en.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

²² GLOBAL MULTISTAKEHOLDER MEETING ON THE FUTURE OF INTERNET GOVERNANCE. NETmundial Multistakeholder Statement, 2014. p. 10

²³ NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION. *Launching Work Stream 2 in Helsinki*. Disponível em: <https://www.icann.org/news/blog/launching-work-stream-2-in-helsinki>, 2016. Acesso em: 02 set. 2018.

²⁴ A categoria jurídica mencionada consiste em uma tradução de um instituto específico das leis da Califórnia, o "Nonprofit Public Benefit Corporation". Dessa forma, a ICANN é regida pela Part 2, Division 2, Title 1 do Corporations Code of California.

²⁵ NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION. *Accountability and Transparency Frameworks and Principles*, 2008. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/acct-trans-frameworks-principles-10jan08-en.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 16-17.

²⁶ NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION. *Accountability and Transparency Frameworks and Principles*, 2008. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/acct-trans-frameworks-principles-10jan08-en.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 17.

ICANN, sendo a jurisdição da Califórnia e dos Estados Unidos tomadas enquanto pressupostos para a resolução do contencioso.²⁷

Nesse sentido, o fato do mandato da ICANN ainda não ter sido prejudicado até o presente momento pelas cortes dos Estados Unidos se deve ao estrito cumprimento das obrigações legais dessa organização perante o direito norte-americano, não havendo garantias futuras de que a ICANN restará ileso judicialmente. Isso significa que a ICANN teve que moldar suas políticas em conformidade com o direito doméstico norte-americano, sendo coagida pelas leis dos Estados Unidos antes mesmo de que as cortes norte-americanas assim estipulassem.²⁸

A missão da ICANN é a de “garantir a operação segura e estável dos sistemas de identificação exclusiva da Internet”, devendo, para tanto, “atuar em benefício da comunidade da Internet como um todo”.²⁹ Nesse sentido, a sujeição da ICANN à jurisdição norte-americana é manifestamente contrária à sua missão, de forma que os interesses públicos e as leis dos Estados Unidos da América são priorizados em relação a outros países.³⁰ Além disso, a missão da ICANN também inclui a coordenação do desenvolvimento de políticas de forma razoável e apropriada em relação às funções técnicas. A implementação desse quesito da missão é questionável considerando-se o caráter das atividades da ICANN, que envolve a confecção de acordos em escala global, de forma a gerar constantemente conflitos entre diferentes sistemas jurídicos domésticos.³¹

²⁷ JUST NET COALITION. *Response to the questionnaire issued by the Jurisdiction Subgroup of CCWG-Accountability, Work Stream 2*, 2017. Disponível em: <https://justnetcoalition.org/2017/ICANN-jurisdiction.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

²⁸ JUST NET COALITION. *Response to the questionnaire issued by the Jurisdiction Subgroup of CCWG-Accountability, Work Stream 2*, 2017. Disponível em: <https://justnetcoalition.org/2017/ICANN-jurisdiction.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

²⁹ NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION. *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers | A California Nonprofit Public-Benefit Corporation*, 2017. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>. Acesso em: 12 jan. 2018. art. 1.

³⁰ JUST NET COALITION. *Response to the questionnaire issued by the Jurisdiction Subgroup of CCWG-Accountability, Work Stream 2*, 2017. Disponível em: <https://justnetcoalition.org/2017/ICANN-jurisdiction.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

³¹ MINISTRY OF TELECOM AND MASS COMMUNICATIONS OF THE RUSSIAN FEDERATION. *Response of the Ministry of Telecom and Mass Communications of the Russian Federation to CCWG-Accountability Work Stream 2 Issues Jurisdiction Questionnaire*, 2017. Disponível em: <https://go.icann.org/2tuwOFD>. Acesso em:

Outra grande interferência da jurisdição dos Estados Unidos sobre a ICANN surge das sanções promovidas pelo governo norte-americano por meio do *Office of Foreign Affairs Control* [OFAC], gerando, por exemplo, cancelamentos arbitrários de nomes de domínio.³² Esses cancelamentos arbitrários ocorrem devido à proibição de prestar serviços a residentes ou entidades governamentais de países sob sanção sem uma expressa autorização do governo dos Estados Unidos. Considerando que a ICANN não tem a capacidade de requisitar licenças para cada indivíduo ou organização que esteja na Lista dos Cidadãos Especialmente Designados e Pessoas Bloqueadas do OFAC, a jurisdição norte-americana impede claramente que a ICANN execute suas atividades da forma devida.³³

Dentre as possibilidades existentes para a remediação dessa situação, podem ser mencionadas: a incorporação dessa organização no âmbito do Direito Internacional por meio de um acordo; a alternância de jurisdição, de forma a garantir a mínima interferência do direito doméstico dos Estados nos processos da ICANN; ou a concessão das imunidades jurisdicionais à ICANN por intermédio do *United States International Organizations Immunities Act* (IOIA).

3.1 A Incorporação da ICANN no Direito Internacional

Assim como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha [ICRC], a ICANN é uma organização formada em conformidade com o direito doméstico de um Estado, mas exerce atividades de caráter universal, voltadas a representar os interesses da comunidade internacional.³⁴

17 jan. 2018. p. 3-4.

³² INFORMATION TECHNOLOGY ORGANIZATION OF IRAN. *Response of the Information Technology Organization of Iran to CCWG-Accountability Work Stream 2 Issues Jurisdiction Questionnaire*, 2017. Disponível em: <https://community.icann.org/download/attachments/64066898/ICANN-JurisdictionQuestionnaire.pdf?version=1&modificationDate=1493825232000&api=v2>. Acesso em: 18 jan. 2018.

³³ MINISTRY OF TELECOM AND MASS COMMUNICATIONS OF THE RUSSIAN FEDERATION. *Response of the Ministry of Telecom and Mass Communications of the Russian Federation to CCWG-Accountability Work Stream 2 Issues Jurisdiction Questionnaire*, 2017. Disponível em: <https://go.icann.org/2tuwOFD>. Acesso em: 17 jan. 2018. p. 2-3.

³⁴ “SWISS” DOMAIN REGISTRY. *Response of the “swiss” domain registry to CCWG-Accountability Work Stream 2 Issues Jurisdiction Questionnaire*, 2017. Disponível em: <https://community.icann.org/download/attachments/64066898/CCWG-Accountability-WS2-Jurisdiction-Questionnaire-SwissRegistry-EnglishVersionfromFrechV2.2.pdf?version=2&modificationDate=1494430813000&api>

A ICRC foi estabelecida sob a égide do artigo 60 do Código Civil Suíço, e suas principais funções consistem na aplicação do direito internacional humanitário no contexto dos conflitos armados, operacionalizando e fiscalizando a implementação das normas provenientes das Convenções de Genebra de 1949 e dos Protocolos Adicionais de 1977.³⁵

Nota-se, no entanto, que ordenamento jurídico da Suíça concede privilégios e imunidades apenas a organizações intergovernamentais e organizações fundadas ou compostas por Estados. O ICRC se encontrava, portanto, em uma situação de incerteza jurídica análoga à que a ICANN enfrenta atualmente. A característica essencial do ICRC que a possibilitou adquirir imunidades de jurisdição perante a jurisdição doméstica da Suíça foi a natureza das atividades dessa organização, que consistem na representação dos interesses da comunidade internacional e se baseiam no direito internacional. Dessa forma, o ICRC obteve o reconhecimento de sua personalidade jurídica internacional, adquirindo assim privilégios e imunidades comparáveis às das organizações intergovernamentais no âmbito da jurisdição suíça.³⁶

As imunidades e privilégios do ICRC são majoritariamente derivados de acordos bilaterais entre essa organização e o Estado sede. Esses acordos reproduzem grande parte dos artigos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, como pode ser observado no Acordo entre o ICRC e a Suíça.³⁷ Em vista de implementar seu mandato sem a interferência dos Estados nos quais atua, o ICRC conclui cerca de 100 acordos bilaterais que lhe concediam imunidades e privilégios.³⁸ Entretanto, tal imunidade ainda poderia ser relativizada caso não houvesse um foro alternativo para

a solução das controvérsias com essa organização.³⁹ Em uma perspectiva transnacional, a ICRC integra um movimento de relativização da soberania estatal por iniciativa de novos atores na comunidade internacional, como organizações não governamentais e associações de redes especializadas.⁴⁰

De forma análoga, a ICANN pode obter as imunidades jurisdicionais necessárias ao exercício de suas funções por meio de um acordo com o governo dos Estados Unidos. Apesar de improvável, considerando a relutância dos Estados Unidos em completar a transição das funções da IANA à ICANN, essa possibilidade é juridicamente plausível e se inspira em um forte precedente representado não apenas pelo ICRC, mas também por uma extensa gama de organizações não-governamentais tais como o Comitê Olímpico Internacional e o Fundo Global de Luta Contra AIDS, Tuberculose e Malária.

Ademais, de forma análoga ao considerado pela Corte Internacional de Justiça na Opinião Consultiva sobre a Reparação dos Danos Sofridos a Serviço das Nações Unidas, pode se considerar que a ICANN foi criada de forma a possuir obrigações e direitos que podem apenas ser atribuíveis a uma pessoa jurídica no âmbito do direito internacional.⁴¹ Nessa ocasião, a Corte utilizou a teoria dos poderes implícitos na medida em que considerou as funções de uma organização internacional como critério e medida de sua personalidade jurídica.⁴² Assim como o ICRC e a ONU, a ICANN possui funções de extrema relevância para a governança da internet. Como mencionado anteriormente, a ICANN se comprometeu em seu estatuto, pela própria natureza de suas atividades, a exercer sua missão de forma a beneficiar a comunidade da internet como um todo.⁴³ Dessa

=v2. Acesso em: 18 jan. 2018.

³⁵ GAZZINI, T. A Unique Non-State Actor: the International Committee of the Red Cross. *Hum. Rts. & Int'l Legal Discourse*, 2010. 32-46. p. 33.

³⁶ CORELL, H. *Educational Material to Assist ICANN in Deciding What Status The Corporation Should Aim for as A Private International Entity in Its Host Country*, 2006. Disponível em: <https://archive.icann.org/en/psc/corell-24aug06.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

³⁷ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA & SWISS FEDERAL COUNCIL. *Agreement between the International Committee of the Red Cross and the Swiss Federal Council to determine the legal status of the Committee in Switzerland*, 1993. Disponível em: <https://casebook.icrc.org/case-study/agreement-between-icrc-and-switzerland>. Acesso em: 18 jan. 2018.

³⁸ DEBUF, E. Tools to do the job: the ICRC's legal status, privileges and immunities. *International Review of the Red Cross*, 2016. 319-344. p. 331.

³⁹ CAETANO, F. A imunidade de jurisdição das organizações internacionais face ao direito de acesso à justiça. *Revista de Direito Internacional*. 2016. p. 391-403. p. 402.

⁴⁰ BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional ("global law") e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*. 2016. p. 145-158. p. 153.

⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Opinião Consultiva sobre a Reparação dos Danos Sofridos a Serviço das Nações Unidas. *ICJ Reports 1949*, 1949. 174-189. p. 179.

⁴² RIBEIRO, M. *A Organização das Nações Unidas*. Lisboa: Livraria Almedina, 1998. p. 30.

⁴³ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers | A California Nonprofit Public-Benefit Corporation, 2017. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>. Acesso em: 12 jan. 2018. art. 1.

forma, pela teoria dos poderes implícitos, também seria possível conferir personalidade jurídica internacional à ICANN, outra via possível pela qual as imunidades jurisdicionais poderiam ser pleiteadas.

Ressalta-se, entretanto, que a incorporação da ICANN pelo Direito Internacional não se relaciona de qualquer forma à proposta de supervisão dessa organização por um ente intergovernamental.⁴⁴ Dentre os critérios do NTIA para o processo de transição de 2016, esteve o balanceamento da participação dos governos estrangeiros, que, apesar de essencial para a verdadeira governança em uma comunidade multi-setorial, não deveria exercer demasiada influência sobre as decisões da ICANN.⁴⁵ Portanto, a gestão intergovernamental foi negada na própria proposta de transição da ICANN, impossibilitando assim sua viabilidade.⁴⁶

3.2 A alternância de jurisdição

A alternância de jurisdição consiste na mudança de localização do escritório da ICANN com o intuito de firmar um acordo com o novo Estado sede ou obter imunidades de jurisdição diretamente a partir de seu ordenamento doméstico.⁴⁷ Essa proposta foi desenvolvida posteriormente, recomendando que a ICANN estabelecesse um estatuto que negasse expressamente a interferência da jurisdição norte-americana nos seus processos e no seu mandato. Caso qualquer interferência ocorresse, a jurisdição da ICANN seria automaticamente modificada.⁴⁸

⁴⁴ SINGH, P. J.; HILL, R. *Jurisdiction of ICANN*. United Nations Commission on Science and Technology for Development. Hyderabad. 2016. p. 3.

⁴⁵ PLONK, A. *Written Statement for the Record of Audrey Plonk, Director, Global Cybersecurity and Internet Governance Policy, Intel Corporation, before the United States House of Representatives Subcommittee on Communications and Technology on "Privatizing the Internet Assigned Numbers Authority"*, 2016. Disponível em: <http://docs.house.gov/meetings/IF/IF16/20160317/104682/HHRG-114-IF16-Wstate-PlonkA-20160317.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018. p. 13.

⁴⁶ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Proposal to Transition the Stewardship of the Internet Assigned Numbers Authority (IANA) Functions from the U.S. Commerce Department's National Telecommunications and Information Administration (NTIA) to the Global Multistakeholder Community*, 2016. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/iana-stewardship-transition-proposal-10mar16-en.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018. P. 202.

⁴⁷ CORELL, H. *Educational Material to Assist ICANN in Deciding What Status The Corporation Should Aim for as A Private International Entity in Its Host Country*, 2006. Disponível em: <https://archive.icann.org/en/psc/corell-24aug06.html>. Acesso em: 18 jan. 2018. p. 11.

⁴⁸ SINGH, P. J.; HILL, R. *Jurisdiction of ICANN*. United Nations

No entanto, a alternância de jurisdição não é uma alternativa factível devido aos critérios estabelecidos pelo NTIA para a efetivação da transição de 2016. O chefe da NTIA, Larry Strickling, afirmou categoricamente que “(...) se [a alteração da jurisdição da ICANN ou do IANA] estivesse sendo proposta, eu não acredito que tal proposta atenderia nossos critérios, especificamente a requisição da manutenção da segurança e estabilidade”.⁴⁹

Apesar da persuasão questionável apresentada pelo Sr. Strickling, a ICANN incorporou em seu estatuto de forma clara e incontestável que seu escritório principal será sediado na cidade de Los Angeles, Estado da Califórnia, Estados Unidos da América.⁵⁰ Além disso, o sistema de contabilidade da ICANN se baseia nas leis da Califórnia, podendo sofrer grandes alterações no advento da troca de jurisdição (NTIA, 2016). Tendo em vista esse contexto, o subgrupo responsável pelo tema de “Jurisdição” do Grupo de Trabalho sobre Revisão de Mecanismos de Prestação de Contas decidiu na ICANN 59 que não seriam mais consideradas recomendações relativas à alteração da jurisdição da ICANN. Felizmente, em decorrência dos esforços da delegação brasileira, representada por Benedicto Fonseca e Thiago Jardim, o subgrupo resolveu continuar considerando a possibilidade de imunidades parciais da jurisdição norte-americana.⁵¹

3.3 As Imunidades Jurisdicionais da ICANN no Direito Doméstico dos Estados Unidos

A proteção da jurisdição dos Estados Unidos pode surgir, inesperadamente, do próprio ordenamento que interfere nas atividades da ICANN. Essa proteção surgiria da IOIA, que rege as imunidades jurisdicionais de-

Commission on Science and Technology for Development. Hyderabad. 2016. p. 3.

⁴⁹ “[...] if [shifting ICANN or IANA jurisdiction] were being proposed, I don't think that such a proposal would satisfy our criteria, specifically the one that requires that security and stability be maintained”. PRAKASH, P. *Jurisdiction: the taboo topic at ICANN*, 2016. Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/digitalLiberties/pranesh-prakash/jurisdiction-taboo-topic-at-icann>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁵⁰ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers | A California Nonprofit Public-Benefit Corporation*, 2017. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>. Acesso em: 12 jan. 2018.

⁵¹ FILHO, B. F.; JARDIM, T. *Relatório de Participação*. Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Joanesburgo. 2017. p. 4-5.

vidas às organizações internacionais. Essa norma define “organizações internacionais como

uma organização internacional pública na qual os Estados Unidos da América participam conforme qualquer tratado ou sobre a autoridade de qualquer Ato do Congresso que autorize tal participação ou que faça uma dotação da mesma, e que devem ser designadas pelo presidente por meio de uma Ordem Executiva adequada para terem direito a desfrutar dos privilégios, isenções e imunidades previstas nesse documento [tradução livre].⁵²

Mesmo que a ICANN não possa ser classificada enquanto uma organização internacional *strictu sensu*, a definição ampla das organizações internacionais perante o ato mencionado permite a incorporação da ICANN nessa categoria. A própria ICRC se tornou titular de imunidades jurisdicionais por meio da interpretação extensiva do escopo de aplicação da IOIA.⁵³ Pode ser mencionada também a *International Fertilizer and Development Center* [IFDC], inicialmente estabelecida de forma análoga à ICANN, uma organização sem fins lucrativos regida pela legislação do Alabama e que, em 1977 foi declarada uma organização internacional por intermédio do Decreto Presidencial 11977.⁵⁴ A IFDC permanece vinculada às leis dos Estados Unidos nos méritos relativos à seus procedimentos internos que não interferem em sua missão, desfrutando assim de imunidades parciais do direito norte-americano.⁵⁵ Assim, observa-se que o conceito tradicional de organização internacional não consegue mais explicar todos os fenômenos complexos de institucionalização no direito internacional.⁵⁶

⁵² [...] a public international organization in which the United States participates pursuant to any treaty or under the authority of any Act of Congress authorizing such participation or making an appropriation for such participation, and which shall have been designated by the President through appropriate Executive Order as being entitled to enjoy the privileges, exemptions, and immunities herein provided. CONGRESS OF THE UNITED STATES. *The United States International Organization Immunities Act*, 1945. Disponível em: <http://archive.ipu.org/finance-e/PL79-291.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁵³ DEBUF, E. Tools to do the job: The ICRC's legal status, privileges and immunities. *International Review of the Red Cross*, 2016. 319-344. p. 331.

⁵⁴ CORELL, H. *Educational Material to Assist ICANN in Deciding What Status The Corporation Should Aim for as A Private International Entity in Its Host Country*, 2006. Disponível em: <https://archive.icann.org/en/psc/corell-24aug06.html>. Acesso em: 18 jan. 2018. p. 7.

⁵⁵ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Dissenting Statement of Brazil on the Draft Report on Jurisdiction Submitted to the CCWG Plenary on 11 October 2017, Brasília, 2017. Disponível em: <https://community.icann.org/download/attachments/69283536/WS2-04-DissentingStatementBrazil-Jurisdiction.pdf?version=1&modificationDate=1509091049000&api=v2>. Acesso em: 23 jan. 2018. p. 6.

⁵⁶ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JÚNIOR, Augusto Jaeger.

Dessa forma, os precedentes mencionados demonstram uma abertura no ordenamento jurídico norte-americano para garantir imunidades parciais à ICANN enquanto uma organização sem fins lucrativos. De especial relevância nesse contexto é o apoio da comunidade internacional à aquisição de imunidades parciais por parte da ICANN, sendo que essa causa tem sido defendida por organizações privadas⁵⁷ e por entes governamentais.⁵⁸ Nesse contexto, o Brasil se opôs ao projeto de relatório final sobre jurisdição do Grupo de Trabalho sobre Revisão de Mecanismos de Prestação de Contas,

4 Considerações finais

A ICANN tem sido mantida sob a influência do governo norte-americano desde sua concepção. As interferências no mandato e nos processos da ICANN não foram apenas numerosas, mas também significativas e prejudiciais ao exercício das funções globais dessa organização. Nesse contexto, as imunidades de jurisdição se fazem necessárias ao devido exercício das funções da ICANN, podendo estas surgirem da internacionalização dessa organização, da alternância de jurisdição e do próprio ordenamento jurídico norte-americano.

A internacionalização da ICANN consiste na confecção de acordos bilaterais entre essa organização e o governo dos Estados Unidos, um modelo análogo ao implementado pela ICRC em uma extensa gama de países. Essa possibilidade pressupõe o reconhecimento da personalidade internacional da ICANN, o que é improvável a curto prazo considerando-se o contexto de transição de 2016, mas ainda permanece passível de implementação.

A alternância de jurisdição representa na mudança de localização da ICANN um Estado sede que concedesse imunidades jurisdicionais a essa organização. Essa proposta foi claramente vetada pelos critérios da NTIA para a transição e, conseqüentemente, pelo estatuto da ICANN. Portanto, não seria possível alterar a jurisdição

Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*. 2015. p. 138-158. p. 144.

⁵⁷ SINGH, P. J.; HILL, R. *Jurisdiction of ICANN*. United Nations Commission on Science and Technology for Development. Hyderabad. 2016. p. 3.

⁵⁸ GAC. *Discussão do GAC sobre jurisdição*. ICANN 60. Abu Dhabi: [s.n.]. 2017.

da ICANN sem que uma grande reforma institucional fosse efetuada, tornando assim essa alternativa inviável.

Por fim, a aquisição de imunidades jurisdicionais por intermédio do direito norte-americano, mais especificamente por meio do IOIA, é uma proposta que não depende do reconhecimento da personalidade internacional da ICANN por parte dos Estados Unidos, mas apenas um reconhecimento que essa organização executa funções de relevância global, e, portanto, se insere na definição do IOIA de organização internacional. Essa alternativa se baseia em precedentes similares e recebe um apoio significativo da comunidade internacional, sendo assim a melhor possibilidade presente da ICANN para desfrutar de imunidades jurisdicionais perante o direito norte-americano.

