

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Marcelo Dias Varella

Ardyllis Alves Soares

Editor Assistente

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

Editores convidados:

Lucas Carlos Lima

Loris Marotti

Paolo Palchetti.

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 18	n. 1	p. 1-376	abr	2021
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

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

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

Editor Gerente

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

Comitê editorial

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

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 18, número 1 - . 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

EDITORIAL

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES: NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES? AN INTRODUCTION TO THE SPECIAL ISSUE.....	14
---	-----------

Lucas Carlos Lima, Loris Marotti e Paolo Palchetti

CRÔNICAS.....	17
----------------------	-----------

RESPONSABILIDADE E IMUNIDADE DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: PRÁTICA E DESAFIOS ...	19
---	-----------

Vinícius Fox Drummond Cançado Trindade

THE JURISDICTIONAL IMMUNITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS BEFORE THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT.....	45
---	-----------

Bárbara Tuyama Sollero

THE LAW OF STATE IMMUNITY BEFORE THE BRAZILIAN SUPREME COURT: WHAT IS AT STAKE WITH THE “CHANGRI-LA” CASE?	53
---	-----------

Aziz Tuffi Saliba e Lucas Carlos Lima

DOSSIÊ: CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES: NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES?.....	59
--	-----------

STATE IMMUNITY AND THE RIGHTS OF EMPLOYEES: LIGHTS AND SHADOWS OF THE STRASBOURG COURT’S JURISPRUDENCE	61
---	-----------

Pierfrancesco Rossi

1 Introduction	62
2 The Strasbourg Court’s approach to state immunity in employment cases	63
3 The codificatory character of Article 11 UN Convention on State Immunity: a problematic assumption	66
4 The drawbacks of the Strasbourg Court’s use of Article 11: adverse effects on the rights of employees.....	68
5 The risk of leaving state employees without means of redress	72
6 Conclusions.....	74
References.....	74

A HUMAN RIGHTS-BASED CHALLENGE: THE KEY TO UNLOCK THE UN’S IMMUNITY PROBLEM?...79

Héloïse Guichardaz

1 Introduction	80
2 The consequences of the UN’s extensive immunity: a series of scandals bringing the idea of a human rights-based challenge to the forefront	81
2.1 The UN’s de facto absolute immunity	81
2.2 A brief summary of the recent scandals involving the UN and the right of access to justice.....	82
2.2.1 Haiti	82
2.2.2 Kosovo	82
2.2.3 Srebrenica.....	82
3 The right of access to justice	83
4 A critical analysis of the idea of the right of access to justice as a jus cogens norm: a possible challenger to the rule of immunities?	88
4.1 Can the right of access to justice be considered to be a jus cogens norm?.....	88
4.2 The impact of a jus cogens norm on the rule of immunities.....	91
5 Conclusion	93
References	94

IMMUNITIES OF STATE OFFICIALS AND THE “FUNDAMENTALLY DIFFERENT NATURE” OF INTERNATIONAL COURTS: THE APPEALS CHAMBER DECISION IN THE JORDAN REFERRAL RE AL BASHIR ...97

Rita Guerreiro Teixeira e Hannes Verheyden

1 Introduction	98
2 Precedents on immunity of State officials before international criminal courts	100
2.1 The Nuremberg and Tokyo Tribunals in the post-World War II	101
2.2 The ad hoc tribunals of the 1990’s.....	102
2.3 Developments in the new millennium	103
2.4 Limited practice for an exception to immunity rule	105
3 The different nature of international criminal jurisdictions and the non-transferability of the rule of immunity of State officials	105
3.1 The “fundamentally different” nature of international criminal jurisdiction	106
3.2 The concept of an “international court”	107
3.3 Are all international courts created equal?.....	108
4 The nature of the ICC and the rule of immunity	111
5 Conclusion	113
References	114

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS: O CAMINHO PARA A RELATIVIZAÇÃO 120

Vinícius Assis da Silveira, Luiz Felipe Costa Santana e Valesca Raizer Borges Moschen

1 Introdução	121
2 Soberania, jurisdição e imunidades	123
3 Teorias da mitigação da imunidade de jurisdição	126
3.1 Teoria da Renúncia Implícita.....	127
3.2 Teoria da Hierarquia Normativa	128
3.3 Teoria do Acesso à Justiça (the right to a judge or to a remedy theory).....	129
3.4 Outros argumentos	131
4 Considerações finais	132
Referências	133

THE IMMUNITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN LABOUR DISPUTES. DEVELOPMENTS BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS, NATIONAL COURTS AND THE COLOMBIAN JURISDICTION 137

Walter Arévalo-Ramirez e Ricardo Abello-Galvis

1 Introduction	138
2 The conventional nature and scope of the immunity of international organizations and its differences with diplomatic immunity, exemptions, and waivers	139
3 The non-applicability of the distinction between acts iure imperii and acts iure gestionis to international organizations as a defense to their immunity in labour disputes.	143
4 Principal differences between diplomatic immunity and functional immunity of international organizations in their labour relations with foreign and national citizens from the host State, arising from international practice.	145
6 Remarks on the Colombian case law regarding immunities of the international organizations in labour disputes: judicial misapplication of the exemptions emanating from diplomatic immunity.	154
7 Conclusion	158
References	158

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS E PODER EXECUTIVO BRASILEIRO: OS PARECERES DOS CONSULTORES JURÍDICOS DO ITAMARATY 163

George Rodrigo Bandeira Galindo

1 Introdução	164
2 Os pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty e a Imunidade de Jurisdição do Estado	169
2.1 Clóvis Bevilacqua	169
2.2 Gilberto Amado	172
2.3 James Darcy.....	173
2.4 Sebastião do Rêgo Barros	173
2.5 Levi Carneiro	174

2.6 Hildebrando Accioly	176
2.7 Haroldo Valladão.....	177
2.8 Augusto de Rezende Rocha	178
2.9 Miguel Franchini-Netto	179
2.10 Antônio Augusto Cançado Trindade	181
2.11 Vicente Marotta Rangel.....	183
2.12 Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros	184
3 Tentativa de Síntese de Questões relativas aos Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty	184
3.1 Imunidade absoluta e imunidade relativa de jurisdição	185
3.2 Imunidade de Jurisdição, Direito e Política	185
3.3 Separação de poderes.....	186
4 Considerações finais	187
Referências	188

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS 193

A NECESSIDADE DE DISCIPLINAR O USO DO BLOCKCHAIN PARA A ORGANIZAÇÃO DE REFUGIADOS PELO DIREITO INTERNACIONAL..... 195

Agatha Gonçalves Santana, Carla Noura Teixeira e Otavio Noura Teixeira

1 Introdução	196
2 importância da disciplina do uso do blockchain pelo Direito Internacional: a particularidade sobre o direito dos refugiados.	199
3 A experiência do uso do blockchain pela ONU na Jordânia no caso dos refugiados sírios.....	202
4 O direito internacional dos refugiados como baliza interpretativa formadora de guidelines para o uso do blockchain	206
4 Considerações finais	210
Referências.....	212

O TRABALHO INFANTIL DE MIGRANTES E REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL 216

André Viana Custódio e Johana Cabral

1 Introdução	217
2 A exploração do trabalho infantil de crianças migrantes e em situação de refúgio no Brasil: o caso do fluxo migratório venezuelano	219
2.1 Apontamentos iniciais sobre o trabalho infantil no Brasil, no século XXI.....	219
2.2 As violações aos direitos de crianças em movimento.....	220
2.3 O monitoramento do fluxo migratório venezuelano: a exploração do trabalho infantil de crianças e adolescentes venezuelanos no Brasil.....	222
3 A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil de crianças migrantes ou em condição de refúgio	224

3.1 A proteção jurídica internacional contra a exploração do trabalho infantil.....	224
3.2 A proteção jurídica nacional contra a exploração do trabalho infantil.....	226
3.3 A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil de crianças migrantes ou em condição de refúgio.....	228
4 As políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil para crianças migrantes ou em condição de refúgio	230
4.1 Políticas públicas para as crianças migrantes ou em situação de refúgio no Brasil.....	230
4.2 O III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)	231
4.3 Estratégias para a prevenção e erradicação do trabalho infantil de crianças migrantes ou na condição de refugiadas	234
5 Considerações finais	236
Referências.....	237

THE NEW BRAZILIAN ANTI-TRAFFICKING LAW: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES TO COVER THE NORMATIVE LACK **243**

Waldimeiry Correa da Silva

1 The internalization of international law: The Multifaceted and Confused Brazilian Structure in the Confrontation of Human Trafficking	244
2 Breach of Due Diligence: The Lack in the Normative Structure of Antitrafficking Law	247
2.1 The legal concept of trafficking in persons until 2016	247
2.1.1 Phatic-normative gaps and the need to adjust to international regulations	249
2.1.2 The parliamentary contribution for the normative reviewing of trafficking in persons the Brazilian context.....	250
3 Analysis of New Brazilian Antitrafficking Law trough the Palermo Protocol	251
4 Overcoming the Legal Barrier of the Relevance of Consent and Moving Towards the Protection of Victims	259
4.1 Recognized categories in the context of vulnerability	259
4.2 Consent in Brazilian legal practice	260
5 Closing remarks	263
References.....	265

¿SON PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA EN CHILE?: AVANCES EN BASE A LA DOCTRINA, NORMATIVA Y JURISPRUDÊNCIA **270**

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

1 Introducción: el objeto de la investigación.....	271
2 Argumentos doctrinarios y normativos para incluir a los tratados sobre derechos humanos de la OEA en el bloque de constitucionalidad chileno.....	273

3 Revisión de normativa aplicable por tratado internacional de derechos humanos de la OEA en Chile: ¿Cuáles cumplen con todos los requisitos doctrinarios-normativos?	275
4 De la teoría a la práctica: inclusión de los tratados sobre derechos humanos de la OEA en el bloque de constitucionalidad chileno: su aplicación en los máximos tribunales	278
5 Conclusiones: Hasta dónde se ha avanzado y qué queda por hacer.....	283
Referencias.....	284

O TRATADO DE SAINT-GERMAIN-EN-LAYE E OS EFEITOS DO INSTITUTO DA “OPÇÃO” SOBRE A CONDIÇÃO JURÍDICA DOS DESCENDENTES DE CIDADÃOS AUSTRIACOS TRENTINO-TIROLÊSES290

Arno Dal Ri Jr. e Andrey José Taffner Fraga

1 Introdução	291
2 Os bastidores do Tratado de Saint-Germain-en-Laye.....	292
3 O instituto da “opção” no Tratado de Saint-Germain-en-Laye	295
3.1 Delineamentos da “opção” precedentes ao Tratado de Saint-Germain-en-Laye.....	296
3.2 Configurações da “opção” no articulado do Tratado de Saint-Germain-en-Laye.....	298
4 O impacto das normas sobre nacionalidade do Tratado de Saint Germain-en-Laye nos emigrados trentino-tiroleses antes de 1920.....	300
5 A responsabilidade internacional acerca dos cidadãos austríacos trentino-tiroleses emigrados...301	
6 Considerações finais	302
Referências.....	304

CONTROL JUDICIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y PROGRAMAS MASIVOS DE REPARACIONES: HACIA UN ENFOQUE MÁS MATIZADO309

Juan Carlos Ochoa-Sánchez

1 Introducción.....	310
2 Principales características de los PMR	313
3 Posiciones adoptadas en estudios existentes	314
4 Principales enfoques adoptados por la Corte Interamericana	316
5 Un enfoque de caso individual: un análisis crítico	318
5.1 Diferenciando entre acceso y adjudicación definida de manera estricta ante la CtIDH, y la aplicación estricta del principio de la reparación integral	318
5.2 ¿Debe aplicarse el principio de la reparación integral en contextos de transición?	319
5.3 Un enfoque de caso individual por parte de la Corte Interamericana conduce involuntariamente a un trato diferente a víctimas en situaciones similares	320
5.4 Limitarse a un enfoque de caso individual en los casos estudiados es injustificado teniendo en cuenta los poderes de la Corte Interamericana	321
5.5 ¿Es decisivo el principio de subsidiariedad?	323
6 Un Enfoque Alternativo: Evaluación y Remisión Condicionada a los PMR.....	323

6.1 Criterios generales para evaluar si un determinado PMR cumple con las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención Americana	324
6.2 Criterios adicionales para evaluar si un determinado PMR cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos	325
7 Conclusiones	328
Referencias.....	329

JUSTICIABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....334

Augusto Antônio Fontanive Leal e Guilherme Massau

1 Introdução	335
2 A discussão sobre a justiciabilidade direta dos DESCAs	335
2.1 Abordagem favorável.....	336
2.2 Abordagem desfavorável.....	339
3 Justiciabilidade direta dos DESCAs na Corte IDH	340
3.1 Caso Acevedo Buendía y otros vs Perú (2009): afirmação de competência da Corte para se pronunciar sobre o art. 26 da CADH	341
3.2 Caso Lagos del Campo vs Perú (2017): primeira declaração de violação de direitos laborais a partir do art. 26 da CADH	343
3.3 Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala (2018): a Corte IDH reconhece uma mudança jurisprudencial...344	
3.4 Caso Lhaka Honhat vs. Argentina (2020): o art. 26 da CADH como fundamento para o direito de participar de uma vida cultural, o direito ambiental, o direito à alimentação adequada e o direito à água	345
4 Suporte normativo.....	347
5 Possíveis efeitos e consequências do reconhecimento da justiciabilidade direta dos DESCAs	348
6 Considerações finais	349
Referências.....	350

HOW THE INDIGENOUS CASE OF XUKURU BEFORE THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS CAN INSPIRE DECOLONIAL COMPARATIVE STUDIES ON PROPERTY RIGHTS.....353

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e Camilla Montanha de Lima

1 Introduction: the decolonial comparative analysis proposal to rethink property rights for indigenous people.....	354
2 Historical perspective of the Xukuru people’s case: territorialization and the challenge of registering the indigenous property in Brazil according to the colonial model of private law	356
3 The bloody struggle of the Xukuru people for recovering their territory and its impact on reviving the collective property rights demand before the Inter-American Court of Human Rights.	359
5 The indigenous case of the Xukuru people as a decolonial proposal for reflecting upon the gaps of the right to property in the Brazilian legal system	363
6 Problems and barriers of internal and notarial private law for exercising collective property rights.	366
7 Conclusions.....	369

References.....	370
NORMAS EDITORIAIS.....	374
Envio dos trabalhos:.....	375
www.rdi.uniceub.br.....	376

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editorial:

**Challenging the International
Law of Immunities: New Trends
on Established Principles?**

**An introduction to the special
issue**

Lucas Carlos Lima

Loris Marotti

Paolo Palchetti

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES

Editorial

Challenging the International Law of Immunities: New Trends on Established Principles?

An introduction to the special issue*

Lucas Carlos Lima**

Loris Marotti***

Paolo Palchetti****

In his Foreword to the second edition of Fox's *The Law of State Immunity*, Christopher Greenwood observed that the law of state immunity is "one of the fastest evolving areas of international law". This remark could be extended, more broadly, to the law of immunity, be that of states, of state's officials, or of international organizations. After the Second World War the evolution mainly related to the progressive abandonment of the principle of absolute immunity of state and state's officials. Nowadays, the core issue appears to be that of reconciling the recognition of immunity and the effective protection of fundamental values of the international community: Is a state official who is accused to be the author of international crimes entitled to immunity? Can a state or an international organization invoke immunity when reparation is sought for breach of a peremptory rule of international law and/or when no alternative remedies are available to the victims? These questions were at the center of a number of landmark decisions of international courts rendered in the last 20 years, including the judgments of the International Court of Justice in the *Arrest Warrant* and *Jurisdictional Immunities* cases, of the International Criminal Court in *Al-Bashir*, or of the European Court of Human Rights in *Mothers of Srebrenica*. Domestic courts - such as the District court of Seoul, the United States Supreme Court, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal, to cite just the more recent decisions addressing these issues - continue to enrich an expanding case law. It is therefore not surprising that most of the papers presented by those who responded to our call for papers on the evolution of the law of state immunity focused on the impact of international crimes, peremptory rules, and the fundamental rights of individuals to have access to justice on the law governing the immunity of states, state's officials, and international organizations. It is a sign of the intense debate still surrounding the complex relationship between immunity, on the one side, and the protection of human rights of individuals and fundamental values of the international community, on the other.

The selection of papers included in this forum prompts a number of other considerations. In the first place, it strikes that almost all the papers deal with the contribution of judges - both domestic and international ones - to the identification and evolution of the law of immunity. Again, this is hardly surprising given the importance generally attached to the case law of international courts in the determination of rules of general international law and to the role of domestic courts in shaping state practice relevant for the formation of customary rules on immunity. Indeed, as recognized by the

* Recebido em 23/07/2021
Aprovado em 23/07/2016

** Professor of International Law at Universidade Federal de Minas Gerais
E-mail: lclima@ufmg.br

*** Senior Researcher in International Law at Università degli Studi di Napoli Federico II
E-mail: lorismarotti@gmail.com

**** Professor of International Law at Université Paris I - Panthéon Sorbonne
E-mail: paolo.palchetti@univ-paris1.fr

International Court of Justice, “State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune”. Yet, the risk here is to obscure the role played by other state powers in this field. In this respect, George Galindo’s article is a refreshing reminder of the contribution of the Executive, and particularly of the legal advisers of Foreign affairs ministries. The examination of 75 years of opinions written by the *conselheiros jurídicos do Itamaraty* reveals not only significant bodies of practice and elements for ascertaining *opinio juris*, but also invites to the reflection on what is the proper balance of judicial and executive practice for the purposes of forming a customary rule.

Another point that emerges from several contributions is a more or less pronounced criticism directed to the current status of the law on immunity. Such criticism dominates the study of Héloïse Guichardaz, dealing with the question of immunity of the United Nations in case of breaches of human rights. While admitting that the current international practice does not support a human rights exception to immunity of states or international organizations, she pleads, in an activist mode, in favour of a change of the law and find – quite optimistically – that a “pattern of resistance” against the current situation has already emerged, as evidenced by the dissent expressed by a number of judges as well as by the recognition by the Inter-American Court of Human Rights of the peremptory status of the rule recognizing the individual right of access to courts. In the same vein, the piece of Vinícius da Silveira, Luiz Felipe Santana and Valesca Moschen address possible conflict between peremptory norms and the rules of State immunity from a theoretical point of view. They also argue that there is something moving either in the doctrinal debate and within the national judiciaries that would open space for the mitigation of the immunity rule.

Rita Guerreiro Teixeira and Hannes Verheyden, on the other hand, deal with the question of immunity of head of states before the International Criminal Court, by focusing on the 2019 ICC Appeals Chamber’s judgment in the Al-Bashir saga. The ICC stated that, given the “fundamentally different nature” of international courts as opposed to domestic courts, it cannot be assumed that an exception to the customary international law rule on head of State immunity applicable in the relationship between States has to be established. Rather it has to be established that there is such a rule in relation to international courts, which is not the case lacking sufficient practice and *opinio juris*. While immunity has never been recognized as a bar to the jurisdiction of international criminal courts and tribunals, the authors critically appraise the Appeals Chamber’s approach, claiming that more solid and consistent legal arguments should be employed to exclude that immunity of head of states applies before international courts.

A more nuanced analysis is contained in the articles of Pierfrancesco Rossi and Vinícius Fox Cançado Trindade. The former highlights a number of flaws in the case law of the European Court of Human Rights concerning the determination of the content of the rule on state immunity in relation to employment disputes; the latter addresses the evolution of the law governing the immunity of international organizations, criticizing the organizations’ reluctance to waive their immunity, particularly in cases arising out of breaches of human rights. Interestingly, both authors place emphasis on the importance to be attached to the existence of alternative remedies when assessing the immunity of states or international organizations. Rossi points to the lack of coherence in the position of the European Court in considering the possible relevance of the absence of alternative remedies. Cançado Trindade underlines that it is in the organizations interest to introduce internal mechanism for providing remedies to victims, as this is the best way to avoid the risk of a progressive reduction of their immunities before domestic courts.

Finally, a number of contributions were devoted to an analysis of recent decisions rendered by domestic courts in South American states dealing with questions of immunity. This attests the increasing importance of the subject in the day-to-day practice of these states; that can be likewise verified in the recent works of the Inter-American Juridical Committee on the matter. In dealing with questions of immunity domestic courts appear to take different approaches. The case of Brazilian Supremo Tribunal Federal is particularly interesting in this respect. As showed by Bárbara Sollero in her crônica on the Cristiano Paes de Castro

decision, the Supremo Tribunal accorded to the United Nations a rather wide immunity, recognizing that only a waiver by the organization could justify the exercise of jurisdiction. By contrast, the same Supremo Tribunal Federal appears to be divided in relation to the rule of immunity of states in the pending Changri-lá case, which is addressed in a crônica written by Aziz Saliba and Lucas Lima. The authors tackle some of the arguments advanced by the forming majority of judges with the view of rebutting state immunity in cases of human rights violations, as well as of highlighting the risks that may ensue from the recognition of a broad exception to immunity. An acute critique to the approach adopted by national courts can be found in the study of Walter Arevalo-Ramirez and Ricardo Abello-Galvis on the Colombian case law regarding jurisdictional immunity of international organizations in labour disputes, described as “a complex case of reception and misinterpretation”. In that instance, the pull towards flexibility of the immunity comes from the Colombian Constitutional Court which applies the same exceptions to the customary rules of diplomatic immunity to the law of international organization.

A year ago, when the call for papers was issued, our common purpose was to discuss new trends and emerging challenges to the international law of immunities. The selection of papers included in this special issue will hopefully provide the reader with food for reflection on the trends and novelties in such a fascinating topic. The law of immunities may still be safely regarded as “one of the fastest evolving areas of international law” and this special issue confirms this diagnosis.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

CRÔNICAS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Responsabilidade e imunidade
das organizações internacionais:**
prática e desafios

Vinícius Fox Drummond Caçado
Trindade

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

Responsabilidade e imunidade das organizações internacionais: prática e desafios*

Vinícius Fox Drummond Cançado Trindade**

1 Introdução

O século XX foi cenário de importante desenvolvimento na estrutura da comunidade internacional: a criação, a multiplicação e a especialização das organizações internacionais. As relações jurídicas no interior dessa comunidade, anteriormente monopolizadas pela atuação dos Estados, passaram a envolver ampla gama de sujeitos de direito, o que tem demandado a codificação e o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Público.

As organizações internacionais têm chamado, frequentemente, seus Estados Membros a respeitarem os direitos humanos, os princípios de boa governança e as normas internacionais. Uma tendência recente, no entanto, tem sido a de questionar se as próprias organizações internacionais têm respeitado essas normas. Episódios recentes, como os crimes cometidos em Ruanda e na ex-Iugoslávia, nos anos 1990, as sanções dirigidas (*targeted sanctions*) adotadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos anos 2000, e episódios de negligência em missões de paz, nos anos 2010, levam a crer que essas organizações podem, igualmente, cometer atos internacionalmente ilícitos.

A prática e jurisprudência internacionais demonstram que, assim como os Estados, as organizações internacionais estão aptas a exercer direitos e a contrair obrigações internacionais. Tornar as organizações internacionais mais responsáveis, sujeitas a sanções sempre que cometerem atos internacionalmente ilícitos, é desdobramento necessário do desenvolvimento do primado do direito (*rule of law*) no sistema internacional. É nesse contexto que se inserem os Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais, elaborados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI).

A seção inicial deste artigo tem o propósito de demonstrar que não há substantiva lacuna normativa sobre o tema, mas sim ausência de prática e de aplicação das regras adotadas pela Comissão de Direito Internacional. A seção seguinte tem como principal objetivo analisar o déficit institucional, interna e externamente, para avaliação da licitude de atos cometidos por organizações internacionais e determinação de sua eventual responsabilidade. As seções finais têm o propósito de avaliar os desafios suscitados pela aplicação da imunidade jurisdicional das organizações internacionais. São tratados o fundamento, as fontes e o desenvolvimento histórico das imunidades jurisdicionais das organizações internacionais. Examinam-se, igualmente, os limites dessas imunidades e a falta de consistência nas jurisprudências de tribunais regionais e domésticos.

O artigo apontará que, do ponto de vista normativo, o Direito Internacional Público oferece alternativas normativas para que as organizações

* Recebido em 30/09/2020
Aprovado em 21/07/2021

** Mestre em Direito pela UnB. Diplomata de carreira.
E-mail: foxtrindade@gmail.com

internacionais sejam responsabilizadas nos planos internacional e doméstico. Os Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais, preparados pela CDI, ocupam papel central nesse arcabouço normativo, embora sejam muito mais um reflexo do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional do que sua codificação. Os principais desafios para o desenvolvimento consistente da prática internacional da responsabilização das organizações internacionais residem, na verdade, na ausência de mecanismos de controle de legalidade — internos e externos — e na aplicação absoluta da imunidade jurisdicional.

2 Os artigos sobre responsabilidade das organizações internacionais

Na prática internacional, a personalidade jurídica das organizações deixou de ser contestada desde 1949, com a paradigmática Opinião Consultiva da CIJ em *Reparations for Injuries*.¹ Como sujeitos de direito, essas organizações estão obrigadas a observar o direito internacional geral, seus instrumentos constitutivos e tratados de que sejam Partes.² Assim como os Estados, devem responder quando falham em observar obrigações oriundas dessas fontes. Contudo, diferentemente dos Estados, a prática internacional na área da responsabilidade internacional é significativamente mais restrita.

O direito da responsabilidade constitui verdadeiro epicentro de um sistema jurídico, porquanto fornece as conexões lógicas de interdependência entre a natureza dos direitos, a estrutura das obrigações e a definição das sanções.³ A negação desse instituto jurídico implicaria ineficácia do direito internacional, uma vez que a inexistência de regras acerca da atribuição de responsabilidades suprimiria o dever dos Estados e das organizações internacionais de se comportarem de acordo com as obrigações por eles assumidas.⁴ Com o intui-

to de preencher lacunas na regulamentação do direito internacional, a CDI apresentou o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais (2011), em seguimento ao Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados (2001). Em que pese a importância desse tema para o direito internacional, ambos os documentos desenvolvidos pela CDI permanecem na forma de projeto de artigos, sem que tenham sido adotados pelos Estados como tratados.

A responsabilidade das organizações internacionais já havia sido identificada pela CDI como questão que merecia especial atenção desde 1963, no primeiro relatório sobre relações entre Estados e organizações intergovernamentais.⁵ O tema foi suscitado em diversas ocasiões nos debates do Sub-Comitê sobre Responsabilidade dos Estados, quando se discutiam o escopo e a delimitação do futuro Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados. Em 1969, a CDI tomou a decisão de que “[...] o estudo da responsabilidade de outros sujeitos de Direito Internacional, tais como organizações internacionais, deveria ser deixado de lado”.⁶

Não obstante esse antecedente, apenas em 2000, a CDI concluiu que a responsabilidade de organizações internacionais constituía tema para seu programa de trabalho de longo-prazo. Ao tomar ciência disso, a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) adotou a resolução 56/82, de 12 de dezembro de 2001, solicitando à CDI que começasse o trabalho sobre esse tema. No ano seguinte, o Professor Giorgio Gaja foi indicado pela CDI para se tornar o Relator do Grupo de Trabalho que seria criado para tratar do tema.

De 2003 a 2011, a CDI recebeu oito relatórios de Giorgio Gaja, bem como comentários de governos e de organizações internacionais. Em 2011, a CDI adotou, definitivamente, os Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais, divididos em seis partes: (i) introdução, com os artigos 1 a 2; (ii) ato internacionalmente ilícito de uma organização internacional, dos artigos 3 a 27; (iii) conteúdo da responsabilidade internacional de uma organização internacional, referente aos artigos 28 a 42; (iv) implementação da responsabili-

¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion. I.C.J. Reports*, 1949.

² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion. I.C.J. Reports*, 1980. p. 73.

³ DUPUY, Pierre-Marie. *Le fait générateur de la responsabilité internationale des États. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 188, n. 5, 1984. p. 21.

⁴ VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Madrid: Aguilar, 1976. p. 353.

⁵ UN Doc. A/CN.4/161 e Add. 1, “First report on relations between States and inter-governmental organizations”, 1963, p. 184: “O contínuo aumento do escopo de atividades de organizações internacionais provavelmente dará novas dimensões ao problema da responsabilidade das organizações internacionais”, tradução nossa.

⁶ UN. Doc A/CN.4/217 e Add.1, “First report on State responsibility”, 1969, p. 140, tradução nossa.

dade internacional de organizações internacionais, com os artigos 43 a 57; (v) responsabilidade do Estado em conexão com a conduta de uma organização internacional, referente aos artigos 58 a 63; e (vi) provisões gerais, dos artigos 64 a 67.

A CDI recomendou à AGNU que se tomasse nota dos Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais e que se considerasse, eventualmente, a elaboração de tratado sobre o tema.⁷ Seguindo essa orientação, a AGNU anexou os artigos à resolução 66/100 e decidiu retomar a questão em sua 69ª sessão, em 2014, para eventual decisão sobre a forma final que deveria ser conferida aos artigos.⁸ Desde então, o tema tem sido debatido entre Estados Membros na Sexta Comissão da AGNU, sem muito progresso. A maioria dos países preferiu não tomar medidas adicionais, com base em dois argumentos principais: (i) os artigos refletiram o desenvolvimento progressivo do direito internacional, e não a codificação de costume internacional; e (ii) teria havido pouca oportunidade para a aplicação dos artigos e surgimento de prática internacional sobre a matéria.⁹ Nesse contexto, acordou-se postergar novamente a decisão sobre o formato dos artigos para a 72ª sessão da AGNU, em 2017, bem como solicitar nova rodada de comentários de governos e de organizações internacionais e estudo do Secretariado sobre a aplicação dos artigos por órgãos internacionais de solução de controvérsias.¹⁰

Os novos comentários recebidos em 2017 revelaram que houve pouco progresso no tema. No período de 2004 a 2016, o Secretariado identificou apenas nove casos na jurisprudência internacional com referências aos Artigos. Na nova rodada de comentários, questionou-se, novamente, a escassez de prática internacional sobre o tema, em comparação aos Artigos sobre Responsabilidade dos Estados. Interessante notar que 24 organizações internacionais submeteram comentários conjuntos que destacam o caráter não consensual de

certos artigos. Consideraram que, como exercício de desenvolvimento progressivo do direito internacional, e não de codificação, seria essencial atingir maior nível de consenso no tema. Por fim, alertaram duramente: “porque muitos dos artigos permanecem controversos e em grande medida não apoiados pela prática, instamos que tomem significativa cautela ao se apoiarem nos artigos como uma declaração oficial do direito positivo”.¹¹ Em vista da ausência de consenso, a decisão procedimental adotada foi de solicitar nova rodada de comentários, atualização do estudo do Secretariado sobre a prática internacional e postergar a decisão sobre o formato dos artigos para a 75ª sessão da AGNU, em 2020.¹²

Em busca de uma resposta final às reiteradas críticas aos Artigos, Giorgio Gaja foi enfático ao listar três pontos que teriam dificultado os trabalhos da CDI: (i) a pouca informação submetida por Estados e organizações internacionais; (ii) o material pouco esclarecedor produzido pela doutrina nessa área; e (iii) a expressiva relutância da maioria das organizações em submeter controvérsias com Estados ou com outras organizações à solução por terceiros.¹³ Considera-se, neste artigo, que esse último ponto é o principal óbice ao desenvolvimento de prática internacional, podendo ser explicado por distintos fatores, como a falta de *locus standi* de organizações internacionais perante tribunais internacionais; a ausência de mecanismos de controle de legalidade de seus atos internos; e, no âmbito doméstico, a aplicação da imunidade absoluta de jurisdição.

3 Mecanismos de controle de legalidade

Nos últimos anos, observou-se expressivo número de trabalhos acadêmicos que conferem ênfase à responsabilidade dos Estados Membros de organizações internacionais pelo cometimento de atos internacionalmente ilícitos.¹⁴ Estudos nesse sentido utilizam-se de conceitos

⁷ UN Doc. A/66/10, “Official Records of the General Assembly, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10”, para. 85.

⁸ UN Doc. A/Res/66/100, “Responsibility of international organizations”, para. 4.

⁹ UN Doc. A/C.6/69/SR.18, “Summary record of the 18th meeting of the Sixth Committee”. Cf. nesse sentido o pronunciamento das delegações da Dinamarca, em nome dos países nórdicos, Reino Unido, Portugal, Grécia e Estados Unidos. Pronunciaram-se a favor de realização de conferência internacional para sua adoção em formato de convenção as delegações de Cuba, Rússia e Micronésia.

¹⁰ UN Doc. A/RES/69/126, “Responsibility of international organizations”.

¹¹ UN Doc. A/72/80, “Responsibility of international organizations. Comments and informations received from Governments and international organizations”, p. 7, tradução nossa.

¹² UN Doc. A/RES/72/122, “Responsibility of international organizations”.

¹³ UN Doc. A/CN.4/640, “Eighth report on responsibility of international organizations”, de 14 de março de 2011, pp. 5-6.

¹⁴ BARRROS, Ana Sofia; RYNGAERT, Cedric; WOUTERS, Jan (eds.). *International organizations and member state responsibility: critical perspectives*. Leiden: Brill Nijhoff, 2017; NOLLKAEMPER, André;

como responsabilidade compartilhada, abuso da personalidade jurídica e uso do véu institucional, para defender a responsabilização dos Estados Membros. Alguns desses estudos diagnosticam o problema como sendo essencialmente de lacuna normativa.¹⁵ Não se pretende, neste artigo, rejeitar essas avaliações, mas sim explorar outro aspecto do problema: o déficit de mecanismos para a responsabilização de organizações internacionais.

Esse déficit institucional pode apresentar-se tanto na dimensão *interna* da organização quanto na dimensão *externa*. Na dimensão interna, diz respeito à ausência de mecanismos de controle de legalidade de seus atos: com raras exceções, faltam às organizações internacionais instâncias internas de controle de legalidade. Já a dimensão externa diz respeito à falta de *locus standi* por parte das organizações internacionais perante tribunais internacionais.

As organizações internacionais, como sujeitos de direito internacional público, estão vinculadas (i) a seus instrumentos constitutivos; (ii) a tratados de que sejam partes; e (iii) a obrigações previstas pelo direito internacional geral. Com base nessa premissa, é possível identificar três critérios para a realização do controle de legalidade sobre atos das organizações internacionais, a saber: (i) critérios quanto à competência, extraídos geralmente de tratados constitutivos; (ii) critérios formais de direito processual, consubstanciados em regras de procedimento internas; e (iii) critérios de direito material.

PLAKOKEFALOS, Ilias. *Principles of shared responsibility in international law: an appraisal of the state of the art*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 16; BLOKKER, N. Abuse of the Member: questions concerning Draft Article 16 of the Draft Articles on Responsibility of International Organizations. In: *International Organizations Law Review*, n. 35, v. 7, pp. 35-48; KLEIN, P. The attribution of acts to international organizations. In: CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. (eds.). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010; KUIJPER, P. J.; PAASIVIRTA, E. EU international responsibility and its attribution: from the inside looking out. In: EVANS, M.; KOUTRAKOS, P. (eds.). *The international responsibility of the European Union*. Oxford: Hart Publishing, 2013; PAASIVIRTA, E. Responsibility of a member state of an international organization: where will it end? comments on Article 60 of the ILC Draft on the Responsibility of International Organizations. *International Organizations Law Review*, v. 7, n. 49, p. 49-61, 2010; REINISCH, A. Aid or assistance and direction and control between state and international organizations in the commission of internationally wrongful acts. *International Organizations Law Review*, v. 7, n. 63, p. 63-77, 2010.

¹⁵ CRAWFORD, James. The ILC's articles on responsibility of states for internationally wrongful acts: a retrospect. *The American Journal of International Law*, v. 96, n. 4, p. 874-890, out. 2002. p. 879.

Apesar dessas limitações e dos critérios possíveis para realização do controle de legalidade, são poucas as instâncias internas a que se possa recorrer para contestar atos de organizações internacionais. Alguns exemplos são os tribunais administrativos para questões trabalhistas;¹⁶ os mecanismos de *Ombudsperson* nas Nações Unidas, para recebimento de denúncias;¹⁷ o Painel Consultivo de Direitos Humanos, criado no âmbito da UNMIK — embora não tenha logrado êxitos significativos, segundo sua própria avaliação —;¹⁸ e o Painel de Inspeção do Banco Mundial — um mecanismo independente de reclamações para indivíduos e grupos adversamente afetados por projetos dessa instituição.

As opções de recurso a instâncias externas também são limitadas, uma vez que organizações internacionais não contam com *locus standi in judicio* perante jurisdições gerais — como a Corte Internacional de Justiça (“CIJ”) — e, com raras exceções (União Europeia), são Parte de tratados que preveem mecanismos de solução de controvérsias.¹⁹ Cabe reconhecer que o Tribunal de Justiça

¹⁶ Um dos mais antigos exemplos de mecanismo de adjudicação interna em organizações internacionais é o Tribunal Administrativo da Liga das Nações, criado em 1927, para dirimir questões trabalhistas de funcionários do Secretariado. Com o fim da Liga das Nações, o Tribunal foi transferido para a estrutura institucional da Organização Internacional do Trabalho (“OIT”) e, desde 1949, tem jurisdição também sobre outras organizações internacionais que tenham reconhecido sua competência, como a Organização Mundial da Saúde (“OMS”) e outras agências especializadas. O Tribunal recebe petições contra decisões tomadas previamente pela organização em questão, desde que se tenham esgotado os recursos administrativos internos existentes. Outra possibilidade de recurso para funcionários das Nações Unidas — que na maioria dos casos não podem recorrer às jurisdições trabalhistas nacionais por conta dos privilégios e imunidades — é o Tribunal de Controvérsias da ONU (*UN Dispute Tribunal*), de primeira instância; e o Tribunal de Apelações da ONU (*UN Appeals Tribunal*), de segunda instância. Esses dois órgãos substituíram, em 2009, o então Tribunal Administrativo das Nações Unidas (“UNAT”), que havia sido estabelecido em 1949 pela AGNU. Outras organizações internacionais também contam com tribunais administrativos internos para questões trabalhistas, como o Conselho da Europa, a União Europeia, a Organização dos Estados Americanos (“OEA”), o Banco Mundial, o Banco de Desenvolvimento Asiático e o Banco de Desenvolvimento da África.

¹⁷ *Cf.*, por exemplo, Escritório do *Ombudsperson* da Administração Transitória do Timor Leste; e *Ombudsperson* para o Comitê de Sanções do ISIS (Da'esh) e Al-Qaeda.

¹⁸ UNMIK. *Final Report of the Human Rights Advisory Panel, de 30 de junho de 2016*. 2016. p. 86. Disponível em: <http://www.unmikonline.org/hrap/Eng/Pages/Annual-Report.aspx> Acesso em: 2 dez. 2018.

¹⁹ BLOKKER, Niels. Member state responsibility for wrongdoings of international organizations. In: BARROS, Ana Sofia; RYNGAERT, Cedric; WOUTERS, Jan (eds.) *International organizations and member state responsibility: critical perspectives*. Leiden: Brill Nijhoff, 2017. p. 45.

da União Europeia (“TJUE”) e a Corte Europeia de Direitos Humanos (“CEDH”) foram chamados a realizar o controle de atos do CSNU e deram importante contribuição jurisprudencial.²⁰ Todavia, alguns críticos do controle de legalidade realizado por tribunais internos e regionais têm sustentado que, se realmente alguma Corte deveria exercer papel nessa seara, esta seria a CIJ.

Não há dúvida de que a CIJ, como principal órgão judiciário das Nações Unidas, detém plena legitimidade para realizar o controle de legalidade sobre os atos do CSNU. No entanto, em distintas ocasiões a CIJ absteve-se de realizar controle sobre a legalidade de resoluções do CSNU. Esse problema tem surgido sempre como questão incidental, tanto em casos contenciosos (e.g. *Lockerbie*, de 1992)²¹ quanto em opiniões consultivas (e.g. *Namíbia*, de 1971).²² Até o presente momento, a CIJ tem tomado posições ambíguas e evasivas sobre a sua competência para realizar o controle. Essa posição extremamente reticente do principal órgão judiciário das Nações Unidas não foi seguida nem pelos tribunais internacionais penais *ad hoc*,²³ nem pelos órgãos de

monitoramento dos Pactos Internacionais de 1966.²⁴ Enquanto a CIJ não realizar o controle externo, é bem provável – e até mesmo salutar – que outras jurisdições o exerçam, a fim de preencher o vácuo jurídico-institucional que existe a esse respeito.

Tribunais regionais e mesmo internos têm examinado a legalidade de atos de organizações internacionais – ainda que indiretamente –, e alguns não hesitaram em declarar sua ilegalidade, tornando-os ineficazes no ordenamento jurídico nacional ou regional. Poucos, no entanto, têm fundamentado sua *ratio decidendi* em normas de direito internacional; de fato, a maioria tem baseado o controle de legalidade em garantias constitucionais ou em tratados regionais. É importante perceber que juízes internos e regionais têm ocupado um espaço negligenciado seja pela CIJ seja pelas próprias organizações internacionais.²⁵

4 Imunidade das organizações internacionais: origem, fundamento e evolução

Diferentemente dos Estados, as organizações internacionais não possuem território próprio, razão pela qual dependem do acolhimento daquele sujeito para que possam realizar suas funções. Mais do que mero acolhimento, as organizações internacionais devem dis-

autorizadas pelo capítulo VII (TPII, 1995, p. 13). Asseverou, no entanto, que os poderes do CSNU não são ilimitados, por se tratar de um órgão de uma organização internacional inserida no quadro constitucional da Carta. O Tribunal concluiu que os poderes do Conselho de Segurança não podem ir além dos limites da jurisdição da organização nem entrar em conflito com o texto e espírito da Carta.²⁴ O impacto desproporcional das sanções econômicas sobre países como o Haiti e Iraque causaram danos tão graves sobre a população civil quanto as situações configuradas como ameaças à paz internacional que levaram à sua adoção. Não foi por coincidência que, em 1997, o Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais das Nações Unidas publicou seu Comentário Geral n.º 8 (E/C.12/1997/8), ressaltando que os direitos sociais, econômicos e culturais servem como limitações a regimes jurídicos estabelecidos por resoluções do CSNU, ainda que adotadas sob o capítulo VII da Carta. Já o Comitê de Direitos Humanos, no caso *Sayadi v. Bélgica* (petição n. 1472/2006 — U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006, 29 de dezembro de 2008), concluiu que o que o Estado demandado tinha o dever de tomar todas as medidas necessárias para cessar a violação do direito em questão, o que significava a não observância de uma resolução do CSNU.

²⁵ TRINDADE, Vinícius Fox Drummond Cançado. Controle de legalidade dos atos do Conselho de Segurança das Nações Unidas. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 62, 2013.

²⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*. Decisão de 2 de maio de 2007; CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm Vê Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*. In *Reports of Judgments and Decisions 2005, VI*. Julgamento de 30 de junho de 2005. p. 155-156; CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Berić and others v. Bosnia and Herzegovina*, application Nos. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 e 25496/05, decision (admissibility), 16 October 2007, p 8; CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (Grand Chamber). *Al-Jedda v. United Kingdom*, application No. 27021/08, judgment, 7 de julho de 2011. p. 84-86; UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 3 de setembro de 2008*. Caso Yassin Abdullah Kadi, Al Barakat International Foundation v. Conselho da União Europeia & Comissão das Comunidades Europeias, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. C 285/2, 8 de novembro de 2008.

²¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom). *I.C.J. Reports*, 1992.

²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). *I.C.J. Reports*, 1971.

²³ No caso *Tadić*, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia examinou a legalidade de seu próprio instrumento constitutivo, a resolução 827 de 1993. O recorrente alegava que a criação do Tribunal pelo CSNU havia extrapolado os limites do capítulo VII da Carta. Defrontado com a questão do excesso de poder do CSNU, o Tribunal declarou que a adoção da resolução 827 ocorreu em conformidade com o artigo 41 da Carta, como uma das medidas

por de garantias de que seu Estado de sede não buscará ações de ingerência em seu funcionamento, segundo o paradigma funcionalista do Direito das Organizações Internacionais.²⁶ É nesse contexto que se afirmaram na comunidade internacional privilégios e imunidades às organizações internacionais e a seus funcionários, com o propósito de assegurar sua autonomia e livre funcionamento no território dos Estados em que se situam.²⁷

Entre os privilégios e imunidades existentes, a imunidade *jurisdicional* tem sido, em particular, elemento central dos debates acadêmicos e da jurisprudência a respeito. A imunidade jurisdicional afasta a jurisdição do Estado local, podendo ocorrer tanto no processo de conhecimento quanto no de execução. Outros privilégios e imunidades, extensíveis a seus funcionários, incluem, *inter alia*, isenções tributárias, bem como inviolabilidade pessoal, de bens, de residência e de local de trabalho.

Importante classificar as imunidades jurisdicionais em dois grupos que contam com beneficiários distintos. O primeiro grupo de imunidades compreende os serviços diplomáticos e consulares, o regime de navios de guerra estrangeiros em águas nacionais e territoriais e o estatuto das tropas estrangeiras ocupantes. O segundo diz respeito ao Estado em face da jurisdição estatal estrangeira; por aplicação do Princípio *Par in Parem non Habet Iudicium*, entende-se que, entre iguais, uma jurisdição não pode prevalecer sobre a outra.²⁸ Embora os beneficiários desses dois grupos sejam distintos, cabe ressaltar que, em ambos os casos, a prerrogativa de imunidade cabe ao Estado — e apenas este pode renunciá-

-la. É possível classificar as imunidades das organizações internacionais e de seus funcionários no primeiro grupo. No entanto, esse exercício de analogia deve ser empreendido com cautela, uma vez que as fontes das imunidades no Direito Internacional Público diferem sobremaneira.

A presente seção terá como objeto as imunidades jurisdicionais das organizações internacionais e seu lugar na busca de responsabilização desses sujeitos por atos internacionalmente ilícitos. Em primeiro lugar, será realizada breve análise sobre as origens da imunidade conferida às organizações internacionais. Em segundo, serão tratadas as atuais tendências no Direito das Organizações Internacionais em relação à imunidade jurisdicional desses sujeitos, com foco na possibilidade de relativização em casos de denegação do direito de acesso à justiça. O tratamento dessas imunidades em jurisdições regionais e nacionais será examinado, incluindo no sistema jurídico brasileiro, com vistas a examinar a atual prática internacional. Por fim, será considerada a possibilidade de relativização da imunidade jurisdicional das organizações internacionais diante da inexistência de mecanismos de controle interno, como forma de superar lacunas institucionais e com vistas a promover o primado do direito (*rule of law*) na comunidade internacional.

As imunidades têm como um de seus fundamentos a garantia do livre desempenho das atividades de agentes estatais estrangeiros em território de outro Estado, assegurando-lhes a inviolabilidade dos bens e a independência nas atividades oficiais que precisam ser exercidas. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 reconhece, em seu preâmbulo, que “a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas, sim, a de garantir o eficaz desempenho das funções das Missões diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados”.²⁹

Princípio semelhante foi aplicado às organizações internacionais, para que estas e seus funcionários possam exercer suas funções com independência e autonomia, sobretudo em relação ao Estado-sede. O reconhecimento de um conjunto mínimo de privilégios e imunidades às organizações internacionais decorre do paradigma funcionalista, na medida em que visam ga-

²⁶ A teoria predominante no Direito das Organizações Internacionais, o funcionalismo, tem-se mostrado presente em grande parte dos estudos acadêmicos e de decisões de tribunais internacionais desde a primeira metade do século XX. Como definição, o funcionalismo determina que as organizações internacionais foram criadas por seus Estados Membros para cumprir funções específicas e por eles determinadas. Uma das grandes narrativas que inspira o funcionalismo é a noção de progresso na comunidade internacional, a qual se desenvolveria, se organizaria e se integraria cada vez mais a partir da cooperação. O funcionalismo, aplicado ao Direito das Organizações Internacionais, esclarece o que essas instituições podem ou devem fazer, mas não oferece espaço suficiente para analisar como de fato estão se comportando, e como regras jurídicas poderiam ser desenvolvidas para suprir eventuais lacunas normativas.

²⁷ MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades internacionais*: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais. Brasília: FUNAG, 2010. p. 19-20.

²⁸ MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades internacionais*: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais. Brasília: FUNAG, 2010. p. 24-25. Há também a imunidade conferida a Chefes de Estado, que se encontra no meio-termo entre as duas categorias de beneficiários.

²⁹ Cf. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, parágrafo preambular N.º 4.

rantir que esses sujeitos de direito exerçam as funções que lhes foram atribuídas pelos Estados Membros.

Diferentemente dos Estados, cujas imunidades têm origem costumeira, as organizações internacionais gozam de imunidades decorrentes de tratados. Em geral, essas imunidades e privilégios têm como fonte (i) tratados constitutivos — a exemplo do artigo 105 da Carta das Nações Unidas e do artigo 133 da Carta da OEA —; (ii) acordos bilaterais de sede — como o Acordo de Sede entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA) —; e (iii) tratados multilaterais, sendo os casos mais significativos a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas de 1946 e a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas de 1947.³⁰

A imunidade jurisdicional das organizações internacionais deriva, portanto, da vontade dos Estados, a qual se manifesta por meio de tratados constitutivos, acordos bilaterais de sede e tratados multilaterais de privilégios e imunidades. Outra possível fonte para regular a relação jurídica entre a organização e determinado Estado Membro é a legislação doméstica, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, com o *International Organizations Immunities Act*.

Em relação a seu alcance, as imunidades concedidas às organizações internacionais podem dizer respeito à inviolabilidade de seus locais, salvo em casos de extrema urgência; à inviolabilidade de seus arquivos; a isenções de natureza financeira e fiscal; a facilidades imigratórias; e, principalmente, a não comparecer perante os tribunais nacionais — a imunidade *jurisdicional*. De acordo com parecer da Corte Internacional de Justiça, os privilégios e imunidades das organizações internacionais devem ser integralmente observados, inclusive pelo Estado de nacionalidade e de residência do agente em questão, no exercício de suas funções oficiais.³¹

A origem do estudo sobre as imunidades das organizações internacionais situa-se no período entregueras, com a criação da primeira grande organização de natureza universal, a Liga das Nações. É interessante

notar que as grandes questões sobre o tema, que permanecem objeto de debate acadêmico na atualidade, já haviam sido abordadas na década de 1920 pelo *Institut de Droit International*, à medida que surgiam os primeiros casos contra funcionários da Liga das Nações perante tribunais internos europeus.

Na sessão de Viena de 1924, membros do *Institut* já haviam concluído que, diferentemente dos Estados, o fundamento das imunidades das organizações internacionais residia na garantia do exercício de suas funções. Os membros do *Institut* haviam debatido, igualmente, o problema da denegação da justiça, quando se observou que a imunidade deveria ser renunciada sempre quando deixasse de servir ao interesse de proteger a organização.³²

Debatia-se o tema, também, na União Pan-americana, durante a elaboração, em 1927, do projeto da Convenção de Havana sobre Funcionários Diplomáticos. Embora o texto final da Convenção aprovado pela VI Conferência Pan-Americana não tenha incluído disposições sobre o tema, debateram-se, em seu *travaux préparatoires*, as imunidades de “membros de organizações consideradas sujeitos de direito internacional, de cortes permanentes de justiça internacional e de arbitragem, bem como de comissões de investigação criadas em virtude de acordos internacionais”.³³

Na década seguinte, em 1936, o primeiro escrivão da Corte Permanente de Justiça Internacional — para a qual foi posteriormente eleito juiz —, Ake Hammarskjöld, apresentaria curso na Academia de Direito Internacional, intitulado “A imunidade de pessoas investidas de funções internacionais”. Ao discorrer sobre a prática e o debate acadêmico da época, Ake Hammarskjöld concluiu sobre a pertinência de se estabelecer regras gerais acerca do assunto, em vez de tratamento casuístico por meio das regras específicas de cada organização.³⁴

Poucos anos depois, com o advento das Nações Unidas, foi possível avançar na adoção de regras sobre

³⁰ VELASCO, Manuel Diez de. *Las organizaciones internacionales*. Madri: Tecnos, 2008. p. 83.

³¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Application of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*, 1989. p. 196.

³² BLOKKER, Niels. International organizations: the untouchables? In: BLOKKER, Niels. *Immunity of International Organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. p. 6-8.

³³ HAMMARSKJÖLD, Ake. Les immunités des personnes investies de fonctions internationales. *Recueil des cours*, v. 56, 1936. p. 190.

³⁴ *Cf.*, em particular, o capítulo IV (“La question d’une réglementation générique”). HAMMARSKJÖLD, Ake. Les immunités des personnes investies de fonctions internationales. *Recueil des cours*, v. 56, 1936. p. 107-211. *Cf.*, em particular, o capítulo IV (“La question d’une réglementation générique”).

as imunidades das organizações internacionais, inspiradas nos debates acadêmicos e na prática das duas décadas anteriores. Contudo, ao contrário do que sugerira Ake Hammarskjöld, as regras passaram a ser adotadas de maneira casuística, aplicáveis separadamente a cada organização internacional. Dessa forma, foram adotadas, em 1946, a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas e, no ano seguinte, a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas. Em que pese a diversidade de instrumentos relativos às imunidades das organizações internacionais criadas nos anos seguintes, os dispositivos sobre as Nações Unidas tiveram expressiva projeção e influenciaram o tratamento desse assunto em relação a outros organismos, razão pela qual o presente capítulo dará ênfase maior a esses dois instrumentos.

A multiplicação de novas organizações internacionais e o tratamento casuístico até então conferido às imunidades desses sujeitos levou a CDI a trabalhar sobre o tema de maneira sistemática e geral, com a inclusão, em 1963, do tópico “Relações entre Estados e organizações internacionais” em sua agenda. A decisão da CDI de incluir o tema em seus trabalhos decorreu de convite que a AGNU havia feito anos antes, em 1958, por meio da resolução 1289 (XIII). O primeiro relator, o egípcio Abdullah El-Erian, optou por dividir o tema em duas partes, abordadas em momentos distintos. Em um primeiro momento, a CDI tratou dos privilégios e das imunidades de representantes de Estados junto a organizações internacionais, o que culminou, em 1975, na Convenção de Viena sobre a Representação de Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal.³⁵

Concluída a primeira parte do tópico, a CDI passou então a trabalhar, em 1976, em artigos sobre os privilégios e as imunidades das organizações internacionais. O Relator optou por restringir o tema apenas às organizações internacionais de natureza universal, o que foi aprovado pela CDI. Com a eleição de El-Erian para a CIJ, o novo relator do tema passou a ser o venezuelano Leonardo Díaz-González, em 1979, que preparou Projeto de Artigos sobre o tema, estruturado em três seções: (i) privilégios e imunidades das organizações —

estes subdivididos em fiscais e não fiscais; (ii) privilégios e imunidades de oficiais; e (iii) privilégios e imunidades de peritos em missão e de pessoas que mantêm negócios oficiais com a organização.