Referências

- “SWISS” DOMAIN REGISTRY. *Response of the “swiss” domain registry to CCWG-Accountability Work Stream 2 Issues Jurisdiction Questionnaire*, 2017. Disponível em: <https://community.icann.org/download/attachments/64066898/CCWG-Accountability-WS2-Jurisdiction-Questionnaire-SwissRegistry-EnglishVersion-fromFrenchV2.2.pdf?version=2&modificationDate=1494430813000&api=v2>. Acesso em: 18 jan. 2018.
- BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raiser Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*. 2016. p. 145-158.
- CAETANO, F. A imunidade de jurisdição das organizações internacionais face ao direito de acesso à justiça. *Revista de Direito Internacional*. 2016. p. 391-403.
- CONGRESS OF THE UNITED STATES. *The United States International Organization Immunities Act*, 1945. Disponível em: <http://archive.ipu.org/finance-e/PL79-291.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.
- CORELL, H. *Educational Material to Assist ICANN in Deciding What Status The Corporation Should Aim for as A Private International Entity in Its Host Country*, 2006. Disponível em: <https://archive.icann.org/en/psc/corell-24aug06.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Opinião Consultiva sobre a Reparação dos Danos Sofridos a Serviço das Nações Unidas. *ICJ Reports 1949*, 1949. 174-189.
- DEBUF, E. Tools to do the job: The ICRC’s legal status, privileges and immunities. *International Review of the Red Cross*, 2016. 319-344.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JÚNIOR, Augusto Jaeger. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, 2015. p. 138-158.
- FILHO, B. F.; JARDIM, T. *Relatório de Participação*. Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Joanesburgo. 2017.
- GAC. *Discussão do GAC sobre jurisdição*. ICANN 60. Abu Dhabi: [s.n.]. 2017.
- GAZZINI, T. A Unique Non-State Actor: The International Committee of the Red Cross. *Hum. Rts. & Int’l Legal Discourse*, 2010. 32-46.
- GLOBAL MULTISTAKEHOLDER MEETING ON THE FUTURE OF INTERNET GOVERNANCE. NETmundial Multistakeholder Statement, 2014.
- INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS & DOC. *Memorandum of Understanding between the U.S. Department of Commerce and Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 1998. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/icann-mou-1998-11-25-en>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Articles of Incorporation of Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 1998. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/articles-2012-02-25-en>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Accountability and Transparency Frameworks and Principles*, 2008. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/acct-trans-frameworks-principles-10jan08-en.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Beginner’s Guide to Domain Names*, 2010. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/domain-names-beginners-guide-06dec10-en.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Beginner's Guide to Internet Protocol (IP) Addresses*, 2011. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/ip-addresses-beginners-guide-04mar11-en.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *A Quick Look at ICANN: the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 2013. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/quick-look-icann-01nov13-en.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Proposal to Transition the Stewardship of the Internet Assigned Numbers Authority (IANA) Functions from the U.S. Commerce Department's National Telecommunications and Information Administration (NTIA) to the Global Multistakeholder Community*, 2016. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/iana-stewardship-transition-proposal-10mar16-en.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Launching Work Stream 2 in Helsinki*. Disponível em: <https://www.icann.org/news/blog/launching-work-stream-2-in-helsinki>, 2016. Acesso em: 02 set. 2018.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* | A California Nonprofit Public-Benefit Corporation, 2017. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>. Acesso em: 12 jan. 2018.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS. *Litigation Documents*. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/governance/litigation-en>. Acesso em: 12 jan. 2018.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA & SWISS FEDERAL COUNCIL. *Agreement between the International Committee of the Red Cross and the Swiss Federal Council to determine the legal status of the Committee in Switzerland*, 1993. Disponível em: <https://casebook.icrc.org/case-study/agreement-between-icrc-and-switzerland>. Acesso em: 18 jan. 2018.

INFORMATION TECHNOLOGY ORGANIZATION OF IRAN. *Response of the Information Technology Organization of Iran to CCWG-Accountability Work Stream*

2 Issues Jurisdiction Questionnaire, 2017. Disponível em: <https://community.icann.org/download/attachments/64066898/ICANN-JurisdictionQuestionnaire.pdf?version=1&modificationDate=1493825232000&api=v2>. Acesso em: 18 jan. 2018.

JUST NET COALITION. *Response to the questionnaire issued by the Jurisdiction Subgroup of CCWG-Accountability, Work Stream 2*, 2017. Disponível em: <https://justnetcoalition.org/2017/ICANN-jurisdiction.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

KRUGER, L. G. Internet Domain Names: Background and Policy Issues. *Congressional Research Service*, 2015.

KRUGER, L. G. *The Future of Internet Governance: Should the United States Relinquish Its Authority over ICANN?* *Congressional Research Service*, 2016.

MINISTRY OF TELECOM AND MASS COMMUNICATIONS OF THE RUSSIAN FEDERATION. Response of the Ministry of Telecom and Mass Communications of the Russian Federation to CCWG-Accountability Work Stream 2 Issues Jurisdiction Questionnaire, 2017. Disponível em: <https://go.icann.org/2tuwOFD>. Acesso em: 17 jan. 2018.

NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATIONS. *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, 1998. Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/federal-register-notice/1998/statement-policy-management-internet-names-and-addresses>. Acesso em: 14 jan. 2018.

NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATIONS. U.S. *Principles on the Internet's Domain Name and Addressing System*, 2005. Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/other-publication/2005/us-principles-internets-domain-name-and-addressing-system>. Acesso em: 14 jan. 2018.

NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATIONS. *NTIA Announces Intent to Transition Key Internet Domain Name Functions*, 2014. Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/press-release/2014/ntia-announces-intent-transition-key-internet-domain-name-functions>. Acesso em: 14 jan. 2018.

NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATIONS. *Fact Sheet: The IANA Stewardship Transition Explained*, 2016.

Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/other-publication/2016/fact-sheet-iana-stewardship-transition-explained>. Acesso em: 16 jan. 2018.

NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATIONS. *NTIA Finds IANA Stewardship Transition Proposal Meets Criteria to Complete Privatization*, 2016. Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/press-release/2016/iana-stewardship-transition-proposal-meets-criteria-complete-privatization>. Acesso em: 14 jan. 2018.

PARENTONI, Leonardo. Network Neutrality: what is internet made of, how is it changing and how does it affect your life? p. 103-146. In: BELLANTUONO, Giuseppe; LARA; Fabiano. *Legal Conversations between Italy in Brazil*. Trento: Università degli Studi di Trento, 2018.

PLONK, A. *Written Statement for the Record of Audrey Plonk, Director, Global Cybersecurity and Internet Governance Policy, Intel Corporation, before the United States House of Representatives Subcommittee on Communications and Technology on "Privatizing the Internet Assigned Numbers Authority"*, 2016. Disponível em: <http://docs.house.gov/meetings/IF/IF16/20160317/104682/HHRG-114-IF16-Wstate-PlonkA-20160317.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018.

PRAKASH, P. *Jurisdiction: the taboo topic at ICANN*, 2016. Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/digital-liberties/pranesh-prakash/jurisdiction-taboo-topic-at-icann>. Acesso em: 16 jan. 2018.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Dissenting Statement of Brazil on the Draft Report on Jurisdiction Submitted to the CCWG Plenary on 11 October 2017*, Brasília, 2017. Disponível em: <https://community.icann.org/download/attachments/69283536/WS2-04-DissentingStatementBrazil-Jurisdiction.pdf?version=1&modificationDate=1509091049000&api=v2>. Acesso em: 23 jan. 2018.

RIBEIRO, M. *A Organização das Nações Unidas*. Lisboa: Livraria Almedina, 1998.

SCHMITT, Guilherme Berger. Os fundos abutres: meros participantes do cenário internacional ou sujeitos perante o direito internacional? *Revista de Direito Internacional*. 2015. p. 383-400.

SINGH, P. J.; HILL, R. *Jurisdiction of ICANN*. United Nations Commission on Science and Technology for Development. Hyderabad. 2016.

STRICKLING, L. Letter from Lawrence Strickling, NTIA, to Steve Crocker, regarding the Affirmation of Commitments, 2017. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/correspondence/strickling-to-crocker-06jan17-en.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

UNITED STATES COURT OF APPEALS (SEVENTH CIRCUIT). Jenny Rubin, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al., Chicago, 2011.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. David Weinstein, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al., Washington D.C., 2016.

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. Order and Memorandum of Opinion Granting Motions to Quash Writs of Attachment, Washington D.C., 2014.

WGIG. *Report of the Working Group on Internet Governance*. United Nations. Château de Bosey. 2005.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A crise do Estado e a
inadequação de nossos
instrumentos jurídicos: o
exemplo do garantismo penal no
Brasil**

**The crisis of the State and
the inadequacy of our legal
instruments: the example of
criminal garantism in Brazil**

Oswaldo Poll Costa

Francisco Quintanilha Veras Neto

A crise do Estado e a inadequação de nossos instrumentos jurídicos: o exemplo do garantismo penal no Brasil*

The crisis of the State and the inadequacy of our legal instruments: the example of criminal garantism in Brazil

Oswaldo Poll Costa**

Francisco Quintanilha Veras Neto***

Resumo

O presente artigo visa demonstrar, por meio de uma análise baseada no método de abordagem fenomenológico-hermenêutica, que a doutrina produzida no Brasil pelos autores que se filiam ao garantismo penal está arraigada a um pensamento essencialmente moderno, sendo, portanto, incapaz de compreender, adequadamente, o atual cenário mundial, marcado pela crise do Estado e pela hipermodernidade. Considerando-se que a crítica realizada nesse estudo cinge-se à produção doutrinária, foi possível constatar, por meio de uma pesquisa exclusivamente bibliográfica, que esses autores centram sua análise na Constituição e na jurisdição interna, utilizando os tratados internacionais de direitos humanos e a jurisdição internacional majoritariamente como um reforço argumentativo, em evidente dissintonia com mundo atual, em que as relações internacionais exercem um papel cada vez mais relevante.

Palavras-chave: Garantismo. Hipermodernidade. Direitos humanos.

Abstract

The present essay aims to demonstrate, through a phenomenological-hermeneutic perspective, the doctrine made in Brazil by the authors who follow the criminal garantism approach is connected with the modern rationality, being unable to adequately understand the current world scenario, characterized by the crisis of the State and by hypermodernity. Considering that the analysis carried out in this study is limited to the academic production, it was possible to verify, through an exclusively bibliographical research, these authors focus their analysis on the Constitution and internal jurisdiction, using international human rights treaties and international jurisdiction mostly as an argumentative reinforcement, in evident contradiction with the current world context, where international relations play an increasing role.

Keywords: Garantism. Hypermodernity. Human rights.

* Recebido em 29/01/2019
Aprovado em 21/08/2019

** Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE-RS. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Graduado em História pela Universidade Federal do Rio Grande. Integrante do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade/GTJUS (CNPq). E-mail : oswaldopoll@gmail.com.

*** Graduação em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (1996), Curso de Aperfeiçoamento na Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina em 1997, Mestrado em Direito na área de concentração de Instituições jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2004). Pós-Doutorado em Direito na UFSC (2014). Atualmente é professor Associado IV, da Universidade Federal de Santa Catarina, nas disciplinas de Filosofia do Direito, Teoria do Direito II, Introdução ao Direito no Curso de Direito, e de Instituições de Direito Público no curso de Economia da UFSC. Assim como nas disciplinas de Noções de Direito nos cursos de Engenharia Mecânica e Química da UFSC. Tem experiência na área de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, Ecologia Política e Justiça Ambiental, História do Direito, Filosofia do Direito e Sociologia do Direito, Cooperativismo, Introdução ao Direito, Direitos Humanos e Teoria do Direito. E-mail : quintaveras@gmail.com.

1 Introdução

A crise do Estado traz consigo uma série de questionamentos a respeito de vários conceitos que foram fundamentais durante toda a modernidade. Indubitavelmente, um desses conceitos é a soberania, cujo conteúdo e alcance são, atualmente, bastante discutidos.

Várias mudanças ocorridas no mundo, nas últimas décadas, levaram a esse processo. O reconhecimento da ausência de fronteiras da questão ambiental, motivada, especialmente, pelo alcance global dos processos de degradação do meio ambiente e de suas consequências; a intensa internacionalização da produção e, consequentemente, dos mercados de trabalho, das empresas e do consumo; e o fluxo global cada vez mais acelerado de capitais podem ser citados. O aspecto que mais interessa a esse trabalho, entretanto, é a questão dos direitos humanos. Após a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que a proteção dos direitos humanos, ou, pelo menos, de um conjunto mínimo de direitos fundamentais, não pode ser deixada a cargo exclusivamente de cada país, o que motivou a assinatura de vários pactos internacionais e a criação de diversas organizações transnacionais.

Quando analisamos a recepção desse processo de internacionalização dos direitos humanos em nosso país, faz-se mister analisar o garantismo penal. O garantismo ultrapassa, largamente, o aspecto penal, mas, no Brasil, foram o direito penal e o direito processual penal que mais amplamente se utilizaram dos referenciais teóricos do garantismo. A importância da análise do garantismo penal para compreender a questão dos direitos humanos no Brasil deve-se ao fato de ser essa uma das principais linhas de pensamento a defender, em nosso país, a ampla aplicação dos direitos humanos a um dos ramos do direito em que a proteção desses é mais necessária — até mesmo por ser uma das áreas em que essa aplicação é mais questionada —, que é a seara penal.

Ainda que, como dito acima, a crise do Estado desperte questionamentos a respeito de conceitos cujo conteúdo foi de fundamental importância durante o período moderno, buscar-se-á demonstrar que as mudanças ocorridas no mundo, nas últimas décadas, revelam não um rompimento com a modernidade, mas sim uma exacerbação dessa. O inchaço das atividades financeiras, da circulação de capitais e de informações, do consumo, entre outros, são elementos que apontam

estarmos vivendo em um período de extremos: uma *hipermodernidade*.

Uma das características da modernidade sempre foi a tensão entre a territorialidade e a mundialidade, entre a soberania nacional e as relações internacionais, mas com clara proeminência da primeira sobre a segunda. Na hipermodernidade, essa tensão também está exacerbada. A soberania é questionada *justamente* em razão da crescente importância das relações internacionais, devido aos fatores acima mencionados. Não se pode mais falar em preponderância do aspecto interno sobre o externo. Estranhamente, a produção acadêmica em diversas áreas do direito parece ignorar a relevância dessas mudanças. Esse é o caso da doutrina produzida no Brasil sobre o garantismo penal. Evidentemente, essa não ignora completamente a existência dos tratados internacionais e da jurisdição internacional. Todavia, os autores nacionais focam, claramente, a sua análise do aspecto interno, dando evidente proeminência a este. A análise feita pelos autores é, portanto, essencialmente *moderna* e não *hipermoderna*.

O método de abordagem é, portanto, o fenomenológico-hermenêutico, pois a pesquisa tem por objetivo final uma reconstrução conceitual dos fenômenos jurídicos estudados.

2 A crise do Estado e os direitos humanos

A noção tradicional de soberania é bem definida por Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes como um poder “que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas¹”. Esse poder, comumente caracterizado como uno, indivisível, inalienável e imprescritível, é uma das bases sobre as quais se estruturou o conceito moderno de Estado.

Todavia, a atual conjuntura internacional tem apresentado significativas mudanças no cenário desenhado

¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 82. Sobre o tema, ver também MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

quando da formação dos Estados Nacionais, tornando insustentável a definição há pouco apresentada. É cada vez maior a interdependência entre os Estados, indicando uma significativa conexão entre as ideias de soberania e de cooperação, o que afeta, significativamente, a pretensa autonomia desses sujeitos de direito internacional. Mesmo que se compreenda que a formação de blocos de países tem se dado por meio de tratados fundados na própria soberania de cada participante, fica evidente a necessidade de revisão dos postulados que sempre sustentaram o conceito de Estado.

É importante ressaltar que essa interdependência se dá nos mais diversos âmbitos, que vão desde acordos de cooperação jurídica internacional — relativos, por exemplo, à compatibilização de procedimentos persecutórios no âmbito penal — até a formação de grandes blocos econômicos transnacionais, passando, evidentemente, por compromissos de cunho ambiental. Nesse sentido:

as chamadas comunidades supranacionais — Comunidade Econômica Europeia/CEE/ União Europeia, NAFTA, MERCOSUL etc. particularmente a primeira, impuseram uma nova lógica às relações internacionais e, conseqüentemente, atingiram profundamente as pretensões de uma soberania descolada de qualquer vínculo ou limitação. O que se percebe, aqui, é uma radical transformação nos poderes dos Estados-Membros, especialmente no que se refere a tarifas alfandegárias, aplicação de normas jurídicas de direito internacional sujeitas à apreciação de Cortes de Justiça supranacionais, emissão de moeda, alianças militares, acordos comerciais etc.²

Outro importante aspecto desse crescente processo de cooperação entre os Estados diz respeito à questão dos direitos humanos. De fato, o movimento de proteção internacional dos direitos humanos baseia-se na compreensão de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos de seus cidadãos e de que a comunidade internacional está autorizada a protestar se um Estado não cumprir suas obrigações. De fato, segundo Flávia Piovesan³, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às

graves violações de direitos humanos do Nazismo e à convicção de que, pelo menos, parte desses fatos poderiam ter sido evitados se houvesse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos.

Este é um movimento internacional de ampliação e aprofundamento dos direitos humanos que implica na crença da irreversibilidade dos direitos já declarados como um conjunto de direitos fundamentais em vigor que se impõe aos Estados Nacionais e aos Estados no plano internacional, aos poderes constituintes, a Organização das Nações Unidas e as Organizações regionais de Estados⁴.

Concebeu-se, portanto, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito interno do Estado, ou seja, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque diz respeito a tema de legítimo interesse internacional. Essa concepção impõe, obviamente, a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções nos Estados, visando à proteção dos direitos humanos: “isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados⁵”.

De fato, alguns autores, como Stefano Rodotà⁶, chegam a trabalhar com uma perspectiva de “fim da geografia”, pensando os direitos, de maneira geral, em uma dimensão sem fronteiras e sem limites geográficos. Essa visão traz à tona problemas inéditos, que afetam, decisivamente, o direito e todos os seus atores, bem como seus locais de produção. Isso não implica, obviamente, uma perda do próprio direito, mas uma busca por novas formas de trabalhá-lo e até mesmo de pensá-lo. Em outras palavras, “esse deslocamento não indica o fim do direito, mas sua realocação, agora *sconfinata*, assim como sua readequação a novos conteúdos⁷”.

Os aspectos até aqui comentados demonstram a

² MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 83.

³ PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*: jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 2.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 80.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*: jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 3.

⁶ Sobre o tema, ver RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madri: Ed. Trotta, 2014.

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional*: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 49.

necessidade de revisar o caráter soberano atribuído ao Estado contemporâneo, ou, pelo menos, os termos em que se dá essa pretensa soberania. Nas palavras de Bolzan de Moraes e Streck, “não se trata mais da constituição de uma ordem todo-poderosa, absoluta. Parece, indubitavelmente, que se caminha para o seu esmaecimento e/ou transformação como elemento caracterizador do poderio estatal”. E prosseguem os referidos doutrinadores, afirmando que “em nível de relações externas, mais visivelmente, percebe-se a construção de uma ordem de compromisso(s), e não de soberania(s)”⁸.

Por fim, é necessário referir que, nos últimos anos, presenciamos a emergência de movimentos de renacionalização em várias partes do mundo, sendo uma das principais manifestações desse fenômeno a saída do Reino Unido da União Europeia⁹, o que poderia levar a um questionamento sobre a continuidade do processo relativização da soberania estatal. Gunther Teubner afirma estarem esses movimentos em ambos os lados do espectro político, motivados, em grande parte, por questionamentos sobre a legitimidade democrática dos regimes transnacionais¹⁰.

Ao lado desses movimentos de renacionalização, assiste-se ao processo de adoção de políticas neoliberais de austeridade que tem ocasionado a quebra de políticas públicas do Estado Social colonizado pela lógica rentista dos mercados, em que dívidas privadas são assumidas como dívidas públicas nacionais nos processos de resgate bancário depois da crise de 2008 com a culpabilização dos Estados pela sua “ineficiência”¹¹, que resultou em uma ofensiva contra os direitos sociais que são reduzidos ou extintos por meio da naturalização das premissas neoliberais que destroem o imaginário social e a utopia, e se tornam a nova razão do mundo, criando

uma subjetividade dominante ditada pela governabilidade neoliberal com a diluição do direito público em detrimento do privado¹² na sociedade do espetáculo, engendrando processos que conduzem a tempos que se encaminham para práticas neo-obscurantistas e pós-democráticas com a espetacularização da justiça e a demonização da democracia que se materializa no contexto brasileiro contemporâneo¹³.

Nesse processo se forma toda camada populacional de sujeitos excluídos de direitos, uma *underclass* que é composta, também, pelos fenômenos migratórios que transformam a população de um dado fixo ligado a um dado território específico, em um recurso móvel amplamente selecionável e manipulável¹⁴.

Teubner lembra, entretanto, que é do interesse desses regimes confrontar os seus problemas de legitimidade, já que esses dependem, em grande medida, da cooperação voluntária de seus membros — ainda que existam, evidentemente, mecanismos de persuasão. Desse modo, os organismos internacionais devem gerar a sua própria legitimação para conseguir implementar suas regras, especialmente tendo em vista que a capacidade desses para resolver problemas de uma maneira eficaz depende de sua aceitação como atores legítimos na visão das partes interessadas¹⁵.

É, portanto, no mínimo, questionável se estamos assistindo a um recrudescimento dos Estados nacionais ou apenas a uma nova manifestação da crise das democracias modernas, como afirma David Runciman. De fato, esse autor defende que tanto o *Brexit* quanto a eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA são consequências diretas da crise econômica de 2008, bem como das medidas que foram tomadas para amenizar suas consequências.

⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 84.

⁹ Além do chamado *Brexit*, outra evidência nesse sentido foi a eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA, utilizando uma plataforma claramente conservadora, baseada — ao menos retoricamente — em frases como “uma América [EUA] para os americanos [estadunidenses] em primeiro lugar” e “fazer a América [EUA] grande outra vez”.

¹⁰ Sobre o tema, em especial sobre a alegada carência de legitimidade democrática dos regimes internacionais, ver TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088. Acesso em: 19 jan. 2018. onde o autor trabalha com extensa bibliografia.

¹¹ BLITH, Mark. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Traduzido por Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

¹² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

¹³ CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós-Democrático*. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

¹⁴ SANTORO, Emílio. O papel do cárcere no governo das migrações do governo da população a cidadania excludentes. In: I-SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010. p. 117.

¹⁵ SANTORO, Emílio. O papel do cárcere no governo das migrações do governo da população a cidadania excludentes. In: I-SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010. p. 2.

Runciman afirma que o que aconteceu em 2008 mudou a dinâmica da democracia ocidental. Passados alguns anos do ápice da crise econômica, a crença de que ninguém havia sido punido pela quase-calamidade — e, além disso, de que aqueles que deveriam ter sido punidos estavam ganhando mais dinheiro do que nunca — precisava de uma resposta. As medidas tomadas pelos governos evitaram piores consequências para a economia, mas também protegeram os responsáveis. Então, a resposta veio por meio das votações que elegeram Trump e decidiram pela saída do Reino Unido da União Europeia. Apesar das diferentes circunstâncias e consequências desses dois processos, eles têm isso em comum: foram uma oportunidade para um número suficientemente grande de pessoas para registrar que crise não havia acabado para eles. Como resultado, eles próprios produziram uma nova crise¹⁶.

3 A pós-modernidade e a hipermodernidade

Faz-se mister, entretanto, colocar em perspectiva as afirmações até aqui feitas. Ainda que seja indubitável a mudança de paradigma ocorrida, nas últimas décadas, em relação à centralidade do modelo estatal, não se pode afirmar que a tensão entre uma perspectiva nacionalista e uma internacionalista seja um fenômeno recente.

Segundo Anthony Giddens, os teóricos das relações internacionais usualmente estudam o desenvolvimento do sistema de Estados-nação analisando suas origens na Europa e sua posterior disseminação em escala mundial. Os Estados soberanos surgiram, primeiramente, como entidades amplamente separadas, tendo um controle administrativo quase completo no interior de suas fronteiras. Conforme o sistema do Estado europeu amadurece e vai se tornando um sistema global de Estados-nação, os padrões de interdependência ficariam, cada vez mais, desenvolvidos. Estes não se expressariam somente nos vínculos que os Estados formam uns com os outros no contexto internacional, mas também na criação de organizações intergovernamentais. Entretanto, esse quadro não está totalmente correto, já que, como afirma o referido autor:

¹⁶ RUNCIMAN, David. *The Confidence Trap: a history of democracy in Crisis from World War I to the Present*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2017. p. 336.

o poder soberano dos estados modernos não se formou antes do envolvimento destes no sistema de estados-nação, e mesmo no sistema de estados europeu, mas sim desenvolveu-se em conjunção com ele. Na verdade, a soberania do estado moderno foi desde o início dependente das relações entre estados, em termos das quais cada estado (em princípio, e de modo algum na prática) reconhecia a autonomia dos outros dentro de suas fronteiras. Nenhum estado, por mais poderoso, detinha tanto controle da soberania na prática como era venerado no princípio legal¹⁷.

Em outras palavras, o próprio desenvolvimento dos Estados nacionais deu-se de maneira intrinsecamente conectada ao conjunto das relações internacionais presentes no contexto europeu quando desse desenvolvimento. Nunca existiu, na prática, a soberania quase absoluta desenhada nos modelos teóricos.

Além disso, esse processo — de desenvolvimento, consolidação e posterior crise dos Estados nacionais — também não se deu de maneira uniforme, ao longo dos séculos, nas diversas partes do globo. A perda de autonomia por alguns Estados em determinados períodos veio acompanhada por um aumento dessa em relação a outros atores em diferentes regiões do mundo, como aconteceu, por exemplo, no pós-guerra, com a assinatura de diversos tratados internacionais pelas nações europeias concomitantemente à formação de vários Estados nacionais no processo de descolonização afro-asiático.

Durante toda a modernidade, portanto, existiu certa tensão entre uma perspectiva nacionalista e uma internacionalista, ainda que com uma clara proeminência, especialmente no aspecto conceitual, da primeira sobre a segunda. Em outras palavras, o período moderno consagrou a preponderância do Estado-nação, mas a própria centralidade desse deveu-se à forma como foram tecidas as relações internacionais durante a sua construção.

É nesse contexto que se insere o debate entre a *pós-modernidade* e a *hipermodernidade*. Segundo Gilles Lipovetsky, nos dias atuais, longe de assistirmos ao fim da modernidade, vemos a sua consumação¹⁸. Até fins dos

¹⁷ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora da UNESP, 1991. p. 71-72.

¹⁸ É interessante notar que, apesar de questionar a propriedade do termo “pós-moderno”, Lipovetsky defende que esse possuía — na década de 1970 — algum mérito, qual seja, o de salientar uma mudança de direção. LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 54. No mesmo sentido, Anthony Giddens afirma, sobre o termo “pós-modernidade”, que “afora o sentido geral de se estar vivendo um período

anos 70, essa estava enquadrada por um conjunto de contrapesos. Além do papel da Igreja, que conservava forte ascendência sobre as consciências, “os partidos revolucionários prometiam outra sociedade, liberta do capitalismo e da luta de classes; o ideal de Nação legitimava o sacrifício supremo dos indivíduos; o Estado administrava numerosas atividades da vida econômica¹⁹”. Todavia, não estamos mais naquele mundo. A sociedade, que agora se apresenta, é aquela na qual a modernidade não encontra uma resistência organizada e consistente:

eleva-se uma segunda modernidade, desregulamentadora e globalizada, sem contrários, absolutamente moderna, alicerçando-se essencialmente em três axiomas constitutivos da própria modernidade anterior! o mercado, a eficiência técnica, o indivíduo. Tínhamos uma modernidade limitada; agora, é chegado o tempo da modernidade consumada²⁰.

Outro ponto fulcral da atual conjuntura internacional é a queda do muro de Berlim e o fim da Guerra Fria que inaugura um novo ciclo imperial sob liderança da “*pax americana*”, que se transforma na potência dominante do sistema global, com a primeira guerra do Iraque de 1991, com a implementação de uma nova ordem mundial (new world order), perspectivas de segurança global (global security), que sofre novos desdobramentos com o 11 de Setembro, com a marginalização da ONU²¹.

Assim, diversos aspectos de nosso cotidiano demonstram uma escalada aos extremos. O inchaço das atividades financeiras e dos volumes de capital em circulação no planeta, a profusão de mercadorias nos hipermercados e *shopping centers* cada vez maiores, a tecnolo-

gia e suas transformações vertiginosas, as aglomerações urbanas e suas gigantescas metrópoles. Até mesmo os espetáculos, com o seu hiper-realismo que encena a transparência total, demonstram a exasperação ocorrida, em diversos níveis, nas relações sociais. Entretanto, é provável que em nenhum outro campo o mencionado fenômeno reste tão evidente quanto em relação ao aspecto digital. A troca constante e globalizada de informações em tempo real, especialmente por meio da internet, com o “seu dilúvio de fluxos numéricos (milhões de sites, bilhões de páginas, trilhões de caracteres, que dobram a cada ano)²²” dão a exata dimensão do processo aqui mencionado. Resta evidente, portanto, que não presenciamos a superação da modernidade, mas, pelo contrário, a sua exacerbação.

Seguindo linha análoga, Giacomo Marramao afirma que a “condição pós-moderna” não se encontra em uma relação de ruptura, “mas antes de íntima continuidade (ainda que seja uma continuidade de filha ilegítima) com o Moderno: nada mais é que a derivação das suas premissas, a heterogênese das suas finalidades projetuais²³”.

De fato, sustenta Marramao que a identificação entre a política e o Estado é uma característica específica da época moderna e, desse modo, não corresponde mais à situação do mundo globalizado, cujos perfis dominantes desenhavam uma tendência cada vez menos reconduzível ao paradigma centralístico-hierárquico da soberania. Entretanto, isso não sustenta as teses pós-modernas, pois essas enfatizam, demasiadamente, o aspecto da fragmentação e da dispersão, ofuscando as novas lógicas e os novos poderes de fusão do mundo

de nítida disparidade do passado, o termo com frequência tem um ou mais dos seguintes significados: descobrimos que nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os ‘fundamentos’ preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade; que a ‘história’ é destituída de teleologia e conseqüentemente nenhuma versão de “progresso” pode ser plausivelmente defendida; e que uma nova agenda social e política surgiu com a crescente proeminência de preocupações ecológicas e talvez de novos movimentos sociais em geral”. GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora da UNESP, 1991. p. 52.

¹⁹ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 54.

²⁰ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 55.

²¹ ZOLO, Danilo. Reforçar e democratizar as instituições internacionais. In: I- SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010. p. 22.

²² LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 55.

²³ MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995. p. 170. Afirma, ainda, o referido autor que “a perda definitiva do sentido-centro daquilo que as grandes filosofias da história chamavam Processo é conseqüência do impacto retroativo exercido sobre o território-história pela descoberta do princípio de irreversibilidade na natureza. O *déplacement* é próprio ao tempo da entropia como tempo do após-progresso: tempo de sacrifício do presente sem contrapartida, tempo-a-perder, tempo de mera subtração. Assim, há uma íntima interdependência entre o déficit crônico de legitimação dos Estados contemporâneos e a contra-finalidade do projeto progressista: a queda do futuro como potência simbólica. A ‘dromomania’ que acomete as estruturas institucionais e normativas da hipermodernidade (termo que nitidamente preferimos ao de ‘pós-modernidade’) é um sintoma da dificuldade de manter vivo o simbolismo social: conseqüência da obrigação de reproduzir o programa da futurização sem ter mais a possibilidade do recurso simbolicamente eficaz aos mitos do progresso e da revolução”. *Ibidem*, p. 170.

globalizado. Afirma, assim, que a globalização não é um evento *pós-moderno*, mas sim *hipermoderno*. Ela se configura como um pressuposto e uma consequência da modernidade. O fenômeno da globalização que assistimos atualmente, na sua indiscutível amplitude e relevância, constitui o último — e, ao mesmo tempo, provisório — capítulo de uma série de globalizações sucessivas que têm feito o contraponto ao moderno processo de civilização. Sua característica hipermoderna consiste no fato de que ela traz às últimas consequências um campo de tensão que atravessou os quatro séculos da modernidade: a tensão entre o princípio da mundialidade e o princípio da territorialidade²⁴.

De fato, é necessário notar que essa dicotomia entre um cenário de intensas relações internacionais — ocorrendo em diversos níveis e necessárias para a definição do conteúdo e alcance, tanto no plano teórico quanto na prática, do próprio Estado nacional — por um lado, e de uma perspectiva interna centrada no modelo estatal, por outro, não é um fenômeno pós-moderno, mas sim *moderno*. Foi assim que se desenvolveram as relações mundiais durante toda a modernidade.

Desse modo, não estamos assistindo, nos dias atuais, a uma transformação de modelo, mas sim a uma mudança de escala e, quiçá, de foco. Mudança de escala, pois a referida tensão entre o Princípio da Mundialidade e o da territorialidade, para utilizarmos a nomenclatura de Marramao, está mais intensa nas últimas décadas do que esteve em qualquer outro período da modernidade. E mudança de foco pois, pela primeira vez, é possível perceber uma tendência à proeminência das relações internacionais sobre a política interna dos Estados ou, pelo menos, a uma atribuição de igual peso à perspectiva internacional e à nacional.

4 A posição dos tratados de direitos humanos no Brasil

4.1 A Doutrina Nacional e a Decisão do STF no RE nº 466.343-SP

Conforme acima explicitado, um dos principais temas que tem levado a uma revisão da noção tradicional

²⁴ MARRAMAIO, Giacomo. *Tertium datur?*. Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto ainda não publicado. p. 2.

de soberania — e, conseqüentemente, do próprio conceito de Estado — é a questão dos direitos humanos. De fato, o raciocínio até aqui explicitado adéqua-se, completamente, à lógica da proteção, nacional e internacional, desses direitos.

Nesse sentido, vale lembrar que as Constituições contemporâneas tendem a assumir uma abertura expansionista, abarcando direitos humanos previstos em tratados internacionais. Esse fenômeno pode dar-se de forma implícita — pela mera aceitação da eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelos representantes dos Estados — ou, como no caso brasileiro, de forma expressa. De fato, a Constituição Federal de 1988 prevê, no § 2º do artigo 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esse dispositivo, presente no texto originário da Constituição Federal de 1988, levou muitos autores a defenderem que todos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira têm *status* de norma constitucional.

Nessa linha, Flávia Piovesan defende que, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição Federal; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Assevera, assim, a referida autora, que a Constituição de 1988 inova ao incluir, entre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário: “ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional²⁵”.

Essa posição perdeu força com a incorporação do § 3º ao artigo 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que passou a dispor que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Con-

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*: jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 8.

gresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Assim, criou-se um regime específico para a incorporação dos tratados de direitos humanos à ordem constitucional brasileira. A grande questão aqui exposta é a possibilidade da violação de cláusula pétrea e da proibição do retrocesso do art. 60, IV da Constituição de 1988, com a restrição do alcance visado pelo legislador constituinte originário expressa no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988 sob a influência de Antônio Augusto Cansado Trindade no processo de constituinte²⁶.

A referida alteração, no entanto, não fez com que os doutrinadores abandonassem a tese da hierarquia constitucional das normas previstas em tratados de direitos humanos. Pelo contrário, muitos continuaram defendendo que todos os tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário e que foram internalizados em nosso ordenamento são normas materialmente constitucionais, independentemente do quórum de aprovação a que foram submetidos no Congresso Nacional. A diferença residiria, apenas, no fato de que os tratados aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam normas formalmente constitucionais.

Nesse sentido, Valério Mazzuoli afirma que, tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, pois, se a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, pode-se concluir que ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Mazzuoli exclui, já em seu ponto de partida, o entendimento de alguns autores, de que os tratados de direitos humanos não aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição equivaleriam, hierarquicamente, à lei ordinária federal, uma vez que estes teriam sido aprovados, apenas, por maioria simples e não pelo *quorum* que lhes impõe o mencionado parágrafo. Conclui, assim, que “o quórum que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento

jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição²⁷”.

No mesmo sentido, Flávia Piovesan rejeita a ideia de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, previsto pelo texto constitucional. Ela lembra que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, na maior parte dos casos, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, já que — obviamente — não havia previsão para o procedimento de dois turnos.

Afirma a referida autora:

reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno²⁸.

No âmbito jurisprudencial, por outro lado, houve a consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento, em 3 de dezembro de 2008, do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, em que se questionava a possibilidade da aplicação da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto de San José da Costa Rica. Na ocasião, a maioria dos Ministros acompanhou o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que considerou serem os tratados de direitos humanos normas supralegais, estando, portanto, abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

Apesar de definida a posição da Suprema Corte, o referido julgado não encerrou a celeuma no campo doutrinário. A maior parte dos autores que defendia o caráter materialmente constitucional de todos os tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil não mo-

²⁶ SANTOS, Carlos Frederico. *Tratados de Direitos Internacionais. Uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF. Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 12, n. 41, p. 13- 43 jul./dez. 2013.

²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 764.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF*. p. 19. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

dificou sua posição e espera uma mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

José Luis Bolzan de Moraes, por exemplo, em sua obra *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço Temporal dos Direitos Humanos*, após referir a inserção do § 3º no artigo 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como a jurisprudência do STF que localizou os tratados internacionais de direitos humanos como normas supralegais, afirma que é necessário perceber o caráter inovador da norma prevista no § 2º do artigo 5º, constituindo-se esta “como cláusula constitucional aberta, pois, a partir dela pode-se construir a hipótese que se assenta na perspectiva de que a mesma atribuiria natureza de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos”²⁹. Ele faz isso a partir de uma interpretação teleológica e sistemática do texto de 1988, que considera a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como axiomas do fenômeno constitucional, vinculados à legitimidade material da Constituição.

Entretanto, está consolidado, até os dias atuais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados com o procedimento análogo ao das emendas constitucionais são normas supralegais³⁰.

²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 117.

³⁰ Vale frisar que essa não é a posição de todos os ministros da Suprema Corte. No mesmo julgado em que restou definida a atual posição do STF, o Ministro Celso de Mello reavaliou seu próprio entendimento, explicitado em julgados anteriores, sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, para sustentar a existência de um regime jurídico misto, baseado na distinção entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos, conferindo aos últimos hierarquia constitucional. Nesse sentido, argumentou: as razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [...] É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n.45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2º do art.5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade”.

4.2 As Cortes Internacionais e o Duplo Controle

É fundamental, nesse momento, colocar a questão sob o prisma do direito internacional dos direitos humanos. A prática reiterada das Cortes Internacionais é considerar as normas internas — mesmo as normas constitucionais — como “meros fatos”, que expressam a vontade do Estado. Não é reconhecido nem mesmo o caráter jurídico dessas normas. Isso ocorre, pois o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas, independentes, em regra, das fontes internas dos Estados³¹. Desse modo, o direito interno somente será utilizado se houver remissão da norma internacional.

De fato, não é difícil perceber que seria praticamente impossível conciliar todas as fontes normativas de todos os Estados que compõem os organismos internacionais e, ainda, as próprias normas criadas em âmbito internacional, a não ser que restasse estabelecida uma rígida hierarquia entre estas e aquelas — o que, ainda assim, não resolveria todos os problemas. Além disso, as leis de um país, bem como seus atos administrativos e suas decisões judiciais, certamente representam a vontade desse, principalmente quando criadas ou proferidas de acordo com as regras procedimentais previstas em seu ordenamento jurídico.

Todavia, segundo André de Carvalho Ramos³², não há qualquer incompatibilidade entre o ordenamento

³¹ André de Carvalho Ramos cita a histórica decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional que estabeleceu que “Do ponto de vista do Direito Internacional e da Corte que é seu órgão, leis locais são meramente fatos que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados, da mesma forma que as decisões legais ou medidas administrativas”. Lembra, ainda, o referido doutrinador que “assim, mesmo a norma constitucional de um Estado é vista não como “norma suprema”, mas como mero fato, que, caso venha a violar norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 381.

³² Segundo o referido autor, “adoto a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional). Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.” RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 404.

jurídico interno e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Esses direitos estão, na verdade, albergados por um “duplo controle”, em que a validade de qualquer norma deve ser aferida tanto com base na Constituição, sendo a sua guardiã a Suprema Corte, quanto em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, cabendo a última palavra, nesse caso, às cortes internacionais.

Quando, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decide uma questão de forma diversa ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ela o está fazendo com base em um parâmetro diferente da decisão do STF. É evidente que a Suprema Corte nacional também considera, em seus julgamentos, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico, *justamente* por esses já fazerem parte de nosso ordenamento. Entretanto, os considera normas supraleais, como acima explicitado — exceto, obviamente, aqueles aprovados nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza como parâmetro de validade os tratados internacionais, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, considerando, como já mencionado, as normas internas como meros fatos, inclusive as disposições de ordem constitucional. O Supremo Tribunal Federal, portanto, dá a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos normativos, mas não sobre a sua *convencionalidade*, já que a análise da compatibilidade das leis com os tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, cabe, em última instância, às cortes internacionais. Nisso consiste o duplo controle a que todos os atos normativos estão submetidos em matéria de proteção de direitos humanos.

Poder-se-ia, evidentemente, questionar a compatibilidade com a nossa Constituição — e, conseqüentemente, com o nosso ordenamento jurídico como um todo — da própria possibilidade de uma decisão, proferida por uma corte internacional, considerar a legislação interna e a própria Constituição Federal como meros fatos, para efeitos de responsabilização internacional do país.

A resposta, entretanto, encontra-se no próprio texto constitucional. Inicialmente, a possibilidade de firmar tratados internacionais implica, evidentemente, a necessidade de cumpri-los. Além disso, a importância dada à temática dos direitos fundamentais/direitos humanos pela Constituição demonstra que a sua proteção é um

valor fundante de nossa ordem jurídica, devendo guiar toda e qualquer interpretação do texto constitucional. Entretanto, a mais evidente demonstração de que inexistente, na Constituição Federal de 1988, qualquer incompatibilidade com o cumprimento de decisões proferidas por cortes internacionais, especialmente relativas à temática dos direitos humanos, é previsão expressa de sua defesa pelo Brasil no ADCT. De fato, prevê o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Não há, portanto, margem para dúvidas: o Brasil não deverá, apenas, aderir a eventual corte de direitos humanos existente, mas, em sua falta, *propugnar* pela sua criação.

Necessário ressaltar que não há sentido na defesa de posição diversa — ou seja, de que eventual decisão proferida por corte internacional que interprete de forma diversa o conteúdo e alcance de tratado internacional não deve ser cumprida — já que, para provocar as cortes internacionais, é necessário o esgotamento dos recursos internos, tendo em vista ser a subsidiariedade³³ uma das principais características da jurisdição internacional dos direitos humanos. Assim, se a corte internacional repetisse o que o STF disse, seria inútil, se dissesse o contrário, seria desrespeitada.

Em outras palavras, tendo em vista a necessidade, em regra, de esgotamento dos meios internos para que se abra a possibilidade de provocação das cortes internacionais, o pronunciamento dessas ocorrerá após o esgotamento da jurisdição interna, o que provavelmente incluirá — especialmente em questões conexas aos

³³ A subsidiariedade dos mecanismos internacionais de apuração de violações de direitos humanos consiste no reconhecimento do dever primário dos Estados em prevenir violações a direitos protegidos, ou, ao menos, reparar os danos causados às vítimas, para somente após o seu fracasso, ser invocada a proteção internacional. Por isso, as vítimas de violações de direitos humanos devem, em geral, esgotar os meios ou recursos internos disponíveis para a concretização do direito protegido, para, após o insucesso da tentativa nacional, busca o remédio no plano internacional. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 78. Cançado Trindade acrescenta, ainda, que “a regra do esgotamento dos recursos internos dá testemunho da interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno da subsidiariedade, que é implícita, do procedimento internacional”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direito Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha; Brasília: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996. p. 55.

direitos humanos — a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Já havendo, portanto, um pronunciamento da Suprema Corte, é evidente que a viabilidade da provocação de uma instância internacional traz consigo a possibilidade de que esse pronunciamento seja diverso do que foi decidido pelo STF no âmbito interno — e, obviamente, a necessidade de cumprimento da decisão proferida em âmbito internacional — sob pena de tornar completamente inócua a jurisdição internacional. Assim, as decisões proferidas pelas cortes internacionais devem ser cumpridas, mesmo que sejam contrárias ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Necessário frisar que o reconhecimento da necessidade de cumprimento das decisões proferidas no âmbito internacional, mesmo quando contrariam, frontalmente, o que foi decidido no âmbito interno pela Suprema Corte, não implica uma fragilização da Constituição Federal. De fato, é possível pensar que, tendo sido uma questão decidida por meio da jurisdição constitucional do STF, o reconhecimento da validade e da eficácia de qualquer decisão proferida, posteriormente, em sentido contrário, colocaria em cheque a própria supremacia da Constituição. Essa conclusão, todavia, não resiste a uma análise mais atenta do texto constitucional de 1988. Como dito anteriormente, a própria Carta Magna prevê a existência de tratados internacionais de direitos humanos e, mais do que isso, a jurisdição internacional dos direitos humanos.

Não se pode esquecer, ainda, que os direitos fundamentais/direitos humanos constituem um dos alicerces sobre o qual se ergue toda a principiologia constitucional³⁴. Assim, o fortalecimento da defesa desses direitos por meio do reconhecimento da jurisdição internacional de proteção aos direitos humanos, longe de fragilizar a Constituição, auxilia na proteção de um de seus principais valores.

De fato, a negação da validade ou da eficácia, no território brasileiro, de uma decisão proferida por uma corte internacional, em matéria de direitos humanos,

somente pode ser sustentada dentro de uma lógica completamente presa à noção tradicional de soberania — que, como dito acima, nunca chegou a existir da forma como foi desenhada nos modelos teóricos — onde o poder estatal não admite qualquer tipo de questionamento, sendo capaz de definir o conteúdo e o espectro de aplicação de todos os atos normativos, justamente por ser uno, indivisível, inalienável e imprescritível.

5 O garantismo penal no Brasil e os tratados internacionais

Não é apenas a completa negação de eficácia das decisões proferidas pelos tribunais internacionais que revela uma linha de pensamento conexas a conceitos mais amplos e já bastante questionados. Mesmo entre os que compreendem a relevância da jurisdição internacional, não é incomum que esta seja, ainda, analisada com base em conjunto de instrumentos teóricos essencialmente moderno, que relega a um segundo plano as importantes transformações ocorridas no mundo nas últimas décadas.

O garantismo penal, no Brasil, segue essa linha. Inicialmente, é necessário ressaltar que o garantismo não se limita ao âmbito do Direito Penal e Processual Penal. De fato, Luigi Ferrajoli distingue três significados para o constitucionalismo garantista: modelo ou tipo de sistema jurídico, Teoria do Direito e Filosofia Política. No primeiro, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao que ele chama de “paleo-juspositivismo”, pela posituação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. No segundo, ou seja, como teoria do direito, o constitucionalismo garantista tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito, caracterizando-se pela distinção entre validade e vigência, já que admite a existência de normas vigentes ainda que inválidas, pois, apesar de terem sido produzidas de acordo com as normas procedimentais sobre a sua formação, são incompatíveis com as normas substanciais previstas constitucionalmente. Por fim, como filosofia política, o constitucionalismo garantista consiste em uma teoria da democracia. Não apenas uma abstrata teoria do bom governo, mas sim uma Teoria da Democracia Substancial, além de formal, ancorada, empiricamente, no

³⁴ A título de exemplo, pode ser citada a exposição relativa aos direitos fundamentais feita por Gustavo Binbenbojm em sua obra *Uma Teoria do Direito Administrativo*, onde o autor defende que a ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988 tem como principais pilares a democracia e os direitos fundamentais BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

paradigma de governo por ele apresentado³⁵. Todavia, apesar da amplitude do constitucionalismo garantista, os ramos do direito em que o garantismo obteve maior aceitação em nosso país são, sem dúvida, o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Ainda que a doutrina produzida em torno do garantismo penal, no Brasil, reconheça a importância dos tratados internacionais e da jurisdição internacional para a efetivação das garantias dos acusados em processos penais ou em investigações criminais, a análise feita por esses doutrinadores ainda é completamente centrada na legislação interna e na Constituição, bem como nos procedimentos da jurisdição nacional, mesmo quando trazem à baila a questão dos pactos internacionais.