Díaz-González apresentou 22 artigos sobre o tema ao longo de seus quatro relatórios — no total, o assunto foi objeto de seis relatórios ao longo de duas décadas. Cabe destacar que, nesses artigos, a imunidade jurisdicional das organizações internacionais foi formulada de maneira absoluta, sem possibilidade de limitação. Essa abordagem decorria do entendimento de que correspondia à natureza absoluta da imunidade jurisdicional a obrigação das organizações internacionais de estabelecer mecanismos internos de controle, como se desprende do seguinte trecho do quarto relatório de Díaz-González:

De acordo com a maioria dos textos (convenções sobre privilégios e imunidades, acordos de sede, entre outros), organizações internacionais não podem ser julgadas por tribunais nacionais a não ser que tenham expressamente renunciado a esse privilégio. Ainda que o tenham feito, a renúncia não se estende às medidas de execução. Essa situação, embora possa parecer excessiva, está limitada pela obrigação imposta às organizações internacionais de instituir um sistema judicial para a solução de controvérsias ou de disputas em que possam estar envolvidas.³⁶

Em 1992, a CDI optou por encerrar as discussões sobre o assunto. Os motivos para essa decisão incluíam o lento processo de ratificação da Convenção de Viena sobre a Representação de Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal, o que demonstrou pouca disposição em se avançar na segunda parte do tópico “Relações entre Estados e organizações internacionais”, relativa à imunidade jurisdicional das organizações internacionais; e a constatação de que numerosas questões levantadas durante os trabalhos já haviam sido regulamentadas por tratados existentes.³⁷

³⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. UN Doc. A/CN.4/424 and Corr.1. DÍAZ GONZÁLEZ, Leonardo. Fourth report on relations between States and international organizations (second part of the topic). In: UNITED NATIONS. *Yearbook of the International Law Commission 1989*. New York: UN, 1992. v. 2. p. 161. tradução nossa.

³⁷ LAMMERS, Johan G. Immunity of international organizations: the work of the International Law Commission. In: BLOKKER, Niels. *Immunity of international organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. p. 27.

³⁵ O Brasil assinou a Convenção em 14 de março de 1975, mas não a ratificou. Até o momento, apenas 34 Estados ratificaram o instrumento. Concluída há mais de 40 anos, a Convenção ainda não se encontra em vigor — faltando o depósito de apenas mais um instrumento de ratificação para se atingir o número mínimo necessário.

Não obstante o encerramento das discussões, em momentos posteriores sugeriu-se a retomada dos trabalhos. Giorgio Gaja, durante seu mandato na CDI, recomendou que o estudo sobre a imunidade jurisdicional das organizações internacionais fosse retomado, em vista da adoção pela AGNU da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e sua Propriedade, em 2006. Todavia, a CDI não se dispôs a trabalhar em tratado similar sobre as imunidades das organizações internacionais. A variedade das organizações internacionais e a quantidade de tratados existentes sobre suas imunidades têm sido desafios significativos para as sucessivas tentativas de se adotar abordagem sistemática, válida para todos os organismos.

Atualmente, outras propostas têm surgido para conferir tratamento coerente ao tema das imunidades jurisdicionais das organizações internacionais. O Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos, em seu 93º período ordinário de sessões, em agosto de 2018, aprovou o documento “Guia Prático de Aplicação da Imunidade Jurisdicional das Organizações Internacionais”. O objetivo do guia é recomendar aos Estados Membros da OEA boas práticas e elementos que poderiam ser incorporados em futuros acordos de sede e nas legislações nacionais, para prevenir possíveis controvérsias e oferecer meios para sua resolução. A elaboração do guia decorreu da constatação de que a imunidade das organizações internacionais tem recebido tratamento casuístico no continente americano, em razão tanto dos distintos tratados constitutivos e acordos de sede existentes quanto das diferentes decisões de tribunais nacionais em 18 Estados Membros da OEA.³⁸

O guia da OEA pode servir para Estados e organizações internacionais para uma melhor condução de suas relações jurídicas. Além disso, tribunais nacionais podem tomar o documento como subsídio para a elaboração de suas decisões, conferindo coerência à jurisprudência na região. O documento apresenta dez diretrizes gerais, que incluem tópicos como base jurí-

dica da imunidade jurisdicional das organizações internacionais; objetivo, alcance e limites das imunidades; meios de solução de controvérsias; relação com o ordenamento jurídico interno e tribunais domésticos; imunidade de execução; e renúncia às imunidades. Trata-se de abordagem distinta à da CDI que, embora careça de natureza vinculante, pode favorecer o desenvolvimento de uma prática regional coerente e equilibrada no que se refere à aplicação, interpretação e eventual limitação da imunidade jurisdicional das organizações internacionais. Além disso, pode servir como referência não apenas aos tribunais nacionais, mas também para a negociação de futuros acordos constitutivos ou de sede que incluam dispositivos sobre privilégios e imunidades.³⁹

Interessante notar que o Comitê Jurídico Interamericano apontou para a inexistência, no continente americano, de tratamento homogêneo relativo às imunidades das organizações internacionais, diante das distintas práticas de órgãos administrativos e judiciais e do fato de que a maioria dos Estados Membros da OEA ainda carece de legislação nacional sobre o tema. Nesse contexto, o Comitê concluiu que não existem condições para que a OEA considere a elaboração de instrumento internacional juridicamente vinculante sobre as imunidades das organizações internacionais.⁴⁰

Niels Blokker sugere que o atual sistema normativo que regulamenta as imunidades das organizações internacionais ancora-se na prática e no pensamento das décadas de 1920 e 1930, pouco tendo mudado ao longo dos anos. Ao analisar as imunidades de organizações internacionais criadas a partir dos anos 2000, Blokker conclui que há significativa semelhança com o tratamento dado pelas Convenções das Nações Unidas de 1946 e de 1947.⁴¹ Conquanto haja rigidez no sistema normativo, verifica-se que o debate acadêmico sobre o assunto tem-se transformado, em particular quanto à aplicabilidade de imunidades de organizações internacionais frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. A prática também tem dado sinais de mudanças, com o número maior de ajuizamento de ações

³⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Imunidade das organizações internacionais. CJI/Res. 241 (XCIII-O/18), de 10 de agosto de 2018. Anexo à resolução consta o relatório do Comitê Jurídico Interamericano, que cita lista de decisões de tribunais nacionais de 18 Estados Membros da OEA, a saber: Argentina, Bolívia, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

³⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Imunidade das organizações internacionais. CJI/Res. 241 (XCIII-O/18), de 10 de agosto de 2018.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Imunidade das organizações internacionais. CJI/Res. 241 (XCIII-O/18), de 10 de agosto de 2018. p. 11.

⁴¹ BLOKKER, Niels. International organizations: the untouchables? In: BLOKKER, Niels. *Immunity of International Organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. p. 11-15.

contra essas organizações em tribunais domésticos, em casos de violações de direitos humanos — não mais se restringindo apenas a questões trabalhistas.

Difícilmente haverá mudanças significativas no arcabouço normativo geral que rege as imunidades das organizações internacionais. Por isso, deve-se buscar melhorar a *implementação* das regras já existentes, sobretudo nos casos que envolvem violações de direitos humanos. O paradigma funcionalista pode ser aplicado não apenas como fundamento dessas imunidades, mas também como garantia de que as organizações internacionais sigam as normas internacionais.⁴²

5 Os limites da imunidade jurisdicional das organizações internacionais

A imunidade jurisdicional é conferida às organizações internacionais para assegurar que estas possam realizar os propósitos e os objetivos pactuados por seus Estados Membros. Seguindo esse entendimento funcionalista, as organizações internacionais devem carecer de imunidade jurisdicional em três situações: (i) quando optam por renunciá-la; (ii) quando atuam como agentes exclusivamente privados, incluindo em disputas trabalhistas que não comprometem sua autonomia; e (iii) quando não oferecem meios alternativos de solução de controvérsias, em violação do direito de acesso à justiça.

5.1 Renúncia às imunidades jurisdicionais

Embora o tratamento que as organizações internacionais conferem às imunidades jurisdicionais possa variar, o caso das Nações Unidas é ilustrativo por haver inspirado diversos instrumentos constitutivos surgidos ao longo do século XX. Nesse contexto, caberia destacar, inicialmente, o artigo 105(1) da Carta das Nações Unidas, que limita os privilégios e imunidades da Organização ao “exercício de suas funções e à realização de seus propósitos”, em conformidade com o paradigma do funcionalismo.

⁴² BLOKKER, Niels. International organizations: the untouchables? In: BLOKKER, Niels. *Immunity of International Organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. p. 17.

Ainda que a limitação aos privilégios e às imunidades tenha sido formulada de maneira expressa na Carta da ONU, a questão foi posteriormente regulamentada de maneira mais restritiva pela Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas de 1946, que apresenta a renúncia como única hipótese de limitação à imunidade jurisdicional em um caso concreto.⁴³ A Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas de 1947 reproduziu, em seu artigo 3º, seção 4, o disposto na Convenção de 1946 para todas as agências, programas e fundos do sistema das Nações Unidas.⁴⁴

Essas limitações aparentemente mínimas às imunidades e privilégios das organizações internacionais devem ser lidas, no entanto, à luz do artigo 105(1) da Carta, que toma como fundamento para as imunidades o paradigma funcionalista. Além disso, devem ser lidas também à luz da obrigação imposta ao SGNU pelo artigo 5º, seção 20, da Convenção de 1946. Esse dispositivo impõe ao SGNU o poder e o dever de suspender as imunidades dos funcionários das Nações Unidas sempre que possam impedir a aplicação da justiça, desde que não cause prejuízo aos interesses da Organização, como se pode depreender a seguir:

Os privilégios e imunidades são concedidos aos funcionários unicamente no interesse das Nações Unidas e não em benefício próprio. O Secretário-Geral **poderá e deverá suspender a imunidade** concedida a um funcionário, **sempre que, a seu critério, esta imunidade impedir a aplicação da justiça** e puder ser suspensa sem prejuízo dos interesses da Organização. No que diz respeito ao Secretário-Geral, o Conselho de Segurança tem capacidade para pronunciar a suspensão das imunidades.⁴⁵

⁴³ NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, artigo 2º, seção 2: “A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou o seu detentor, gozarão da imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas”.

⁴⁴ NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, artigo 3º, seção 4: “As agências especializadas, seus bens e ativo, onde estiverem localizados e qualquer que seja o seu depositário, gozarão de imunidade de todas as formas de processo legal, exceto na medida em que, em qualquer caso determinado houverem expressamente renunciado à sua imunidade. Fica entendido, porém, que nenhuma renúncia de imunidade se estenderá a qualquer medida de execução”.

⁴⁵ NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, artigo 5º, seção 20, grifo nosso.

Cumprir notar que a fórmula utilizada pelo artigo 5º, seção 20, da Convenção de 1946, em relação aos funcionários das Nações Unidas, é reproduzida no artigo 6º, seção 23, ao tratar dos peritos em missão pela Organização. No caso das Nações Unidas, pode-se concluir que são dois os limites para sua imunidade jurisdicional: (i) esta deve dar-se no exercício de suas funções e na realização de seus propósitos; e (ii) não deve impedir a aplicação da justiça, desde que sua suspensão não cause prejuízo aos interesses da Organização — avaliação subjetiva que cabe ao SGNU.

Cabe destacar a interpretação realizada pela Corte Internacional de Justiça do artigo 5º, seção 20, da Convenção de 1946. Em Opinião Consultiva a respeito da inobservância da imunidade de agente das Nações Unidas por um Estado Membro, a CIJ esclareceu que cabe ao SGNU o poder e o dever de decidir sobre a renúncia da imunidade de funcionários das Nações Unidas. Essa decisão implica qualificar, igualmente, se o ato desse agente teria ocorrido no exercício de suas funções oficiais. Nesse contexto, a Corte acrescentou que é responsabilidade do SGNU informar ao Estado em questão sobre a imunidade do agente, para que os tribunais nacionais sejam devidamente comunicados. A responsabilidade passa então a ser do Estado Membro de notificar os tribunais nacionais sobre a imunidade jurisdicional do agente.⁴⁶

Além das Nações Unidas, o tratamento que outras organizações internacionais conferem à imunidade jurisdicional parece variar pouco. Em geral, nos casos em que a renúncia é permitida, esta deve ser realizada pelo titular da organização em questão, tanto em relação à imunidade de jurisdição quanto à imunidade de execução. Essa renúncia deve dar-se de acordo com os regimes jurídicos de cada organização internacional. Nesse sentido, a renúncia pode ser estritamente voluntária ou, como no caso das Nações Unidas, pode decorrer de uma obrigação — como o não impedimento à aplicação da justiça. Por fim, cabe destacar que a renúncia à imunidade jurisdicional não compreende *ipso facto* a renúncia à imunidade de execução.

5.2 Limitação da imunidade para atos não oficiais

A imunidade jurisdicional das organizações internacionais, ao se fundamentar na noção do funcionalismo, deveria ser aplicável apenas às atividades consideradas essenciais e necessárias aos propósitos e objetivos desses organismos. Corolário desse entendimento seria a renúncia à imunidade para atos em que as organizações internacionais participam como agentes privados, incluindo disputas trabalhistas que não comprometam a autonomia da organização. No entanto, caso a renúncia não seja realizada nesses casos, alguns tribunais domésticos têm entendido ser necessário avaliar, caso a caso, a natureza dos atos em questão, para avaliar se estariam excluídos da imunidade jurisdicional.

Nessa avaliação, é recorrente o recurso à analogia inadequada com a imunidade jurisdicional dos Estados, mediante a aplicação dos conceitos de *iure gestionis* (atos de gestão) e *iure imperii* (atos de império). No entanto, cabe frisar que as organizações internacionais não praticam atos de império ou de gestão. Como aponta Leandro Moll, a classificação mais apropriada consistiria em *atos oficiais*, intrínsecos às suas funções e objetivos consagrados em tratados constitutivos, e *atos não oficiais*.⁴⁷

A título de ilustração, a contratação de intérprete pode ser considerada, para um Estado estrangeiro, como um ato de gestão, enquanto que, para determinada organização internacional, pode ser classificada como ato funcional, caso se mostre como elemento de funcionalidade do organismo. Verifica-se, portanto, a impossibilidade de transposição automática dos conceitos de atos de império e atos de gestão para o domínio das imunidades das organizações internacionais.⁴⁸

Em suma, as organizações internacionais deveriam renunciar às imunidades sempre quando atuam como agentes exclusivamente privados em atividades alheias a seus propósitos e objetivos. Caso a renúncia não seja realizada, a distinção entre atos oficiais e atos não oficiais poderia servir aos tribunais como instrumento de avaliação da natureza do ato em questão. Caso se trate de ato não oficial, a imunidade poderia ser relativizada, e

⁴⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Differences relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*, 1999. p. 87.

⁴⁷ MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades internacionais: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 101.

⁴⁸ MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades internacionais: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 102.

a controvérsia, dirimida pelos tribunais domésticos. Por sua vez, caso se trate de ato oficial, a imunidade jurisdicional deve ser aplicada, e a própria organização deve oferecer mecanismos internos de solução de controvérsias, como imperativo do direito de acesso à justiça.

5.3 A obrigação de oferecer meios de solução de controvérsias e o abuso de imunidade

Se a organização internacional não renunciar a suas imunidades jurisdicionais, esta deve oferecer meios de solução de controvérsias apropriados, conforme disposto na seção 29 da Convenção de 1946 e na seção 31 da Convenção de 1947.⁴⁹ Ambas as seções preveem que esses meios devem ser estabelecidos para as controvérsias em matéria de contratos ou de natureza privada, bem como para disputas que envolvam funcionários que não tenham tido suas imunidades dispensadas.

A obrigação de oferecer meios de solução de controvérsias foi incluída em ambas as Convenções como forma de coadunar as imunidades jurisdicionais com o direito de acesso à justiça. Cabe recordar que Díaz-González, em seu trabalho na CDI, havia condicionado a natureza absoluta da imunidade jurisdicional das organizações internacionais à obrigação de instituir sistemas internos de solução de controvérsias.

Contudo, conforme verificado no capítulo anterior, poucos mecanismos internos de controle foram desenvolvidos pelas organizações internacionais até o momento. Os tribunais administrativos poderiam cumprir parcialmente esse papel, mas se restringem a questões trabalhistas envolvendo funcionários. Contratados locais em regime temporário ou terceiros, por exemplo, estão impossibilitados de recorrer a esses tribunais. A

situação agrava-se, ainda mais, em casos que transcendem o escopo privatista e envolvem violações de direitos humanos, para os quais há poucos recursos internos disponíveis.

Em uma leitura desatenta, a previsão de que toda divergência referente à interpretação ou à aplicação das Convenções de 1946 e de 1947 deve ser submetida à CIJ, — presente nas seções 29 e 32, respectivamente — poderia parecer uma possível solução para os casos em que se busca instituir limites à imunidade jurisdicional das Nações Unidas. Contudo, esse recurso encontra-se disponível apenas aos Estados, ainda que a prática internacional tenha demonstrado que são os indivíduos os principais prejudicados por atos ilícitos cometidos por organizações internacionais.

No caso da Convenção de 1947, em particular, é interessante destacar a incorporação da figura do abuso de privilégios e imunidades. O artigo 7º, seção 24, da Convenção de 1947, prevê que, se qualquer país considerar que houve abuso de um privilégio ou imunidade, deverão ser realizadas consultas diretas entre as autoridades estatais e a agência especializada em questão, com vistas a determinar se ocorreu abuso e, nesse caso, assegurar sua não repetição. Se as consultas não alcançarem resultado satisfatório para o Estado e a agência especializada interessados, a questão poderá ser submetida à CIJ. Se a Corte determinar que houve abuso, o país poderá retirar da agência especializada os benefícios do privilégio ou da imunidade objeto do abuso. Trata-se de recurso disponível apenas aos Estados. Não obstante, esse dispositivo torna questionável a aplicação de maneira absoluta da imunidade jurisdicional das agências especializadas das Nações Unidas, sem prévia análise da natureza oficial do ato em questão e da possível ocorrência de abusos.

Também o Acordo sobre Privilégios e Imunidades da Organização dos Estados Americanos prevê a possibilidade de abuso de imunidade e institui a obrigação de cooperar com as autoridades estatais. Com efeito, o artigo 11 do Acordo estabelece que a OEA cooperará com as autoridades competentes para facilitar a administração adequada da justiça e evitar que se verifiquem abusos com relação aos privilégios e imunidades da organização.

A renúncia, nos casos em que as imunidades jurisdicionais possam impedir a aplicação da justiça, pode ser interpretada como um corolário da obrigação de coope-

⁴⁹ NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, artigo 8º, seção 29: “A Organização das Nações Unidas deverá estabelecer processos adequados de solução para: (a) as controvérsias em matéria de contratos ou outras de direito privado nas quais a Organização seja parte; (b) as controvérsias nas quais estiver implicado um funcionário da Organização que, em virtude de sua situação oficial gozar de imunidade que não tenha sido suspensa pelo Secretário Geral”. Cf. também Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, artigo 9º, seção 31: “Cada agência especializada providenciará modos apropriados de resolver: (a) disputas resultantes de contratos ou outras disputas de caráter privado nas quais a agência especializada seja parte; (b) disputas que envolvam qualquer funcionário de uma agência especializada que, por motivo de sua posição oficial, goze de imunidade, se a imunidade não houver sido dispensada, de conformidade com as disposições da 22ª Seção.

rar com as autoridades competentes dos Estados Membros. Além disso, em casos relativos a atos não oficiais, a renúncia pode até mesmo assegurar a natureza funcional das imunidades da organização. Caso a renúncia não seja realizada, os tribunais domésticos poderiam lançar mão de análise sobre a natureza oficial ou não oficial do ato em questão. Ademais, a não realização da renúncia obriga a organização internacional a oferecer meios de solução de controvérsias aos interessados.

Não obstante previsões normativas sobre o poder-dever de renúncia, como no artigo 5º, seção 20, da Convenção de 1946, as organizações internacionais não costumam renunciar à imunidade jurisdicional, o que tem impedido o desenvolvimento da prática de responsabilização desses sujeitos. Além disso, conforme demonstrado no capítulo anterior, ainda não se desenvolveram satisfatoriamente mecanismos internos de controle capazes de oferecer meios de solução de controvérsias adequados. Para agravar a situação, diversos tribunais domésticos continuam a aplicar as imunidades das organizações internacionais de maneira absoluta. Como reação, a academia e a jurisprudência de tribunais regionais e internos têm proposto alternativas que levam à relativização da imunidade das organizações internacionais em casos de flagrante denegação do direito de acesso à justiça.

6 A imunidade de jurisdição das organizações internacionais e o direito de acesso à justiça

A denegação de justiça tornou-se o principal problema em relação à imunidade jurisdicional das organizações internacionais. Esse problema agrava-se sobremaneira no caso de violações do direito internacional geral e de normas de *jus cogens*. No caso dos Estados, potencial denegação de justiça decorrente da imunidade jurisdicional poderia ser contornada mediante ajuizamento de ação no território nacional, como foro alternativo. Afinal, o Estado nacional e os agentes diplomáticos não estarão imunes à sua própria jurisdição nacional. Já em relação às organizações internacionais, na maioria dos casos não há mecanismos de controle interno disponíveis ou efetivos a que se possa recorrer.

O problema da denegação de justiça é enfrentado pelo Direito Internacional Público por meio de diversos

tratados de direitos humanos que consagram o direito às garantias judiciais, tanto de escopo regional quanto universal. A título de exemplo, destacam-se o artigo 14(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o artigo 8(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁵⁰ Entende-se por garantias judiciais, *inter alia*, o direito a comparecer perante tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, para determinação dos direitos e das obrigações de qualquer natureza das partes no processo.

Cumprir notar que o direito às garantias judiciais foi alçado à categoria de norma de *jus cogens* pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, no caso *Goiburú e outros v. Paraguai*, a Corte reconheceu que o acesso à justiça constitui norma imperativa de Direito Internacional e gera, portanto, obrigações *erga omnes* para que os Estados adotem as medidas necessárias para impedir a impunidade, seja pelo exercício de sua jurisdição para a aplicação de seu direito doméstico seja pela cooperação com outros Estados.⁵¹

⁵⁰ Cf. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 14(1): “todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores”, grifo nosso. Cf. igualmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 8º(1): “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Ver também o artigo 10 da Declaração Universal sobre Direitos Humanos; e o artigo 6(1) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

⁵¹ “El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”. CORTE INTER-

Diante da possibilidade de impunidade em relação a violações de direitos humanos, é importante interpretar e aplicar o paradigma funcionalista à luz de outras obrigações decorrentes do Direito Internacional Público, de maneira sistêmica e não isolada. Em particular, cabe buscar convergência entre dois objetivos da ordem pública internacional: de um lado, a garantia de que as organizações internacionais serão resguardadas contra interferências unilaterais de governos; de outro, a proteção internacional dos direitos humanos.

Deve-se não apenas evitar que a imunidade jurisdicional das organizações internacionais sirva como pretexto para a violação de direitos fundamentais e normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas assegurar que ambos os regimes normativos se apoiem e reforcem mutuamente. O entendimento de que a imunidade jurisdicional das organizações internacionais deve depender de certos critérios, como a disponibilidade e efetividade de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, é um possível caminho a promover sinergias entre ambos os regimes. A Corte Europeia de Direitos Humanos e alguns tribunais domésticos têm adotado esse entendimento.

No caso da imunidade jurisdicional gozada pelos Estados, há possibilidade de compor a lide na jurisdição doméstica do próprio Estado reclamado, como alternativa à aplicação da imunidade em território estrangeiro. Dependendo das circunstâncias de cada caso, pode-se questionar se essa alternativa seria razoável ou mesmo efetiva para o reclamante. Todavia, a mera existência dessa possibilidade demonstra que o direito de acesso à justiça pode ser exercido em foros distintos, não exclusivamente na jurisdição onde ocorreu a violação. No caso das organizações internacionais, muitas vezes essa possibilidade não existe ou é claramente inefetiva. A aplicação da imunidade jurisdicional a uma organização internacional que não disponha de mecanismos internos de solução de controvérsias poderá implicar violação do direito às garantias judiciais da parte demandante.

Cabe destacar que a necessidade de instituir mecanismos de solução de controvérsias não decorre tão somente da garantia do direito de acesso à justiça. Decorre, igualmente, de instrumentos constitutivos das próprias organizações internacionais, de tratados mul-

tilaterais sobre privilégios e imunidades — como é o caso da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas — e de acordos bilaterais de sede. Além disso, a jurisprudência recente de tribunais internacionais e domésticos tem afirmado a obrigação direta das organizações internacionais de proverem mecanismos adequados de solução de controvérsias como pré-condição para o gozo de seus privilégios e imunidades.⁵²

6.1 A jurisprudência de tribunais regionais e domésticos e a relativização da imunidade jurisdicional das organizações internacionais

A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Waite e Kennedy vs. Alemanha*, estabeleceu que a imunidade jurisdicional pode depender da disponibilidade de garantias judiciais adequadas e efetivas. Trata-se de caso paradigmático que tem servido de referência também para decisões de tribunais domésticos. Nesse caso, a CEDH estabeleceu três requisitos básicos como condição para a aplicação da imunidade jurisdicional de uma organização internacional, a saber: (i) eventuais limitações ao acesso à justiça não devem implicar redução nem do escopo nem da essência desse direito; (ii) as limitações à imunidade devem buscar alcançar um objetivo legítimo; e (iii) deve haver relação de razoável proporcionalidade entre os meios aplicados e o objetivo logrado.⁵³

Em *Waite vs. Kennedy*, a CEDH destacou que a proteção das organizações internacionais contra ingerências de Estados por meio da imunidade jurisdicional constitui objetivo legítimo para limitação do direito de acesso à justiça.⁵⁴ Além disso, verificou que a organização internacional em questão, a Agência Espacial Europeia, dispunha de mecanismos internos de solução de controvérsias e oferecia alternativas aos demandantes, razão pela qual não haveria desproporcionalidade nem limitação do escopo e da essência do direito de acesso à

AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Goiburú e outros v. Paraguai. Mérito, reparações e custas* (Série C No. 153). Julgamento de 22 de setembro de 2006.

⁵² REINISCH, August; WEBER, Ulf Andreas. In the shadow of Waite and Kennedy: the jurisdictional immunity of international organizations, the individual's right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement. *International Organizations Law Review*, n. 1, 2004. p. 68.

⁵³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Waite and Kennedy vs. Alemanha*. Application n. 26083/94. Judgment, 18 February 1999. p. 13.