Nesse sentido, vale citar a obra de Cezar Roberto Bitencourt³⁶. Em seu Tratado de Direito Penal, Bitencourt dedica uma parte do capítulo referente à *Lei Penal no Espaço* especificamente ao *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. Nesse subtítulo, o referido autor aborda, obviamente, a possibilidade de controle de validade dos atos normativos produzidos em nosso país tendo como parâmetro os tratados internacionais assinados pelo Brasil. Em nenhum momento, entretanto, é referida a possibilidade de controle por parte de uma corte internacional. De fato, Bitencourt, ao tratar do controle de convencionalidade, trabalha, apenas, com a possibilidade de realização desse controle pelo Poder Judiciário brasileiro.

Poder-se-ia afirmar que a questão é meramente ter-

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. p. 24-25.

³⁶ Cezar Roberto Bitencourt é um reconhecido defensor do garantismo penal no Brasil. Necessário destacar, nesse momento, que entendemos que qualquer autor que desenvolva estudos sobre o sistema penal brasileiro no campo da dogmática, exclusivamente ou não, trabalhará dentro de uma perspectiva garantista, tendo em vista que nosso sistema constitucional — e, conseqüentemente, nosso direito penal — é garantista. Considerando-se, entretanto, que essa posição não é consensual na doutrina brasileira, entendemos ser válido trazer ao debate a posição de autores que defendem expressamente o garantismo penal. A título de exemplo, podemos citar a seguinte passagem, em que Bitencourt afirma que: “[...] é no art. 5º da nossa Carta Magna onde encontramos princípios constitucionais específicos em matéria penal, cuja função consiste em orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista, como veremos nas seguintes epígrafes”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 52.

minológica, e que o doutrinador não se referiu a decisões proferidas por cortes internacionais por entender que o conceito de controle de convencionalidade engloba apenas o controle interno que utiliza como parâmetro de validade não o texto constitucional, mas sim os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Entretanto, essa interpretação — limitando o alcance do controle de convencionalidade — está longe de ser consensual na doutrina brasileira, como demonstrado anteriormente. Esse fato, associado à quase completa ausência de esclarecimentos sobre o referido ponto na obra, torna duvidoso ser realmente essa a razão de terem sido ignoradas as decisões proferidas por cortes internacionais. Ademais, ainda que seja esse o caso, é sintomático que o autor analisado dedique uma parte de sua obra especificamente a analisar o controle de convencionalidade realizado internamente sem fazer uma análise minimamente aprofundada das decisões proferidas pelos tribunais internacionais em qualquer ponto de seu *Tratado*³⁷.

Outro aspecto que merece destaque é que Bitencourt afirma, em duas oportunidades apenas no subtítulo mencionado, que o controle de convencionalidade surgiu com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Primeiramente, fazendo expressa referência à obra de Valério Mazzuoli, ele assevera que “esse acréscimo constitucional trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de controle à normalidade interna, até então desconhecida em nosso meio, qual seja, o controle de convencionalidade das leis³⁸”. Em um segundo momento, Cezar Bitencourt afirma que:

sintetizando, a partir da Emenda Constitucional n. 45, a validade de toda lei ordinária está condicionada à dupla compatibilidade vertical material, isto é, deve ser compatível com a Constituição e com os Tratados de Direitos Humanos vigentes no País. Em outros termos, se conflitar com aquela ou com qualquer destes, não terá validade, a despeito de estar vigente: em relação à primeira, por inconstitucionalidade, e, em relação a qualquer destes, por inconvenção, neologismo resgatado por Mazzuoli³⁹.

³⁷ Deve-se excetuar, aqui, o ponto referente ao Tribunal Penal Internacional, ao qual Bitencourt dedica também um subtítulo de seu *Tratado de Direito Penal*. Entretanto, a questão nada tem a ver com a possibilidade do controle de validade de atos normativos com base em tratados internacionais.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 259.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte*

É certo, entretanto, que a possibilidade de controle dos atos normativos internos com base nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário não surgiu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, ainda que esta tenha alterado, significativamente, o ordenamento jurídico pátrio nesse ponto, conforme já demonstrado nos capítulos anteriores.

Todavia, tendo em vista que a citada emenda trouxe expressamente a previsão de que os tratados internacionais aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, a afirmação de que essa inaugurou, no ordenamento jurídico nacional, o controle de convencionalidade é bastante reveladora. De fato, demonstra um pensamento ainda completamente centrado, apenas, no texto constitucional, em que é necessária uma *autorização expressa* da Constituição para que seja possível pensar em qualquer interferência no desenho de nosso ordenamento jurídico por um tratado internacional.

Outro conhecido defensor do garantismo penal em nosso país é Aury Lopes Jr. Em sua obra intitulada *Fundamentos do processo penal*, o referido autor explicita, especialmente no primeiro capítulo, o que chama de “fundamento de existência do processo penal”. Nesse, a referência à Constituição é uma constante. De fato, toda a argumentação construída nesse capítulo desenvolve-se em torno da Constituição, a começar pelo primeiro subtítulo, chamado de *Constituindo o processo penal desde a Constituição*. O citado autor inicia seu pensamento afirmando que a primeira questão a ser enfrentada por quem se dispõe a pensar o processo penal contemporâneo é referente ao fundamento da sua existência. Prossegue, então, afirmando que:

buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais. Noutra dimensão, significa definir qual é o nosso paradigma de leitura do processo penal, buscar o ponto fundante do discurso. Nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais⁴⁰.

Note-se que Aury Lopes Jr. afirma expressamente a necessidade de buscar uma “lógica do sistema”, capaz de orientar a interpretação e aplicação das normas.

geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 261.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 25.

Essa necessidade foi suprida de maneira clara e objetiva pelo autor por meio da referência ao texto constitucional. Fica claro, portanto, que a lógica do sistema, em sua obra, é dada pela Constituição. Frise-se que o autor não ignora, evidentemente, a existência de tratados internacionais. Estes, apenas, não ocupam uma posição central em sua obra. Ele chega a citar os tratados em algumas oportunidades, inclusive no capítulo referente aos fundamentos do processo penal. Esses servem, todavia, quase que somente como um reforço da defesa desenvolvida sobre valores já presentes no texto constitucional. Ao falar da liberdade individual, por exemplo, ele diz que essa “por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais”⁴¹. Posteriormente, ao abordar o poder de intervenção estatal, ele afirma que “nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior”⁴².

A leitura da construção feita pelo citado doutrinador sobre os fundamentos do processo penal não confirma, portanto, a ideia indicada por esse em sua nota à 3ª edição da obra em comento, quando ele coloca, como um dos pilares básicos para a análise dos fundamentos do processo penal, a “filtragem constitucional e de convencionalidade (imprescindibilidade de leitura conforme a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos)”⁴³, indicando uma equivalência entre os planos interno e externo.

Os exemplos acima mencionados representam, apenas, uma pequena amostra de um fenômeno corrente entre os doutrinadores que trabalham dentro da perspectiva do garantismo penal em nosso país. Esses autores, quando trabalham também com os tratados in-

⁴¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 31.

⁴² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 37.

⁴³ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 21. A mesma ideia é repetida no primeiro capítulo da obra, quando afirma o autor que “A luta é pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal. Mais do que isso, é necessário fazer-se um controle judicial da convencionalidade das leis penais e processuais penais” (ibidem, p. 32). Todavia, como dito anteriormente, a construção, feita nas páginas que se seguem, dá clara ênfase ao aspecto constitucional, utilizando os tratados internacionais majoritariamente como um reforço argumentativo.

ternacionais, mas com evidente proeminência, em sua abordagem, para a Constituição, ainda estão fazendo uma análise de cunho essencialmente moderno. Repense-se: a tensão entre a territorialidade e a mundialidade perpassou todo o período da modernidade. O que caracterizou o período anterior ao que atualmente muitos chamam de *pós-modernidade* — ou, como preferimos, *hipermodernidade* — não foi a completa rejeição do plano internacional, mas sim a notável proeminência do aspecto interno.

Ou seja, esses autores, ao realizarem uma apreciação que leva em consideração tanto o aspecto interno quanto o internacional, claramente focada no primeiro, desenvolvem uma concepção que apenas aparenta ser hipermoderna — legitimando-se e justificando-se por meio da referência a um contexto internacional que evidentemente se mostra cada vez mais relevante —, mas que não altera a estrutura dos fundamentos apresentados para realmente englobar e compreender as transformações do mundo atual.

6 Considerações finais

Não há dúvidas sobre a relevância do garantismo penal no cenário jurídico brasileiro, nem sobre a consistência de muitos dos fundamentos defendidos pelos seguidores dessa linha de pensamento. Entretanto, a clara primazia dada à Constituição e à jurisdição interna pelos doutrinadores garantistas pátrios — que utilizam os pactos internacionais e a jurisdição internacional majoritariamente como um reforço argumentativo na defesa dos valores já presentes em nosso texto constitucional — denota que estes, ainda, estão presos a uma concepção essencialmente moderna.

As referências que esses autores fazem aos tratados internacionais de direitos humanos e às cortes internacionais certamente não são capazes de dar um caráter hipermoderno à sua análise, já que a tensão entre a territorialidade e a mundialidade foi uma constante durante todo o período moderno. Ou seja, o mero reconhecimento do cenário internacional dentro de uma análise completamente centrada no aspecto interno é a materialização do pensamento moderno e não um indício de sua transformação ou radicalização. Essas referências, já que não alteram a estrutura dos fundamentos apresentados, apenas servem como uma legitimação do discurs-

so, que aparenta compreender a complexidade de um cenário de relações internacionais que, cada vez mais, evidencia a sua relevância.

Vale repisar que não estamos vivenciando, nos dias atuais, propriamente uma transformação de modelo, mas sim a uma mudança de escala — e, possivelmente, de foco —, já que a referida tensão entre o Princípio da Mundialidade e o da territorialidade está mais intensa nas últimas décadas do que esteve em qualquer outro momento da modernidade e que, pela primeira vez, é possível perceber uma relação de equilíbrio ou até mesmo uma tendência à prevalência das relações internacionais sobre a política interna dos Estados.

Ignorar essa questão, realizando construções doutrinárias baseadas na análise dos atos normativos internos — incorporando a essas apenas breves referências aos pactos internacionais e às cortes internacionais —, pode ter consequências bastante deletérias. De fato, essa é uma postura que revela a inadequação de muitos de nossos instrumentos jurídicos para auxiliar na compreensão do mundo atual, já que são produzidos dentro de uma visão de mundo já superada, baseada na inquestionável centralidade estatal e em um conceito já insustentável de soberania.

Essa afirmação pode parecer estranha, já que, no Brasil, até mesmo a defesa da efetividade das normas constitucionais parece ser uma postura revolucionária, tendo em vista o notório conservadorismo de nossa tradição jurídica. Necessário frisar, entretanto, que o reconhecimento da relevância dos pactos internacionais e da jurisdição internacional em uma análise jurídica não é capaz de diminuir a importância da Constituição, especialmente se considerarmos o ordenamento constitucional pátrio.

De fato, a compreensão de que uma corte internacional pode, com base em um tratado internacional de direitos humanos, proferir uma decisão em sentido diverso da jurisdição interna — e que essa decisão tem eficácia no plano interno — constitui um legítimo fortalecimento de um dos valores fundamentais da Constituição Federal de 1988, já que robustece a proteção dada aos direitos humanos.

Referências

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.
- BLITH, Mark. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Traduzido por Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós-Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora da UNESP, 1991.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995.
- MARRAMAO, Giacomo. *Tertium datur?*. Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto ainda não publicado.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madri: Ed. Trotta, 2014.
- RUNCIMAN, David. *The Confidence Trap: a history of democracy in Crisis from World War I to the Present*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2017.
- SANTORO, Emílio. O papel do cárcere no governo das migrações do governo da população a cidadania excluídos. In: I- SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010.
- SANTOS, Carlos Frederico. Tratados de Direitos Internacionais. Uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 12, n. 41, p. 13- 43 jul./dez. 2013.
- ZOLO, Danilo. Reforçar e democratizar as instituições internacionais. In: I- SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010.
- TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088. Acesso em: 19 jan. 2018.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direito Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha; Brasília: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O Brasil e a cooperação Sul-Americana em saúde: dos regimes temáticos às possibilidades de efetivação estruturante

Brazil and South American cooperation in health: from thematic regimes to the possibilities of structuring effectiveness

Ademar Pozzatti Junior

Luiza Witzel Farias

O Brasil e a cooperação Sul-Americana em saúde: dos regimes temáticos às possibilidades de efetivação estruturante*

Brazil and South American cooperation in health: from thematic regimes to the possibilities of structuring effectiveness

Ademar Pozzatti Junior**

Luiza Witzel Farias***

Resumo

A cooperação internacional que se propõe estruturante é interpretada sob duas dimensões, ambas permeadas por um direito internacional contemporâneo que busca se tornar efetivo no âmbito doméstico. Na primeira dimensão, essa abordagem da cooperação toma a forma de atos internacionais, e, na segunda, de políticas públicas domésticas. Este artigo foca na primeira dimensão da cooperação estruturante em saúde, teorizada por pesquisadores ligados à Fundação Oswaldo Cruz, no Brasil. O trabalho se propõe ao estudo empírico dos atos internacionais firmados pelo Estado brasileiro com os demais Estados da América do Sul, em matéria de saúde e em vigor, para averiguar a existência e o estado da arte de regimes temáticos dedicados à efetivação do direito humano à saúde, bem como suas possibilidades de efetivação estruturante. Além disso, o trabalho localiza a abordagem brasileira da saúde internacional nas agendas internacionais que se verificam historicamente no setor saúde. Para esses fins, são utilizados os resultados quantificados de um extenso levantamento documental, capazes de comprovar a existência dos regimes temáticos, e que estes são permeados por possibilidades de efetivação estruturante, situando a abordagem brasileira em uma agenda mista e inovadora.

Palavras-Chave: cooperação internacional em saúde; direito internacional; direitos humanos.

Abstract

In this paper, the international cooperation that is proposed structuring it is interpreted under two dimensions, permeated by contemporary international law, which seeks to become effective in the domestic sphere. In the first dimension this approach to cooperation takes the form of international treaties, and in the second, domestic public policies. This article focuses on the first dimension of structuring cooperation in health, theorized by researchers linked to the Oswaldo Cruz Foundation in Brazil. It proposes the empirical study of the international acts signed by the Brazilian State with the

* Recebido em 21/02/2019
Aprovado em 21/08/2019

Pesquisa financiada com recursos do Edital Universal 2016 do CNPQ, Processo número 423592/2016-5.

** 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 Núcleo de Pesquisa e Práticas em Direito Internacional (NPPDI). E-mail: ademar.pozzatti@ufsm.br

*** Estudante do Curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), pesquisadora do Núcleo de Pesquisa e Práticas em Direito Internacional (NPPDI). E-mail: luwfarias@gmail.com

other States of South America in health and in force, to investigate the existence and state of the art of thematic regimes dedicated to the realization of the human right to health, as well as its possibilities of structuring effectiveness. In addition to locating the Brazilian approach to international health in the international agendas that have occurred historically in the health sector. For these purposes, are utilized the quantified results of an extensive documentary survey, capable of proving the existence of thematic regimes, and that these are permeated by possibilities of structuring effectiveness, placing the Brazilian approach in a mixed and innovative agenda.

Keywords: international cooperation in health; international law; human rights.

1 Introdução

A realização dos direitos humanos, no âmbito de documentos de cunho universal, notadamente na Carta das Nações Unidas, de 1945, possui como instrumento imprescindível a cooperação internacional¹. Nesse mesmo âmbito universal, o direito humano à saúde foi primeira e indiretamente reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e em seguida pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, ainda indiretamente, em decorrência ou reforço ao direito à vida. Tendo sido diretamente reconhecido apenas por meio do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966, que passa a reconhecer o direito a saúde como um direito social, na medida em que a sua realização demanda mais ação do que abstenção estatal².

Principalmente, no caso dos países em desenvolvimento, há, às vezes, a incapacidade dos Estados de prover o direito à saúde de modo efetivo³, seja por questões

estruturais diversas, como a falta de recursos financeiros e humanos, seja porque os problemas que demandam as ações estatais são de ordem transnacional⁴ e não podem ser resolvidos de maneira unilateral. Nesse sentido, percebe-se a proeminência da cooperação internacional como instrumento de garantia de direitos.

Tendo em vista esse contexto, a presente pesquisa busca verificar a existência e o estado da arte de regimes temáticos de cooperação internacional destinados à efetivação do direito humano à saúde, desenvolvidos pelo Brasil com os demais países da América do Sul, bilateral e multilateralmente, por meio da análise dos atos internacionais firmados entre os governos desses países, e que estão vigentes atualmente. Além disso, tendo como ponto de partida a abordagem da cooperação estruturante em saúde, desenvolvida por pesquisadores da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), no Brasil, busca-se, por meio da quantificação desses regimes, identificar como a cooperação brasileira em saúde se situa na agenda internacional destinada a esse setor e, por meio da análise e quantificação das categorias de cooperação estruturante presentes ou não nos atos internacionais, compreender as possibilidades de efetivação estruturante desses regimes. Para esses fins, são empregados extenso levantamento documental, quantificação dos dados colhidos e análise qualitativa da estrutura e do conteúdo desses atos.

A escolha pela região da América do Sul é justificada, principalmente, pelo berço geográfico da prática da cooperação estruturante em saúde, que é teorizada pelos pesquisadores da Fiocruz no mesmo período em que é objeto de trabalho na União das Nações Sul-Americanas (Unasul), evidenciando a região como primeiro eixo de produção normativa no modelo. Na Unasul, a cooperação estruturante torna-se *modus operandi* para redes intergovernamentais — uma das principais estratégias do modelo, para o fortalecimento de sistemas de saúde —, como se verifica na Resolução 07/2009 do Conselho de Saúde da Unasul, que determina a criação de redes de intercâmbio entre instituições que promovem a formação de pessoal para os sistemas de saúde dos países da região⁵. De modo que, é esperado encon-

¹ POZZATTI JÚNIOR, Ademar. Cooperação Internacional como Acesso à Justiça nas Relações Internacionais: os desafios do direito brasileiro para a implementação de uma cultura cosmopolita. 2015. Tese (Doutorado)—Programa de Pós-Graduação em Direito Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

² TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.

³ TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universi-

dade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 47, n. 2, jun. 2006.

⁵ UNIÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS. Consejo de

trar alguma densidade de atos com possibilidades de efetivação estruturante por meio dessa escolha.

O trabalho é dividido em três partes, além da introdução e das considerações finais. A primeira parte corresponde a um debate que situa a cooperação estruturante teoricamente, bem como constrói o caminho pelo qual ela pode se tornar efetiva, além de situá-la dentro da agenda internacional da saúde. Essa parte mostra como a cooperação estruturante pode efetivar o direito humano à saúde. A segunda parte apresenta o levantamento de atos internacionais, e, por meio das dimensões quantitativas e geográficas dos regimes formados, ela é responsável por dizer, empiricamente, quais são os interesses brasileiros e sul-americanos em termos de efetivação do direito humano à saúde na região. A terceira parte, ao observar a quantificação das categorias de cooperação sul-sul e estruturante presentes ou não nos atos, trata da identificação das possibilidades de efetivação estruturante, sendo responsável por relatar empiricamente, de que modo — ou por meio de quais ideias — o Brasil pretende realizar os compromissos assumidos com relação ao direito humano à saúde. Ainda, apesar dos objetivos assumidos, não se descartam outras lições que possam surgir quando da análise combinada do debate teórico, da revisão bibliográfica, e do acervo de atos coletados.

2 Do nascimento à emancipação do direito humano: o caso da cooperação estruturante em saúde

Para Slaughter e Burke-White⁶, o direito internacional passa na atualidade por uma reorganização dos meios e mecanismos por meio dos quais opera. Isso porque, se as regras respondem a problemas concretos, e há uma nova geração de problemas mundiais, que surgem de dentro dos estados e não da sua ação interestatal, “para oferecer uma resposta eficaz a esses novos desafios, o sistema jurídico internacional deve ser capaz de influenciar as políticas domésticas dos Estados e aproveitar as

instituições nacionais na busca de objetivos globais”⁷. Para tanto, o direito internacional possui três formas distintas: fortalecer as instituições domésticas, subsidiá-las, quando da sua inércia, e compeli-las a agir.

A cooperação estruturante em saúde, abordagem desenvolvida por pesquisadores ligados à Fiocruz, no Brasil, parece corresponder à primeira forma pela qual o direito internacional influencia as políticas domésticas — o fortalecimento institucional — pois se refere a uma forma de cooperação internacional

centrada no fortalecimento institucional dos sistemas de saúde dos países parceiros, combinando intervenções concretas com a construção de capacidades locais e a geração de conhecimento, e ainda promovendo o diálogo entre atores, de forma a possibilitar que eles assumam o protagonismo na liderança dos processos no setor saúde e promovam a formulação autônoma de uma agenda para o desenvolvimento futuro na saúde.⁸

Apesar de distintas, as três formas pelas quais o direito internacional interage com o âmbito doméstico podem relacionar-se. Conforme afirmam Slaughter e Burke-White:

As normas e instituições jurídicas internacionais podem aumentar a capacidade e a eficácia das instituições domésticas. Se adequadamente projetadas e estruturadas, elas podem ajudar a apoiar grupos políticos e jurídicos domésticos que tentam cumprir as obrigações jurídicas internacionais. Finalmente, elas podem até mesmo forçar ou ordenar ações no nível nacional em resposta a uma ameaça global.⁹

Por dedicar-se ao fortalecimento de instituições estruturantes, que seriam, em última escala, capacitadas para a formulação autônoma de políticas públicas locais, a cooperação estruturante em saúde abre espaço para o entendimento de que, quando fortalecidas, as instituições domésticas seriam também capazes de atuar como os primeiros atores a se lançarem na resolução

Salud. Resolución 07/2009. Guayaquil, Ecuador, 24 nov. 2009. Disponível em: http://www.rets.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/arquivos/unasul-saude_res072009.pdf Acesso em: 05 jun. 2019.

⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 47, n. 2, jun. 2006.

⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 47, n. 2, jun. 2006. p. 328

⁸ ALMEIDA, Celia; CAMPOS, Rodrigo Pires de; BUSS, Paulo; FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. A concepção brasileira de cooperação Sul-Sul estruturante em saúde”. Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde. Rio de Janeiro, v.4, p. 25-35, mar. 2010. p. 28.

⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 47, n. 2, jun. 2006. p. 333.

das outras duas formas que o direito internacional possui para envolver-se nos processos políticos domésticos. As instituições estruturantes em saúde, além de serem entendidas como “pilares para a criação, a sustentação e o aperfeiçoamento de políticas públicas na área da saúde”¹⁰, também são

aquelas que têm: capacidade de operacionalizar sistemas e serviços de saúde de maneira efetiva, eficiente e sustentável, em especial através do seu poder oficial; capacidade de gestão e de prestação de serviços de saúde (Ministérios da Saúde, por exemplo); e aptidão de treinamento de profissionais de saúde e geração de dados úteis para a tomada de decisão, através de P&D e do treinamento dos recursos humanos essenciais para o campo da saúde (institutos nacionais de saúde, escolas de saúde pública, escolas técnicas de saúde, outros institutos e escolas de graduação em saúde, por exemplo).¹¹

E, apesar de se situar “no panorama do que hoje vem sendo aplicado como *capacity building* por estar direcionada para o treinamento de recursos humanos e a construção de capacidades”¹², a cooperação estruturante em saúde inova em, pelo menos, duas questões principais:

a) integra o desenvolvimento de recursos humanos com o organizacional e institucional e b) parte da exploração dos recursos e capacidades endógenas de cada país para que os próprios atores locais possam assumir a liderança necessária para a formulação de uma futura agenda de desenvolvimento da saúde e sua implementação sustentável.¹³

Essas inovações, além de reforçarem a localização da cooperação estruturante em saúde no referencial de fortalecimento institucional de Slaughter e Burke-White¹⁴, também elevam as possibilidades de cooperação a uma perspectiva diferente e em algum grau nova: trata-se de uma perspectiva pós-colonial. Ora, a construção de ca-

pacidades ao partir de recursos endógenos — instituições e práticas locais pré-existentes —, e não apenas da perspectiva de que países em níveis mais altos de desenvolvimento estão aptos a fortalecer países em níveis mais baixos, relegando a estes seu conjunto de concepções institucionais como herança da ação, carrega consigo uma mediação possível da dicotomia universalismo *versus* particularismo que permeia os direitos humanos.