⁵⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Waite and Kennedy vs. Alemanha*. Application no. 26083/94. Judgment, 18 February 1999. p. 14.

justiça, conforme previsto no artigo 6(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁵⁵ Em *Beer and Regan vs. Alemanha*, a CEDH indicou, igualmente, que a imunidade jurisdicional de organizações internacionais pode resultar em eventuais violações do direito de acesso à justiça, caso sua aplicação não seja mitigada pela disponibilidade de meios alternativos de solução de controvérsias.⁵⁶

Embora a jurisprudência da CEDH tenha se tornado referência para casos sobre conflitos entre a aplicação de imunidades e a salvaguarda de direitos humanos, cumpre notar que a Corte Internacional de Justiça optou por abordagem diametralmente oposta. No caso *Alemanha vs. Itália*, a imunidade jurisdicional da Alemanha foi aplicada, ainda que diante de crimes de guerra para os quais não havia mecanismos de solução de controvérsias disponíveis. Defrontada com o argumento de que normas de *jus cogens* deveriam prevalecer sobre a imunidade jurisdicional dos Estados, a CIJ declarou se tratar de âmbitos distintos de aplicação, uma vez que as imunidades teriam natureza meramente procedimental, não substantiva.⁵⁷ Segundo alguns autores, a CEDH teria adotado entendimento similar no caso *Stichting Mothers of Srebrenica vs. Países Baixos*, o que poderá relativizar, futuramente, o precedente firmado em *Waite and Kennedy*.⁵⁸

Importante notar que a exigência de mecanismos alternativos para a proteção dos direitos fundamentais no contexto das organizações internacionais foi avançada, igualmente, por tribunais domésticos. O caso *Solange*, na Corte Constitucional Alemã, analisado no capítulo anterior, ilustra esse entendimento, posteriormente seguido também por outros tribunais, como a Corte Constitucional Italiana, no caso *Frontini*.⁵⁹

A prática dos tribunais internos tem convergido para o entendimento de que toda e qualquer imunidade das organizações internacionais deve ser prevista previamente em ato internacional, seja em instrumento multilateral entre os Estados Membros seja em acordo de sede entre a organização e o Estado que a sedia. No entanto, quando se trata de limitações à imunidade jurisdicional, a prática tem variado sobremaneira. Alguns países, como o Brasil, a Áustria, os Países Baixos e o Reino Unido têm reconhecido essa imunidade de maneira absoluta. O Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido de que a imunidade das organizações internacionais se aplica até mesmo a questões trabalhistas — ponto que será explorado na subseção seguinte. Outros países, no entanto, têm relativizado essa imunidade, como Bélgica, Estados Unidos, França e Itália. As contribuições jurisprudenciais de tribunais internos demonstram que há ausência de consistência na relativização da imunidade jurisdicional, o que constitui mais um óbice à responsabilização das organizações internacionais.

Na Itália, há ampla jurisprudência nos tribunais internos no sentido de relativizar a imunidade jurisdicional das organizações internacionais. Para tanto, desde a década de 1970, esses tribunais têm recorrido a analogias referentes à relativização da imunidade dos Estados, por meio da diferenciação entre atos de gestão e atos de império.⁶⁰ Essas analogias, no entanto, parecem ter sido abandonadas, mais recentemente, em 2007, pela Corte Suprema Italiana.⁶¹ Não obstante esse método inadequado, em certos casos relativos à Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), cuja sede situa-se em Roma, a Corte Suprema Italiana optou por condicionar sua imunidade à existência de mecanismos internos de solução de controvérsias. Isso implicou apreciação da estrutura institucional da organização e de sua capacidade de garantir a efetividade do artigo 24 da Constituição Italiana, que consagra o direito individual a garantias judiciais.⁶²

⁵⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Waite and Kennedy vs. Alemanha*. Application no. 26083/94. Judgment, 18 February 1999. p. 16.

⁵⁶ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Beer and Regan vs. Alemanha*, Application no. 28934/95. Judgment, 18 de fevereiro de 1999.

⁵⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment. *ICJ Reports*, 2012.

⁵⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Stichting Mothers of Srebrenica v. Países Baixos*. Application No. 65542/12, 11 de junho de 2013.

⁵⁹ REINISCH, August; WEBER, Ulf Andreas. In the shadow of *Waite and Kennedy*: the jurisdictional immunity of international organizations, the individual's right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement. *International Organizations Law Review*, n. 1, 2004. p. 74-75.

⁶⁰ MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades internacionais: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 100-103.

⁶¹ BONAFÈ, Beatrice I. Italian courts and the immunity of international organizations. In: BLOKKER, Niels. *Immunity of International Organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. p. 255.

⁶² ITÁLIA. Corte Suprema Italiana. *FAO v. INPDAL*, 18 de outubro de 1982; ITÁLIA. Corte Suprema Italiana. *FAO v. Calagrossi*, 18 de maio de 1992, No. 5942. Ver também CORTE DI CASSAZIONE. *Drago vs. International Plant Genetic Resources Institute*, No. 3718/2007; CORTE DI CASSAZIONE. *European University Institute vs. Piette*,

Tribunais nos Estados Unidos também demonstraram preocupação com a falta de mecanismos de soluções de controvérsias alternativos decorrente da aplicação da imunidade jurisdicional de organizações internacionais. Em *Urban vs. United Nations*, o Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia reconheceu a importância de se preservar o direito constitucional de acesso à justiça.⁶³ O caso dos Estados Unidos é particular. O país é sede de organizações internacionais robustas, como as Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos. Além disso, em vez de ratificar instrumentos multilaterais sobre imunidades das organizações internacionais, o país optou por aprovar lei interna sobre o assunto, em 1947, intitulada *International Organization Immunities Act*, a qual serviu como fundamento para a celebração de acordos de sede.

Na Alemanha, à luz do precedente *Solange*, a Corte Constitucional Federal já foi levada a analisar os procedimentos, a disponibilidade e a efetividade de mecanismos internos de solução de controvérsias de organizações internacionais ao decidir sobre sua imunidade jurisdicional. O caso *Eurocontrol II* é emblemático, porquanto a Corte examinou a estrutura do Tribunal Administrativo da OIT e comparou seus procedimentos com aqueles existentes no âmbito interno.⁶⁴

Na Bélgica, há, também, jurisprudência no sentido de denegar a imunidade jurisdicional de organizações internacionais nos casos em que seus mecanismos internos de solução de controvérsias não são suficientes e tampouco compatíveis com o devido processo. Em *Siedler vs. Western European Union*, recorreu-se aos padrões de proteção estabelecidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos para determinar que os mecanismos internos de solução de controvérsias da União da Europa Ocidental (UEO) não estavam em conformidade com normas básicas, como o direito a uma audiência pública, o direito de recorrer de decisão primária.⁶⁵ Em alguns casos trabalhistas até mesmo a imunidade de execução de organizações internacionais já foi relativizada.

da.⁶⁶ O fundamento na aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos para relativizar a imunidade jurisdicional de organizações internacionais também foi usado na França, no caso *UNESCO vs. Boulois*.⁶⁷

Os casos citados acima são ilustrativos da tendência em certos tribunais internos de condicionar a imunidade jurisdicional de organizações internacionais à existência de outros mecanismos de solução de controvérsias, com vistas a assegurar o direito de acesso à justiça. Trata-se de lista não exaustiva de casos, muitos dos quais baseados em estudo comparativo de August Reinisch que demonstrou a variedade de demandas contra organizações internacionais que têm sido tratadas em tribunais domésticos. Segundo Reinisch, há clara tendência de contestar a imunidade jurisdicional nos casos em que sua aplicação pode levar à completa denegação de justiça a indivíduos, em razão da inexistência de mecanismos alternativos de solução de controvérsias.⁶⁸ Contudo, longe de ser uma tendência global, a relativização da imunidade jurisdicional das organizações internacionais parece ser prática ainda circunscrita a alguns países do continente europeu.

6.2 A jurisprudência brasileira e a aplicação da imunidade jurisdicional absoluta das organizações internacionais

Alguns tribunais domésticos têm enfatizado o direito de acesso à justiça e de garantias judiciais em casos relacionados à imunidade jurisdicional das organizações internacionais. Contudo, esta não é uma tendência majoritária entre as jurisdições nacionais. O Brasil, por exemplo, tem aplicado a imunidade jurisdicional das organizações internacionais de maneira absoluta, inclusive em matéria trabalhista que envolva funcionários de secretariados, contratados locais e peritos e consultores, ainda que contratados temporariamente, sem vínculo empregatício formal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se nesse sentido em 2013, no caso *João Batista*

No. 149/1999.

⁶³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Urban vs. United Nations*, D.C. Court of Appeals, 1985.

⁶⁴ ALEMANHA. *Hetzl v. EUROCONTROL*, *Federal Constitutional Court, Second Chamber*, 10 de novembro de 1981.

⁶⁵ BÉLGICA. *Western European Union v Siedler*, Appeal judgment, Case No S 04 0129 F, ILDC 1625 (BE 2009), 21 de dezembro de 2009, Court of Cassation.

⁶⁶ BÉLGICA. *Lutchmaya vs. ACP Secretariat*. Cour d'appel, Bruxelas, 4 de março de 2003; B.D. vs. ACP Secretariat, Cour d'appel, 27 de fevereiro de 2007.

⁶⁷ FRANÇA. *UNESCO vs. Boulois*, Tribunal de grande instance de Paris, 20 de outubro de 1997. Ver também *Banque africaine de développement vs. M.A.Degboe*, 25 de janeiro de 2005, Cour de cassation (Chambre sociale).

⁶⁸ REINISCH, August. *International organizations before national courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Pereira Ormond vs. ONU/PNUD,⁶⁹ com posterior repercussão geral reconhecida, em 2017.⁷⁰ De acordo com o entendimento do STF, não importa a natureza do ato realizado pela organização internacional nem a prévia existência de mecanismos internos de solução de controvérsias, mas a averiguação da existência de tratados celebrados pelo Brasil que prevejam a imunidade jurisdicional da organização. Caso o tratado em questão não estabeleça exceção à imunidade, o STF tem entendido que eventual inobservância da imunidade poderia incorrer o Brasil no descumprimento de obrigação internacional previamente pactuada com a organização. Trata-se de aplicação absoluta da imunidade jurisdicional das organizações internacionais. Desde esse julgado, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) também tem reconhecido a imunidade jurisdicional de organizações internacionais de maneira absoluta em matéria trabalhista. Importante destacar, no entanto, que, em relação aos Estados, o STF tem seguido entendimento distinto, que relativiza a imunidade jurisdicional para atos de gestão — embora permaneça absoluta em sede de execução.⁷¹

Do ponto de vista do ordenamento jurídico interno e da jurisprudência do STF, é possível questionar a prevalência de tratados constitutivos de organizações internacionais e de acordos de sede sobre direitos fundamentais e sobre tratados de direitos humanos. Acordos de sede e tratados constitutivos têm legalidade ordinária, enquanto tratados de direitos humanos, segundo a atual

jurisprudência do STF (RE n.º 349.703 e n.º 466.343), têm caráter normativo supralegal — sem descartar a hipótese do nível constitucional, quando observado o artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal. É questionável, portanto, a compatibilidade entre o posicionamento do STF em relação à imunidade jurisdicional das organizações internacionais e ao *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno. A jurisprudência atual busca preservar a obrigação internacional do Estado brasileiro em garantir a imunidade das organizações internacionais. Todavia, esse entendimento conduz à inobservância de outras obrigações internacionais também assumidas pelo Estado, que se originam de tratados de direitos humanos que contam com *status* hierárquico superior no direito interno ao das fontes que preveem a imunidade jurisdicional daquelas organizações.

Os casos citados na presente seção demonstram o constante conflito entre a imunidade jurisdicional das organizações internacionais e o direito de acesso à justiça. Ainda que haja tendência em certos tribunais regionais e nacionais em condicionar essa imunidade à existência de mecanismos internos de solução de controvérsias, a prática atual está longe de ser consistente — como bem apontou o Comitê Jurídico Interamericano da OEA. O Brasil é exemplo claro de como a imunidade jurisdicional desses sujeitos de direito ainda pode ser aplicada de maneira absoluta, em que pese os desdobramentos jurisprudenciais na Corte Europeia de Direitos Humanos e em diversos outros tribunais domésticos. Essa interpretação absoluta impede que organizações internacionais sejam responsabilizadas por atos ilícitos, constituindo-se em um dos óbices para o desenvolvimento da responsabilidade internacional desses sujeitos.

6.3 Entre a relativização da imunidade jurisdicional e o desenvolvimento de mecanismos internos de solução de controvérsias

Como reconhecido pela OEA, não há condições sólidas para a elaboração de instrumentos vinculantes sobre imunidades jurisdicionais das organizações internacionais, em que pese o trabalho já empreendido pela CDI. Isso implica constatar que, dificilmente, haverá mudanças no arcabouço normativo existente que rege as imunidades das organizações internacionais. Esse

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE n.º 578.543/MT. Direito internacional público. Direito constitucional. Imunidade de jurisdição. [...]. Relator: Min. Teori Zavascki, 15 de maio de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630068> Acesso em: 20 jul. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE n.º 597.368/MT. Direito internacional público. Direito constitucional. Imunidade de jurisdição. [...]. Relatora: Min. Ellen Gracie, 15 de maio de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630069> Acesso em: 20 jul. 2021.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE n.º 1034840/DF. Recurso Extraordinário. Organismo internacional. Organização das Nações Unidas ONU [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 1 de junho de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861473641/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-1034840-df-distrto-federal> Acesso em: 20 jul. 2021.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Apelação Cível. ACi n.º 9696-3/SP. Estado estrangeiro. Imunidade judiciária. Causa trabalhista. [...]. Relator: Min. Sydney Sanches, 31 de maio de 1989. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905776/apelacao-civel-aci-9696-sp> Acesso em: 20 jul. 2021.

contexto revela significativa lacuna no sistema internacional que impede a responsabilização das organizações internacionais.

Diante da rigidez do arcabouço normativo atual, deve-se buscar melhorar a aplicação das regras já existentes, sob a perspectiva de que as imunidades não operam de maneira isolada no Direito Internacional Público, uma vez que derivam das mesmas fontes de direito que as demais normas internacionais.⁷² Tampouco devem as imunidades servir de pretexto para a violação de direitos humanos.

A superação dessa lacuna, na seara da responsabilidade internacional, depende, em primeiro lugar, das próprias organizações internacionais. De acordo com os tratados constitutivos, os instrumentos multilaterais e os acordos de sede existentes, cabe às organizações internacionais decidir sobre a renúncia de suas imunidades, caso a caso. A prática atual demonstra, no entanto, que essas organizações têm preferido fazer uso de suas imunidades mesmo quando as circunstâncias as tornam difíceis de justificar, como no caso do surto de cólera no Haiti, analisado no capítulo anterior. Além disso, a ausência de mecanismos internos de solução de controvérsias efetivos impede que o direito de acesso à justiça seja assegurado.

Diante da relutância de renunciar às imunidades jurisdicionais e de desenvolver mecanismos internos de solução de controvérsias, a relativização das imunidades por certos tribunais regionais e domésticos parece servir como alternativa viável para a responsabilização das organizações internacionais. Uma resposta pragmática por parte das organizações internacionais às crescentes tentativas de relativizar sua imunidade jurisdicional seria instituir mecanismos internos de solução de controvérsias e, por conseguinte, suprir lacunas no sistema jurídico internacional que têm impedido o desenvolvimento da prática de responsabilização desses sujeitos. Enquanto as organizações internacionais não forem capazes de preencher essas lacunas, é provável que outros atores do sistema internacional cumpram esse papel, subsidiariamente.

⁷² ORAKHELASHVILI, Alexander. Responsibility and immunities: similarities and differences between international organizations and states. *International Organizations Law Review*, n. 11, 2014. p. 162.

7 Considerações finais

A emergência e a multiplicação das organizações internacionais, bem como a expansão de seus mandatos, contribuíram para institucionalizar a diplomacia multilateral, criar novos canais de diálogos e submeter os Estados à primazia do Direito. Cabe agora buscar o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico internacional, o que requererá submeter também as organizações internacionais à primazia do Direito Internacional Público, como corolário do reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Anteriormente, questionava-se se as organizações internacionais poderiam cometer atos ilícitos. Atualmente, não mais se questiona essa possibilidade. Conquanto esteja claro que as organizações internacionais podem violar obrigações internacionais, a prática demonstra que esses sujeitos têm sido raramente responsabilizados por atos internacionalmente ilícitos. Há autores que diagnosticam o problema como resultado de lacuna normativa no Direito Internacional Público e buscam, como alternativa pragmática, enfatizar a responsabilidade dos Estados Membros. O presente artigo adota conclusão distinta: os Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais da Comissão de Direito Internacional oferecem base normativa suficiente para a responsabilização das organizações internacionais. Se a prática de responsabilização tem sido limitada, o problema não decorre da falta de regras, mas de óbices de natureza institucional.

Diferentemente dos Artigos sobre Responsabilidade dos Estados, vistos como codificação do direito internacional consuetudinário, os Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais devem ser encarados como desenvolvimento progressivo do direito internacional. A prática internacional limitada tem impedido a adoção formal dos artigos da CDI pelos Membros das Nações Unidas, bem como a emergência de normas costumeiras sobre atribuição de responsabilidade às organizações internacionais.

Uma conclusão precipitada seria destacar a importância de convocação de conferência internacional para a adoção dos Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais. Essa medida asseguraria a esses artigos um lugar formal no rol de fontes do Direito Internacional Público, na forma de tratado. Todavia, a mera existência formal de tal instrumento não seria

garantia de sua aplicação na prática internacional. Por isso, opta-se por privilegiar a identificação dos óbices jurídico-institucionais que vêm impedindo a responsabilização das organizações internacionais.

O principal óbice ao desenvolvimento consistente de prática de responsabilização das organizações internacionais tem sido a ausência de mecanismos de controle de legalidade internos e externos, o que tem impedido a efetivação das regras de responsabilidade internacional no âmbito do direito internacional. Além disso, outro importante óbice — embora não se possa colocá-lo no mesmo nível de importância do anterior — tem sido a aplicação da imunidade jurisdicional absoluta das organizações internacionais, em que pese a ausência de meios alternativos de solução de controvérsias. A superação desses óbices pode ser alcançada de distintas maneiras.

Medida essencial para tornar as organizações internacionais mais responsáveis é o estabelecimento de mecanismos permanentes de controle interno. Conforme analisado no capítulo terceiro, é possível verificar alguma variedade de mecanismos de controle interno, em geral de baixa densidade institucional. Com poucas exceções, a prática internacional demonstra que essas medidas têm sido insuficientes, sobretudo na agenda de paz e segurança internacional, em que se notam com maior frequência violações de direitos humanos no âmbito de missões de paz e da administração internacional de territórios.

Eventual criação de mecanismos internos de controle deve observar certas medidas essenciais para garantir sua efetividade. Em primeiro lugar, esses mecanismos devem ter natureza permanente e responder diretamente ao órgão máximo de governo da organização internacional, não a órgãos subsidiários. Em segundo, cabe assegurar a publicidade das recomendações desses mecanismos, com prazos para seu cumprimento. Em terceiro, o modelo de justiça local deve ser sempre privilegiado, para garantir o acesso das vítimas a esses mecanismos de controle. Por fim, deve-se garantir que o devido processo, incluindo o princípio do contraditório e da ampla defesa, sejam adotados por esses mecanismos à luz dos padrões e tratados internacionais de direitos humanos.

Além da criação de mecanismos de controle interno, é importante expandir o *locus standi in iudicio* das organizações internacionais, com vistas a assegurar, igual-

mente, o controle externo. Em particular, possibilitar o acesso desses sujeitos perante a Corte Internacional de Justiça pode contribuir para torná-los mais responsáveis. Essa medida poderia implicar, no entanto, emendas ao Estatuto da CIJ (artigos 34 e 35) e da Carta das Nações Unidas (artigo 93, parágrafo 2º) — o que requereria consenso dos Estados Membros.

Outra grande categoria de desafios para a emergência da prática de responsabilização das organizações internacionais refere-se às imunidades. O atual sistema normativo que regulamenta as imunidades desses sujeitos sofreu poucas alterações substantivas desde as décadas de 1920 e 1930. É improvável que essas regras sofram alterações ou atualizações tão cedo, considerando os trabalhos e as conclusões da CDI e do Comitê Jurídico Interamericano. Tampouco se pode esperar que seja elaborado instrumento internacional geral sobre o tratamento das imunidades das organizações internacionais. Deve-se, portanto, buscar melhorar a implementação das regras já existentes.

Medida essencial para melhorar a implementação dessas regras é o exercício pelas organizações internacionais de seu poder-dever de renunciar às imunidades em casos de atos não oficiais ou de patente denegação do direito de acesso à justiça. Nesse contexto, seria importante que o secretário-geral de cada organização relatasse periodicamente aos Estados Membros sobre a implementação de seu poder-dever de renúncia. Relatórios dessa natureza permitiriam avaliação informada sobre a quantidade de casos em que as organizações internacionais têm cumprido com essa obrigação, bem como as circunstâncias em que as renúncias têm ocorrido. Essas informações poderiam revelar como tem ocorrido o desenvolvimento da prática internacional a esse respeito.

Cabe destacar que não é a reforma das normas sobre imunidades das organizações internacionais que tornará esses sujeitos mais responsáveis. O cerne do problema está, na realidade, na ausência de mecanismos internos de solução de controvérsias aos quais as vítimas possam recorrer diante de violações de seus direitos. Essa situação pode agravar-se sobremaneira diante de violação de normas de direito internacional geral e de *jus cogens*.

A Corte Europeia de Direitos Humanos ofereceu uma maneira de superar esse problema, conquanto de maneira paliativa. Em *Waite e Kennedy vs. Alemanha*, a imunidade jurisdicional das organizações internacionais

foi condicionada à disponibilidade de garantias judiciais adequadas e efetivas, alternativas às das jurisdições nacionais. Alguns tribunais domésticos passaram a exigir, igualmente, mecanismos de proteção dos direitos fundamentais dentro das organizações internacionais, condicionando as imunidades à sua existência e efetividade. Contudo, não se trata de tendência claramente majoritária. As contribuições jurisprudenciais de tribunais domésticos demonstram que não há consistência na relativização da imunidade jurisdicional das organizações internacionais. O Brasil é exemplo da aplicação absoluta dessas imunidades.

A ausência de mecanismos de controle tem motivado tribunais regionais e domésticos a realizarem o controle de legalidade de atos das organizações internacionais. Esse controle tem sido feito de maneira incidental, na análise de dispositivos regionais ou nacionais que conferem eficácia a atos das organizações internacionais. De maneira similar, a ausência de mecanismos internos de solução de controvérsias também tem levado esses atores a relativizarem a imunidade jurisdicional das organizações internacionais. O papel crescente dos tribunais nacionais e regionais não deixa de ser salutar; no entanto, pode levar a problemas de inconsistências jurisprudenciais e até mesmo a situações de arbitrariedade na limitação das imunidades.

A limitada prática internacional revela a existência, atualmente, de situação de impunidade das organizações internacionais e de denegação sistemática do direito de acesso à justiça. Esse contexto tem servido de justificativa para correntes acadêmicas que buscam enfatizar a responsabilidade dos Estados Membros (*shared responsibility*), para viabilizar reparações às vítimas de atos internacionalmente ilícitos cometidos por organizações internacionais. É, portanto, do interesse dos próprios Estados Membros fortalecer a personalidade jurídica das organizações internacionais e torná-las mais responsáveis, para que estas possam responder independentemente por seus atos perante mecanismos permanentes de controle interno e tribunais internacionais. Os principais beneficiários dessas reformas serão, em última instância, os indivíduos, que passarão a contar com instituições mais sólidas e com recursos disponíveis e efetivos para exercer o direito de acesso à justiça.

Referências

- ALEMANHA. *Hetzl v. EUROCONTROL*, Federal Constitutional Court, Second Chamber, 10 de novembro de 1981.
- ALEMANHA. Higher Administrative Court of North Rhine-Westphalia, Fourth Chamber, Case No. 4 A 2948/11 (*Anonymous v. Federal German Government*), judgment, 18 de setembro de 2014.
- BARROS, Ana Sofia; RYNGAERT, Cedric; WOUTERS, Jan (eds.) *International organizations and member state responsibility: critical perspectives*. Leiden: Brill Nijhoff, 2017.
- BÉLGICA. *Lutchmaya vs. ACP Secretariat*. Cour d'appel, Bruxelas, 4 de março de 2003; B.D. vs. ACP Secretariat, Cour d'appel, 27 de fevereiro de 2007.
- BÉLGICA. *Western European Union v Siedler*, Appeal judgment, Case No S 04 0129 F, ILDC 1625 (BE 2009), 21 de dezembro de 2009, Court of Cassation.
- BLOKKER, Niels. International organizations: the untouchables? In: BLOKKER, Niels. *Immunity of International Organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.
- BLOKKER, Niels. Member state responsibility for wrongdoings of international organizations. In: BARROS, Ana Sofia; RYNGAERT, Cedric; WOUTERS, Jan (eds.) *International organizations and member state responsibility: critical perspectives*. Leiden: Brill Nijhoff, 2017.
- BONAFÈ, Beatrice I. Italian courts and the immunity of international organizations. In: BLOKKER, Niels. *Immunity of International Organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Apelação Cível. *ACi nº 9696-3/SP*. Estado estrangeiro. Imunidade judiciária. Causa trabalhista. [...]. Relator: Min. Sydney Sanches, 31 de maio de 1989. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905776/apelacao-civel-aci-9696-sp> Acesso em: 20 jul. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. *RE nº 1034840/DF*. Recurso Extraordinário. Organismo internacional. Organização das Nações Unidas ONU [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 1 de junho de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861473641/repercussao-geral>

- no-recurso-extraordinario-rg-re-1034840-df-distrito-federal Acesso em: 20 jul. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. *RE nº 578.543/MT*. Direito internacional público. Direito constitucional. Imunidade de jurisdição. [...]. Relator: Min. Teori Zavascki, 15 de maio de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630068> Acesso em: 20 jul. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. *RE nº 597.368/MT*. Direito internacional público. Direito constitucional. Imunidade de jurisdição. [...]. Relatora: Min. Ellen Gracie, 15 de maio de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630069> Acesso em: 20 jul. 2021.
- BROWLIE, Ian. *Principles of public international law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- BÚRCA, Gráinne de. The European Court of Justice and the international legal order after *Kadi*. *Harvard International Law Journal*, v. 51, 2010.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (org.). *Repertório da prática brasileira do direito internacional público (período 1961-1981)*. Brasília: FUNAG, 2012.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito das organizações internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de “vítima” no direito internacional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 89, 1986.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (Grand Chamber). *Al-Jedda v. United Kingdom*, application No. 27021/08, judgment, 7 de julho de 2011.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Beer and Regan vs. Alemanha*, Application no. 28934/95. Judgment, 18 de fevereiro de 1999.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*. Decisão de 2 de maio de 2007.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Berić and others v. Bosnia and Herzegovina*, application Nos. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793,05 e 25496/05, decision (admissibility), 16 October 2007.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm Vê Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*. In *Reports of Judgments and Decisions 2005*, VI. Julgamento de 30 de junho de 2005.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Stichting Mothers of Srebrenica v. Países Baixos*. Application No. 65542/12, 11 de junho de 2013.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Waite and Kennedy vs. Alemanha*. Application no. 26083/94. Judgment, 18 February 1999.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Goiburú e outros v. Paraguai. Mérito, reparações e custas* (Série C No. 153). Julgamento de 22 de setembro de 2006.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Application of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*, 1989.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Certain expenses of the United Nations, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*, 1962.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Differences relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*, 1999.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Effect of awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*, 1954.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*, 1980.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon complaints made against the UNESCO, Advisory Opinion of October 23rd. *I.C.J. Report*, 1956.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment. *ICJ Reports*, 2012.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). *I.C.J. Reports*, 1971.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict. Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*, 1996.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom). *I.C.J. Reports*, 1992.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*, 1949.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Competence of the International Labour Organization to Regulate, Incidentally, the Personal Work of the Employer. *Publications of the Permanent Court of International Justice*, n. 13, 23 de julho de 1926.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926. *Publications of the Permanent Court of International Justice*, n. 16, 28 de agosto de 1928.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. The case of the S.S. "Lotus". *Publications of the Permanent Court of International Justice*, n. 10, 7 de setembro de 1927.
- COUVREUR, Philippe. Developpements recents concernant l'accès des organisations intergouvernementales à la procédure contentieuse devant la Cour internationale de justice. In: YAKPO, Emile K.; BOUMEDRA, Tahar (eds.). *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*. Haia: Nijhoff, 1999.
- CRAVIOTO, Alejandro *et al.* *Independent panel of experts on the cholera outbreak in Haiti*. 2011. Disponível em: <http://www.un.org/News/dh/infocus/haiti/UN-cholera-report-final.pdf> Acesso em: 2 dez. 2018.
- CRAWFORD, James. The ILC's articles on responsibility of states for internationally wrongful acts: a retrospect. *The American Journal of International Law*, v. 96, n. 4, p. 874-890, out. 2002.
- D'ASPREMONT, Jean. Bindingness. In: D'ASPREMONT, Jean; SINGH, S. (eds.). *Fundamental concepts for international law: the construction of a discipline*. USA: Elgar, 2016.
- D'ASPREMONT, Jean. Wording in international law. *Leiden Journal of International Law*, n. 25, 2012.
- DUPUY, Pierre-Marie. Le fait générateur de la responsabilité internationale des États. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 188, n. 5, 1984.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Urban vs. United Nations*, D.C. Court of Appeals, 1985.
- FASSBENDER, Bardo. *Targeted Sanctions and Due Process: the responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter*. Berlin: Humboldt University Berlin, 2006.
- FERSTMAN, Carla. *International organizations and the fight for accountability*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- FRANÇA. *UNESCO vs. Boulois*, Tribunal de grande instance de Paris, 20 de outubro de 1997. Ver também *Banque africaine de développement vs. M.A. Degboe*, 25 de janeiro de 2005, Cour de cassation (Chambre sociale).
- FREEDMAN, Rosa. UN Immunity or impunity? a human rights based challenge. *European Journal of International Law*, v. 25, n.1, 2014.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *Mudança da estrutura do direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. "The Second Road": the International Law Commission and the emergence of the distinction between primary and secondary rules in the law of state responsibility. No prelo.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GATTINI, Andrea. Breach of international obligations. In: NOLLKAEMPER, André; PLAKOKEFALOS, Ilias. *Principles of shared responsibility in international law: an appraisal of the state of the art*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

- HAMMARSKJOLD, Ake. Les immunités des personnes investies de fonctions internationales. *Recueil des cours*, v. 56, 1936.
- HART, Herbert L. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- HERZ, Steven; PERRAULT, Anne. Bringing human claims to the world bank inspection panel. *Center for International Environmental Law*, 2009. Disponível em: <https://ael.eu.eu/wp-content/uploads/sites/28/2017/04/Fiti-Sinclair-07-Herz-Perrault.pdf> Acesso em: 2 dez. 2018.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Cf. caso *Prosecutor v. Dragan Nikolic* (No. IT-94-2-PT).
- ITÁLIA. Corte Suprema Italiana. *FAO v. Calagrossi*, 18 de maio de 1992, No. 5942.
- ITÁLIA. Corte Suprema Italiana. *FAO v. INPDAl*, 18 de outubro de 1982.
- KENNEDY, David. The move to institutions. *Cardozo Law Review*, n. 8, 1987.
- KLABBERS, Jan. The life and times of the law of international organizations. In: KLABBERS, Jan (org.). *International organizations*. Trowbridge: Ashgate Dartmouth, 2005.
- KLABBERS, Jan. The transformation of international organizations law. *European Journal of International Law*, v. 26, n. 1, 2015.
- KLEIN, P. The attribution of acts to international organizations. In: CRAWFORD, J; PELLET, A.; OLLESON, S. (eds.). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- KUIJPER, P. J.; PAASIVIRTA, E. EU international responsibility and its attribution: from the inside looking out. In: EVANS, M.; KOUTRAKOS, P. (eds.). *The international responsibility of the European Union*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- LAMMERS, Johan G. Immunity of international organizations: the work of the International Law Commission. In: BLOKKER, Niels. *Immunity of international organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.
- LAUTERPACHT, Hersch. The grotian tradition in international law. *British Yearbook of International Law*, v. 23, n. 1, 1946.
- MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades internacionais: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais*. Brasília: FUNAG, 2010.
- NOLLKAEMPER, André; PLAKOKEFALOS, Ilias. *Principles of shared responsibility in international law: an appraisal of the state of the art*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- OLIVEIRA, Carina Costa de. Comentário à Opinião Consultiva n. 21 do Tribunal Internacional para o Direito do Mar: responsabilidade do Estado de Bandeira pela pesca ilícita, não declarada ou não regulamentada. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, 2015.
- OLLESON, Simon. Internationally wrongful acts in the domestic courts: the contribution of domestic courts to the development of customary international law relating to the engagement of international responsibility. *Leiden Journal of International Law*, v. 26, n. 3, 2013.
- ORAKHELASHVILI, Alexander. Responsibility and immunities: similarities and differences between international organizations and states. *International Organizations Law Review*, n. 11, 2014.
- ORAKHELASHVILI, Alexander. The acts of the security council: meaning and standards of review. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 11, 2007.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Relatório do painel no caso EC – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs – Complaint by the United States*. WT/DS174/R, adotado em 20 de abril de 2005.
- PAASIVIRTA, E. Responsibility of a member state of an international organization: where will it end? comments on Article 60 of the ILC Draft on the Responsibility of International Organizations. *International Organizations Law Review*, v. 7, n. 49, p. 49-61, 2010.
- PAÍSES BAIXOS. Court of Appeal of The Hague. *Mustafic-Mujic v. State of the Netherlands, case No. 200.020.173/01*, judgment, 5 de julho de 2011; *Nuhonovic v. State of the Netherlands, case No. 200.020.174/01*, judgment, 5 de julho de 2011.
- PAÍSES BAIXOS. District Court of The Hague. *Mustafic-Mujic v. State of the Netherlands, case No. 265618/HA ZA 06-1672*, judgment, 10 de setembro de 2008.

- PAÍSES BAIXOS. District Court of The Hague. *Stitching Mothers of Srebrenica and Others v. State of the Netherlands*, case No. C/09/295247/HA ZA 07-2973, judgment, 16 de julho de 2014.
- PAÍSES BAIXOS. Supreme Court of the Netherlands (First Chamber). *State of the Netherlands v. Mustafic-Mujic*, case No. 12/03329, judgment, 6 de setembro de 2013; *State of the Netherlands v. Nuhanovic*, case No. 12/03324, judgment, 6 de setembro de 2013.
- PAÍSES BAIXOS. Supreme Court of the Netherlands. *Mother of Srebrenica et al v. State of The Netherlands and the United Nations*, case 10/04437, judgment, 13 de abril de 2012.
- PALCHETTI, Paolo. The law of responsibility of international organizations: general rules, special regimes or alternative mechanisms of accountability? *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, p. 72-88, 2015.
- QUOC DINH, Nguyen; PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- REINISCH, A. Aid or assistance and direction and control between state and international organizations in the commission of internationally wrongful acts. *International Organizations Law Review*, v. 7, n. 63, p. 63-77, 2010.
- REINISCH, August. *International organizations before national courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- REINISCH, August. To what extent can and should national courts fill the accountability gap? In: BLOKKER, Niels. *Immunity of International Organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.
- REINISCH, August; WEBER, Ulf Andreas. In the shadow of Waite and Kennedy: the jurisdictional immunity of international organizations, the individual's right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement. *International Organizations Law Review*, n. 1, 2004.
- REINO UNIDO. Câmara dos Lordes do Reino Unido, sessão 2007-2008, vol. 58, ano 2007. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the cause Al-Jedda v Secretary of State for Defence. *Session 2007-08 [2007] UKHL 58*.
- REINO UNIDO. Royal Court of Justice (England and Wales High Court, Queen's Bench Division). *Kontic and others v. Ministry of Defence*, case No. HQ14X02291, judgment, 4 de agosto de 2016.
- REINO UNIDO. Royal Courts of Justice. *Serdar Mohammed and Others v. Ministry of Defence*.
- SCELLE, Georges. Règles générales du droit de la paix. In: *COLLECTED Courses of the Hague Academy of International Law*. Hague: Hague Academy of International Law, 1933.
- SENA, Pasquale de; VITUCCI, Maria Chiara. The European Courts: between dédoublement fonctionnel and balancing of values. *European Journal of International Law*, v. 20, 2009.
- SUREDA, Andrés Rigo. The evolution of the independence of internal judicial and quasi-judicial organs of international organizations: the case of the World Bank. In: ELIAS, Olufemi. *The development and effectiveness of international administrative law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.
- TRIBUNAL EUROPEU de Justiça. Opinion of Advocate General Poirares Maduro, de 16 de janeiro de 2008. *Casos C-402/05 P e C-415/05 P*.
- TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA O DIREITO DO MAR. Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion. *ITLOS Reports 2011*, 1 de fevereiro de 2011.
- TRINDADE, Vinícius Fox Drummond Caçado. Controle de legalidade dos atos do Conselho de Segurança das Nações Unidas. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 62, 2013.
- TRINDADE, Vinícius Fox Drummond Caçado. Governo das Nações Unidas? a administração internacional de territórios. *Juca, diplomacia e humanidades*, n. 8, 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 3 de setembro de 2008*. Caso Yassin Abdullah Kadi, Al Barakat International Foundation v. Conselho da União Europeia & Comissão das Comunidades Europeias, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. C 285/2, 8 de novembro de 2008.
- VELASCO, Manuel Diez de. *Las organizaciones internacionales*. Madri: Tecnos, 2008.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Madrid: Aguilar, 1976.

WET, Erika de. *The chapter VII powers of the United Nations Security Council*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

YASUAKI, Onuma. International law in and with international politics: the functions of international law in international society. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2003.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**The jurisdictional immunity
of international organizations
before the Brazilian Supreme
Federal Court**

Bárbara Tuyama Sollero

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

The jurisdictional immunity of international organizations before the Brazilian Supreme Federal Court*

Bárbara Tuyama Sollero**

1 Introduction

An overview of judgments delivered by the Brazilian Supreme Federal Court concerning the jurisdictional immunities of international organizations (IOs) indicates that most cases refer to labour disputes involving the United Nations (UN) or one of its programmes¹. Therefore, it is rather suitable that the judgment of the Extraordinary Appeal 1.034.840 in the *Cristiano Paes de Castro v. United Nations and Brazil* case, which set the Supreme Court's binding precedent regarding the immunity of international organizations, concerned a labour dispute brought against the United Nations Development Programme (UNDP)².

2 The Cristiano Paes de Castro v. United Nations and Brazil case

Mr. Cristiano Paes de Castro, a Brazilian national, was hired by the UNDP as an independent contractor. After his last contract expired, Mr. Paes de Castro sought judicial recognition of his status as a permanent employee and the payment of labour debts. The plaintiff filed suit against Brazil (Federal Union) as well, arguing that notwithstanding the contracts were concluded with the UNDP, the services were rendered in the premises of the Brazilian Ministry of Foreign Relations and to said Ministry as well. In any event, Brazil was bound by the 1964 Revised Standard Agreement ('Standard Agreement') to defend the United Nations and its Specialized Agencies against claims that might be brought up against them by third parties and therefore answered the complaint also on behalf of the UNDP, arguing its immunity recognized by treaty.

During the proceedings, the plaintiff argued that the Brazilian Constitution of 1988 brought an end to the immunity of international organizations regarding labour disputes, by establishing, in Article 114, the Labour Justice's competence to hear and try actions arising from labour relations, comprising entities of public international law. Because in Brazil international agreements are incorporated ranking below constitutional norms, the UN's immunity needed to be rejected. He contended that the Decree 27.784/50,

* Recebido em 07/07/2021
Aprovado em 08/07/2021

** Master's degree candidate in Law at the Federal University of Minas Gerais (Universidade Federal de Minas Gerais/ UFMG). Member of Attorney General's Office (Advocacia-Geral da União/AGU).
E-mail: barbara.sollero@gmail.com

¹ See Supreme Federal Court: ACI 9703. *Isabel Fatima de Andrade v. International Civil Aviation Organization*, (1989); AI 468.498. *José Orlando da Silva v. Organization of American States* (2004); RE 488.746. *United Nations and other v. Rosane Dorneles Vasconcelos* (2018); AI 625.963. *United Nations v. Alzira Alves Duarte Vaz* (2016); CC 7930. *5th Federal Court of Rio Grande do Sul v. Superior Labour Court* (2015)

² UNITED NATIONS. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil*. Available in: <https://nacoesunidas.org/agencia/pnud/> Access at: 23 jul. 2021.

which had incorporated the jurisdictional immunity of the UN in the Brazilian law, was not received by the current constitutional order.

The jurisdictional immunity was upheld by both the trial and appeal courts. The trial court observed that the 1988 Constitution had simply shifted the competence to hear and try labour disputes comprising entities of public international law from the Federal Justice to the Labour Justice, maintaining, however, the framework of immunities. However, the Superior Labour Court reversed the appeal court's judgment, holding that, according to its case law, the immunity from suit accorded to international organisms is restricted to acts *iure imperii*, among which acts connected to labour relations are not included.

Brazil filed an extraordinary appeal to the Supreme Court arguing that the immunity enjoyed by the UNDP was based on a treaty internalized in the domestic order, and since Brazil is bound by those conventional rules, disregarding such obligation would be tantamount to the denunciation of those treaties and would result in the breach of an international obligation. Therefore, the modification observed in customary international law regarding foreign State immunity, which no longer applies to disputes arising out of contracts and relations of purely private law, could not affect the immunity accorded to the United Nations and its agencies.

3 The final judgment of the Cristiano Paes de Castro v. UN and Brazil case (RE 1.034.840)

3.1 The ruling and its importance

On 01 June 2017, the Supreme Federal Court granted the extraordinary appeal 1.034.840, holding that the international organism cannot be sued in court unless immunity is expressly waived. The judgment was based on the precedent set by the Court in 2014 when it jointly ruled on two extraordinary appeals (RE 578.543³ and

³ BRAZIL. Supreme Federal Court (Plenary). Recurso Extraordinário. RE 578.543/MT. Direito internacional público. Direito constitucional. Imunidade de jurisdição [...]. Rapporteur: Ellen Gracie, May 15, 2013. Available in: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630068> Access at: 23 jul. 2021.

RE 597.368⁴) concerning both the same leading case of *João Batista Pereira Ormond v. UN and Brazil*. The reaffirmation of the court's traditional case law was nonetheless relevant because, despite that precedent set in 2014, decisions from some bodies of the Labour Justice had been applying to IOs the restrictive theory of foreign state immunity and considering employment disputes private activities outside the scope of the immunity. In fact, until 2016 the Superior Labour Court was deliberating the revision and cancellation of its Precedent OJ 416-SBDI-1, which provides for absolute immunity to IOs⁵.

Moreover, in the judgment of the *Cristiano Paes de Castro v. UN and Brazil* case, the general repercussion system was applied, resulting in a decision binding on the lower courts. Under this system, the Supreme Federal Court settled the following thesis: The international body that has guaranteed immunity from jurisdiction in a treaty signed by Brazil and internalized in the Brazilian legal order cannot be sued in court, except in the case of an express waiver of this immunity. Therefore, although this judgment is by no means innovative, since it reaffirmed the Court's case law and did not address new contentions or developed new views, it is relevant in that it formulated a binding thesis on the lower courts and unequivocally expanded its conclusions to other organizations, not limited to those of the United Nations system.

3.2 The reasoning: the conventional foundation of the international obligation to uphold immunity

The Supreme Federal Court observed that the jurisdictional immunity is not a necessary feature of the

⁴ BRAZIL. Supreme Federal Court (Plenary). Recurso Extraordinário. RE 597.368/MT. Direito internacional público. Direito constitucional. Imunidade de jurisdição [...]. Rapporteur: Ellen Gracie, May 15, 2013. Available in: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630069> Access at: 23 jul. 2021.

⁵ Precedent 416-SBDI-1 reads as follow: Immunity of jurisdiction. International organization or organism. (DEJT Released on February 14, 15 and 16, 2012) (maintained in accordance with judgment in case TST-E-RR-61600-41.2003.5.23.0005 by the Full Court on 23 May 2016): International organizations or organisms enjoy absolute immunity from jurisdiction when protected by international rule incorporated in the Brazilian legal order, and the rule of customary law regarding the nature of the acts performed does not apply to them. Exceptionally, Brazilian jurisdiction shall prevail in the event of an express waiver of the jurisdictional immunity clause.

IOs. However, in the case of the United Nations and its Specialized Agencies, the 1946 Convention and the 1947 Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies granted immunity from suit among other benefits and were domesticated, respectively, by the Decrees 27.784/1950 and 52.288/1963. Therefore, the Court sided with the approach that does not envisage a customary norm or general principle by which international organizations are to be accorded immunity as a logical necessity for the fulfilment of its purposes⁶.

Justice Edson Fachin delivered a partially dissenting opinion since he was not convinced that the basis for the organizational immunity should be restricted to the international agreements. He understood that, in the light of the functional necessity theory, the immunity from suit was a logical outcome of the recognition of international personality. Therefore, he felt that it remained unclear what grounds led the Court to change its view in favour of an exclusive treaty foundation for immunity and considered necessary further discussion in the present plenary or, secondarily, the adoption of a precedent regarding only the United Nations and its agencies.

Being the immunity of the UN established in a treaty, the judgment reinforced the responsibility that would ensue from the breach of that obligation, which could ultimately exclude Brazil from the United Nations. Additionally, it was highlighted that the contracts entered into by the UN/UNDP were of a special nature, regulated by the Standard Agreement, which provided for arbitration for the solution of eventual disputes.

3.3 Issues avoided in the judgment

Although the parties disputed the applicability of the doctrine of restrictive State immunity to the IOs, the judgment did not make any express reference to this

controversy. In the Supreme Court's view, the conventions internalized in the domestic order provided a sufficient basis for immunity⁷. Moreover, despite the observation that the UN made available to its employees an alternative mode of resolution of disputes, the Supreme Court avoided the discussion concerning the right of access to court under Article 5, XXXV of the Brazilian Constitution. Therefore, no inquiry into the effectiveness or the impartiality of the remedy offered by the United Nations was made.

This abridgment of the *ratio decidendi* - ambiguous as to whether the availability of an alternative mode of settlement of disputes is a condition for the fruition of the immunity - gives rise to yet another issue: since the general repercussion regime is designed to unify the interpretation of a given norm under the authority of the Supreme Court, its by-product is the formulation of a summary of the precedent, known as thesis. The thesis formulated in this judgment, however, is far-reaching and fit to embrace any international organization that, by a treaty internalized in the domestic order, was accorded immunity from suit. No reference was made in the thesis to the existence of alternative means to secure redress in the event of a dispute, a mechanism however available in this leading case, but that might be absent before other organizations.

In 1999, in the judgments of *Waite and Kennedy v. Germany* and of *Beer and Reagan v. Germany*, the European Court of Human Rights (ECtHR) held that the observance by the German courts of the jurisdictional immunity of the European Space Agency did not violate the right of access to court, enshrined in Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which was not absolute. The limitation imposed by the immunity was considered compatible with the Convention and did not impair the right of access to court because it pursued a legitimate aim and the means employed were proportionate to the aim sought, since an alterna-

⁶ On the existence of a general rule of international law vesting international organizations with privileges and immunities necessary for the fulfilment of their purposes, see HIGGINS Rosalyn. International law and avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law. In: *COLLECTED Courses of the Hague Academy of International Law*. Hague: The Hague Academy of International Law, 1991. Available in: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9780792324720_01 Access at: 23 jul. 2021.; And the analysis presented by Okeke. OKEKE, Edward C. *Jurisdictional immunities of States and International Organizations*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 253-256.

⁷ Fernando Lusa Bordin argues that it is possible to apply to international organizations, by analogy, the rules of State immunity, being the starting point "that an OI enjoys the same level of immunity as the individual States on behalf of which it acts." BORDIN, 2018 *apud* BUSCEMI, Martina; REGHIZZI, Zeno Crespi; RAGNI, Chiara. Immunities of organizations under international law: reflections in light of *Jam v International Finance Corporation*. *QIL*, n. 72, p. 1-3, 2020. Available in: <http://www.qil-qdi.org/litigating-jurisdiction-before-the-ecthr-between-patterns-of-change-and-acts-of-resistance/> Access at: 23 jul. 2021. p. 28.

tive dispute mechanism was available to the employees⁸. In 2013, in the judgment of the *Stichting Mothers of Srebrenica* case, the ECtHR held that in *Waite and Kennedy and Beer and Regan* the availability of alternative means to settle the dispute was considered a material factor in determining if immunity was compatible with Article 6, but the absence of such mechanism did not, *ipso facto*, constitute a violation of the ECHR⁹. In any event, the *Waite and Kennedy* rationale became very influential, and some European domestic jurisdictions rejected the claim of immunity because of the failure of the organization to provide alternative and adequate means to set disputes¹⁰.

The literality of the thesis might warrant the view that, for the Brazilian Supreme Court, the stance adopted by the European Court of Justice in *Waite and Kennedy*, is not applicable, but a clear-cut ruling on this matter would be preferable to this conjecture and more suitable to a judgment of a binding precedent.

In Brazil, the constitutional guarantee of access to a judicial remedy is a much celebrated and frequently invoked right, and one would expect that a heated debate would ensue regarding whether the international obligation to observe the jurisdictional immunity would breach the constitution. In *Pistelli v. European University Institute* (2005), the Supreme Court of Cassation of Italy considered that the treaty provisions conferring immunity to the European University Institute did not infringe the Constitution but noted that an alternative remedy to a judicial proceeding was available¹¹. Two years later, in *Drago v. International Plant Genetic Resources*

Institute (IPGRI) (2007), immunity from suit was denied because of the failure of the organization to provide an independent and impartial alternative remedy, and it was underscored that the treaties and national norms of implementation must be in conformity with the Italian constitution and should not prevail over the principles of the constitutional legal order of the host State¹². In this later case, the remedy available did not satisfy requirements of independence and impartiality set in the Headquarters Agreement, rendering it incompatible with the Constitution.

Before the trial and the appeal courts, Mr. Paes de Castro had contended that the claim of immunity raised on behalf of the UN breached his right to a judicial remedy. The contention, however, made no reference to the corresponding human right of access to a fair trial and focused on the primacy of the constitutional fundamental right. The Superior Labour Court, in turn, granted the appeal solely on the basis of its precedents. This, coupled with the fact that the appellee's brief to the Supreme Court only raised admissibility issues, apparently allowed the Supreme Court to render a more concise judgment, without delving into these far more controversial discussions which were nonetheless addressed in other precedents, namely, the *João Batista Pereira Ormond v. UN and Brazil* and the *Genny de Oliveira v. Embassy of the German Democratic Republic* cases. A similar approach rooted on the domestic statutes and avoiding the issue of the right of access to justice was recently observed in the United States Supreme Court in *Jam v. International Finance Corporation*¹³.

3.4 The clarification offered by previous precedents.

It is worth mentioning that the judgment of the extraordinary appeal 1.034.840 was delivered only three years after the leading case concerning João Batista Pereira Ormond was concluded. Conceivably, because

⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Waite and Kennedy v. Germany* (Application No. 26083/94). Strasbourg, 1999. p. 59-74.

⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands* (Application. No. 65542/12). Strasbourg, 2013. p. 163-165.

¹⁰ See *African Development Bank v. X*, Court of Cassation. Appeal Judgment 04-41012, (2005 -France); *Drago v. International Plant Genetic Resources Institute*, Supreme Court of Cassation. Appeal Judgment No. 3718, (2007 - Italy); *General Secretariat of the ACP Group v. Lutchmaya*, Court of Cassation. Appeal Judgment No. C 03 0328 F (2009 - Belgium); *Western European Union v. Siedler* Court of Cassation. Appeal Judgment No. S04 0129 F (2009 - Belgium).

¹¹ *Pistelli v. European University Institute*, Supreme Court of Cassation, Appeal Judgment No. 20995 (28 October 2005), Guida al diritto 40 (3/2006); ILDC 297 (IT 2005), translation provided in the International Law in Domestic Courts database. Reported by Massimo Iovane: OXFORD PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*. Available in: <https://opil.oup.com/page/212> Access at: 23 jul. 2021.

¹² *Drago v. International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI)*, Supreme Court of Cassation, Final Appeal Judgment No. 3718 (19 February 2007), Giustizia Civile Massimario 2007, 2; ILDC 827 (IT 2007), translation provided in the International Law in Domestic Courts database, reported by Alessandro Chechi: OXFORD PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*. Available in: <https://opil.oup.com/page/212> Access at: 23 jul. 2021.

¹³ *Jam et al v International Finance Corporation*, US Supreme Court (27 February 2019) No 17-1011.

the Supreme Federal Court maintained its stance on the subject matter and made express reference to that previous judgment, the reasoning was quite succinct. Such explicit reaffirmation of the Court's case law makes it even more important to seek in previous precedents the solution for the contentions raised during the litigation that were not addressed in this later judgment.

The *João Batista Pereira Ormond* case demonstrates in more depth the Supreme Court's view on these issues and was, in turn, largely based on the previous *Genny de Oliveira v. Embassy of the German Democratic Republic* case, however making the necessary distinctions between foreign State immunity and organizational immunity.

In 1989, in the judgment of the *Genny de Oliveira* case, for the first time the Brazilian Supreme Court adopted against a foreign State the restrictive immunity. This award didactically explored the evolution that the foreign State immunity experienced and the fact that its sole basis was the customary international law, which had evolved from absolute to restrictive immunity. However, several litigants and the Labour Justice itself saw fit to apply that ruling to international organizations.

The opinion delivered by Justice Francisco Rezek, followed unanimously by the Court, held that the customary norm according to foreign States absolute immunity ceased to exist due to the emergence of the position that there should be exceptions to the privilege. Regarding the argument that Article 114 of the Constitution had abrogated the immunity from suit on labour disputes, the opinion underscored that that change had not excluded the possibility that such competence remained unexercised if vis-à-vis an immunity rule in force. Finally, it rebutted the contention that the right of access to the Judiciary had done away with the immunity. It was observed that in two previous cases the Supreme Court had held that this guarantee is set out under the presumption that the defendant can be subject to the Brazilian jurisdiction, since the constituting-making power may not make promises at the expense of sovereignties not bound to the Brazilian sovereign authority.

Therefore, the *Genny de Oliveira* case clarifies the Supreme Court's view in three crucial issues. First: Article 114 of the Constitution is not a rule establishing jurisdiction, but a rule of competence. Therefore, the existence of jurisdiction is a precondition for the exercise of competence. In the case of non-justiciability, the

norm of competence is simply not applicable, but not violated. The non-exercise of competence arises from the sovereign decision of the State to refrain from subordinating certain subjects of international law to its jurisdictional power. Second: the reason why the Court denied the immunity asserted by the German Democratic Republic was the erosion of the basis for foreign State absolute immunity, a reasoning inapplicable to IOs that have secured immunity in a written norm. Finally, the argument of breach of the right of access to court was reject because such right presupposes that the case is justiciable, and that Brazil had not voluntarily yielded its sovereign power of jurisdiction in favour of certain subjects of international law.

In the *João Batista Pereira Ormond* judgments, the Supreme Court clearly declared that the precedents on the jurisdictional immunity of IOs have no bearing with the sovereign immunity. Moreover, in 2014 the Court adopted a harsher language that openly stated that many rulings from different courts invoking the *Genny de Oliveira case* had mistakenly declared that the Supreme Federal Court applied to both States and international organizations the same solution. The judgment underscored that the adoption of the restrictive doctrine could not have undermined the respect that Brazil owes to all international agreements and treaties regularly celebrated. This precedent was also much more eloquent regarding the argument of breach of the right of access to courts. It weighed that the UNDP contracts stipulates that disputes will be resolved by an arbitration body composed of one representative of the executing national agency and another from the UNDP.

Therefore, the combined reading of the Supreme Courts judgments on the cases concerning *Cristiano Paes de Castro* (2017) and *João Batista Pereira Ormond* (2014) illustrates the constant and now set understanding of the Supreme Federal Court on the issue of jurisdictional immunity of IOs, the binding conclusions being: immunity accorded to an international organization by international agreements, as long as duly internalized in the domestic order, is to be respected, except in the case of an express waiver.