Para Pozzatti Júnior¹⁵, a razão prática de base kantiana impõe um dever de cooperação internacional para a realização política do cosmopolitismo, e portanto, dos direitos humanos. A realização da cooperação que explora recursos e capacidades endógenas, em vez da criação de novas instituições nacionais, ou da mudança destas e das práticas que as identificam sem a existência de um diálogo horizontal, apesar de se apoiar no compartilhamento de determinados valores comuns — notadamente a compreensão da saúde como direito humano —, se apresenta não somente na seara dessa deliberação prática destinada à ação política efetiva e democrática, mas também daquilo que Lucas¹⁶ chama de diálogo intercultural, em que se deposita a legitimidade ética e força política dos direitos humanos, e para o qual a universalidade dos direitos humanos

não se trata de uma universalização uniformizadora, mas sim de uma ‘universalidade moderada’, que poderá mediar as diferenças e servir de ponto de partida ético para uma cultura de tolerância e de emancipação que reconheça as identidades sem ofuscar e negar aquilo que é reclamado pela condição humana universal, por todos os povos e por todas as culturas.¹⁷

Quanto à agenda internacional da saúde, a bibliografia especializada demonstra a existência de oscilações temáticas. Desde a primeira conferência sanitária internacional, em 1851, até meados da década de 1950, as iniciativas internacionais em matéria de saúde estavam principalmente ligadas a doenças infecciosas e o seu tratamento, além da centralidade das suas interferências

¹⁰ FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. Cooperação estruturante, a experiência da Fiocruz. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 7, p. 2129-2133, jul. 2017. p. 2130.

¹¹ BUSS, Paulo Marchiori.; FERREIRA, José Roberto. Cooperação e integração regional em saúde na América do Sul: a contribuição da Unasul Saúde. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, p. 2699-2711, jun. 2011. p. 2706-2707.

¹² FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. Cooperação estruturante, a experiência da Fiocruz. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 7, p. 2129-2133, jul. 2017. p. 2130.

¹³ FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. Cooperação estruturante, a experiência da Fiocruz. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 7, p. 2129-2133, jul. 2017. p. 2131.

¹⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. *The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, n. 2, jun. 2006.

¹⁵ POZZATTI JÚNIOR, Ademar. O direito internacional entre o dever ético e a ação política: os fundamentos de um dever de cooperação internacional na filosofia política de Immanuel Kant. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 405-421, 2016.

¹⁶ LUCAS, Douglas Cesar. Multiculturalismo e o debate entre liberais e comunitaristas: em defesa da Interculturalidade dos Direitos Humanos. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 30, n. 58, p. 101-130, jul. 2009.

¹⁷ LUCAS, Douglas Cesar. Multiculturalismo e o debate entre liberais e comunitaristas: em defesa da Interculturalidade dos Direitos Humanos. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 30, n. 58, p. 101-130, jul. 2009. p. 123.

no comércio.¹⁸ Enquanto, “nas décadas de 1960 e 1970, influenciada pelos movimentos alternativos e dos países não alinhados, a cooperação internacional em saúde estava focada na construção de sistemas de saúde baseados na atenção primária à saúde”¹⁹, além da introdução das questões da força de trabalho em saúde, tanto por uma agenda global, via Organização Mundial da Saúde (OMS), quanto regional, via Organização Pan-americana da Saúde (OPAS), nas Américas²⁰.

Essas duas últimas temáticas, tendo sido resgatadas nos anos 2000, dada a precarização dos sistemas de saúde dos países em desenvolvimento, resultado das crises econômicas globais dos anos 1980 e 1990, da disseminação das reformas promovidas pelos ideais neoliberais, decorrente da crise do modelo de bem-estar social, e de uma cooperação internacional em saúde marcada principalmente por intervenções tecnológicas e de produtos.

A partir dessas oscilações, pode-se inferir que existem duas agendas concorrentes — que correspondem a ideias e interesses de grupos diferentes de atores — e que se intercalam de tempos em tempos. Para uma delas, importa resolver epidemias específicas que podem afetar os países desenvolvidos em termos econômicos e securitários.²¹ Essa agenda pode ser pensada como a tradução dos interesses em saúde dos países do Norte social, uma agenda Norte-Sul ou vertical. A segunda agenda está preocupada em fortalecer sistemas locais de saúde — tanto em termos de organização, quanto de pessoal — e portanto, com variáveis menos efêmeras

que a eclosão de doenças específicas, parecendo mais próxima do interesse na efetivação do direito humano à saúde, em longo prazo.

Essa segunda agenda, passou a fazer parte da pauta internacional de saúde apenas nas décadas das descolônizações — 1960 e 1970 — quando os novos Estados em desenvolvimento passaram a organizar-se coletivamente e diagnosticar com maior autonomia as suas próprias demandas. Assim, esta agenda pode ser pensada como a tradução das demandas desse grupo de países, parecendo-se, então, mais como uma agenda do Sul para o Sul, ou horizontal. E, pode-se afirmar que, dados os seus fins e meios propostos, a cooperação estruturante em saúde, promovida pelo Brasil, dedica-se à efetivação dessa segunda agenda.

Além disso, se o direito internacional busca responder a problemas que surgem dentro dos Estados, há de se entender o processo pelo qual um determinado problema, ou demanda, nas palavras de Clarissa Dri²², acaba por se tornar pauta para ação do direito internacional. Nessa seara, pode-se utilizar do processo elencado por Kingdon²³, para pensar o processo de criação de políticas públicas em âmbito doméstico, para pensar também quais variáveis interagem na transformação da demanda doméstica em ação do direito internacional. Para o autor, três variáveis distintas interagem nesse processo: o problema, a solução, e a política — ou processo político. Nessa interação, os atores são responsáveis por perceber e interpretar um problema, e por pensar uma solução, que é a política pública, que deverá passar por processos políticos nas instâncias responsáveis por realizá-la.

Ainda, se o fim do direito internacional, assim como o da cooperação estruturante em saúde, é o âmbito doméstico, é necessário entender como ele penetra a membrana estatal e se torna efetivo nessa esfera. Para isso, pode-se utilizar o conceito de política pública de Bucci²⁴, que entende política pública como “programas

¹⁸ ALMEIDA, Celia. Saúde, política externa e cooperação sul-sul em saúde: elementos para a reflexão sobre o caso do Brasil. In: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030 – prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: desenvolvimento, Estado e políticas de saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013.

¹⁹ ALMEIDA, Celia; CAMPOS, Rodrigo Pires de; BUSS, Paulo; FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. A concepção brasileira de cooperação Sul-Sul estruturante em saúde”. Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde, Rio de Janeiro, v.4, p. 25-35, mar. 2010. p. 27.

²⁰ ALMEIDA, Celia. Saúde, política externa e cooperação sul-sul em saúde: elementos para a reflexão sobre o caso do Brasil. In: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030 – prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: desenvolvimento, Estado e políticas de saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013.

²¹ FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. Cooperação estruturante, a experiência da Fiocruz. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 22, n. 7, p. 2129-2133, jul. 2017.

²² DRI, Clarissa Franzoi. Demanda e oferta de bens públicos regionais: políticas públicas transnacionais na América do Sul? Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais, João Pessoa, v. 3, n. 6, p. 1-8, 2016.

²³ KINGDON, John Wells. Juntando as coisas. In: SARAVIA, E. FERRAREZI, E. (org.). Políticas Públicas – Coletânea. Brasília: ENAP, 2006. p. 225-246. v. 1.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. Cadernos Pólis 2: Direitos Humanos e Políticas Públicas, São Paulo, Instituto Pólis, v. 2, p. 5-16, 2001.

de ação governamental voltados à concretização de direitos”²⁵, para sugerir que não há concretização de direitos sem instituições governamentais fortes.

Nesse sentido, pode-se dizer que a cooperação internacional que se propõe estruturante possui duas dimensões. Na primeira, ela é o resultado da soma do problema, da solução e dos processos políticos. Onde o problema depende dos interesses dos atores em reconhecê-los, e a solução são as ideias dos atores para resolver um problema reconhecido, enquanto o processo político corresponde ao crivo das ideias por um novo grupo de interesses. O produto dessa soma toma a forma de atos internacionais — que apesar de dizerem muito sobre possibilidades, não são eficazes, se não quando passam a ser parte de uma nova soma.

Nesse novo cálculo, que representa a segunda dimensão, o produto da soma anterior precisa de instituições fortes. Ou seja, nela o ato internacional é fonte de instrumentos, para que as instituições do aparelho estatal construam políticas públicas locais. Na perspectiva de Bucci²⁶, essas duas dimensões seriam um caminho para a efetivação de um direito, “desde o seu nascimento, quando é previsto na norma, até a sua emancipação, quando é encartado em determinado programa de ação de um governo e passa a integrar medidas de execução”²⁷.

A descrição das categorias, presentes nas duas dimensões, tem interesses específicos: Hall²⁸ atenta para os ganhos possíveis, em termos de abrangência de análise quando se colocam em discussão as ideias, os interesses e as instituições na formação de políticas públicas. Assim, quando a variável problema é colocada em posição de dependência em relação aos interesses, e a

solução representa ideias — que interagem na fase dos processos políticos —, enquanto o ato internacional — que é produto dessa interação — somente ganha eficácia quando associado às instituições, o que se busca é “permanecer atento à pluralidade das possíveis dimensões da análise e à diversidade de ‘causas’ possíveis no mundo do estudo da ação pública”²⁹.

Importa também atentar para a localização dessas dimensões. Os processos elencados pela primeira dimensão passam necessariamente pelo nível internacional, pois os atos internacionais são firmados de maneira interestatal, ainda que os problemas advenham de demandas intraestatais. Enquanto os processos da segunda dimensão ocorrem, exclusivamente, no nível intraestatal. E isso importa porque, para Slaughter e Burke-White³⁰, o resultado advindo das mudanças na atuação do direito internacional na contemporaneidade, e portanto, nas fronteiras entre as esferas doméstica e internacional, que agora se confundem, cruzam e até conflitam, “será jogos de dois níveis cada vez mais elaborados, mas cada jogo permanecerá em seu próprio tabuleiro, não importando o quão complexos e densos sejam os elos entre eles”³¹.

Ainda,

o processo de internacionalização do direito pressupõe novos níveis de interação entre os diferentes atores nacionais e internacionais. De um lado, o direito internacional se forma a partir de novas formas de criação, implementação e controle de normas pelos Estados. De outro, a partir da intensificação de formas de relacionamento entre os atores transnacionais e subnacionais, públicos e privados.³²

Assim, se os níveis correspondem a “jogos” diferentes, com atores e interesses diferentes daqueles que se poderá notar no nível seguinte, faz sentido que o estu-

²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. *Cadernos Pólis 2: Direitos Humanos e Políticas Públicas*, São Paulo, Instituto Pólis, v. 2, p. 5-16, 2001. p. 13.

²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. *Cadernos Pólis 2: Direitos Humanos e Políticas Públicas*, São Paulo, Instituto Pólis, v. 2, p. 5-16, 2001.

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. *Cadernos Pólis 2: Direitos Humanos e Políticas Públicas*, São Paulo, Instituto Pólis, v. 2, p. 5-16, 2001. p. 12.

²⁸ HALL, Peter Andrew. The role of interests, institutions, and ideas in the comparative political economy of industrialized nations. In: LICHBACK, M. ZUCKERMAN, A. (org.). *Comparative politics: rationality, culture and structure*. New York: Cambridge University Press, 1997.

²⁹ PALIER, Bruno; SUREL, Yves. Les Trois I et l'analyse de l'Etat em action. *Revue française de science politique*, Paris, v. 55, n.1, p.7-32, 2005. p. 8.

³⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, n. 2, jun. 2006.

³¹ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, n. 2, jun. 2006. p. 350.

³² VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 1-5, 2012. p. 1.

do de cada nível corresponda a empreitadas científicas diferentes. Dessa forma, em que pese se reconhece a necessidade de verificar a construção material de políticas públicas no âmbito dos Estados que compõem os esquemas de cooperação estudados — e que este constitui interesse de pesquisa futuro —, o presente trabalho se ocupa da primeira dimensão da cooperação internacional estruturante. Tendo por objeto o produto dessa primeira dimensão, o ato internacional. Assim, busca-se primeiro verificar quais regimes temáticos em matéria de saúde os atos firmados pelo Brasil são capazes de formar, e segundo, com base na quantificação desses regimes, identificar em qual agenda internacional da saúde se situa a ação brasileira. E, por último, busca-se compreender em que grau os termos desses atos internacionais correspondem às categorias de cooperação estruturante, evidenciando quais são as possibilidades de efetivação estruturante presente no acervo documental do Brasil com os demais países da América do Sul.

Assim, ao analisar o produto da primeira soma, o presente estudo se restringe à análise dos interesses dos atores e ideias envolvidos no nascimento de um direito, que correspondem ao reconhecimento do “problema” e ao desenvolvimento da “solução” de Kingdon³³, deixando a categoria dos processos políticos apenas para estudos com outros métodos de procedimento. Isto porque, este estudo caracteriza-se como um levantamento, que segundo YIN³⁴, fornece indicações da predominância de fenômenos, enquanto é objetivo de estudos de caso fornecer interpretações sobre processos causais.

3 Quais problemas sobreviveram ao processo político: das dimensões quantitativas às dimensões geográficas e espaços institucionais

Esta seção é dedicada à compreensão sobre os interesses, ou sobre quais problemas foram mais interessantes aos atores, a ponto de produzirem ideias, ou soluções capazes de sobreviver ao processo político e se traduzirem nos termos que formam o conteúdo

dos atos internacionais, estudado na seção seguinte. É de sua responsabilidade expor quais são as dimensões quantitativas e geográficas dos regimes formados pelos atos internacionais firmados pelo governo brasileiro com os governos dos demais Estados da América do Sul, em matéria de saúde e vigentes até a data do último levantamento em cada mecanismo de busca. Identificar quais são os regimes significa perguntar “o que esses atos internacionais positivam?”, enquanto identificar as dimensões quantitativas, geográficas, e os espaços institucionais onde eles nasceram significa perguntar “quem está preocupado em positivar isso?”.

Cabe informar que o banco de dados que embasará as lições seguintes foi construído com base em critérios específicos, e, por isso, é constituído de limites, em certa medida, bem definidos. Nesse sentido é relevante esclarecer como são construídas as fronteiras do campo onde se deu o trabalho, ou na metáfora de Rebecca Lemos Igreja³⁵, da “aldeia”. Em primeiro lugar, o presente trabalho se dispõe ao estudo dos atos internacionais firmados pelo governo brasileiro com os governos dos demais países da América do Sul, que positivam ações concretas em direção ao desenvolvimento em termos de saúde, ou seja, estão excluídos atos internacionais como declarações conjuntas que contenham, apenas, informações superficiais sobre saúde, por exemplo, congratulações ou objetivos muito abrangentes e abstratos. Em segundo lugar, esses atos positivam a saúde humana e pública, bem como o fortalecimento de instituições e ações de capacitação que possuem enfoque principal sobre esta, de maneira que atos referentes à sanidade animal e vegetal também estão excluídos, ainda que se reconheça que estes possuam certo grau de influência sobre a mesma.

Ainda, outra informação relevante refere-se ao fato de que se desenha um contexto em que diversos atos não necessitaram de ratificação, por não implicarem qualquer compromisso de transferência de recursos financeiros entre as Partes ou qualquer outra atividade gravosa aos respectivos patrimônios nacionais³⁶. Ou-

³³ KINGDON, John Wells. Juntando as coisas. In: SARAVIA, E. FERRAREZI, E. (org.). Políticas Públicas – Coletânea. Brasília: ENAP, 2006. p. 225-246. v. 1.

³⁴ YIN, Robert. Estudo de caso: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

³⁵ IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: Machado, Máira Rocha (org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 11-37.

³⁶ Como elenca o artigo III, inciso 3, do Ajuste complementar ao Acordo de Cooperação Técnica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina para implementação do projeto “Fortalecimento do programa de controle da

tros, ainda, contêm artigos que diminuiriam a força jurídica desses instrumentos normativos, pois segundo seus próprios termos, não geram obrigações ou responsabilidades jurídicas internacionais para nenhum Governo³⁷. Enquanto alguns atos multilaterais, notadamente mercossulinos, contêm cláusulas em que consta a sua não necessidade de incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados Partes, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL³⁸, ainda que de várias maneiras eles não se restrinjam a essa função.

Nenhuma das condições acima citadas implicou a exclusão de atos internacionais da aldeia, justamente pelas ideias que a desenharam, pois, se o fim da cooperação estruturante é penetrar na membrana estatal produzindo abordagens autônomas de valores compartilhados, então, pode-se afirmar que as ratificações, por exemplo, “não são o ‘momento mágico’ de aceitação das normas de direitos humanos. Pelo contrário, a ratificação é um ponto no processo mais amplo de incorporação”³⁹. Aqui “a ratificação pode representar a iniciação, a culminação ou a reconfiguração de uma luta política doméstica”⁴⁰. Ou seja, mesmo normas que não necessitam de ratificação têm espaço na aldeia em que se poderá ou não encontrar cooperação estruturante, isto porque, mesmo atos internacionais sem força jurídica vinculante, ao receberem publicidade internacional, têm repercussão política, e contribuem para o poder de compelir do direito internacional.⁴¹

dengue”, bem como muitos outros atos internacionais.

³⁷ Como no caso da cláusula quarta do Memorando de Entendimento entre o Ministério da Saúde da República Federativa do Brasil e o Ministério da Saúde Pública e Assistência Social da República do Peru na área da Saúde, e de outros atos internacionais.

³⁸ Como no caso do artigo 3º da Decisão nº 16/12, do Conselho do Mercado Comum, referente a Rede de pontos focais de saúde para a prevenção e o combate à falsificação de medicamentos e produtos médicos no Mercosul. Além de outros atos internacionais do Mercosul.

³⁹ GOODMAN, Ryan.; JINKS, Derek. Measuring the Effects of Human Rights Treaties. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 1, p. 171-183, 2003. p. 173.

⁴⁰ GOODMAN, Ryan.; JINKS, Derek. Measuring the Effects of Human Rights Treaties. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 1, p. 171-183, 2003. p. 174.

⁴¹ TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

3.1 O acervo bilateral

Sobre os atos bilaterais em saúde, a coleta de dados e documentos se deu no site da Divisão de Atos Internacionais “Concórdia”, do Ministério das Relações Exteriores do Brasil (MRE), e no site do Ministério da Saúde do Brasil (MS), mais especificamente na sua Assessoria Internacional (AISA). No primeiro, objetivando a maior completude possível, a busca se deu sem o uso de marcadores temáticos, apenas de vigência, país a país, todos os 11 demais componentes independentes da América do Sul, de maneira que foram identificados 1681 atos em vigor, e destes, 119 são em saúde, seja por completo — portanto estritos em saúde — ou em alguns artigos — portanto atos internacionais de caráter incidental em saúde.

Foram as buscas iniciais no MRE somadas à leitura da obra de Torronteguy⁴², os responsáveis por demonstrar que atos mais abrangentes, ou de temáticas em sua maioria sociais, poderiam conter artigos referentes à saúde. Para organizar esses dados e compreender de fato a maior quantia possível de ações concretas em saúde no âmbito da América do Sul, foram desenvolvidos os conceitos de ato internacional “estrito” e “incidental” em saúde. Estrito é todo ato cujo objetivo maior é regular um tema de saúde, enquanto incidental é aquele ato que positiva ação concreta na temática, ou que impacta, diretamente, a temática de saúde em algum de seus artigos, apesar de seu objetivo maior não ser essa temática.

Isso não significa, cabe ressaltar, que os atos incidentais em saúde, analisados aqui, abordam os determinantes sociais em saúde, que foram estudados de forma profícua na obra de Torronteguy⁴³ — na qual seu objeto são os atos em saúde firmados pelo governo brasileiro com os governos dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa —, significa, apenas, que ações em saúde estão contidas em alguns artigos de alguns atos que se referem, por exemplo, ao uso pacífico da energia nuclear⁴⁴.

⁴² TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁴³ TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁴⁴ Como por exemplo no artigo 1º, inciso iii, do Protocolo adi-

Além disso, os 69 ajustes complementares que constam entre esses 119 atos advêm de 12 acordos-quadro distintos, que não são considerados durante a classificação de regimes temáticos ou de categorias de cooperação estruturante. Isto porque 11 desses atos versam sobre a abertura daquilo que seriam programas de cooperação técnica, científica, ou tecnológica, e, apenas, um deles, de cooperação técnica com a Argentina, dispõe de áreas temáticas prioritárias, e entre elas a saúde. Os outros 10 acordos quadro, mais um com a Argentina, e um com cada um dos demais países independentes da América do Sul, com exceção do Chile, dispõem das possíveis formas de cooperação, mas não de áreas prioritárias, portanto, eles nem mesmo são incidentais em saúde, segundo a classificação proposta por esse trabalho.

Outro fator que torna os acordos-quadro menos importantes para fins de levantamento é que, de maneira geral, as condições propostas por eles, e que poderiam ser objeto de quantificação, se repetem ou são especificadas nos ajustes complementares, e já serão, então, abrangidas neste trabalho. Completando esses 12, e de ordem distinta dos demais, é o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai para permissão de residência, estudo e trabalho a nacionais fronteiriços brasileiros e uruguaios, de onde advém o ajuste complementar entre esses mesmos governos para a prestação de serviços de saúde.

Na prática, os acordos-quadro se apresentam como aquilo que, metaforicamente, seria o “manual”, no qual consta como devem ser escritos ajustes complementares, e estes, ao menos os aqui abordados, acrescem suas cláusulas, mas não as deixam de repetir. E, apesar de os acordos-quadro não receberem maior tratamento nessa empreitada científica, eles serão importantes durante uma possível próxima fase de estudos de caso sobre cada regime temático específico. Aqui, ainda, eles fornecem uma lição, que importa às preocupações com a prática brasileira e sul-americana da cooperação internacional, de maneira geral. Pois, apesar da cooperação horizontal, ou Sul-Sul, ser em sua origem referida pela Organização das Nações Unidas, como Cooperação Técnica entre Países em Desenvolvimento (CTPD), 5

cional ao Acordo de cooperação para o desenvolvimento de energia nuclear para fins pacíficos em matéria de reatores, combustíveis nucleares, abastecimento de radioisótopos e radiofármacos, e de gestão de resíduos radiativos, firmado entre o Brasil e a Argentina.

desses 11 acordos-quadro que versam sobre abertura de programas de cooperação técnica, científica ou tecnológica, versam sobre outra modalidade que não a técnica, demonstrando nuances de maior autonomia e reconhecimento entre os países do Sul.

No caso do segundo site, do Ministério da Saúde, as listas de atos em saúde algumas vezes informam um link para o documento, e outras vezes um link para a página do ato internacional referido na plataforma Concórdia. Dessa forma, para lidar com as divergências entre os dados, conformou-se a máxima de que todos os atos internacionais colhidos deveriam estar em vigor segundo o MRE até o dia 06 de junho de 2018, último acesso em ambos os sites. Nesse sentido, todo ato em saúde — salvo as delimitações temáticas e de ação — que consta vigente no banco de dados do MRE, faz parte do banco de dados do presente trabalho, independente do seu status pelo MS.

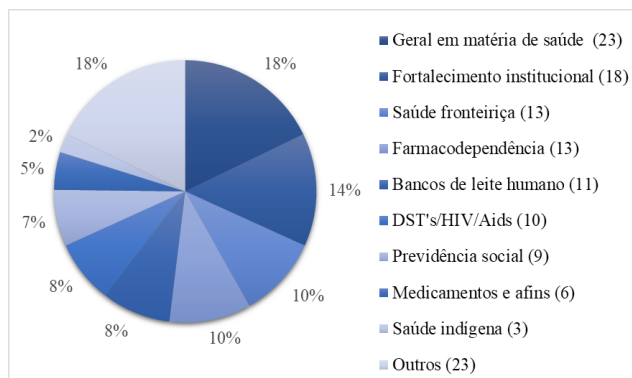
Assim, no site do MS haviam 98 atos internacionais referentes à região da América do Sul, e 10 deles fazem parte do banco de dados final do presente trabalho. Desses 10 atos, que apenas constam no MS, e que lá estão vigentes, assim como no MRE, 9 são denominados como interinstitucional, firmados diretamente entre Ministérios ou Ministros da Saúde, e não por Ministérios ou Ministros de Relações Exteriores, ou ainda, representantes desse Ministério ou do Governo de maneira geral, e 1 envolve “diretamente” o Governo, o que, em algum grau, poderia explicar porque são exclusivos desse site.

Por fim, o acervo de atos bilaterais em saúde deste trabalho é composto por 129 atos internacionais estritos e incidentais em saúde, excluídos os acordos-quadro, pelos motivos citados anteriormente. E, com base nesse acervo, consegue-se averiguar a existência de, pelo menos, 9 regimes temáticos densos, ou seja, com 3 ou mais atos internacionais. Agrupados de acordo com a temática principal, ou a principal preocupação, descrita normalmente nos seus títulos ou primeiros artigos, com exceção do regime Geral em matéria de saúde, que corresponde àqueles acordos cujas disposições impactam de maneira geral a temática de saúde, ou regulam mais de duas ações concretas em saúde, geralmente em vários artigos distribuídos pelo corpo do tratado.

Os 9 regimes temáticos são: geral em matéria de saúde (23 atos), Fortalecimento institucional (18 atos), Saúde fronteiriça (13 atos), Farmacodependência (13 atos),

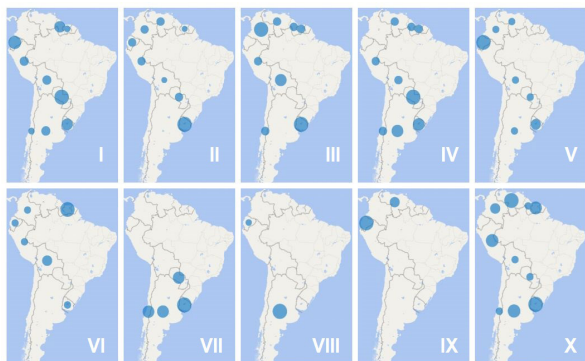
Bancos de leite humano (11 atos), DST/HIV/Aids (10 atos), Previdência social (9 atos), Medicamentos e afins (6 atos), Saúde indígena (3 atos). E, além deles, há uma categoria, Outros (23 atos), que reúne regimes com menor densidade de atos internacionais, agrupados pelos mesmos critérios dos regimes anteriores — com exceção do Geral em matéria de saúde —, são eles: Doença de Chagas (2 atos), Leishmaniose (2 atos), Saúde em meios tropicais (2 atos), Biotecnologia (2 atos), Saúde e segurança no trabalho (2 atos), Medicina nuclear (2 atos), Surtos epidêmicos e pandêmicos (2 atos), Dengue (1 ato), Cólera (1 ato), Hidatidose (1 ato), Complexo Industrial da Saúde (1 ato), Transplante de órgãos e tecidos (1 ato), Vigilância e controle de resíduos e contaminantes em alimentos (1 ato), Pesquisa em saúde (1 ato), Soro antiofídico (1 ato), Tratamento médico de pacientes guianenses em hospitais brasileiros (1 ato). Todos esses reunidos no gráfico abaixo, seguido do gráfico que demonstra as dimensões geográficas de cada um.

GRÁFICO 1 – Regimes temáticos formados pelos atos bilaterais em saúde firmados pelo governo brasileiro com os demais governos da América do Sul: a dimensão quantitativa (129 atos internacionais)



Fonte: autores

GRÁFICO 2 – As dimensões geográficas dos regimes temáticos bilaterais em saúde Brasil-América do Sul



Fonte: autores

A disposição dos regimes temáticos, no gráfico 2, corresponde à mesma disposição do gráfico 1: Geral em matéria de (I), Fortalecimento institucional (II), Bancos de leite humano (III), Medicamentos e afins (IV), DST/HIV/Aids (V), Saúde fronteiriça (VI), Farmacodependência (VII), Previdência social (VIII), Saúde indígena (IX), e Outros (X).

A quantificação do acervo de atos bilaterais coletado, apresentada no gráfico 1, demonstra a existência de, pelo menos, 9 regimes temáticos densos dedicados à efetivação do direito humano à saúde, agrupados durante a análise inicial dos documentos, bem como de um regime Outros, marcado por 16 temáticas diferentes, em menores dimensões. Entre os regimes temáticos densos, está o regime de Fortalecimento institucional, o segundo maior, e que parece ser a representação fidedigna da cooperação estruturante em saúde, envolvendo instituições estruturantes, com o objetivo de fortalecê-las. E, em termos de dimensões geográficas, apresentadas no gráfico 2, o parceiro com o qual esse regime temático ganha maior densidade, 6 atos, é o Uruguai, seguido de Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, e Venezuela, com 2 atos cada, e de Bolívia e do Suriname, com 1 ato cada. Nota-se algum grau de concentração da prática, e a falta da Argentina, a segunda maior economia da região, nesse regime. Informações que, talvez, caibam às lições futuras.

3.2 O acervo multilateral

Sobre os atos multilaterais, foram considerados os atos criados no âmbito das duas organizações sul-americanas que incluem o Brasil e apresentam algum tipo de interesse em positivar questões de saúde: o Mercosul e a Unasul. Mas é importante salientar que toda a construção teórica e revisão bibliográfica teve como objeto a cooperação estruturante em saúde, enquanto objeto de política externa ou ferramenta dos países em desenvolvimento para a efetivação de direitos humanos. E que, nesse sentido, quando a pesquisa se volta para o acervo das instituições sul-americanas para buscar atos internacionais multilaterais, ela tem uma delimitação específica: apesar dessas instituições serem notadamente voltadas à integração, são buscados atos de cooperação formados no âmbito dessas instituições, e para tanto elas são vistas como fóruns, onde os temas são debatidos e acordos são firmados.

Ou seja, foram considerados, apenas, aqueles atos que envolviam ação direta das instituições nacionais, e não da instituição internacional propriamente dita. A exemplo estão os mecanismos de articulação, os mecanismos de notificação obrigatória sobre doenças, o intercâmbio de informação e as redes, firmados por atos internacionais das instituições em questão, mas que são objeto de instituições nacionais. Esses exemplos não produzem resultados integrados, nem são realizados por órgãos internos à instituição internacional com os fundos elencados pelos Governos. Ou seja, o ato é firmado na ou pela instituição, mas o poder de realizá-lo não depende (exclusivamente) dela. Nessa perspectiva a cooperação internacional é vista como um processo que conserva, e até mesmo aumenta, as funções referentes ao Estado nacional, e não a transferência dessas para o âmbito regional, e a “consequente diminuição da margem de ação nacional autônoma”⁴⁵, como se propõe a integração.

Além de enfoque sobre a saúde humana e pública, e do aspecto de cooperação, esse acervo conta com uma nova delimitação. Ocorre que boa parte da normativa em saúde do Mercosul se trata de atos internacionais que têm por objeto a harmonização de normas sanitárias visando à liberalização comercial, que também é um processo que demanda a ação de instituições nacionais, e que não resulta em fins integrados. No entanto, esses atos não foram incluídos. Isto porque a quantidade de atos internacionais nessa temática não só é grande, como demanda um trabalho sistemático, pois eles parecem ser substituídos com maior frequência, e se referem a variados tipos de produtos, como cosméticos e produtos alimentícios.

Os produtos aos quais se referem esses atos podem incidir sobre a saúde humana, mas povoariam esse acervo com grande número de atos incidentais em saúde, em temáticas muito periféricas àquela que é o foco dessa empreitada, que alterariam as respostas para as perguntas feitas inicialmente. Além disso, documentos ligados, principalmente, a questões de comércio foram excluídos anteriormente, em trabalho que também visava compreender a normativa em saúde destas instituições⁴⁶.

⁴⁵ VIGEVANI, Tullo; RAMANZINI JUNIOR, Haroldo. Autonomia, integração regional e Política Externa Brasileira: Mercosul e Unasul. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 517-552, abr./jun. 2014. p. 519.

⁴⁶ PITTAS, Tiago Mocellin. O estado da cooperação em saúde:

Tiago Pittas⁴⁷ conduziu um estudo empírico que englobava toda a normativa em saúde das duas instituições sul-americanas aqui estudadas, e, portanto, também abrangeu documentos que produzem resultados integrados. Segundo o autor, no caso do Mercosul, “em relação aos documentos que possuem foco principalmente apontado para a preocupação com o tema da saúde pública, sem considerar aqueles essencialmente ligados a padrões de comércio, o número é de aproximadamente 80 até 2013”⁴⁸. Enquanto “um diagnóstico inicial de documentos gerais, declarações, acordos, comunicados e protocolos realizados no âmbito da Unasul envolvendo a temática da saúde, até o ano de 2013, aponta para cerca de 92 documentos elaborados”⁴⁹.

No caso da busca no site brasileiro do Mercosul, também sem marcadores temáticos, foram excluídas Diretrizes do Conselho de Comércio do Mercosul (CCM), por tratarem, essencialmente, de temas de comércio, e Recomendações do Conselho do Mercado Comum (CMC), dado que elas não apresentaram ações concretas em saúde. Na aba “Decisões”, haviam 1.035 atos, entre eles: Decisões e Recomendações do CMC, além de Protocolos, Memorandos de Entendimento, e Acordos, firmados de 1991 a 2017, destes, 4 Decisões referem-se à cooperação em saúde e estão vigentes, e, portanto, fazem parte do banco de dados total aqui analisado. Em relação as 1.767 Resoluções do Grupo Mercado Comum (GMC), firmadas entre 1991 e 22 de junho de 2018 — data do último acesso —, 5 referem-se à cooperação em saúde e estão vigentes. De forma que 9 atos dos 2802 atos internacionais do Mercosul acessados fazem parte do banco de dados aqui estudado.

No caso da segunda instituição, o site oficial da Unasul possui organização confusa e de difícil acesso, sem delimitações de qualquer tipo, o banco de dados é constituído de uma lista de várias páginas, contendo links diretos para 1.118 documentos, em sua maioria es-

Brasil, Mercosul e Unasul. Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais, João Pessoa, v. 3, n. 6, p. 138-162, 2016.

⁴⁷ PITTAS, Tiago Mocellin. O estado da cooperação em saúde: Brasil, Mercosul e Unasul. Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais, João Pessoa, v. 3, n. 6, p. 138-162, 2016.

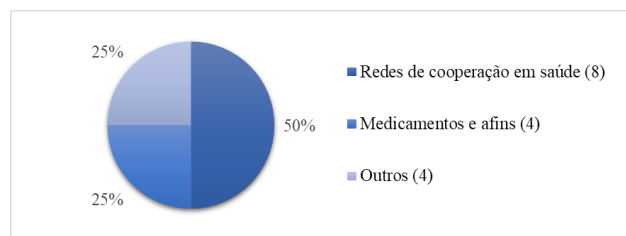
⁴⁸ PITTAS, Tiago Mocellin. O estado da cooperação em saúde: Brasil, Mercosul e Unasul. Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais, João Pessoa, v. 3, n. 6, p. 138-162, 2016. p. 152.

⁴⁹ PITTAS, Tiago Mocellin. O estado da cooperação em saúde: Brasil, Mercosul e Unasul. Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais, João Pessoa, v. 3, n. 6, p. 138-162, 2016. p. 154.

caneados, e com títulos não padronizados. Nesse caso optou-se por preencher o filtro “Contenido (Palabra o frase)”, disponível em “Búsqueda de documentos”, com a palavra “salud”, surgindo, então, uma nova lista com 277 registros, entre atas de reuniões, resoluções de diferentes Conselhos e decisões do Conselho de Chefas e Chefes de Estado e Governo. A respeito desses documentos, 7 referem-se à cooperação em saúde: 3 são Resoluções do Conselho de Ministras e Ministros de Relações Exteriores, 3 são Resoluções do Conselho de Saúde Sul-Americano, e 1 é Decisão do Conselho de Chefas e Chefes de Estado e Governo. A vigência deles não consta em nenhum lugar no site. A exceção aberta a esses atos internacionais, dada a falta de informação sobre a vigência dos mesmos, se deu em função da Unasul ser reconhecida como responsável por outras representações fidedignas do conceito de cooperação estruturante em saúde⁵⁰, sobre as quais a análise é relevante no contexto do presente estudo.

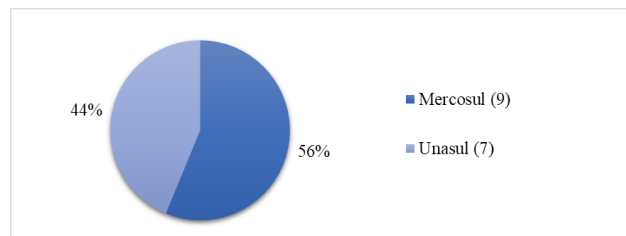
Desse segundo acervo, formado por 16 atos internacionais, pode-se averiguar a existência de, pelo menos, 2 regimes temáticos densos: Redes de cooperação em saúde (8 atos) e Medicamentos e afins (4 atos). Além da categoria Outros (4), que reúne os regimes temáticos de cooperação com menor densidade em atos internacionais nas instituições sul-americanas das quais o Brasil faz parte: Mecanismo de Articulação para a Atenção a Mulheres em situação de Tráfico Internacional (1 ato), Síndrome Respiratória Aguda Grave (1 ato), Assistência humanitária e saúde (1 ato), Plataforma de intercâmbio de experiências e assistência técnica para prevenção e controle de câncer de colo de útero na América do Sul (1 ato). Os gráficos a seguir reúnem essas informações em termos quantitativos e as localizam em termos de espaços institucionais.

GRÁFICO 3 – Regimes temáticos formados pelos atos multilaterais em saúde firmados pelas instituições sul-americanas das quais o Brasil faz parte



Fonte: autores

GRÁFICO 4 – Os espaços institucionais onde se formam os regimes temáticos multilaterais em saúde Brasil-América do Sul



Fonte: autores

A quantificação do acervo de atos multilaterais coletado, apresentada no gráfico 3, demonstra a existência de 2 regimes temáticos densos, e uma categoria “Outros”. O maior deles, intitulado “Redes de cooperação em saúde”, trata da construção de redes de cooperação entre instituições de saúde, estruturantes e nacionais, para fins específicos. Essas redes são, para Ferreira e Fonseca⁵¹, estratégias de potencialização da cooperação estruturante em saúde. As da Unasul já possuem certo reconhecimento⁵², mas a novidade é que há também duas Redes criadas no âmbito do Mercosul — positivas em 3 atos internacionais — uma de institutos de pesquisa em biomedicina, e uma de pontos focais de saúde para a prevenção e o combate à falsificação de medicamentos e produtos médicos. Esse regime, assim como o regime temático de Fortalecimento institucional no acervo bilateral, se apresenta, ao menos de maneira documental, como uma demonstração fidedigna da abordagem da cooperação estruturante em saúde.

Em termos de espaços institucionais, o regime de Redes de cooperação em saúde se mostra mais denso na Unasul, com 5 redes, sendo elas, de formação de pessoal para os sistemas de saúde, de oficinas de relações

⁵⁰ BUSS, Paulo Marchiori.; FERREIRA, José Roberto. Cooperação e integração regional em saúde na América do Sul: a contribuição da Unasul Saúde. Revista Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, p. 2699-2711, jun. 2011.

⁵¹ FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. Cooperação estruturante, a experiência da Fiocruz. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 22, n. 7, p. 2129-2133, jul. 2017.

⁵² BUSS, Paulo Marchiori.; FERREIRA, José Roberto. Cooperação e integração regional em saúde na América do Sul: a contribuição da Unasul Saúde. Revista Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, p. 2699-2711, jun. 2011.

internacionais e cooperação internacional em saúde, de prevenção da dengue, de escolas de saúde pública, e de investigação para o desenvolvimento tecnológico, transferências de tecnologia, controle e vigilância epidemiológica de enfermidades transmitidas por vetores. Além disso, os atos firmados no âmbito da Unasul determinam instituições estruturantes específicas e ligações entre as diversas redes, um aspecto não tão bem desenvolvido no Mercosul.

4 O desenho das soluções: as possibilidades de efetivação estruturante nos regimes temáticos

Esta seção tem a função de analisar o conteúdo dos atos internacionais que formam o banco de dados final, com 145 atos internacionais, a fim de compreender quais ideias sobreviveram aos processos políticos e transformaram-se em soluções para os problemas pelos quais os atores demonstraram interesses, e que constituem os regimes temáticos acima apresentados. Essa análise representa a seguinte questão: “como se pretende efetivar o que foi positivado?”, e é ela a responsável por esclarecer as possibilidades de efetivação estruturante presentes ou não nos regimes temáticos.

A presença de instituições estruturantes representa um elemento de alta relevância, assim como a ideia do fortalecimento dessas instituições, para situar algum regime no âmbito da cooperação estruturante em saúde, e são, portanto, categorias analisadas. Mas, para identificar, de maneira mais ampla, as possibilidades de efetivação estruturante, ou seja, averiguar se a prática brasileira da cooperação estruturante em saúde conseguiu transbordar para regimes que não realizem especificamente a sua agenda, é preciso um outro grupo mais abrangente de categorias e a sua quantificação. Essas categorias foram escolhidas tendo por base a obra de Torronteguy⁵³, comparada às ideias sobre cooperação estruturante em saúde presentes nas obras de Almeida et al.⁵⁴, Buss e

Fonseca⁵⁵, e Ferreira e Fonseca⁵⁶.

Visando compreender os níveis de horizontalidade e democratização da cooperação internacional, que, segundo ele, “são dois movimentos necessários para que a cooperação seja uma efetiva garantia do direito humano à saúde”⁵⁷, Torronteguy⁵⁸ selecionou as seguintes categorias para analisar os atos internacionais firmados pelo Brasil com os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa, em matéria de saúde: “informação sobre vigência, objetivos da cooperação, horizontalidade da relação bilateral, forma de avaliação das atividades, possibilidade de triangulação ou obtenção de financiamento junto a outros atores”⁵⁹.

Ainda, as conclusões empíricas do autor somam a questão da participação da sociedade civil organizada, enquanto uma tendência na prática brasileira, importante à formatação de uma cooperação internacional mais democrática; enquanto a sustentabilidade é vista como um desafio para um modelo de cooperação Sul-Sul que abranja os valores da horizontalidade e de maior democracia. Para ele,

sustentabilidade, no contexto da cooperação internacional, pode ser lida como temporariedade, a fim de que o Estado recebedor da ajuda, com o tempo, prescindia da ajuda estrangeira e tenha, nas suas próprias instituições, condições de desenvolver suas capacidades nacionais⁶⁰.

Como elementos capazes de indicar horizontalidade o autor reconheceu:

de Janeiro, v. 4, p. 25-35, mar. 2010

⁵³ BUSS, Paulo Marchiori; FONSECA, Luiz Eduardo. Diplomacia e cooperação em saúde: Uma perspectiva da Fiocruz. In: ALMINO, J; LIMA, S. E. M. (org). 30 anos da ABC: visões da cooperação técnica internacional brasileira. Brasília: FUNAG, 2017.

⁵⁴ FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. Cooperação estruturante, a experiência da Fiocruz. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 22, n. 7, p. 2129-2133, jul. 2017.

⁵⁵ TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. 355 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 247.

⁵⁶ TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁵⁷ TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. 355 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 178.

⁵⁸ TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. 355 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 252.

⁵³ TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. 355 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁵⁴ ALMEIDA, Celia; CAMPOS, Rodrigo Pires de; BUSS, Paulo; FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. A concepção brasileira de cooperação Sul-Sul estruturante em saúde”. Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde, Rio

coordenação conjunta dos programas e projetos de cooperação, necessidade de consenso para tornar públicos documentos da cooperação, ausência de condicionalidades, não verificação de seletividade, inexistência de endividamento, estabelecimento de mecanismos de consultas políticas⁶¹.

A apropriação das categorias selecionadas por Torronteguy⁶² para analisar o acervo normativo em saúde na América do Sul consiste não apenas nas semelhanças entre os objetivos das empreitadas, mas também no fato de que essas categorias foram englobadas pela abordagem da cooperação estruturante em saúde desde a sua primeira definição⁶³ até as considerações atuais sobre ela. Pois, se ela busca promover o diálogo entre os atores, ampliar as relações horizontais⁶⁴, e promover um caminho possível para a equidade nos países em desenvolvimento⁶⁵, então ela almeja horizontalidade e aumento da democracia. Da mesma forma, se o fim da cooperação estruturante em saúde é possibilitar que esses atores sejam suficientemente fortes para formular autonomamente uma agenda para o desenvolvimento em saúde⁶⁶, então, ela também está interessada em promover a sustentabilidade.

Aqui as categorias de Torronteguy⁶⁷ foram agrupadas da seguinte forma: para refletir sobre a horizontalidade foram elencados cinco indicadores, o primeiro,

denominado posição na relação, reúne a perspectiva de horizontalidade na relação bilateral e a coordenação conjunta de programas e projetos de cooperação, anteriormente citadas. O segundo são os encargos financeiros, que ao questionarem quem arca com os custos da cooperação também informam sobre a existência de endividamento ou não. O terceiro é a necessidade de consenso para tornar públicos os documentos da cooperação. O quarto indicador de horizontalidade se refere aos mecanismos de consulta política, que reúnem tanto a necessidade de diálogo entre as partes para interpretar os tratados, elencadas por Torronteguy, e, para emendá-los, interpretada pelos autores do presente trabalho. O quinto é a sustentabilidade.

Para refletir sobre a legitimidade democrática, foram escolhidos dois indicadores: primeiro as formas de avaliação, que abrangem avaliação e monitoramento, elencadas por Torronteguy, e segundo, a triangulação, também elencada pelo autor, que reúne a perspectiva da triangulação, da obtenção de financiamento juntamente a outros atores, e a participação da sociedade civil organizada, representada pela presença ou não de Organizações Não Governamentais (ONG's). Enquanto a informação sobre a vigência fora respondida anteriormente neste estudo, os objetivos da cooperação serviram de base para a classificação dos regimes, e não foram observadas condicionalidades durante a análise qualitativa.