Other solid legal reasonings present in the case law, albeit without express binding force are: the doctrine of restrictive foreign State immunity is observed in Brazil but is not applicable to international organizations, whose immunity must be established in an internatio-

nal norm incorporated in the domestic order; the 1946 Convention, which vested the United Nations with immunity from suit, has the force of ordinary laws and is applicable to employment disputes; Article 114 of the Constitution stipulates only the competence of the Labour Justice, but this competence may remain unexercised if an immunity rule in force is invoked; the constitutional right of access to court does not exclude the immunity properly granted, since this right is conferred assuming that Brazil can exercise jurisdiction over the defendant.

Regarding the availability of adequate alternative means for the resolution of disputes, although the Court did rule on this issue in a general manner, limiting the discussion to the reality of the UN, the opinions voiced during the oral debates, as well as the outstanding importance given to the conventional basis suggest that it should not be considered a condition for the enjoyment of the immunity.

4 The developments of the judgment of The *Cristiano Paes de Castro* case before the Labour Justice

In Brazilian procedure law, the legal consequences of a ruling rendered by the Supreme Court in the regime of general repercussion are considerable¹⁴: the President or Vice-President of the lower court shall decline to hear an appeal filed against a judgment that is in accordance with the thesis adopted by the Supreme Federal Court or shall remand the case to the judging body to carry out a retraction judgment if the appealed judgment diverges from the thesis adopted by the Supreme Court. Those consequences, aimed at standardizing the subsequent decisions, should suffice to settle the matter.

Indeed, after the judgment of the *Cristiano Paes de Castro* case, several rulings were given by the Superior Labour Court, declining to hear appeals that contested the immunity of the UN¹⁵. Additionally, the Superior

Labour Court tried actions for relief from judgment, vacating unappealable judgments that had submitted the United Nations to Brazilian jurisdiction, indicating that, for the time being, the issue of organizational immunity is settled.

However, a recent development before the Superior Labour Court suggests that a different controversy might have risen. The Court applied the conclusions of the thesis to a case of sovereign immunity. Despite quoting the precedent, which expressly referred to organizational immunity, the decision considered that the case under appeal concerned a situation akin to that precedent. In the Superior Labour Court's view, the thesis set by the Supreme Court was also applicable to foreign States, inasmuch as they, just like international organizations, possessed international public legal personality. The judgment became final on June 18th, 2020, with the potential of blurring the clarity that the RE 1.034.840 sought to achieve when it distinguished the basis on which State and organizational immunity are accorded. At worse, it might re-open the discussion on the scope of the foreign State immunity, well settled in the Brazilian case law since 1989.

5 Concluding remarks

The judgment of the extraordinary appeal on the *Cristiano Paes de Castro v. United Nations and Brazil* case is unequivocally relevant because of the recognition of general repercussion and consequent binding effect of the thesis set, being that the international body that has been granted immunity from jurisdiction in a treaty internalized in the Brazilian legal order cannot be sued in court, except in the case of an express waiver. This ruling should offer legal certainty within this framework but alone is not sufficient to quell some lingering arguments that are typically raised in immunity disputes, such as the right to institute judicial proceedings to pro-

¹⁴ In Brazilian procedure law, the extraordinary appeal is filed before the President or Vice-President of the court that has rendered the appealed judgment for a previous ruling on its admissibility. Brazilian Code of Civil Procedure, Articles 1029 and 1030. BRAZIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Access at: 23 jul. 2021.

¹⁵ See Superior Labour Court (Mandatory review/Appeal on ac-

tion for relief from judgment) *Brazil and United Nations United Nations Development Programme (UNDP) v. Juraci de Ozedo Ala Filho*, (2018) RO-22300-77.2009.5.23.0000; Superior Labour Court (Appeal judgment) *Brazil and United Nations/United Nations Development Programme (UNDP) v. Cláudia Maria Serrador Capella*, (2019) RR-10141-35.2004.5.10.0002; Superior Labour Court (Mandatory review/Appeal on action for relief from judgment) *Brazil and United Nations/ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) v. Rolane Elias Silva*, (2019) RecNec e RO-4064-06.2010.5.10.0000.

tect one's right or the requirement of existence of an alternative mechanism for the solution of disputes as a condition for the fruition of the benefit. Recourse to other precedents in which those questions were dealt with becomes then necessary for a complete understanding of the Supreme Court's caselaw. In the light of the fact that divergence of precedents before the lower courts stemmed from inconsistent interpretations of former Supreme Court's precedents on immunity, regard should have been given to the elaboration of a judgment thorough, didactic, and shielded from misinterpretation. By enunciating less than it had done before, albeit keeping consistency with the previous precedents, the Court missed the opportunity to construe a more complete binding precedent which would underscore the difference in foundation and treatment to be given to foreign State and organizational jurisdictional immunity, a still surprisingly enduring source of conflict.

References

- BRAZIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Access at: 23 jul. 2021.
- BRAZIL. Supreme Federal Court (Plenary). Recurso Extraordinário. *RE 578.543/MT*. Direito internacional público. Direito constitucional. Imunidade de jurisdição [...]. Rapporteur: Ellen Gracie, May 15, 2013. Available in: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630068> Access at: 23 jul. 2021.
- BRAZIL. Supreme Federal Court (Plenary). Recurso Extraordinário. *RE 597.368/MT*. Direito internacional público. Direito constitucional. Imunidade de jurisdição [...]. Rapporteur: Ellen Gracie, May 15, 2013. Available in: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630069> Access at: 23 jul. 2021.
- BUSCEMI, Martina; REGHIZZI, Zeno Crespi; RAGNI, Chiara. Immunities of organizations under international law: reflections in light of *Jam v International Finance Corporation*. *QIL*, n. 72, p. 1-3, 2020. Available in: <http://www.qil-qdi.org/litigating-jurisdiction-before-the-ecthr-between-patterns-of-change-and-acts-of-resistance/> Access at: 23 jul. 2021.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands (Application. No. 65542/12)*. Strasbourg, 2013.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Waite and Kennedy v. Germany (Application No. 26083/94)*. Strasbourg, 1999.
- HIGGINS Rosalyn. International law and avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law. In: *COLLECTED Courses of the Hague Academy of International Law*. Hague: The Hague Academy of International Law, 1991. Available in: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9780792324720_01 Access at: 23 jul. 2021
- OKEKE, Edward C. *Jurisdictional immunities of states and international organizations*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- OXFORD PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Oxford reports on international law in domestic courts*. Available in: <https://opil.ouplaw.com/page/212> Access at: 23 jul. 2021.
- UNITED NATIONS. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil*. Available in: <https://nacoesunidas.org/agencia/pnud/> Access at: 23 jul. 2021.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**The Law of State Immunity
before the Brazilian Supreme
Court: what is at stake with the
"Changri-La" case?**

Aziz Tuffi Saliba
Lucas Carlos Lima

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

The Law of State Immunity before the Brazilian Supreme Court: what is at stake with the “Changri-La” case?*

Aziz Tuffi Saliba**

Lucas Carlos Lima***

It was 1943 when the *Changri-La* fishing boat and its ten fishermen crew disappeared near Cabo Frio, Rio de Janeiro. But only in 2001 the *Tribunal Marítimo da Marinha do Brasil* recognized that the vessel had been sunk by a German submarine.¹ The relatives of the victims sought compensation at the Brazilian courts for its material damages and non-pecuniary losses.² However, they stumbled upon a customary norm of Public International Law: the rule prescribing that a State is entitled to immunity in respect of *acta jure imperii* before the domestic courts of another State. After a long journey within the Brazilian courts, the case reached the *Supremo Tribunal Federal* (STF) – the Brazilian Supreme Court, which blends functions of constitutional review and court of last appeal – and in March 2021, the trial finally started. In the Extraordinary Appeal with Interlocutory Appeal (ARE) 954858³ – currently suspended after Justice Alexandre de Moraes’ request to see the records –, it is discussed whether human rights violations are an exception to the rule of States’ sovereign immunity.

The Brazilian Supreme Court has at least two extreme options before it. The first is to apply customary international law as identified by the International Court of Justice in the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)* and guarantee Germany’s immunity from jurisdiction. A second option for STF would be to uphold the right to a fair trial relying on recent foreign judicial decisions that rebuff the rule of immunity in cases of grave violations of human rights. This avenue would open the gate for diplomatic incidents and one should keep in mind the risks that may ensue from the recognition of a broad exception to immunity

¹ BRAZIL. Tribunal Marítimo. Processo nº 812/1943. Acórdão. B/P “CHANGRI-LÁ”. Naufrágio de barco de pesca, com a perda total da embarcação e a morte de dez tripulantes: José da Costa Marques, Deocleciano Pereira da Costa, Otávio Vicente Martins, Ildefonso Alves da Silva, Manoel Gonçalves Marques, Manoel Francisco dos Santos Júnior, Otávio Alcântara, Zacarias da Costa Marques, Apúlio Vieira de Aguiar e Joaquim Mata de Navarra. Oficiário à Diretoria de Portos e Costas e ao Serviço de Documentação da Marinha com o teor desta decisão, para as medidas competentes. Ataque pela artilharia do submarino alemão U-199, durante a 2ª Guerra Mundial. Judgement of 31 July 2001. Available at: < <https://tm-jurisprudencia.marinha.mil.br/solr/anuarios/812.pdf>>.

² On the issue, see SALIBA, Aziz Tuffi; MAIA, Tainá. Changri-lá, Antônio Apúlio Aguiar Coutinho and others v The Federal Republic of Germany, Reparation proceedings, Ordinary appeal judgment, No 2008/0042275-3, ILDC 1160 (BR 2008). In: NOLLKAEMPER, André; REINISCH, August. (Org.). *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.

³ In 2017, the Brazilian Supreme Court recognized that the “Changri-La case” had ‘general repercussion’, a specific admissibility procedure within STF which accredits certain cases, with relevant economic, political, social or legal issues that extend beyond the subjective interests of the case at hand, to be examined by the full court in order to establish a “thesis” that becomes a precedent (Article 1.035, § 1, Brazilian Code of Civil Procedure). It is registered as theme No. 944.

* Recebido em 21/07/2021
Aprovado em 21/07/2021

** Aziz Tuffi Saliba is professor of International Law, Faculty of Law, Universidade Federal de Minas Gerais. PhD (Universidade Federal de Minas Gerais), LLM (University of Arizona). E-mail: azizsaliba@ufmg.br

*** Lucas Carlos Lima is professor of International Law, Faculty of Law, Universidade Federal de Minas Gerais. PhD (Università di Macerata), LLM (Universidade Federal de Santa Catarina). E-mail: lclima@ufmg.br

While the case has not yet reached a conclusion, some Justices have already expressed their legal views – their votes, as they are called in the Brazilian Supreme Court – offering potential outcomes for the discussion.⁴ In this essay, we analyze two issues present in some of the votes: absence of proper engagement with international legal arguments, revealing a detachment from international law, and the possible consequences of the thesis proposed by the *reporting Justice*, Edson Fachin. Our endeavor is both to comment and to explain what is at stake with the *Changri-la* case.

The reporting Justice issued his vote in the last week of February 2021. To sum up his reasoning, Justice Fachin voted to set aside the jurisdictional immunity of the German State giving priority to the constitutional rule of the “prevalence of human rights”. According to the Justice, “because of the constitutional prescription that gives prevalence to human rights as a principle that governs the Brazilian State in its international relations (Article 4, II), [this Court must] make it effective, setting aside the jurisdictional immunity in the case”.⁵

The thesis is undoubtedly innovative and has gathered support from Justices Rosa Weber, Carmen Lúcia, and Dias Toffoli, who followed the vote of the reporting Justice without additional commentaries. With this first round of voting, a first position of the STF has started to form, with four out of eleven Justices deciding towards the limitation of the rule of States’ sovereign immunity and accepting the jurisdiction of the Brazilian courts over Germany to decide the reparation of human rights violations.

A diverging vote was presented by Justice Gilmar Mendes and followed by Justice Marco Aurélio Mello. In their view, jurisdictional immunity should prevail.

⁴ According to the current procedure of the STF, case is drawn to one of the 11 Justices, namely, the reporting Justice, which is responsible for writing the leading vote offering a solution to the dispute. Once the leading vote is published, the other Justices may follow the leading vote; they may follow with divergences; they may open a dissent or follow a dissenting vote. The vote which gathers the greater number of supporters constitutes the final Judgement and the winning thesis of the Tribunal. See, in this regard, CHAIB, André Nunes; MENDES, Gilmar Ferreira. Supreme Federal Tribunal of Brazil (Supremo Tribunal Federal). Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL], 2017.

⁵ Translation from Portuguese. From the original: “diante da prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (Artigo 4º, II), [esta Corte deve] torná-la efetiva, afastando a imunidade de jurisdição no caso”.

For Justice Gilmar Mendes, the STF should “maintain the integrity of its own jurisprudence, which has maintained absolute immunity in the case of sovereign acts, as in the case under analysis, besides reflecting the majority exegesis of the international community, which could create an international diplomatic incident”.⁶⁷

The question is certainly not new in international law⁸ and sparked vast repercussions mostly when, in 2004, the Italian courts repealed Germany’s jurisdictional immunity in the *Ferrini* case, which regarded grave violations of international law by Germany during World War II.⁹ In that instance, the Italian national jud-

⁶ Translation from Portuguese. From the original: “manter a integridade da nossa jurisprudência, a qual tem mantido a imunidade absoluta em se tratando de atos de império, tal como no caso em análise, além de refletir a exegese majoritária da comunidade internacional, sob pena de criarmos um incidente diplomático internacional”

⁷ It was only in 1989 that the STF decided that the jurisdictional immunity did not shield States’ acts of a private law nature (*acta jure gestionis*), in the leading case of ACI 9.696, *Caso Genny de Oliveira*, regarding litigation of labor rights. However, the jurisdictional immunity of acts which are a manifestation of the State’s sovereign authority (*acta jure imperii*) remained absolute. On the issue of the evolving interpretation of jurisdictional immunities in STF’s jurisprudence, see: SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001; GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002; MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades Internacionais: Tribunais Nacionais ante a Realidade das Organizações Internacionais*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2011; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

⁸ For a general overview, see FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2013; RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019; and ALEBEEK, Rosanne van; PAVONI, Riccardo. *Immunities of States and their Officials*. In: NOLLKAEMPER, André; REINISCH, August; JANIK, Ralph; SIMLINGER, Florentina (eds.). *International Law in Domestic Courts: A Casebook*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 100-169.

⁹ On the issue, see DE SENA, Pasquale; DE VITTOR Francesca. *State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 2005, p. 89-112. MASSIMO, Iovane. *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening up Domestic Courts to Claims of Repatriation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*. *Italian Yearbook of International Law*, v. 14, 2004, p. 165-194 e BIANCHI, Andrea. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*. *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1, jan. 2005, p. 242-248. See also BORNKAMM, Christoph. *State Immunity against Claims Arising from War Crimes: The Judgement of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the*

ge employed international law as a fundamental part of his argument and found an exception to the customary rule of immunity in the face of serious violations of human rights and humanitarian law.

The dispute reached the United Nations’ main judicial body, the International Court of Justice (ICJ), which ruled by a solid majority in the case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)* that Italian court judgments violated international law.¹⁰ At the 2012 judgment, the ICJ noted that “*under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict*”.¹¹ But the story did not end there. Two years later, the Constitutional Court of Italy rejected ICJ’s decision in the *Sentenza 238/2014*, which, in short, found it impossible not to exert jurisdiction for the acts of a foreign State that consist of war crimes and crimes against humanity.¹² Notably, the *Sentenza 238/2014* is still the subject of diplomatic and legal controversies between both States.¹³

There is no doubt that there is still no consolidated exception in international law to the rule of jurisdictional immunity over sovereign acts and much discussion has taken place in recent times¹⁴. The emergence of a

new rule of customary international law demands a general practice of States, namely, “sufficiently widespread and representative, as well as consistent”.¹⁵ It is difficult to verify such practice in this topic. The question arises whether Brazil – together with Italy, Greece, and South Korea – is at the forefront of such a practice. In such cases, there is a risk of not clearly distinguishing what constitutes practice and what constitutes a violation: the reaction of States and international bodies, such as the International Court of Justice, are significant in this context to assess an emerging practice.

The reporting Justice’s vote does not offer an answer to the lack of a rule in international law that repeals immunity. This seems to be a problem of the reasoning espoused in the vote: the detachment from international law.

Some arguments could more consistently support a thesis in favor of easing immunity within international law itself – as can be seen from Judge Cançado Trindade and Judge Yusuf’s dissenting votes in *Jurisdictional Immunities*. But, in the case under analysis, international law is left out, and the reporting Justice encloses himself in Article 4 of the Brazilian Constitution, a guideline for Brazilian foreign relations.¹⁶ The solution found by the Justice to avoid the application of the precedent of the ICJ was to resort to Article 59 of the Court’s statute, which sets forth that judgments are only binding between the disputing parties. However, dismissing ICJ’s decision and argument via Article 59 is a controversial option because it evades the problem. It is true that international judgments only bind the parties in dispute.

the work of the former, it essentially supported the United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004, not yet in force. Regarding the latter, see LIMA, Lucas Carlos. Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee. In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena; SALERNO, Francesco. (org.). *La codificazione nell’ordinamento internazionale e dell’Unione europea*. Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI). Napoli: Editoriale Scientifica, 2019, p. 393-407.

¹⁵ ILC. Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries. Yearbook of the International Law Commission, v. II, part 2, 2018. p. 1354.

¹⁶ Article 4 of the Brazilian Constitution establishes that “The international relations of the Federative Republic of Brazil are governed by the following principles: I – national independence; II – prevalence of human rights; III – self-determination of the peoples; IV – non-intervention; V – equality among the states; VI – defense of peace; VII – peaceful settlement of conflicts; VIII – repudiation of terrorism and racism; IX – cooperation among peoples for the progress of mankind; X – granting of political asylum.”

State. German Law Journal, v. 13, n. 6, 2012, p. 773-782.

¹⁰ On the judgement, see WUERTH, Ingrid. International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case. *Melbourne Journal of International Law*, v. 13, n. 1, 2012.

¹¹ ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, ICJ Reports 2012, para. 91.

¹² On the issue, see VOLPE, Valentina; PETERS, Anne; BATTINI, Stefano (eds.), *Remedies against Immunity?* Springer, 2021, p. 237-258 and, particularly in this volume, the contributions of TAMS, Christian J. *A Dangerous Last Line of Deference: Or, a Roman Court Goes Lutheran*, pp. 237-258 and KUNZ, Rafaella. *Teaching the World Court Makes a Bad Case: Revisiting the Relationship Between Domestic Courts and the ICJ*, pp. 259-280. See also the debate between WÜRKERT, Felix. *No custom restricting state immunity for grave breaches – well why not?*. *Völkerrechtsblog*, 11 Dec. 2014 and FONTANELLI, Filippo. *Damage-assessment on the building of international law*. *Völkerrechtsblog*, 15 Dec. 2014,

¹³ On the issue, see *Questions of International Law, Colliding Legal Systems or Balancing of Values? International Customary Law on State Immunity vs. Fundamental Constitutional Principles in Italian Constitutional Court Decision no. 238/2014*, available at: <<http://www.qil-qdi.org/category/zoom-out/colliding-legal-systems-balancing-values-international-customary-law-state-immunity-vs-fundamental-constitutional-principles-italian-constitutional-court-decision-no-2382014/>>; and PETERS, Anne; VOLPE, Valentina. *Introduction: In search for conciliation*. *VerfBlog*, 11 May 2017.

¹⁴ The topic was discussed by both the International Law Commission and the Inter-American Juridical Committee. In relation to

Nonetheless, the authority of the determination of the law made by the International Court, the principal judicial organ of the United Nations, cannot be selectively overlooked. Although a State could ignore the precedent of the ICJ – something quite reckless in the international legal order – it is difficult to foresee in the reporting justice’s vote an address of the rule referred and authoritatively ascertained by the International Court.

If one wants to contribute to the affirmation of a new international rule that creates an exception to the rule of jurisdictional immunity, it must carry out a careful examination of international practice and employ arguments from international law, as the Italian Supreme Court did in the “*Ferrini case*”, when it stated the inexistence of immunity when dealing with serious human rights violations. Otherwise, one should focus exclusively on Brazilian domestic law, not dealing with internationally recognized human rights, but, rather, the right of access to justice. One would then embrace the so-called (and also controversial) doctrine of counter-limits, which states that fundamental values of the national order can limit international rules.¹⁷ This option opens the way for a potential recognition of the violation of the same rule by Brazil. However, the vote of the reporting Justice seems to be in the middle of these two roads: neither international nor constitutional. Thus, it heightens the possibility of inconsistencies between the international and domestic legal systems.

The concern with the infringement of international obligations emerges in the vote of Justice Gilmar Mendes. His reasoning also seems to mirror the idea that the constitutional principle of separation of powers should prevent the judiciary from acting by reinforcing that “*in case of non-compliance with any customary rule, the Federative Republic of Brazil, through its Head of State, must assume, at the international level, numerous consequences, with no attribution of the Judiciary Power in this sense*”.¹⁸

¹⁷ On the issue, see: AMOROSO, Daniele. Chapter 11 – Italy. In: PALOMBINO, Fulvio Maria (ed.). *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 184-209. See also ARCARI, Maurizio; PALCHETTI, Paolo; TANCREDI, Antonello. Il giudice interno di fronte agli obblighi internazionali. Tra ondate identitarie e risacche di *dédoublement fonctionnel*. *Quaderni costituzionali*, p. 217-224, Mar. 2020.

¹⁸ Translation from Portuguese. From the original: “caso proceda ao descumprimento de qualquer norma consuetudinária, a República Federativa do Brasil, através do seu chefe de Estado, deve assumir, no plano internacional, inúmeras consequências, não existindo qualquer atribuição do Poder Judiciário nesse sentido”.

The second apparent problem of the reporting justice’s vote is the scope of the established thesis, according to which “the wrongful acts committed by foreign States in violation of human rights do not enjoy jurisdictional immunity”.¹⁹ An example of such a broad scope in the States’ practice is unknown. Even the decisions that repealed the immunity rule and could eventually have appeared in the Justice’s vote specify that only “serious violations” of human rights could the rule of the immunity rule. Should such a decision prevail, Brazil would be moving beyond the progressive but controversial positions taken by the Greek and Italian courts and the recent South Korean decision, which tried to judicially remedy serious human rights violations in its territory carried out by Japan.²⁰ Furthermore, considering the broad manner in which the thesis was framed, there is no distinction on which human rights would be able to ward off the rule of immunity. In this vein, one could wonder whether the sole violation of economic, social, cultural, and environmental rights, or even less obvious rights, such as the right to property, would result in the repeal of States’ immunity.

The reaction of other States to a potential easing of jurisdictional immunity by the Brazilian judiciary would be equally interesting to verify. Reactions to *sentença 238/2014* of the Italian Constitutional Court, which assumed that the customary rule of immunity in the case of serious violations arises “in contrast to the fundamental principle of judicial protection of fundamental rights ensured by the Italian constitution”, have been several. Should Brazilian Constitutional Court follow the same path, the strada can be full of resistances, either from international or national levels. In a legal framework governed by the logic of reciprocity,²¹ guaranteeing immunity is also making sure that your own immunity will be guaranteed.

¹⁹ Translation from Portuguese. From the original: “os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição”.

²⁰ On the issue, see FRANCHINI, Daniel. South Korea’s denial of Japan’s immunity for international crimes: Restricting or bypassing the law of state immunity? *Völkerrechtsblog*, 18 Jan. 2021; and BRANCA, Eleonora. ‘Yet, it moves...’: The Dynamic Evolution of State immunity in the ‘Comfort Women’ case. *EJIL: Talk!*, 7 Apr. 2021.

²¹ On the issue, see SHAN, Wenhua; WANG, Peng. Divergent Views on State Immunity in the International Community. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 61-78.

There is no doubt that human rights violations require reparation; this is a fundamental principle of Brazilian, Inter-American, and international law. However, the risk of opening gaps in the immunity rule is not only to unleash Brazilian responsibility for violating international law but to create a precedent that transforms jurisdictional immunity, which “occupies an important place in international law and international relations”²², in a meaningless rule. Such rule derives directly from the sovereign equality of States, not only “one of the fundamental principles of the international legal order”²³, but also recognized in Article 4 of the Brazilian Constitution. Thus, there is more to the Changri-la case than meets the eye. The STF decision might reverberate in national and international legal spheres in the years to come. It is not excluded, for instance, that the decision might end up at the Inter-American System of Human Rights or even in an interstate dispute with Germany. These are good reasons why the majority ruling should resonate with the soundest arguments at the international level and engage properly with the international rules in question. Otherwise, the Brazilian Supreme Court would be sending the wrong message with regard its relationship with international law.

References

ALEBEEK, Rosanne van; PAVONI, Riccardo. Immunities of States and their Officials. *In*: NOLLKAEMPER, André; REINISCH, August; JANIK, Ralph; SIMLINGER, Florentina (eds.). *International Law in Domestic Courts: A Casebook*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 100-169.

AMOROSO, Daniele. Chapter 11 – Italy. *In*: PALOMBINO, Fulvio Maria (ed.). *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 184-209.

ARCARI, Maurizio; PALCHETTI, Paolo; TANCREDI, Antonello. Il giudice interno di fronte agli obblighi internazionali. Tra ondate identitarie e risacche di dédoublement fonctionnel. *Quaderni costituzionali*, p. 217-224, Mar. 2020.

²² ICJ. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, *ICJ Reports 2012*, para. 57.

²³ ICJ. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, *ICJ Reports 2012*, para. 57.

BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany. *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1, p. 242-248, jan. 2005.

BORNKAMM, Christoph. State Immunity against Claims Arising from War Crimes: The Judgement of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State. *German Law Journal*, v. 13, n. 6, 2012, p. 773-782.

BRANCA, Eleonora. ‘Yet, it moves...’: The Dynamic Evolution of State immunity in the ‘Comfort Women’ case. *EJIL: Talk!*, 7 Apr. 2021.

BRAZIL. Tribunal Marítimo. *Processo nº 812/1943*. Acórdão. B/P “CHANGRI-LÁ”. Naufrágio de barco de pesca, com a perda total da embarcação e a morte de dez tripulantes: José da Costa Marques, Deocleciano Pereira da Costa, Otávio Vicente Martins, Ildefonso Alves da Silva, Manoel Gonçalves Marques, Manoel Francisco dos Santos Júnior, Otávio Alcântara, Zacarias da Costa Marques, Apúlio Vieira de Aguiar e Joaquim Mata de Navarra. Oficiário à Diretoria de Portos e Costas e ao Serviço de Documentação da Marinha com o teor desta decisão, para as medidas competentes. Ataque pela artilharia do submarino alemão U-199, durante a 2ª Guerra Mundial. Judgment of 31 July 2001. Available at: <https://tm-jurisprudencia.marinha.mil.br/solr/anuarios/812.pdf>.

DE SENA, Pasquale; DE VITTOR Francesca. State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case. *European Journal of International Law*, v. 16, p. 89-112, 2005.

FONTANELLI, Filippo. Damage-assessment on the building of international law. *Völkerrechtsblog*, 15 Dec. 2014.

FRANCHINI, Daniel. South Korea’s denial of Japan’s immunity for international crimes: Restricting or bypassing the law of state immunity? *Völkerrechtsblog*, 18 Jan. 2021.

GARCIA, Márcio e MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002.

ICJ. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, *ICJ Reports 2012*.

ILC. Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, part 2, 2018.

- KUNZ, Rafaella. Teaching the World Court Makes a Bad Case: Revisiting the Relationship Between Domestic Courts and the ICJ. In: VOLPE, Valentina; PETERS, Anne; BATTINI, Stefano (eds), *Remedies against Immunity?*, p. 259-280, Springer, 2021.
- LIMA, Lucas Carlos. Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee. In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena; SALERNO, Francesco. (org.). *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*. Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI). Napoli: Editoriale Scientifica, 2019, p. 393-407.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades Internacionais: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2011.
- PETERS, Anne; VOLPE, Valentina. Introduction: In search for conciliation. *VerfBlog*, 11 May 2017.
- SALIBA, Aziz Tuffi; MAIA, Tainá. Changri-lá, Antônio Apúlio Aguiar Coutinho and others v The Federal Republic of Germany, Reparation proceedings, Ordinary appeal judgment, No 2008/0042275-3, ILDC 1160 (BR 2008). In: NOLLKAEMPER, André; REINISCH, August. (org.). *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- PALCHETTI, Paolo. Italian concerns after sentenza 238/2014: possible reactions, possible solutions. *Verfassungsblog*, 11 Maio 2017.
- PALCHETTI, Paolo. Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out. *QIL-Questions of international law*, Zoom out II, 2014. p. 44-47.
- SHAN, Wenhua; WANG, Peng. Divergent Views on State Immunity in the International Community. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 61-78.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TAMS, Christian J. A Dangerous Last Line of Deference: Or, a Roman Court Goes Lutheran. In: VOLPE, Valentina; PETERS, Anne; BATTINI, Stefano (eds.). *Remedies against Immunity?* Springer, 2021, pp. 237-258.
- TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- WÜRKERT, Felix. No custom restricting state immunity for grave breaches — well why not?. *Völkerrechtsblog*, 11 Dec. 2014.

**DOSSIÊ: CHALLENGING THE INTERNATIONAL
LAW OF IMMUNITIES: NEW TRENDS ON
ESTABLISHED PRINCIPLES?**

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

State Immunity and the Rights of Employees: Lights and Shadows of the Strasbourg Court's Jurisprudence

Imunidade do Estado e os Direitos dos Funcionários: Luzes e Sombras da Jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo

Pierfrancesco Rossi

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

State Immunity and the Rights of Employees: Lights and Shadows of the Strasbourg Court's Jurisprudence*

Imunidade do Estado e os Direitos dos Funcionários: Luzes e Sombras da Jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo

Pierfrancesco Rossi**

Abstract

This paper analyzes the case law of the European Court of Human Rights on the relationship between state immunity and foreign state employees' right of access to a court, protected under Article 6 of the European Convention on Human Rights. While acknowledging that the case law of the Strasbourg Court has in many respects contributed to providing employees of foreign states with broader access to the courts of receiving states, the paper submits that the Court's handling of labour cases presents some major flaws. Namely, it is argued that (i) the Court's assessment of the norms of customary international law in the area of state immunity from employment lawsuits is ill-proven and largely unconvincing; (ii) this flawed assessment of custom has had a negative impact on the scope of employees' right of access to a court; and (iii) under the approach followed by the Strasbourg Court, certain categories of state employees may be left without any judicial means of obtaining redress. It appears crucial that the Court addresses such flaws in future cases.

Keywords: State immunity; employment claims; European Court of Human Rights; right of access to a court; alternative means of redress

Resumo

Este artigo analisa a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a relação entre a imunidade do Estado e o direito dos funcionários estrangeiros de acesso a um tribunal, protegido ao abrigo do Artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Embora reconheça que a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo tem, em muitos aspectos, contribuído para fornecer aos funcionários de estados estrangeiros um acesso mais amplo aos tribunais dos estados receptores, o estudo sustenta que o tratamento do Tribunal de casos trabalhistas apresenta algumas falhas importantes. Nomeadamente, argumenta-se que (i) a avaliação do Tribunal das normas do direito consuetudinário internacional na área da imunidade estatal de processos trabalhistas é mal comprovada e pouco convincente; (ii) esta avaliação falha do costume teve um impacto negativo sobre o escopo do

* Recebido em 21/09/2020
Aprovado em 21/07/2021

** Postdoctoral Fellow in International Law, Luiss University, Rome. PhD, University of Naples Federico II. The author thanks the anonymous referees for useful comments on an earlier draft. This paper contains material that will appear in ROSSI, P. *International Law Immunities and Employment Claims: A Critical Appraisal*. Oxford: Hart Publishing, forthcoming 2021. Email: rossip@luiss.it.

direito dos funcionários de acesso a um tribunal; e (iii) segundo a abordagem seguida pelo Tribunal de Estrasburgo, certas categorias de funcionários públicos podem ficar sem quaisquer meios judiciais de obter reparação. Parece crucial que o Tribunal trate dessas falhas em casos futuros.

Palavras-chave: Imunidade estatal; reclamações trabalhistas; Tribunal Europeu de Direitos Humanos; direito de acesso a um tribunal; meios alternativos de reparação

1 Introduction

One of the most controversial aspects of the jurisdictional immunity of foreign states concerns its relationship with the right of access to justice, i.e. the right of private individuals to have their case heard by a court. This right constitutes one of the basic components of the right to a fair trial, which is enshrined in major human rights instruments. For example, in *Barbani Duarte*, the Inter-American Court of Human Rights held that the right to a hearing under Article 8(1) of the American Convention on Human Rights (ACHR) encompasses a right to “access to the competent body to determine the right that is claimed, respecting due procedural guarantees (such as the presentation of arguments and the provision of evidence)”.¹ The right of access to justice is also held to be part of customary international law.² State immunity, which is also an undisputed rule of customary international law,³ by contrast prohibits national courts from exercising jurisdiction over claims brought by private individuals against foreign states. Access to justice and immunity are thus in direct conflict with each other and it is necessary to devise legal criteria to reconcile them.⁴ Among the va-

rious international courts and tribunals and human rights treaty bodies which have addressed this issue,⁵ by far the greatest amount of jurisprudence on this subject has been produced by the European Court of Human Rights (ECtHR; the Strasbourg Court).⁶

A substantial portion of the state immunity cases heard by the Strasbourg Court has originated from labour litigation with foreign states.⁷ In all such cases, the applicants were current, former or would-be employees of foreign states' establishments located in the territory of other states, such as embassies, consulates or trade offices. They attempted to sue the foreign state before the courts of the countries where such establishments were located, but their employment claims (relating, for example, to unpaid wages, social contributions, unlawful dismissals or workplace discrimination) were barred by state immunity. Against this backdrop, these individuals have turned to the ECtHR alleging that the forum state's refusal to adjudicate their claims on grounds of state immunity breached their right of access to a court provided under Article 6 (Right to fair trial) of the European Convention on Human Rights (ECHR).⁸ In response, the ECtHR has developed a rich case law on how to manage the tension between the employer states' entitlement to jurisdictional immunity and the need to ensure protection of the rights of employees.⁹

P. (ed.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*. Cham: Springer, 2018. p. 218.

⁵ On this point see, e.g., HUMAN RIGHTS COMMITTEE. General Comment No. 32: Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32, para. 18.

⁶ See KLOTH, M. *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Leiden – Boston: Nijhoff, 2010.

⁷ The greatest amount of domestic civil litigation involving foreign states concerns labour-related issues: see FOX, H.; WEBB, P. *The Law of State Immunity*. Third edition. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 440.

⁸ Pursuant to Art. 6(1) *European Convention on Human Rights*, 4.11.1950 (Rome), “In the determination of his civil rights and obligations [...], everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”. This provision presupposes a right of access to a court: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECtHR). *Golder v. United Kingdom*, 21 February 1975, App. No. 4451/70, paras. 28-36.

⁹ On this tension see generally WEBB, P. The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma? *European Journal of International Law*, v. 27, n. 3, 2016.

¹ AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Barbani Duarte et al. v. Uruguay*, 13 October 2011, Series C No. 234, para. 122.

² FRANCONI, F. The Rights of Access to Justice under Customary International Law, in: FRANCONI, F. (ed.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007; SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights Law*, 3rd edn. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 238.

³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Judgment, 2012, para. 56. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.

⁴ IOVANE, M. Conflicts Between State-Centred and Human-Centred International Norms. In: PISILLO MAZZESCHI, R., De Sena,

This paper performs a critical analysis of the Strasbourg Court's jurisprudence on this peculiar category of state immunity litigation. In particular, as far as methodology is concerned, it intends to evaluate all the decisions of the ECtHR concerning state immunity in labour claims – as well as, where opportune, judicial decisions of national courts which relied on ECtHR precedents – in light of the pertinent legal scholarship and to identify strengths and shortcomings of such decisions. After a concise account of the key features of the Court's approach and of its contribution to the enhancement of the judicial protection of labor rights (Section 2), this paper makes the argument that the Strasbourg Court's handling of labour cases has also given rise to serious problems and that the Court should consider remedying these flaws in future decisions. In particular, Section 3 criticises the conclusions reached by the ECtHR as to the status of customary international law in the area of state immunity from employment suits. Section 4 shows how this flawed assessment of custom has had a negative impact on the scope of the employees' right of access to a court. Finally, Section 5 argues that the Court paid insufficient attention to a problematic side-effect of its jurisprudence – i.e. that, where a grant of immunity is held to be compatible with Article 6 ECHR, it is possible that an employee may be left without any effective judicial means of obtaining redress.

2 The Strasbourg Court's approach to state immunity in employment cases

The Strasbourg Court's approach to state immunity in employment litigation should be analyzed within the framework of the ECtHR's general approach to state immunity. In fact, the Court is frequently confronted with cases brought by individuals who, having unsuccessfully attempted to sue a foreign state before the courts of a state party to the ECHR, claim that that state party breached their right of access to justice.

The ECtHR has developed a well-established set of principles on how to handle such cases. Limitations on the right of access to a court are considered admissible as long as they do not impair the very essence of the right, pursue legitimate aims and are proportionate

to the aims pursued.¹⁰ The legitimacy prong of the test is unproblematic: the ECtHR has constantly reaffirmed that state immunity pursues the legitimate aim of “complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty”.¹¹ What is instead decisive is the proportionality assessment. In this respect, the Court's approach is to consider a grant of immunity to be a proportionate limitation on Article 6 ECHR if the forum state was required to grant immunity under general international law.¹² This may be seen as a prime example of harmonious interpretation, that is the principle whereby the Convention “should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law”.¹³ The rationale of this approach is to avoid conflict with the other international obligations binding on the states of the Council of Europe.¹⁴ It should be noted that this approach is not unique to the ECtHR. Most notably, the Human Rights Committee has similarly held that the right to a fair trial under Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) is not breached by restrictions “based on exceptions from jurisdiction deriving from international law such, for example, as immunities”.¹⁵

The Strasbourg Court had its first chance to apply these principles to the context of labour claims in the 2001 *Fogarty v. United Kingdom* judgment.¹⁶ The applicant was employed as an administrative assistant at the embassy of the United States in London from 1993 to her dismissal in 1995. She sued before the English courts for discriminatory dismissal and was awarded compensation; no issue of immunity arose during the proceedings because the United States defended itself on the merits. After two unsuccessful applications for secretarial jobs at the Embassy, Fogarty filed a new discrimination suit before the

¹⁰ See e.g. ECtHR. *Nait-Litman v. Switzerland*, 15 March 2018, App. No. 51357/07, paras. 114-5.

¹¹ ECtHR. *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 November 2001, (GC), App. No. 35763/97, para. 54.

¹² ECtHR. *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 November 2001, (GC), App. No. 35763/97, para. 56.

¹³ ECtHR. *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 November 2001, (GC), App. No. 35763/97, para. 55.

¹⁴ BONAFÈ, B.I. The ECHR and the Immunities Provided by International Law. *Italian Yearbook of International Law*, v. 20, 2010, p. 63-66.

¹⁵ HUMAN RIGHTS COMMITTEE. General Comment No. 32: Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32, para. 18.

¹⁶ ECtHR, *Fogarty v. United Kingdom*, 21 November 2001, (GC), App. No. 37112/97.

English courts claiming that the United States' failure to re-employ her was a consequence of her previous sex discrimination claim. At this stage, the United States claimed immunity from jurisdiction pursuant to the State Immunity Act (SIA) 1978, the United Kingdom's domestic legislation on foreign state immunity. Although section 4 of the SIA enumerates cases where a foreign state is not entitled to immunity in lawsuits relating to contracts of employment,¹⁷ section 16 stipulates that such grounds of non-immunity do not apply to employment at diplomatic and consular missions, thus effectively bestowing absolute immunity from labour claims upon foreign embassies and consulates.¹⁸ Because section 16 left her without any remedy in the law of the United Kingdom, Fogarty applied to the ECtHR claiming that her right of access to a court had been breached.

The Grand Chamber ruled in favour of the respondent state. The refusal by the United Kingdom to exercise jurisdiction over Fogarty's claim was considered to be compatible with the content of general international law and thus to constitute a proportionate restriction on the applicant's right of access to justice. More specifically, the Court noted that international practice was divided as regards whether states enjoyed immunity from claims by personnel at diplomatic missions: the fact that the United Kingdom was "not alone in holding that immunity attaches to suits by employees at diplomatic missions" meant, in the Court's view, that its practice did not "fall [...] outside any currently accepted international standards".¹⁹ The ECtHR also gave weight to the fact that the applicant's proceedings before the English courts concerned her recruitment process: as the Court put it, "[q]uestions relating to the recruitment of staff to

missions and embassies may by their very nature involve sensitive and confidential issues", and the Court was not aware of any state practice where jurisdiction over such claims had been exercised.²⁰ It should be highlighted that the Court in *Fogarty* showed considerable self-restraint in the identification of relevant norms of customary international law: it only established whether the United Kingdom was allowed to grant immunity over the applicant's specific claims, but refrained from discussing the status of custom outside of what was strictly necessary to rule on the case. Hence, this judgment offered little guidance on how future cases on state immunity and employment would be decided by the ECtHR.

By contrast, in the subsequent case of *Cudak v. Lithuania* the ECtHR proved more liberal in its identification of customary norms and, in so doing, laid down more clear guidelines for future decisions.²¹ In order to determine the content of customary law for the purposes of the proportionality assessment, the Court turned to the text of the 2004 United Nations Convention on State Immunity (UNCSI)²² – the not-yet-into-force outcome of the works of the International Law Commission (ILC) on the topic of jurisdictional immunities of states²³ – and held that its Article 11, on contracts of employment, constitutes in its entirety a codification of international custom.²⁴ This provision sets forth a general rule of non-immunity in labour disputes (paragraph 1) followed by an exhaustive list of exceptions where immunity applies (paragraph 2). The grounds of immunity are: (a) the employee performs "particular functions in the exercise of governmental authority"; (b) the employee is a diplomatic or consular agent or "any other person enjoying diplomatic immunity"; (c) the proceedings concern recruitment, renewal of employment or reinstatement; (d) the proceedings concern dismissal and the foreign state declares that they would

¹⁷ Most notably, it provides that a state is entitled to immunity if "(a) at the time when the proceedings are brought the individual is a national of the State concerned; or (b) at the time when the contract was made the individual was neither a national of the United Kingdom nor habitually resident there; or (c) the parties to the contract have otherwise agreed in writing". This provision largely reproduces the content of Art. 5 of the *European Convention on State Immunity*, 16.5.1972 (Basel).

¹⁸ Note however that, in SUPREME COURT (UK), *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janab*, 18 October 2017, [2017] UKSC 62, s. 16 was declared incompatible with Art. 6 *European Convention on Human Rights*, 4.11.1950 (Rome) insofar as it bars claims by low-level employees. As will be seen below, this case may be seen as an outgrowth of the ECtHR's jurisprudence on the subject.

¹⁹ ECtHR. *Fogarty v. United Kingdom*, 21 November 2001, (GC), App. No. 37112/97, para. 37.

²⁰ ECtHR. *Fogarty v. United Kingdom*, 21 November 2001, (GC), App. No. 37112/97, para. 38.

²¹ ECtHR. *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02.

²² *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2.12.2004 (New York).

²³ Pursuant to its Art. 30, the *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2.12.2004 (New York) will enter into force upon deposit of the thirtieth ratification. As of Mayo 2021 it has been ratified by 22 states: see https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en. Accessed on: 6 Mayo 2021.

²⁴ ECtHR. *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02, para. 67.

interfere with its security interests; (e) the employee is a national of the employer state not residing in the state of the forum; and (f) the parties have derogated in writing from the forum state's jurisdiction. Simply put, *Cudak* turned this provision into a standard of compliance of grants of state immunity in employment matters: an immunity broader than required by Article 11 amounts to a breach of Article 6 ECHR.

In *Cudak* the application of Article 11 led the Court to rule in favour of the applicant, a former secretary at the Polish embassy in Vilnius. The Lithuanian Supreme Court had upheld immunity over her unlawful dismissal claim against Poland, reasoning that her employment "facilitated, to a certain degree, the exercise by [...] Poland of its sovereign functions" and thus fell within the category of *acta jure imperii*.²⁵ The ECtHR, however, held that none of the Article 11 immunity grounds applied to this case, most notably because the applicant did not perform any "particular functions in the exercise of governmental authority", her claims (unlike Fogarty's) did not concern recruitment and she was a national of Lithuania.²⁶ In all subsequent cases on the subject the ECtHR has followed the same script, regardless of whether a respondent state had signed or ratified the UNCSI. In the vast majority of such judgments the Court has found immunity to exceed the limits of Article 11 and thus to be a disproportionate compression of the applicant's right of access to a court.²⁷ Only in one case has the Court ruled otherwise on the grounds that the applicant was a national of the employer state not residing in the forum state, a situation covered by Article 11, paragraph 2(e), UNCSI.²⁸

There is no doubt that the Court's jurisprudence has contributed in significant respects to enhancing the judicial protection of foreign states' employees.²⁹

Its approach creates strong incentive for states to cease applying absolute or overly broad immunity, which is, regrettably, still relatively widespread in the area of employment litigation also among the members of the Council of Europe.³⁰ If a state does not align itself to the ECtHR's approach, there is a likelihood that it will be condemned in Strasbourg. An example of the influence exercised by the ECtHR's case law over national approaches is provided by the landmark *Benkharbouche* judgment, where the Supreme Court of the United Kingdom held that the aforementioned section 16 of the UK SIA was incompatible with the ECHR insofar as it granted immunity over all claims filed by employees at diplomatic and consular missions regardless of their functions. The Supreme Court found that barring claims from members of the service staff of an embassy was not required under general international law.³¹ The ECtHR's case law has also exercised a direct influence over the Italian and French Courts of Cassation, both of which have applied Article 11 UNCSI qua codification of customary international law.³²

Another notable aspect of the ECtHR's case law is that the Court has affirmed that the immunity grounds enshrined in Article 11 "must be strictly interpreted",³³ so that, in case of doubt, the reading more favourable to the applicant employee should be preferred. This precept is particularly important when it comes to the interpretation of paragraph 2(a), which bars claims filed by employees tasked with "particular functions in the exercise of governmental authority". Neither the text of the UNCSI nor the *travaux préparatoires* provide conclusive indications as to which employees are covered by this provision.³⁴ This is problematic because most state

Rights: European Law to the Rescue? *International & Comparative Law Quarterly*, v. 64, 2015; NIGRO, R. Immunità degli Stati e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale? *Rivista di diritto internazionale*, v. 96, n. 3, 2013.

²⁵ Quoted in ECtHR, *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02, para. 18.

²⁶ ECtHR, *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02, paras. 69-72.

²⁷ ECtHR, *Guadagnino v. Italy and France*, 18 January 2011, App. No. 2555/03; ECtHR, *Sabeh El Leil v. France*, 29 June 2011, App. No. 34869/05; ECtHR, *Wallisbauser v. Austria*, 17 July 2012, App. No. 156/04, para. 71 (in *obiter dictum*); ECtHR, *Radunović and Others v. Montenegro*, 25 October 2016, App. Nos. 45197/13, 53000/13 and 73404/13; ECtHR, *Naku v. Lithuania and Sweden*, 8 November 2016, App. No. 26126/07.

²⁸ ECtHR, *Ndayegamiye-Mporamaziina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12.

²⁹ For largely positive appraisals of the ECtHR's approach see GARNETT, R. State and Diplomatic Immunity and Employment

³⁰ See for example HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE (Romania), *SDG v. Canada and Prosecutor General (joining)*, 1 April 2003, No. 1292, ILDC 1024 (RO 2003).

³¹ SUPREME COURT (UK), *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janab*, 18 October 2017, [2017] UKSC 62.

³² CORTE DI CASSAZIONE (Italy), *Embassy of Spain to the Holy See v. De la Grana Gonzales*, 11 March 2014, No. 9034, ILDC 2436 (IT 2014); COUR DE CASSATION (France), *B v. Republic of Ghana*, 27 November 2019, No. 18-13790, ILDC 3070 (FR 2019).

³³ ECtHR, *Sabeh El Leil v. France*, 29 June 2011, App. No. 34869/05, para. 66.

³⁴ FOAKES, J.; O'KEEFE, R. Article 11, in: O'KEEFE, R.; TAMS, C. (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of*

employees may be regarded as performing tasks at least to some extent connected to their employer's governmental authority. The ECtHR, by contrast, requires that the duties of an employee must be "objectively" linked to a state's exercise of its sovereign powers³⁵ and places the burden of proving the existence of this link upon the state.³⁶ Relatively high-ranking employees have been found by the Court not to fall within the scope of letter (a), including for instance an embassy's head accountant³⁷ or an embassy's protocol specialist and translator.³⁸

3 The codificatory character of Article 11 UN Convention on State Immunity: a problematic assumption

Other aspects of the Strasbourg Court's case law on state immunity in employment matters, however, appear problematic. This is the case, first of all, with the assumption that Article 11 UNCSI constitutes a verbatim codification of general international law.

It is well-known that a norm of customary international law may be said to have come into existence in the presence of a general practice of states accompanied by a belief that this practice is required by law (*opinio juris*).³⁹ The ascertainment of a customary norm would in principle require proof of both such cons-

titutive elements,⁴⁰ and this proof should be obtained inductively by looking at the practice of states.⁴¹ In *Jurisdictional Immunities*, the International Court of Justice (ICJ) found that, in the area of state immunity, "the most pertinent State practice" may be found in national judicial decisions.⁴² Other sources of relevant state practice are national legislation concerning immunities, claims to immunity advanced by impleaded states before foreign courts and the opinions voiced by states in course of the ILC work on state immunity.⁴³ *Opinio juris*, for its part, may be drawn from "the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity [...]; [...] the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so; and [...] the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States".⁴⁴

In *Cudak*, however, the ECtHR attempted no survey of state practice. The only state practice actually examined in some detail by the Court was the legislative and judicial practice of Lithuania.⁴⁵ Instead, the main argument invoked by the Court in support of the codificatory character of Article 11 was a passage of the ILC's commentary to the 1991 Draft Articles on State Immunity where it was stated that Article 11 "appear[s] to be consistent with the emerging trend in the recent legislative and treaty practice of a growing number of States".⁴⁶ The ECtHR interpreted this passage in the

States and Their Property: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 208.

³⁵ ECtHR, *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02, para. 70.

³⁶ ECtHR, *Guadagnino v. Italy and France*, 18 January 2011, App. No. 2555/03, para. 72.

³⁷ ECtHR, *Sabeh El Leil v. France*, 29 June 2011, App. No. 34869/05, para. 62.

³⁸ ECtHR, *Radunović and Others v. Montenegro*, 25 October 2016, App. Nos. 45197/13, 53000/13 and 73404/13.

³⁹ Art. 38(1)(b) of INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Statute of the International Court of Justice*. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Accessed on: 6 Mayo 2021. For restatements in the ICJ case law see, inter alia, INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*. Judgment, 1969, para. 77. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, 1986, para. 184. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.

⁴⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*. 2018. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (Two). Conclusion 2.

⁴¹ SUCHARITKUL, S. Developments and Prospects of the Doctrine of State Immunity: Some Aspects of Codification and Progressive Development. *Netherlands International Law Review*, v. 29, p. 259, 1982.

⁴² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Judgment, 2012, para. 73. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.

⁴³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Judgment, 2012, para. 55. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.

⁴⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Judgment, 2012, para. 55. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.

⁴⁵ ECtHR, *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02, paras. 19-24.

⁴⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Ju-*

sense that that article was meant to codify the existing practice of states.⁴⁷ The Court also affirmed that what the Commission said with regard to the 1991 Draft “must also hold true for the 2004 United Nations Convention”.⁴⁸

The ECtHR is far from isolated among international courts in its reliance on ILC works or codification conventions for the ascertainment of international custom.⁴⁹ On multiple occasions, the ICJ has considered provisions of such instruments to embody customary norms without conducting an autonomous evaluation of the practice of states. Just to make a few notable examples, in *Oil Platforms* the ICJ reached this conclusion with regard to the rules of treaty interpretation of Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties,⁵⁰ and in *Armed Activities* in respect to the rules of attribution of conduct contained in Articles 4, 5 and 8 of the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.⁵¹ This practice may be justified as a way for a court of “outsourcing” the ascertainment of customary law to the ILC, which is institutionally better positioned than a court to perform extensive surveys of state practice.⁵² However, it is only possible to speak of “outsourcing” if the ILC did conduct such a survey of state practice in the first place and if it did intend a certain provision to be reflective of such practice.⁵³ There can be no guarantee

that everything that comes out of the works of the ILC meets similar standards. The Commission’s institutional goals comprise not only the codification of customary law but also its progressive development⁵⁴ – meaning that the ILC might intend a certain provision *not* to reflect state practice if this contributes to the progress of general international law. Moreover, the states may be heavily involved in the drafting of a convention’s provision, which may thus be reflective less of existing state practice and more of political compromise.

In light of the above, what is most problematic about *Cudak* is not the ECtHR’s reliance on ILC works per se, but the fact that – contrary to what the Court opined – the ILC has never remotely suggested that Article 11 UNCSI was intended to reflect existing practice of states in its entirety. In fact, this provision was one of the most hotly debated over the course of the ILC work on the topic of state immunity.⁵⁵ Special Rapporteur Sucharitkul wrote in his 1983 First Report that state practice on the subject of state immunity from employment claims was scarce and that the limited practice available at the time presented a “startling number of inconsistencies and contradictions”.⁵⁶ There can thus be no doubt that Sucharitkul’s Draft Article 13 – the precursor of Article 11 UNCSI – was for the most part an exercise in progressive development.⁵⁷ The original contours of this draft broadly reflected the provision on contracts of employment (Article 5) of the earlier European Convention on State Immunity, pursuant to which immunity should apply only in two cases: where the employee is (i) a national of the employer state when the proceedings are brought, or (ii) neither a national

Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries. 1991. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (Two). para. 14.

⁴⁷ ECtHR, *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02, paras. 66-67.

⁴⁸ ECtHR, *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02, para. 66.

⁴⁹ IOVANE, M. L’influence de la multiplication des juridictions internationales sur l’application du droit international. *Recueil des Cours*: collected courses of The Hague Academy of International Law. Kluwer Law International, Hague, v. 383, 2017. p. 394-397.

⁵⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, 1996, para. 23. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.

⁵¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 2005, para. 160. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.

⁵² LUSA BORDIN, F. Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 63, 2014, p. 549-558.

⁵³ See WOOD, M. *Third Report on identification of customary international law*. UN Doc. A/CN.4/682, 27 March 2015, para. 65.

⁵⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Statute of the International Law Commission*. Available at: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021. See Art. 1(1): “The International Law Commission shall have for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification”. See also Art. 13(1)(a) of the *Charter of the United Nations*, 26.6.1945 (San Francisco), pursuant to which the General Assembly “shall initiate studies and make recommendations for the purpose of [...] encouraging the progressive development of international law and its codification”.

⁵⁵ FOAKES, J.; O’KEEFE, R. Article 11. In: O’KEEFE, R.; TAMS, C. (ed.). *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 189.