Quanto à seletividade, o que poderia chegar mais próximo desse indicador seria a ausência da Argentina no regime de fortalecimento institucional, que, por ser um país cujas dimensões, principalmente econômicas, estão mais próximas do Brasil que os demais, pode representar alguma interpretação de que o fortalecimento institucional seja dispensável — uma visão que pode ser duramente criticada se ele for encarado como troca e não como ajuda. Dessa forma, todos os indicadores pensados por Torronteguy⁶⁸ foram absorvidos, de alguma maneira, pelo presente estudo.

Da seleção do primeiro grupo de categorias — a presença de instituições estruturantes e a ideia de fortalecimento das mesmas — resultou uma lição relevante: bebendo da mesma ideia do fortalecimento institucional está a ideia de fortalecimento setorial, que diferen-

⁶¹ TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. 355 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 253.

⁶² TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. 355 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁶³ ALMEIDA, Celia; CAMPOS, Rodrigo Pires de; BUSS, Paulo; FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. A concepção brasileira de cooperação Sul-Sul estruturante em saúde”. Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde, Rio de Janeiro, v. 4, p. 25-35, mar. 2010

⁶⁴ BUSS, Paulo Marchiori; FONSECA, Luiz Eduardo. Diplomacia e cooperação em saúde: uma perspectiva da Fiocruz. In: ALMINO, J; LIMA, S. E. M. (org). 30 anos da ABC: visões da cooperação técnica internacional brasileira. Brasília: FUNAG, 2017.

⁶⁵ FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. Cooperação estruturante, a experiência da Fiocruz. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 22, n. 7, p. 2129-2133, jul. 2017.

⁶⁶ ALMEIDA, Celia; CAMPOS, Rodrigo Pires de; BUSS, Paulo; FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. A concepção brasileira de cooperação Sul-Sul estruturante em saúde”. Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde, Rio de Janeiro, v. 4, p. 25-35, mar. 2010.

⁶⁷ TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010

⁶⁸ TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

te do primeiro, no qual são agrupados atos que tratam do fortalecimento de uma instituição de maneira geral, trata de fortalecer instituições, ações ou programas, em uma matéria ou capacidade específica, por exemplo, um projeto para o fortalecimento em atenção integral e vigilância epidemiológica em DST/HIV/AIDS na Bolívia⁶⁹. O fortalecimento setorial permeia regimes nas seguintes dimensões:

TABELA 1 – Fortalecimento setorial em regimes bilaterais

Regime temático bilateral	Atos com fortalecimento setorial
Geral em matéria de saúde (23)	3
Fortalecimento institucional (18)	9
Saúde fronteiriça (13)	0
Farmacodependência (13)	0
Bancos de leite humano (11)	11
DST/HIV/Aids (10)	7
Previdência social (9)	0
Medicamentos e afins (6)	1
Saúde indígena (3)	2
Outros (23)	9

Fonte: autores

TABELA 2 – Fortalecimento setorial em regimes temáticos multilaterais

Regime temático multilateral	Atos com fortalecimento setorial
Redes de cooperação em saúde (9)	7
Medicamentos e afins (4)	0
Outros (3)	1

Fonte: autores

As tabelas, provavelmente, podem dizer mais do que lhes foi perguntado, mas elas somente são lições, quando reunidas sob a forma de respostas às perguntas anteriores à produção delas, quando servem a um fim. A identificação de um novo tipo de fortalecimento — setorial — ensina sobre a capacidade de pulverização da cooperação estruturante em saúde, e também sobre a agenda que o Brasil realiza no âmbito da saúde internacional. Com base no exposto nas tabelas 1 e 2, somado ao que é apresentado pela tabela a seguir, pode-se dizer que: 1. A cooperação estruturante em saúde transborda, de fato, aos demais regimes por meio de fortalecimento setorial; e 2. Ao incluir doenças específicas, notadamente as transmissíveis, o fortalecimento setorial implica a

⁶⁹ Trata-se do Ajuste complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica, Científica e Tecnológica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Estado Plurinacional da Bolívia para a implementação do projeto “Fortalecimento em atenção integral e vigilância epidemiológica em DST/HIV/AIDS na Bolívia.

realização de uma agenda mista — em parte preocupada com doenças específicas, que não são menos importantes, e em parte desenvolvendo novos modelos para tratar dos sistemas de saúde em longo prazo.

TABELA 3 – fortalecimento setorial e doenças: a agenda começa a se mostrar mista

Fortalecimento institucional (18) + Redes de cooperação em saúde (9)	Fortalecimento setorial (50)	Doenças (48)	Fortalecimento setorial em doenças (18)	Fortalecimento setorial em doenças transmissíveis (17)
18, 62% do total do total de atos que compõem regimes (145)	34, 48% do total de atos que compõem regimes (145)	33, 1% do total de atos que compõem regimes (145)	12, 41% do total de atos que compõem regimes (145)	11, 72% do total de atos que compõem regimes (145)
Juntos representam 53,1% dos atos que compõem regimes (145)			36% dos atos de fortalecimento setorial (50)	34% dos atos de fortalecimento setorial (50)

Fonte: autores

Juntos, os regimes de Fortalecimento institucional e o de Redes de cooperação em saúde, somados aos atos de fortalecimento setorial pulverizados nos regimes, representam 53,1% dos atos que compõem regimes, enquanto as Doenças se espalham por 33,1% dos atos que compõem regimes, incluindo as vezes em que são tratadas por meio de fortalecimento setorial, a exemplo do caso de 7 de 10 atos que compõem o regime de DST/HIV/Aids. Dessa forma, a capacidade de pulverização do fortalecimento setorial equilibra a concentração do regime de Fortalecimento institucional no Uruguai, exposta no gráfico 2.

Ainda, apesar de o regime de Saúde fronteiriça expor muito do que seria entendido como uma agenda Norte-Sul, ou vertical, de preocupação securitária sobre as epidemias, principalmente em atos internacionais mais antigos, mesmo assim, não são preocupações efêmeras, como são tipicamente as dessa agenda. A criação de Comissões Binacionais⁷⁰ e Grupos de Trabalho⁷¹, destinados ao estudo continuado das questões de saúde na fronteira, confirmam isso.

Do segundo grupo de categorias, inspiradas na obra

⁷⁰ Como faz o artigo I, inciso 1, do Ajuste complementar na área de saúde ao Acordo básico de cooperação técnica, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Cooperativista da Guiana.

⁷¹ Como faz o artigo I, inciso 2, do Acordo interinstitucional internacional subscrito entre o Ministério da Saúde da República Federativa do Brasil e o Ministério da Saúde do Estado Plurinacional da Bolívia em matéria de cooperação em saúde na fronteira.

de Torronteguy⁷², que somente atingiram capacidade de tratamento nos regimes bilaterais, resultaram as seguintes tabelas. Capazes de inspirar algumas lições.

TABELA 4 – Indicadores de horizontalidade da cooperação internacional (parte 1)

Indicadores de horizontalidade						
Posição na relação			Encargos financeiros			
Mesma função	Brasil capacita	Inconclusivos	Sem	Divididos	Brasil mais	Outros
31	41	57	22	18	1	16
24,03%	31,78%	44,18%	17,05%	13,95%	0,77%	12,40%

Fonte: autores

Sobre os indicadores de horizontalidade presentes na tabela 4, é possível verificar que, em termos de posição na relação, as quantias se aproximam, mas o Brasil ainda é mais provedor que parceiro de cooperação, apesar da pequena diferença entre o número de atos em que ele divide funções semelhantes com os parceiros, e da alta quantia de atos não considerados por serem inconclusivos, por tratarem de harmonização ou coordenação, sem direcionar especificamente qual ator deverá realizar cada ação.

Os encargos financeiros, nos atos em que foram positivados, também se equilibram, e o Brasil somente é responsável por todos os gastos em um ato internacional, enquanto os outros não possuem encargos financeiros, os compartilham entre os Estados ou, ainda, dependem de negociações futuras ou das disponibilidades orçamentárias em cada tempo. Mas é importante notar que, apenas, 57 dos 129 atos internacionais que foram conferidos positivavam a questão dos encargos financeiros de alguma forma, e que 22 deles informaram não haver tais encargos. Nesse contexto cabe lembrar a lição de Flávia Piovesan sobre os direitos sociais, econômicos e culturais, e a sua condição de programáticos, segundo a abordagem do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que faz deles

direitos que demandam aplicação progressiva, já que não podem ser implementados sem que exista um mínimo de recursos econômicos disponível,

⁷² TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. 2010. 355 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

um mínimo de standard técnico-econômico, um mínimo de cooperação econômica internacional e, especialmente, uma prioridade na agenda política nacional.⁷³

TABELA 5 – Indicadores de horizontalidade da cooperação internacional (parte 2)

Indicadores de horizontalidade				
Consenso para divulgação	Mecanismos de consulta política	Sustentabilidade		
		Sim	Sim	Sim
Sim	Sim	Tipo 1	Tipo 2	Tipo 3
61	82	1	19	9
47,28%	63,56%	0,77%	14,72%	6,97%

Fonte: autores

Os indicadores, expostos na tabela 5, apresentam um cenário em que os atos que indicam a produção de relatórios para avaliação não chegam a metade dos atos que compõem regimes, mas todos que preveem algum tipo de publicação desses relatórios os vinculam à permissão explícita das Partes para a publicação dos mesmos. Uma grande quantidade de atos (63,56%) possuem mecanismos de consulta política, ou seja, vinculam a produção de emendas⁷⁴ e a resolução de dúvidas quanto à interpretação dos atos internacionais⁷⁵, ao diálogo entre as partes.

A sustentabilidade parece ser, juntamente da baixa produção de relatórios e do difícil acesso a eles pelo público, uma das deficiências mais visíveis, e foi metodologicamente dividida em 3 tipos: o tipo 1 corresponde aos atos que versam unicamente sobre sustentabilidade, o tipo 2 são atos que versam sobre dar continuidade às atividades desenvolvidas por técnicos brasileiros no

⁷³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 195.

⁷⁴ Como no caso do artigo VIII, inciso 2, do Ajuste complementar ao Acordo básico de cooperação científica e técnica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai para implementação do projeto “Apoio técnico para a expansão e consolidação da rede de bancos de leite humano do Uruguai”.

⁷⁵ Como no artigo VIII do Ajuste complementar ao Acordo básico de cooperação científica e técnica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai para implementação do projeto “Apoio técnico para a expansão e consolidação da rede de bancos de leite humano do Uruguai”.

país em questão⁷⁶, o tipo 3 são atos que versam sobre sustentabilidade e sobre a questão da continuidade ao mesmo tempo, entre os 3 tipos, o segundo é o maior e menos horizontal deles.

TABELA 6 – Indicadores de preocupação com legitimidade democrática da cooperação internacional

Indicadores de preocupação com a legitimidade democrática					
Avaliação das atividades		Triangulação			
Avaliação	Monitoramento	Sim	Sim com financiamento	Com ONG	Com ONG e financiamento
58	28	16	18	1	28
44,96%	21,70%	12,40%	13,95%	0,77%	21,70%

Fonte: autores

Os indicadores sobre preocupação com a legitimidade democrática expõem o seguinte: 86 atos internacionais preveem algum tipo de avaliação das atividades, mas, em apenas 28 deles, essas avaliações têm periodicidade, e, portanto, recebem o nome de monitoramento. Com relação à triangulação, os números demonstram que 34 atos internacionais consideram a participação de organizações e fundos internacionais, o que pode significar tanto algum grau de legitimidade democrática maior quanto de dependência. 29 atos internacionais consideram a possibilidade de participação de ONG's, o que pode representar tanto o aumento de acesso de entes não governamentais, e, portanto, da população, como a terceirização dos encargos estatais. Mas a resposta sobre o que realmente significam esses indicadores somente pode ser demonstrada por estudos de caso sobre regimes temáticos específicos e os processos causais, pelos quais eles nasceram e pelos quais eles se efetivam.

Por fim, a cooperação sul-americana em saúde, promovida pelo Brasil com os países da América do Sul, apresenta equilíbrio entre diversos indicadores, seja de horizontalidade, de legitimidade democrática, e de possibilidades estruturantes *versus* a tradicional cooperação para doenças específicas. A capacidade de pulverização da ideia de fortalecimento setorial é nítida e deve ser

valorizada, especialmente por demonstrar uma nova abordagem para doenças específicas. Assim, parece haver um processo de construção, tanto da presença de ideais Sul-Sul quanto do aumento das abordagens sustentáveis de fortalecimento. Uma construção que certamente precisa de atenção, e que não seguirá em frente sem ultrapassar diversos obstáculos atuais.

Cabe problematizar alguns pontos específicos das tabelas anteriores, que, em grande escala, se complementam. Por exemplo, o caso do consenso na publicidade dos relatórios produzidos, nos casos em que se prevê avaliação e monitoramento por meio de relatórios. Ocorre que esse consenso, apesar de demonstrar a horizontalidade entre os Estados, que precisam conceder permissão à divulgação, pouco confere à legitimidade democrática, devido ao fato de que a publicidade não é um fator considerado desde o início, e às vezes não é levada a cabo, relegando esses documentos ao desconhecimento total pela população que paga pela sua feitura ou elege representantes que votem pela sua extinção. Este é um ponto crucial quando se colocam em tela os rumos que a cooperação em saúde promovida pelo Brasil vem tomando.

Se, até 2017, o Brasil ainda firmava atos em matéria de saúde, e esta sobrevivia como um eixo importante da política externa, na atualidade, o contexto político brasileiro enfraqueceu um importante esquema cooperacional — que por não abranger as delimitações geográficas do presente estudo, não foi abordado aqui — mas que, segundo a literatura especializada, representa um aporte importante no âmbito da efetivação do direito humano à saúde, o Programa Mais Médicos. E, mais especificamente, um dos seus eixos, intitulado “Projeto Mais Médicos para o Brasil (PMMB)”, voltado à provisão emergencial de médicos em áreas vulneráveis⁷⁷, deixado por Cuba em novembro de 2018. Segundo Oliveira et al., “apenas com o Programa Mais Médicos que a provisão de médicos em áreas vulneráveis teve a magnitude e a resposta em tempo adequado para atender a demanda dos municípios brasileiros”⁷⁸.

⁷⁶ Como no artigo III, inciso 2, letra e, do Ajuste complementar ao Acordo básico de cooperação técnica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador para implementação do projeto “Apoio técnico para a expansão e consolidação da rede de bancos de leite humano no equador”, e em outros atos internacionais.

⁷⁷ OLIVEIRA, Felipe Proença de; VANNI, Tazio; PINTO, Héider Aurélio; SANTOS, Jerzey Timoteo Ribeiro dos; FIGUEIREDO, Alexandre Medeiros de; ARAÚJO, Sidclei Queiroga de; MATOS, Mateus Falcão Martins; CYRINO, Eliana Goldfarb. Mais Médicos: um programa brasileiro em uma perspectiva internacional. Interface - Comunicação, Saúde, Educação, Botucatu, v. 19, n. 54, p. 623-634, jul./set. 2015.

⁷⁸ OLIVEIRA, Felipe Proença de; VANNI, Tazio; PINTO, Héider Aurélio; SANTOS, Jerzey Timoteo Ribeiro dos; FIGUEIREDO,

Ainda, os números sobre os indicadores de posição na relação, e os resultados pouco conclusivos sobre os encargos financeiros, presentes na tabela 4, somados à questão da ausência da Argentina no regime de fortalecimento institucional elencada com base no gráfico 2, levam à necessidade de se discutirem as questões de poder e verticalidade nos esquemas de cooperação. Ocorre que, mesmo entre países em desenvolvimento, os motivos pelos quais os acordos são firmados, e os meios pelos quais tomam concretude, carecem de horizontalidade e legitimidade democrática. É nesse sentido que Torronteguy⁷⁹ desenvolve a ideia de uma verticalidade de meios para alcançar uma horizontalidade de fins, para racionalizar o cenário complexo que se apresenta na cooperação Sul-Sul: às vezes, a heterogeneidade dos países em desenvolvimento faz da verticalidade de meios, uma forma necessária à construção de capacidades, e, portanto, para atingir de fato a horizontalidade nas relações entre esses países.

Por outro lado, Dri e Pittas⁸⁰ descrevem outro processo possível, verificado na cooperação em matéria de bancos de leite humano promovida pelo Brasil: em que a maneira pela qual se dá a prática da cooperação é capaz de efetivar um fim que poderia acabar sendo secundário. A política externa dos bancos de leite humano ilustra o cenário desse esquema cooperacional, que logra êxito tanto em termos de poder quanto de saúde global, devido ao fato de ser realizado em conformidade com valores de cooperação Sul-Sul.

Ainda, Buani⁸¹ busca compreender o intercâmbio de modelos e práticas em sociedades que passaram por conflitos armados recentes, identificando diversas dificuldades na construção e fortalecimento de instituições que sejam efetivas nessas sociedades fragilizadas. Em

seu estudo, questões como o filtro cultural necessário nessas relações, e a falta de diálogo entre múltiplos modelos de inspiração importados, são centrais. Ao passo que, essa mesma ideia de colonialismo cultural e falta de diálogo horizontal é também demonstrada no estudo de Pereira⁸², que trata da cooperação internacional entre juízes.

Os processos verificados nesses estudos na área da cooperação internacional e da internacionalização do direito confirmam o que já havia sido dito anteriormente neste trabalho: ainda é preciso conhecer mais sobre a concretude dos atos internacionais estudados, adentrando na segunda dimensão da cooperação estruturante e desmembrando os processos causais em seus contextos específicos, para compreender se a cooperação estruturante em saúde é, de fato, um modelo efetivo naquilo que se propõe.

5 Considerações finais

Neste trabalho foi proposta a divisão da cooperação estruturante em saúde em duas dimensões, ambas ligadas pelo tratado internacional e desenhadas para compreender a complexidade da mensuração da efetividade do direito internacional na contemporaneidade. Na primeira dimensão, a cooperação estruturante é a soma do reconhecimento de um problema e da construção de uma solução, passando por um processo político e resultando no ato internacional. Essa dimensão, permeada de variáveis como interesses e ideias, representa um input, pelo qual a demanda por cooperação surge, e o direito humano nasce. Na segunda dimensão, o ato internacional — surgido na primeira — para se tornar efetivo, é somado às instituições domésticas, e deve resultar em políticas públicas locais. Essa dimensão é como um output, onde o ato internacional desce ao nível doméstico para ser transformado em política pública — já que ele não é peça desse jogo — e o direito humano é emancipado, virando objeto de planos de ação concretos.

Essa transformação ocorre na medida em que, para ser efetivo, o direito internacional precisa penetrar na membrana estatal e interferir no âmbito doméstico. Se,

Alexandre Medeiros de; ARAÚJO, Sidelci Queiroga de; MATOS, Mateus Falcão Martins; CYRINO, Eliana Goldfarb. Mais Médicos: um programa brasileiro em uma perspectiva internacional. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação, Botucatu*, v. 19, n. 54, p. 623-634, jul./set. 2015. p. 623.

⁷⁹ TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁸⁰ DRI, Clarissa Franzoi; PITTAS, Tiago Mocellin. O diálogo entre saúde e política externa na cooperação brasileira em bancos de leite humano. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 7, p. 2277-2286, jul. 2017.

⁸¹ BUANI, Christiani Amaral. A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito? *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 9, n. 4, p. 123-151, 2012.

⁸² PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 9, n. 4, p. 169-199, 2012.

na primeira dimensão, o direito internacional ainda é uma peça do tabuleiro internacional, sendo, portanto, ferramenta de Estados-nação, ele então necessita de alguma peça do tabuleiro doméstico que alcance os indivíduos, e essa peça é a política pública, que configura a segunda dimensão do direito internacional.

A relação entre o internacional e o doméstico, no caso da saúde global, já havia recebido ênfase anteriormente, nas palavras de Deisy Ventura, para quem,

a consolidação de uma diplomacia solidária de saúde depende tanto da prevalência da ótica dos direitos humanos sobre interesses outros de nossa política externa, como da vontade política dos governos de completar o movimento iniciado com a reforma sanitária, construindo um sistema de saúde gratuito e de qualidade, como dever do Estado, direito de todos e baliza da ação internacional do Brasil⁸³.

Assim, nesta pesquisa, foram investigados cerca de 4858 documentos de diversas plataformas oficiais que desenham o contorno da política externa brasileira, a fim de identificar os tratados internacionais capazes de estabelecer esquemas de cooperação internacional em matéria de saúde com os países da América do Sul. Nos 145 tratados selecionados para a investigação qualitativa, foram encontrados regimes temáticos dedicados à efetivação do direito humano à saúde, que buscam soluções para 31 problemas temáticos diferentes (bilaterais, incluindo o marcador “Outros”, e multilaterais), além de regimes dedicados ao fortalecimento institucional e a redes de instituições estruturantes, e possibilidades de efetivação estruturante pulverizadas em outros regimes.

A análise qualitativa encontrou uma nova abordagem da cooperação regional, em construção, que apresenta uma agenda mista, mesclando o enfoque em doenças específicas e em fortalecimento institucional. Há ainda, novas empreitadas e perguntas disponíveis e pulsando com as condições políticas atuais do Brasil e do restante do globo.

Até onde esses regimes e possibilidades são exploradas, e o direito internacional descrito por Slaughter e Burke-White⁸⁴ consegue penetrar a membrana doméstica por meio da cooperação internacional positivada

em atos internacionais, e se tornar de fato efetivo? Essa pergunta pode — e deve — ser feita mais de dez vezes, sobre mais de dez temáticas de saúde diferentes, por aqueles preocupados com o direito humano à saúde.

Referências

ALMEIDA, Celia. Saúde, política externa e cooperação sul-sul em saúde: elementos para a reflexão sobre o caso do Brasil. In: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *A saúde no Brasil em 2030 – prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: desenvolvimento, Estado e políticas de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013.

ALMEIDA, Celia; CAMPOS, Rodrigo Pires de; BUSS, Paulo; FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. A concepção brasileira de cooperação Sul-Sul estruturante em saúde”. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 25-35, mar. 2010.

BUANI, Christiani Amaral. A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 123-151, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. *Cadernos Pólis 2: Direitos Humanos e Políticas Públicas*, São Paulo, Instituto Pólis, v. 2, p. 5-16, 2001.

BUSS, Paulo Marchiori; FERREIRA, José Roberto. Cooperação e integração regional em saúde na América do Sul: a contribuição da Unasul Saúde. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, p. 2699-2711, jun. 2011.

BUSS, Paulo Marchiori; FONSECA, Luiz Eduardo. Diplomacia e cooperação em saúde: Uma perspectiva da Fiocruz. In: ALMINO, J; LIMA, S. E. M. (org). *30 anos da ABC: visões da cooperação técnica internacional brasileira*. Brasília: FUNAG, 2017.

DRI, Clarissa Franzoi. Demanda e oferta de bens públicos regionais: políticas públicas transnacionais na América do Sul? *Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais*, João Pessoa, v. 3, n. 6, p. 1-8, 2016.

DRI, Clarissa Franzoi; PITTAS, Tiago Mocellin. O diálogo entre saúde e política externa na cooperação

⁸³ VENTURA, Deisy. Saúde pública e política externa brasileira. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v.10, n. 19, dez. 2013. p. 111.

⁸⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, n. 2, jun. 2006.

- brasileira em bancos de leite humano. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 7, p. 2277-2286, jul. 2017.
- FERREIRA, José Roberto; FONSECA, Luiz Eduardo. Cooperação estruturante, a experiência da Fiocruz. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 7, p. 2129-2133, jul. 2017.
- GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. Measuring the Effects of Human Rights Treaties. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 1, p. 171-183, 2003.
- HALL, Peter Andrew. The role of interests, institutions, and ideas in the comparative political economy of industrialized nations. In: LICHBACK, M. ZUCKERMAN, A. (org.). *Comparative politics: rationality, culture and structure*. New York: Cambridge University Press, 1997.
- IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: Machado, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 11-37.
- KINGDON, John Wells. Juntando as coisas. In: SARA-VIA, E. FERRAREZI, E. (org.). *Políticas Públicas – Coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 225-246. v. 1.
- LUCAS, Douglas Cesar. Multiculturalismo e o debate entre liberais e comunitaristas: em defesa da Interculturalidade dos Direitos Humanos. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 30, n. 58, p. 101-130, jul. 2009.
- OLIVEIRA, Felipe Proença de; VANNI, Tazio; PINTO, Hêider Aurélio.; SANTOS, Jerzey Timoteo Ribeiro dos; FIGUEIREDO, Alexandre Medeiros de; ARAÚJO, Sidlei Queiroga de; MATOS, Mateus Falcão Martins; CYRINO, Eliana Goldfarb. Mais Médicos: um programa brasileiro em uma perspectiva internacional. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 19, n. 54, p. 623-634, jul./set. 2015.
- PALIER, Bruno; SUREL, Yves. Les Trois I et l'analyse de l'Etat en action. *Revue française de science politique*, Paris, v. 55, n. 1, p. 7-32, 2005.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 169-199, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PITTAS, Tiago Mocellin. O estado da cooperação em saúde: Brasil, Mercosul e Unasul. *Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais*, João Pessoa, v. 3, n. 6, p. 138-162, 2016.
- POZZATTI JÚNIOR, Ademar. *Cooperação Internacional como Acesso à Justiça nas Relações Internacionais: os desafios do direito brasileiro para a implementação de uma cultura cosmopolita*. 2015. 529 p. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.
- POZZATTI JÚNIOR, Ademar. O direito internacional entre o dever ético e a ação política: os fundamentos de um dever de cooperação internacional na filosofia política de Immanuel Kant. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 405-421, 2016.
- SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, n. 2, jun. 2006.
- TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. *O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária*. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- UNIÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS. Consejo de Salud. *Resolución 07/2009*. Guayaquil, Ecuador, 24 nov. 2009. Disponível em: http://www.rets.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/arquivos/unasul-saude_res072009.pdf Acesso em: 05 jun. 2019.
- VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 1-5, 2012.
- VENTURA, Deisy. Saúde pública e política externa brasileira. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v.10, n. 19, dez. 2013.
- VIGEVANI, Tullo; RAMANZINI JUNIOR, Haroldo. Autonomia, integração regional e Política Externa Brasileira: Mercosul e Unasul. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 517-552, abr./jun. 2014.
- YIN, Robert. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

III. RESENHAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Resenha da obra

SILVA, Waldimeiry Correa da. *Regime internacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas: avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Mércia Cardoso de Souza

Guirino Nhatave

Resenha da obra

SILVA, Waldimeiry Correa da. *Regime internacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas: avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Mércia Cardoso de Souza*

Guirino Nhatave**

Alicerçada na sua trajetória acadêmica e de militância na área de Tráfico de Pessoas e Mobilidade Humana, no âmbito transnacional, a autora professora doutora Waldimeiry Corrêa da Silva, no seu livro publicado em 2018, intitulado “**Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: Avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos**”, em 376 páginas, sistematiza a evolução histórica, conceitual, doutrinária, jurisprudencial e política que conformam a epistemologia sobre o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (ETP). Porém, denota certa complexidade no seu enfrentamento, uma vez que esta questão deve incorporar as perspectivas de política criminal, de gênero, de direitos humanos, de moral, migratória, de ordem pública, de garantia de trabalho digno e respeito aos direitos fundamentais. Evidencia-se, portanto, que a autora trata o tráfico de pessoas como um tema multifacetado.

Os enfoques acima, segundo a autora, quando trabalhados de forma isolada, tendem a responder um interesse específico que não reflete a multidimensionalidade do fenômeno de Tráfico de Seres Humanos (TSH), por essa razão, propõe que sejam trabalhados de forma sinérgica para um enfrentamento eficaz e que objetiva a emancipação¹ das pessoas afetadas pelo TSH, partindo da tese de que o enfoque dos direitos humanos, ainda que utilizado em diferentes etapas do ETP, encontra-se em um estado anestésico, por romper a ordem internacional e todo um sistema internacional que garanta sua proteção, aliado ao fato do TSH (por se tratar de um evento clandestino, de natureza complexa e multifacetada), ainda se encontrar invisibilizado e subnotificado socialmente.

O estudo parte de um enfoque multidisciplinar, fundamentado pelo respeito dos direitos humanos e, oferece uma abordagem integral que comporta cinco matrizes analíticas: direitos, gênero, poder, desigualdades (consequente exclusão) e contextual. Na sua ótica, a multidisciplinaridade permite uma visão interdisciplinar centrada na complexidade, multidimensionalidade e multicausalidade, que envolvem a problemática do TSH e, aos compromissos com a igualdade e acesso à justiça, ao desenvolvimento humano com uma sociedade livre de violência e exploração, onde se priorizam as relações pautadas pelo respeito, apoio mútuo, solidariedade e não discriminação.

O prefácio da obra foi escrito pela professora doutora Maria Lúcia Pinto

* Doutora em Direito Constitucional pela UNIFOR/CE, com estágio pré-doutoral no Departamento de Estudios Internacionales – Universidad Loyola Andalucía (LOYOLA, Sevilha, Espanha). Mestre em Direito Público pela PUC/Minas. Coordenadora da linha de pesquisa Direitos Humanos, inserida no grupo de pesquisa Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário, da Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC). Membro do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia. E-mail: merciacdsouza@gmail.com.

** Doutorando em Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Estadual do Ceará (UECE – Brasil). Mestre em Relações Internacionais e Diplomacia, com especialidade em Política Externa, pelo Instituto Superior de Relações Internacionais (ISRI – Moçambique). E-mail: desgui69@gmail.com.

¹ Independência pessoal e consciência crítica, o que possibilita as vítimas a dizerem “chega” à situação em que vivem e a superar seus medos e limitações.

Leal, Diretora do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília (CEAM/UnB), Professora do Programa de Pós-Graduação em Política Social e do Departamento de Serviço Social da Universidade de Brasília. O livro é composto por 4 capítulos. O primeiro. *Da proibição expressa à escravidão e ao tráfico de escravos às suas práticas análogas*. O segundo *Entre o “pânico moral” e os bons costumes: a miopia na limitação do tráfico para fins de exploração sexual (1904-1949)*. O terceiro capítulo versa sobre a *Atualização do conceito de tráfico de pessoas no âmbito da luta contra a criminalidade transnacional organizada*. O último capítulo tem como título *O enfrentamento regional do tráfico de pessoas: salvaguarda dos direitos humanos?*

Em seu início, a obra retrata que o tráfico de pessoas, especialmente de mulheres, surge como consequência da proibição da escravidão e do tráfico de escravos. E, que a proibição destas práticas ganha ímpeto pela proliferação de debates em torno da moralidade que envolvia o tráfico e a exploração sexual. Deste modo visualiza o relevante papel assumido pela Sociedade das Nações (SdN), no final do século XVIII, na eliminação da escravidão, do tráfico de escravos e das suas formas análogas, cujos esforços, culminaram com a aprovação da Convenção sobre a Escravidão de 1926, com objetivo de erradicar e suprimir estes males em todo cenário internacional, por violar o “princípio da humanidade e justiça”.

Apesar dos avanços descritos ela afirma que a Convenção denota uma imprecisão (ou vácuo) conceitual ao não definir quais práticas eram consideradas escravidão, fato que conduziu a uma discrepância quanto às estratégias da eliminação, tanto da escravidão, como do tráfico de escravos, bem como inexistência de mecanismos de seguimento e de estabelecimento de medidas necessárias para a sua erradicação.

Acrescenta, por este fato, que pelo reconhecimento das lacunas identificadas, houve esforços no sentido de prover uma definição consensual dentro da comunidade internacional, tendo resultado a partir da ampliação interpretativa e da inclusão de outras prática análogas, relativas à escravidão na Convenção Suplementar de 1956, consolidando um regime jurídico internacional, testemunhado pela consideração da escravidão, pelo Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, como um dos crimes da humanidade, em consecução a esforços que vem sendo desenvolvidos para proteger distintos grupos em situação de vulnerabilidade, submetidos

à escravidão, ou a outras práticas análogas.

Sustentando-se nos escritos de BEAUVOIR (1978) e RUBIN (1975), a autora retoma a questão da moralidade que envolvia o tráfico e a exploração sexual, enunciada no início da obra, destacando que nos primórdios da humanidade, a história revela a submissão social da mulher ao homem na sociedade, reforçada por discursos enraizados nas estruturas de poder históricas, materiais e ideológicas que lhe colocam em situações de vulnerabilidade² e levaram a desqualificação da mulher como igual, sem liberdade e autonomia, o que alicerçou uma base para a degeneração da subordinação à coisificação da mulher, tendo como consequência o costume universal de que a mulher pode ser comercializada como mão de obra, reprodutora, escrava e como objeto sexual.

Diante de tais fatos, assessorando-se dos postulados de MILL (2008), SPIVAK (2010) e ROBERTSON e ROBINSON (2008), observa que a exploração da mulher era um processo considerado comum, justificado a partir da percepção míope sobre o papel desta e sua consequente submissão, controle, opressão e subordinação ao longo da história. Este fato, leva-lhe, ainda a concluir que a subordinação da mulher se considerava normal ou “*natura*”, um costume universal, em que qualquer tentativa em derogar este costume seria “*contra natura*”.

A partir dos metadiscursos de construção de conhecimento sobre o tráfico de pessoas, da interrelação com anti-imigração e a antiprostituição, iniciados no século XIX e no início do século XX na Europa e nos Estados Unidos, pode-se discernir que a maneira de como foram fixados atributos à mulher traficada (vulnerável, frágil, sem possibilidade de autodeterminação, objeto de, e para prazer do outro) contribuiu para que esta concepção de submissão e subalternidade da mulher em situação de tráfico fosse plasmada nos instrumentos jurídicos sobre a matéria, vinculando o discurso do tráfico com a prostituição, considerada como uma atividade amoral sem autonomia e liberdade – pânico moral³ no

² Patriarcado, subordinação da mulher, relações de poder e desigualdades.

³ De acordo com COHEN (1972), recorrendo ao termo elaborado por Marshal McLuhan, existem cinco estágios-chave na construção do pânico moral: alguém, alguma coisa ou um grupo são definidos como uma ameaça as normas sociais ou interesses da comunidade, a ameaça passa a representar um símbolo reconhecível pela mídia, o referido símbolo representa preocupação pública, por conta disto há

ETP. Acrescenta que os males sociais, como é o caso do tráfico de mulheres, tornam-se um símbolo adequado para o estabelecimento de regulações sociais, morais e jurídicas, definindo assim o significado do conceito de tráfico de pessoas durante meio século (1904-1949).

A autora denota uma carência de neutralidade na construção dos discursos sobre o tráfico, o que revela um terreno impreciso e moldado por disputas (político-ideológica, controles migratórios e sanitários, política criminal, racial, cultural etc.). Apresentando como exemplo, visualiza a gênese do debate sobre o tráfico de pessoas, que surge do cuidado em proteger a “mulher branca”, símbolo dos valores ocidentais (cristandade, família burguesa e civilização), não do fato das mulheres serem traficadas ou exploradas. Em consequência, para a repressão ao tráfico de escravos (“*slave trade*”), foi desenvolvido o conceito de tráfico de brancas para fazer referência ao “tráfico de mulheres brancas” (europeias e americanas, com o fim de servir como prostitutas ou concubinas, geralmente nos países árabes, americanos ou asiáticos), com objetivo de distinguir a “escravidão sexual feminina” da escravização dos africanos.

A terminar o segundo Capítulo, a autora levanta duas questões que nunca devem ser ignoradas: a primeira está relacionada, por um lado, à aprovação do Convênio para a Repressão do Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição Alheia, de 1949, que faz referência ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual como uma forma de comercialização da prostituição, sendo no entanto, de perspectiva abolicionista e incompatível com o princípio da dignidade humana, por enfatizar os valores morais, traduzidos no combate à prostituição e todas as suas formas de exploração sexual, o que lhe leva a não prover uma definição de tráfico de pessoas. E por outro, por motivo do Convênio gerar exclusões, uma vez que ao associar o tráfico à prostituição, restringia a exploração apenas à esfera sexual, deixando de lado a exploração para outros fins⁴. Para além disso, desconsiderava a atividade sexual exercida da autonomia e escolha individual. Porém, sustenta a autora, que apesar destes aspectos negativos, surge como um instrumento inovador por introduzir aspectos que nortearam o apa-

uma resposta por parte das autoridades e formuladores de políticas e, por fim, o pânico moral resulta em mudanças sociais dentro da comunidade.

⁴ Que incluem outros trabalhos sexuais, o trabalho doméstico, manual ou industrial, as relações de matrimônio forçado, de adoção ou outras relações íntimas.

rato normativo atual, apontando-se por exemplo o consentimento da vítima, o comprometimento dos Estados em prevenir e sancionar o crime e em adotar medidas para a reinserção social das vítimas. A segunda questão levantada urge em resposta a carência de um conceito de tráfico de pessoas, internacionalmente aceito, que incluísse as modalidades possíveis e, desprovida de um enfoque de gênero e racial.

No terceiro Capítulo, a autora toma como referencial o fim da Guerra Fria e a Globalização como fulcrais para o aumento da criminalidade organizada transnacional (expansão, maior visibilidade e impacto para a sociedade), evidente por meio das atividades criminais transnacionais, do comércio ilícito de drogas, armas, pessoas, diamantes, órgãos e material nuclear, entre outros. A delinquência transnacional se configura em uma ameaça à segurança humana, dos Estados e da comunidade Internacional. Este reconhecimento levou a aprovação, em 2000, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção e Repressão ao Tráfico de Pessoas, especialmente mulheres e crianças, conhecido por Protocolo de Palermo de 2000.

No entanto, com a adoção deste Protocolo, a Comunidade Internacional, se orienta pelo reconhecimento, no âmbito universal, do Tráfico de Pessoas como um crime transnacional e organizado e que atenta aos direitos humanos. Por conta disto, vai tornar prática, por um lado, a cooperação internacional na luta contra o crime como um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo entre os Estados. E por outro, a necessidade de prover modificações ao nível do ordenamento jurídico dos Estados, inspirando-se nos dois instrumentos jurídicos internacionais referenciados. Não obstante, o Protocolo expressar uma opinião moderna, progressista-moderada e flexível, o Protocolo é criticado por ambiguidades de alguns termos e pela falta de clareza epistemológica, que retrocedem a proteção dos direitos humanos e a discriminação de alguns grupos inseridos em processos mobilidade humana.

A autora tonifica que apesar do Protocolo definir o Tráfico de Pessoas como um delito internacional, garantir a proteção e a assistência integral às vítimas, o combate ao TSH só será eficaz se os Estados desenvolverem, internamente, legislações e políticas públicas que

o complemento, cientes de que o Tráfico de Pessoas é uma grave ameaça aos direitos humanos, consubstanciada pela interconectabilidade de diversas modalidades delitivas⁵.

Finalmente, atrelada a esta ideia, propõe uma análise de um marco regional existente sobre o Tráfico de Pessoas, sistematizando-o em América Latina⁶ e Europa⁷. O primeiro marco está relacionado ao desrespeito aos direitos humanos fundamentais e à violência contra a mulher e o segundo marco, no entanto, o europeu está atrelado à garantia coletiva dos direitos e liberdades fundamentais.

Na tentativa de apresentar um regime internacional do TSH, a autora faz uma abordagem cronológica, que se assenta em quatro etapas: 1ª) Entre 1815 e 1926, relacionada ao combate à escravidão e ao tráfico de escravos; 2ª) Entre 1904 e 1949, referente à repressão ao tráfico de mulheres brancas com a finalidade de exploração sexual e o combate à prostituição decorrente do tráfico; 3ª) De 2000 até ao presente, dentro do marco do combate ao crime transnacional organizado; 4ª) A partir de 2005, relacionado com os instrumentos regionais que fortalecem a cooperação internacional e contribuem com um enfoque de direitos humanos.

Em termos práticos, retoma, embora com certas especificidades, as propostas de CASTILHO (2018) citado por RODA (2019, p. 59) que explica que os “Protocolos Adicionais decorrem da evolução do tratamento normativo internacional da matéria do tráfico de pessoas, que tem origem no Tratado de Paris entre a Inglaterra e a França em 1814, para a repressão ao tráfico negro para fins de escravidão” e, por ALLAIN (2017), que propõe o debate da legislação internacional sobre o tráfico de pessoas em três épocas, nomeadamente: O período anterior à Sociedade das Nações, o período da Sociedade das Nações e o período da Organização das Nações Unidas, referindo-se aos períodos de 1904 a 1910, de 1919 a 1933 e de 1945 a 2000, respectivamente.

A professora doutora Waldimeiry Corrêa da Silva, em sua obra apresenta um novo marco cronológico ao visualizar esforços empreendidos em se tratando da

América Latina e da Europa, evidenciando aspectos por um lado, inspirados em instrumentos internacionais de enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e Direitos Humanos, e por outro, em iniciativas cooperativas, alicerçadas em esforços domésticos de elaboração e aprovação de legislação e políticas públicas para o eficaz enfrentamento ao TSH.

Outrossim, a autora propõe um debate que perpassa a realidade dos contextos de sua “trajetória acadêmica e militância”, como explicitou a professora doutora Maria Lúcia Pinto Leal, pois, para além dos contextos concretos enunciados acima, o marco regional pós Protocolo de Palermo (2000) é passível de ser observado em diversas regiões do mundo, é o caso da *Southern African Development Community* (SADC)⁸, que para a prevenção e combate ao tráfico de pessoas na região sul de África, elaborou o Plano Estratégico Decenal para o Combate ao Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças (2009-2019), no qual delineou-se que as suas ações deviam ser feitas com base na coordenação e cooperação, com vista a garantir que a complexidade e a natureza transnacional do crime fosse atenuada e reduzida a duplicação de esforços. E, recomendou aos Estados-Membros da SADC a desenvolverem esforços legislativos nacionais, com vista a garantir a prevenção e combate ao tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças (SADC, 2016).

A obra é um importante contributo para a massificação dos debates sobre o Tráfico de Pessoas, ao nível da academia entre estudantes e pesquisadores, pelos atores-chaves no ETP, as Organizações Internacionais, e as organizações não governamentais (ONG's), como importantes locutores e dinamizadores de ações de ETP, nos formuladores de Políticas Públicas, no Governo, nos Políticos e diversas entidades que lidam com a temática de TSH, como assevera a autora, “fica claro que uma política global de ETP deve ter como estratégia fundamental a articulação entre as diferentes políticas e setores, afim de assegurar a implementação de uma concepção multidimensional e intersectorial na esfera pública e na sociedade civil”.

⁵ Ameaças, intimidações, coações, agressões sexuais, lesões e outras.

⁶ A autora recorre a análise das políticas desenvolvidas no âmbito das Organizações dos Estados Americanos (OEA), da Organização Regional de Cooperação (MERCOSUL), como organização internacional para a integração.

⁷ Organização Internacional de Coordenação Pan-europeia, o Conselho da Europa e a União Europeia (como organização internacional de integração).

⁸ SADC (Em inglês, Southern Africa Development Community) – Comunidade de Desenvolvimento da África Austral é uma organização inter-governamental criada em 1992, dedicada à cooperação e integração sócio-económica, bem como a cooperação em matérias de política e segurança, dos países da África Austral (Moçambique, África do Sul, Angola, Botswana, República Democrática de Congo, Lesotho, Madagáscar, Malawi, Maurícia, Namíbia, Swazilândia, Tanzânia, Zâmbia, Zimbabwe e Seichelles).

Referências

ALLAIN, Jean. Journal of trafficking and human exploitation, *Paris Legal Publishers*, v. 1, n. 1, p. 1-40, 2017.

COHEN, S. *Folk devils and moral panics*. London: MacGibbon and Kee, 1972.

COMUNIDADE DE DESENVOLVIMENTO DA ÁFRICA AUSTRAL. Tráfico de pessoas na região da SADC, *Folheto Informativo sobre Políticas*, p. 1-10, ago. 2016.

RODA, Arménio da. *A dimensão global do tráfico humano: o tráfico de pessoas aos olhos de Moçambique*. São Paulo: Atarukas Editora, 2019.

SILVA, Waldimeiry Correa da. *Regime internacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas: avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

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.

Amazonie: le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles

Pierre-Marie Dupuy

A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs

Ana Rachel Freitas da Silva

A brief overview of sustainable development: how a debated concept with a much-contested legal nature could perform a valuable role in the decision-making

Natali Francine Cinelli Moreira

A meta 11 de Aichi e as áreas marinhas protegidas em grande escala: proteção ambiental ou oportunismo político?

Alexandre Pereira da Silva

Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas

Délton Winter de Carvalho e Kelly de Souza Barbosa

Assessment and challenges of carbon markets

Louise Pigeolet e Arnaud Van Waeyenberge

As abordagens dos países da América Latina e Caribe sobre a mobilidade humana provocada pelas mudanças climáticas

Diogo Andreola Serraglio e Heline Sivini Ferreira

Implementation of legal mechanisms of environmental protection by the South Pacific regional organizations

Joanna Siekiera

Conciliating the overlap of protected areas and traditional territories: legal innovations for biological diversity conservation in brazilian parks

Nathalia Fernandes Lima e Solange Teles Silva

O uso de drones como instrumento para a conservação da biodiversidade no Brasil

Larissa Suassuna Carvalho Barros e Marcia Dieguez Leuzinger

Agrotóxicos e direitos humanos no contexto global: o Brasil em risco de retrocesso?

Marcelo Pretto Mosmann, Letícia Albuquerque e Isabele Bruna Barbieri

A justiça espacial e ambiental e a teoria do risco: a responsabilidade do governo na prevenção contra desastres (no Brasil)

José Adércio Leite Sampaio e Edson Rodrigues de Oliveira

The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between consolidation and setbacks

Gabriela Cristina Braga Navarro

Nacionalidade: novas regras, velhos problemas

Paulo Henrique Faria Nunes

O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções

Felipe Grizzotto Ferreira, Guilherme Perez Cabral e Lucas Catib de Laurentiis

A proteção da identidade de gênero na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

Gabriel Coutinho Galil

O Comitê Jurídico Interamericano da OEA e a codificação do direito internacional regional

Lucas Carlos Lima

O caso Petruhhin e o princípio do nível mais elevado de proteção no tocante aos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia

Clovis Demarchi e Jaine Cristina Suzin

A autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos de comércio internacional no regulamento Roma I da União Europeia

Aline Beltrame de Moura e Rafaela Hörmann

A jurisdição da ICANN: desafios atuais e prospectivas futuras

Aziz Tuffi Saliba e Amael Notini Moreira Bahia

A crise do Estado e a inadequação de nossos instrumentos jurídicos: o exemplo do garantismo penal no Brasil

Oswaldo Poll Costa e Francisco Quintanilha Veras Neto

O Brasil e a cooperação Sul-Americana em saúde: dos regimes temáticos às possibilidades de efetivação estruturante

Ademar Pozzatti Junior e Luiza Witzel Farias

Resenha da obra

SILVA, Waldimeiry Correa da. Regime internacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas: avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Mércia Cardoso de Souza e Guirino Nhatave