⁵⁶ SUCHARITKUL, S. *Fifth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 1983. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (One). para. 39.

⁵⁷ The text of the Draft Article is in SUCHARITKUL, S. *Fifth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 1983. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (One). para. 62.

nor a resident of the state of the forum at the time of recruitment.⁵⁸ Sucharitkul's only original addition was a provision granting immunity if the claim concerned the recruitment or dismissal of an employee.⁵⁹ In both cases, the state practice cited in support of such provisions was limited: it boiled down to a handful of state immunity instruments adopted by countries of common law (themselves modeled after the Article 5 ECSI footprint, as in the case of the UK SIA) and to Italian and French judicial decisions.⁶⁰

The text of then-Article 13 was thoroughly altered during the following discussions and drafting process with the addition of new grounds of immunity: the 1991 Draft Articles, most notably, included a provision whereby claims brought by employees performing tasks *de jure imperii* should be covered by immunity – a provision reflected, with some textual differences, in Article 11(2)(a) UNCSI.⁶¹ But the cited state practice was again limited: in support of the newly-added letter (a), for example, the Draft Articles only mentioned three decisions of the Italian Court of Cassation.⁶² After 1991, the topic of contracts of employment was one of several outstanding substantive issues submitted to the attention of an ILC Working Group and of an Ad Hoc Committee created by the General Assembly.⁶³ This produced other changes to the provision. For example, the relevance of the nationality and residence of the employee was significantly diminished when compared to the 1991 Draft Articles, whose provisions on the point still closely resembled those of the ECSI. In the

UNCSI's final text, only nationals of the employer state not residing in the forum state at the time of commencement of the proceedings are barred from suing their employer.⁶⁴

In sum, all Article 11's drafting process reflected difficult compromises and considerable second-guessing.⁶⁵ Looking back at the passage by the ILC quoted by the ECtHR in *Cudak*, it is clear that the Commission was much more cautious than the Court suggested: not only did it refer to *emerging* rather than existing state practice, but it also merely pointed to an *increasing* (though unspecified) number of states. This is a far cry from saying that state practice had already reached the critical threshold for the existence of custom. And indeed, when the Commission actually believed a certain portion of Draft Article 11 to be reflective of existing state practice, it did so expressly: this was the case (only) with Draft Article 11(2)(b), barring jurisdiction if “the subject of the proceeding is the recruitment, renewal of employment or reinstatement of an individual”. This provision was described as “designed to confirm the existing practice of states”.⁶⁶ Moreover, even assuming that the Commission really meant to say that Draft Article 11 was a codification of custom, such an assessment may hardly be extended to Article 11 UNCSI, considering that the two provisions differ in significant respects.

4 The drawbacks of the Strasbourg Court's use of Article 11: adverse effects on the rights of employees

The previous section has argued that the ECtHR's exclusive reliance on ILC works may be considered, in the case of Article 11 UNCSI, as a flawed method of custom ascertainment. But this criticism does not con-

⁵⁸ SUCHARITKUL, S. *Fifth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 1983. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (One). Art. 13(2)(b) and (c).

⁵⁹ SUCHARITKUL, S. *Fifth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 1983. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (One). Art. 13(2)(a).

⁶⁰ SUCHARITKUL, S. *Fifth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 1983. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (One). paras. 42-54.

⁶¹ See Draft Article 11(2)(a), pursuant to which immunity applies to claims by employees “recruited to perform functions closely related to the exercise of governmental authority”.

⁶² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries*. 1991. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (Two). p. 43, para. 10.

⁶³ On the drafting of the *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2.12.2004 (New York) see HAFNER, G. Historical Background of the Convention. In: O'KEEFE, R.; TAMS, C. (ed.). *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁶⁴ Cf. Draft Article 11(2)(c) and (d) with Article 11(2)(e) *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2.12.2004 (New York).

⁶⁵ PAVONI, R. The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means? In: VAN AAKEN, A.; MOTOC, I. (ed.), *European Convention on Human Rights and General International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 277.

⁶⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries*. 1991. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (Two). p. 43, para. 10.

cern merely the method employed by the ECtHR: in fact, the Court's use of Article 11 may have negative repercussions on the scope of the employees' right of access to a court. The reason is that several provisions of Article 11 UNCSI recognise to employer states an immunity *broader* than what is arguably required by customary international law.⁶⁷ In such cases, by applying Article 11, a grant of immunity would not be treated by the Strasbourg Court as a violation of Article 6 ECHR; however, a more detailed assessment of state practice would most likely lead the Court to the conclusion that such a grant of immunity is impermissible.

The pitfalls of the ECtHR's use of Article 11 may be exemplified by analyzing the 2019 judgment in the *Ndayegamiye* case.⁶⁸ Since 1993 the applicant, a national of Burundi, had been living with her family in a French village bordering Switzerland. In 1995 she was hired by Burundi's Permanent Mission to the United Nations in Geneva. Being the only administrative employee of the Mission, she performed a variety of tasks ranging from secretarial and accounting to the issuing of passports and visas. In 2007 her contract was not renewed and she sued Burundi before the Swiss courts for unlawful dismissal. At last instance, the Federal Tribunal held that the Swiss courts did not have jurisdiction over her claims. The Tribunal's main argument was that the tasks the employee performed were closely intertwined with Burundi's exercise of its sovereign powers.⁶⁹ Following the Federal Tribunal's decision, the applicant sued Switzerland before the Strasbourg Court. The ECtHR, however, ruled that the applicant's right of access to justice had not been disproportionately limited by the decisions of the Swiss courts. The reason was that, since the applicant was a Burundian national residing in France, her claim fell squarely within the grounds of immunity set forth by Article 11(2)(e) UNCSI, where-

by immunity applies if "the employee is a national of the employer State at the time when the proceeding is instituted, unless this person has the permanent residence in the State of the forum".⁷⁰ Considering that immunity was found permissible on other grounds, the Court did not consider it necessary to rule on whether the applicant's tasks were covered by Article 11(2)(a).⁷¹

Still, it is far from certain that customary international law actually prohibits to exercise jurisdiction over employment claims brought by nationals of the employer state not residing in the state of the forum. In this respect, it is important to highlight that a claim is only barred by state immunity if the prohibition to exercise jurisdiction over said claim finds support in the vast majority of state practice and *opinio juris*. Even though it is sometimes asserted that state immunity is the default rule, so that any exception should be established as a separate rule of customary law,⁷² it is actually immunity that is an exception to the underlying territorial jurisdiction of the forum state. Because immunity is a rule barring the exercise of domestic jurisdiction, it is necessary to prove that the prohibition exists, not otherwise.⁷³ It is true that, in the works of the ILC and in the UNCSI, immunity is treated as the general rule and areas of non-immunity are laid down in an exhaustive list of exceptions;⁷⁴ however, as Special Rapporteur Sucharitkul wrote, this was merely a drafting technique which the ILC intended to be "without prejudice to the controversial question as to whether immunity is a general rule from which may be carved certain exceptions, or immunity constitutes a set of exceptional circumstances which have to be established in each case".⁷⁵

⁶⁷ KÖHLER, U. Contracts of Employment under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. *Austrian Review of International and European Law*, v. 9, 2004. p. 215; DE VITTOR, F. Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: la Convenzione di New York del 2 dicembre 2004. In: LANCIOTTI, A.; TANZI, A. (ed.), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti*. Torino: Giappichelli, 2007. p. 180. On this point see further ROSSI, P. Controversie di lavoro e immunità degli Stati esteri: tra codificazione e sviluppo del diritto consuetudinario. *Rivista di diritto internazionale*, v. 102, n. 1, 2019.

⁶⁸ ECtHR. *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12.

⁶⁹ Quoted in ECtHR. *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12, para. 20.

⁷⁰ ECtHR. *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12, paras. 62-63.

⁷¹ ECtHR. *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12, para. 65.

⁷² YANG, X. *State Immunity in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 37-38.

⁷³ In favour of territorial jurisdiction being the default rule and immunity being the exception see, among others, HIGGINS, R., Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity. *Netherlands International Law Review*, v. 29, p. 265-276, 1982. p. 271; SINCLAIR, I. The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments. *Recueil des Cours*: collected courses of The Hague Academy of International Law. Kluwer Law International, Hague, v. 176, 1980. p. 215.

⁷⁴ *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2.12.2004 (New York), Part III: "Proceedings in which State immunity cannot be invoked".

⁷⁵ SUCHARITKUL, S. Developments and Prospects of the Doctrine of State Immunity: Some Aspects of Codification and Progressive Development. *Netherlands International Law Review*, v. 29, p. 262, 1982.

Against this backdrop, and following the principles on custom ascertainment referred to in the previous Section, in order to acquire a customary status a rule barring jurisdiction in cases to which Article 11(2)(e) UNC-SI applies should find widespread adherence in national legislative and judicial practice. National courts should be expected to distinguish the treatment of citizens of the employer state according to their residency status; in cases where jurisdiction is exercised over claims by nationals of the employer state not residing in the state of the forum, one should expect the employer states to protest a breach of customary international law.

Yet, there is hardly any evidence of all this. In a significant number of countries, jurisdiction over claims by nationals of the employer state is routinely exercised without any discussion of their residency status. For instance, the Austrian Supreme Court upheld its jurisdiction over a lawsuit filed by a French national dismissed by the French consulate in Innsbruck.⁷⁶ In fact, many courts do not even mention the nationality and the residence of the employee among the relevant factors for immunity determinations and base their decisions exclusively on other criteria, e.g. the tasks performed by the employee or the subject-matter of the claim (e.g. distinguishing between claims for reinstatement and claims for compensation).⁷⁷ The Labour Court of Brussels expressly rejected any nationality-based distinction between employees of foreign states, reasoning that “[t]he nationality of the employee has no bearing on the laws applicable to contracts of employment executed in Belgium”.⁷⁸ Even in countries where the nationality and residence of the employee are considered to be relevant factors for delimiting immunity in employment claims, the outcomes reached by the courts do not necessarily mirror the content of Article 11(2)(e). For example, the UK SIA, while generally reproducing the content of Article 5 ECSI as regards the relevance of nationality and residence, lays down more favourable rules for employees of foreign states’ commercial establishments: these are only prevented from suing if they were permanent residents of the employer state when the

contract was made, regardless of nationality.⁷⁹ Against this backdrop, a reasonable argument may be made that what Article 11(2)(e) provides has not reached the status of customary international law. Had the ECtHR performed even a cursory examination of state practice in the *Ndayegamiye* case, it is highly possible that it would have ruled in favour of the applicant.

The previous discussion suggests that it would be appropriate for the ECtHR to perform some survey of state practice before applying the relevant provisions of Article 11 in future cases. Should the Court do so, it is likely that it would refrain from applying several of the Article 11’s grounds of immunity on account of their difference from customary international law. It would be of course impossible for this paper to analyze whether each provision of Article 11 finds adequate support in existing state practice. However, one may point to another example of a provision of Article 11 which is most certainly not reflective of customary international law. This is Article 11(2)(b)(iv), pursuant to which immunity applies to employment claims by “any [...] person enjoying diplomatic immunity”.

On its face, this provision seems to partially contradict Article 11(2)(a). This latter provision, as seen above, only covers claims by employees performing “particular functions” *de jure imperii*, which reasonably does not include employees performing low-level functions: think, for example, of members of the service staff of an embassy such as cleaners, janitors and the like. However, if one takes sub-paragraph (iv) literally, this provision would re-introduce immunity for labour claims by large portions of the service staff. This is because, according to the Vienna Convention on Diplomatic Relations, all members of the staff of an embassy who are not nationals or permanent residents of the receiving state enjoy – no matter how lowly their level – immunity from civil jurisdiction for acts performed in an official capacity.⁸⁰ A receiving state may also unilaterally grant privileges and immunities to any other member of the mission.⁸¹

Legal scholarship is divided over the meaning of sub-paragraph (iv). To some, the literal interpretation should be rejected because it finds no support whatsoever

⁷⁶ SUPREME COURT (Austria), *French Consular Employee Claim Case*, 14 June 1989, Case No. 9 Ob A 170/89, 86 ILR 583.

⁷⁷ YANG, X. *State Immunity in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 162, with many references to case law.

⁷⁸ LABOUR COURT OF BRUSSELS (Belgium), *Kingdom of Morocco v. DR*, 6 November 1989, 115 ILR 421. p. 422.

⁷⁹ S. 4(3) *State Immunity Act* 1978 (UK).

⁸⁰ *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 18.4.1961 (Vienna), Art. 37.

⁸¹ *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 18.4.1961 (Vienna), Art. 38(2).

ver in the *travaux*. According to this restrictive view, this provision should be construed as referring to “miscellaneous persons of diplomatic status” other than those already listed by the previous sub-paragraphs of Article 11(2)(b).⁸² Others, by contrast, have noted that the facially unambiguous text of sub-paragraph (iv) weighs in favour of a literal reading of this provision.⁸³ This issue was touched upon by the UK Supreme Court in *Benkharbouche*, which leaned towards the literal construction of sub-paragraph (iv).⁸⁴ Crucially, though, the Supreme Court also stated that sub-paragraph (iv) was irrelevant for the purpose of a *Cudak*-like proportionality assessment of grants of immunity. This is because, after a survey of state practice, the Supreme Court concluded that this provision does not reflect the content of customary international law. In the Court’s words: “if article 11(2)(b)(iv) means what it says, it is legislative rather than declaratory of existing international law. It may one day bind states qua treaty. It may come to represent customary international law if and when the Convention attracts sufficient support. But it does not do either of these things as matters presently stand”.⁸⁵

A final reason suggesting that the ECtHR should be more cautious in affirming that Article 11 corresponds to general international law in its entirety has to do with the impact of the Court’s jurisprudence over the case law of national courts. The ECtHR’s case law incentivises domestic courts to apply Article 11 UNCSI in order to assess whether they have jurisdiction over employment lawsuits involving foreign states, and this for mainly two reasons: firstly, because the Strasbourg Court’s assessment of customary international law may be seen by domestic courts as highly authoritative; and secondly, because applying Article 11 is a way for a do-

mestic court to be on the safe side and avoid future condemnations of its own state by the ECtHR. As seen in the previous Section, this has already occurred *inter alia* in Italy and France, whose Courts of Cassation have applied Article 11 qua customary law citing ECtHR case law as sole or primary authority. Crucially, though, the application of Article 11 by national courts may not necessarily be a positive development. While it would undoubtedly be so in cases where a national judiciary applies an absolute or quasi-absolute doctrine of state immunity in the context of employment disputes, not all the countries of the Council of Europe subscribe to an immunity more extensive than that envisioned by Article 11: certain national approaches may be, in some or all respects, more favourable than Article 11 to the employees’ right of access to a court. In such cases, the application of Article 11 constitutes a regressive development in these states’ domestic practice.

Italy provides an example in point. Before starting applying Article 11, the Italian courts commonly followed an approach whereby jurisdiction over labour lawsuits against foreign states would be exercised when either of these requirements was met: (i) the employee did not perform functions in the exercise of governmental authority, or (ii) the plaintiff, regardless of his/her functions, only requested monetary compensation (to the exception of lawsuits for damages for unlawful dismissal, which were mostly treated as immune).⁸⁶ Hence, the Italian courts could previously uphold their jurisdiction over pecuniary claims by foreign states’ employees exercising governmental functions, something that is now precluded under Article 11(2)(a). Furthermore, while the previous Italian case law was utterly indifferent to the nationality and residence of the plaintiff employee,⁸⁷ the application of Article 11 currently prevents nationals of the employer state who work in Italy but do not permanently reside there from bringing their claims before the Italian courts. Recent Italian case law reveals that the one positive deriving from the application of Article 11 is that the Italian courts have modified their position on claims for damages for wrongful

⁸² FOAKES, J.; O’KEEFE, R. Article 11. In: O’KEEFE, R.; TAMS, C. (ed.). *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 201.

⁸³ PAVONI, R. The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means? In: VAN AAKEN, A.; MOTOC, I. (ed.), *European Convention on Human Rights and General International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 274-276.

⁸⁴ SUPREME COURT (UK), *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janab*, 18 October 2017, [2017] UKSC 62, para. 72.

⁸⁵ SUPREME COURT (UK), *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janab*, 18 October 2017, [2017] UKSC 62, para. 72.

⁸⁶ See more extensively PAVONI, R. La jurisprudence italienne sur l’immunité des États dans les différends en matière de travail: tendances récentes à la lumière de la Convention des Nations Unies. *Annuaire français de droit international*, v. 53, 2007.

⁸⁷ PAVONI, R. La jurisprudence italienne sur l’immunité des États dans les différends en matière de travail: tendances récentes à la lumière de la Convention des Nations Unies. *Annuaire français de droit international*, v. 53, 2007. p. 219.

dismissal, which are now considered to be amenable to Italian jurisdiction.⁸⁸

5 The risk of leaving state employees without means of redress

A final problematic aspect of the ECtHR's jurisprudence is that, in cases where a grant of immunity is considered to be compatible with Article 11 UNCSI and thus with Article 6 ECHR, an employee may be left *de facto* without any effective means of redress.

Consider, once again, the Court's judgment in the *Ndayegamiye* case. One of the points raised by the applicant was that, by declaring Burundi to be immune from suit, the Swiss courts had left her without any judicial means of obtaining redress. She acknowledged that in the past she had brought a complaint relating to her employment before the Burundian authorities, but submitted, firstly, that such remedy was only administrative and not judicial in nature, and secondly, that it was not available to her anymore due to changes in Burundi's political leadership.⁸⁹ The Court disposed of this argument by noting that the employee had in fact access to the courts of her state of nationality. It was satisfied by the fact that, during the proceedings before the Swiss courts, Burundi had given "reassurances" that the Administrative Court of Bujumbura was competent to adjudicate the dispute and that the applicant's claims were not time-barred according to the law of Burundi.⁹⁰ In this respect, too, the Court followed in the footsteps of the ILC. Commenting on the antecedent of Article 11(2)(e), the Commission wrote that, for employees covered by this provision, "[r]emedies and access to courts exist in the employer state".⁹¹

In all truth, to affirm that the courts of the employer state can always hear disputes brought by sta-

te employees is an unproven assumption: it neglects to consider that, in certain countries, the government may never be sued in court either *de jure* or *de facto*,⁹² or that various procedural obstacles may prevent such a claim from being adjudicated. But even assuming that Burundi's generic reassurances sufficed to prove that a judicial remedy of some kind was actually available to the applicant, which is itself disputable, the Strasbourg Court failed to perform any inquiry into the effectiveness of such remedy. A judicial remedy may not necessarily meet basic requirements of fair trial under Article 6 ECHR. For example, courts in some countries may not be sufficiently independent from the government to rule impartially over a dispute between high-ranking employees and the state. This would be highly problematic because, according to the ECtHR's jurisprudence, independence, impartiality and establishment by law are core elements of fair trial.⁹³ Furthermore, it should be considered that bringing an employment claim before the courts of a state other than the one where the work is performed may entail a host of practical difficulties (e.g. the moving of witnesses or the recruitment of local attorneys) which may cause excessive costs. This may run counter to the principle whereby a prohibitive cost of the proceedings, in view of the individual's financial capacity, can entail a breach of the right of access to justice.⁹⁴

The likely reason why the ECtHR paid insufficient attention to these problematic aspects is that – as it expressly made clear – the Court did not consider the issue of the availability of effective alternative remedies to be decisive: the *Ndayegamiye* judgment restated the Court's official position that "la compatibilité de l'octroi de l'immunité de juridiction à un État avec l'article 6 § 1 de la Convention ne dépend pas de l'existence d'alternatives raisonnables pour la résolution du litige".⁹⁵

⁸⁸ See for example CORTE DI CASSAZIONE (Italy), *Académie de France à Rome v. Galamini di Recanati*, 17 June 2014, No. 19674, ILDC 2437 (IT 2014); CORTE DI CASSAZIONE (Italy), *Chibomba v. Embassy of the Republic of Zambia to the Italian Republic*, 6 June 2017, No. 13980, ILDC 2703 (IT 2017).

⁸⁹ ECtHR. *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12, para. 43.

⁹⁰ ECtHR. *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12, para. 64.

⁹¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries*. 1991. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (Two). para. 12.

⁹² FOAKES, J.; O'KEEFE, R. Article 11. In: O'KEEFE, R.; TAMS, C. (ed.). *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 206.

⁹³ SCHABAS, W.A. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 294-296.

⁹⁴ See, e.g., ECtHR. *Harrison McKee v. Hungary*, 3 June 2014, App. No. 22840/07, para. 25, with regard to court fees.

⁹⁵ ECtHR. *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12, para. 64. See ECtHR. *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*, 11 June 2013, App. No. 65542/12, para. 164: "It does not follow, however, that in the absence of an alternative remedy the recognition of immunity is *ipso facto* constitutive of a violation of the right of access to a court".

This approach has been the subject of criticism in legal scholarship.⁹⁶ For the purposes of the present discussion, it may be sufficient to note that it runs counter to one of the tenets of the ECtHR's jurisprudence on the relationship between immunities and access to justice, i.e. that limitations on the latter are admissible as long as they do not impair the essence of the right.⁹⁷ But regardless of whether the Court's general approach to alternative remedies in the context of state immunity is justified – a question which largely exceeds the scope of this paper – at a minimum the Court's jurisprudence creates a blatant discrimination problem. While a Burundian employee residing in Switzerland would be allowed to sue Burundi before the labour courts of Geneva, the applicant in *Ndayegamiye*, a Burundian resident of a French village bordering Switzerland, is expected to bring her case before the courts of Burundi. The two employees may work in the exact same role and be living a few kilometers apart. It is hard to make sense of such a blatant disparity of treatment. It would probably be more reasonable to treat like cases alike and to allow all employees permanently *working* – not *residing* – in the state of the forum to bring suits before such state's courts, provided the other requirements for the exercise of the local courts' jurisdiction are met.

This would appear more coherent with what the ECtHR itself stated in other cases regarding state immunity and employment. For example, in the aforementioned case of *Cudak v. Lithuania*, the respondent government argued that the applicant could have brought her claims before the courts of Poland, her employer state. The Polish courts had jurisdiction and would have applied Lithuanian law pursuant to a choice-of-law clause contained in the employment contract. The respondent state also took care to demonstrate that, by virtue of Lithuanian law, the applicant's claim was not time-barred.⁹⁸

⁹⁶ See, for example, PAPA, M.I. The *Mothers of Srebrenica* Case before the European Court of Human Rights: United Nations Immunity versus Right of Access to a Court. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 4, 2016; PAVONI, R. Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations. In: DE WET, E.; VIDMAR, J. (ed.). *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁹⁷ See ECtHR. *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12, para. 51: “[la Cour] se doit de vérifier que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même”.

⁹⁸ ECtHR, *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02, para. 34.

In respect to this argument, the Court noted that “such a remedy, even supposing that it was theoretically available, was not a particularly realistic one in the circumstances of the case. If the applicant had been required to use such a remedy she would have encountered serious practical difficulties which would have been incompatible with her right of access to a court, which, like all other rights in the Convention, must be interpreted so as to make it practical and effective, not theoretical or illusory”.⁹⁹ These remarks by the Court were realistic and on point. But it defies logic that, while Polish courts were not considered to be a reasonable alternative to the courts of Lithuania, Burundian courts were treated as a reasonable alternative to those of Switzerland.

The Court's approach to the problem of the lack of alternative remedies also stands in sharp contrast with its jurisprudence on the immunity of international organizations in employment disputes.¹⁰⁰ Starting from the landmark judgments in *Waite and Kennedy* and *Beer and Reagan*, the Court has affirmed that a “material factor” in assessing the compatibility of grants of immunity with Article 6 ECHR is “whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention”.¹⁰¹ Admittedly, also in the area of international organization immunity the Court does not consider this principle to be absolute: most notably, in the *Mothers of Srebrenica* case, the Court controversially rejected a claim that granting immunity to the United Nations in lack of alternative means of redress amounted to a breach of Article 6.¹⁰² Crucially, though, the Court has never made any exceptions to the alternative remedies test in the case of employment disputes, which suggests that it considers that international organizations' employees

⁹⁹ ECtHR. *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02, para. 36.

¹⁰⁰ See ARAÚJO, Kallás; CAETANO, F. A imunidade de jurisdição das organizações internacionais face ao direito de acesso à justiça. *Brazilian Journal of International Law*, v. 13, n. 3, 2016.

¹⁰¹ ECtHR. *Waite and Kennedy v. Germany*, 18 February 1999, App. No. 26083/94, para. 68; ECtHR. *Beer and Reagan v. Germany*, 18 February 1999, App. No. 28934/95, para. 58. See extensively SCHMITT, P. *Access to Justice and International Organizations: The Case of Individual Victims of Human Rights Violations*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017; REINISCH, A.; WEBER, U.A. In the Shadow of Waite and Kennedy – The Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement. *International Organizations Law Review*, v. 1, 2004.

¹⁰² ECtHR. *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*, 11 June 2013, App. No. 65542/12.

should always have a means of redress. Once again, this creates a blatant discrimination problem between the position of such employees and that of individuals in the employ of foreign states.

6 Conclusions

This paper analyzed the ECtHR's jurisprudence on the compatibility between the right of access to a court, protected under Article 6 ECHR, and state immunity in the context of labour claims, i.e. claims brought by individuals working for a foreign state in the territory of the state of the forum. As has been seen, the main feature of the Court's approach in this area is the use of Article 11, on contracts of employment, of the UN Convention on State Immunity as a yardstick of proportionality of such grants of immunity. A respondent state is deemed not to have violated the ECHR if it recognised to the employer state an immunity which falls within the boundaries of Article 11, while an immunity broader than required by Article 11 constitutes a violation of the applicant's right of access to justice. The Court's use of this provision is based on the assumption that it reflects the status of customary international law in its entirety. Since the UNCSI has not yet entered into force, Article 11 is not binding qua treaty law.

While acknowledging that the ECtHR's case law on this subject has in many respects contributed to providing state employees with broader access to the courts of the states where their work is performed, this paper nonetheless pointed to three serious pitfalls of the Court's approach.

Firstly, the assumption that Article 11 constitutes a verbatim codification of international custom is for the most part unpersuasive. The ILC, which was credited by the ECtHR with affirming that Article 11 was meant to reflect the existing practice of states, never actually said that, nor does the Court's assessment find confirmation in the rest of the *travaux préparatoires*. Moreover, the ECtHR has never conducted any autonomous survey of state practice with a view to verifying to what extent the various provisions of Article 11 are really reflective of general international law.

Secondly, the use of Article 11 by way of codification of customary law negatively impacts on the scope of the right of access to a court because several pro-

visions of this article lay down an immunity broader than custom requires. The paper pointed to two clauses – paragraph 2(e) and paragraph 2(b)(iv) – as examples of provisions whose support in state practice is too thin for them to be considered codificatory. The application of Article 11 in domestic judicial proceedings, under the influence of the ECtHR, may also cause adverse effects in countries whose approach to state immunity in labour claims is, at least in some respects, more restrictive than that adopted by Article 11.

Thirdly, insufficient consideration has been given by the ECtHR to the fact that, in cases where any of the Article 11's grounds of immunity applies, state employees may be left without any judicial means of obtaining redress. Although the Court argued in the *Ndayegamiye* case that, in such cases, an employee would always have access to the courts of the employer state, it has been seen how the availability and the effectiveness of such a remedy should not be taken for granted and that, in any event, the Court's approach may give rise to unreasonable discrimination between employees. To be true to its long-standing jurisprudence according to which the right of access to a court should be effective and not merely illusory, it is of great importance that the ECtHR addresses such flaws in the handling of future cases.

References

- ARAÚJO, Kallás; CAETANO, F. A imunidade de jurisdição das organizações internacionais face ao direito de acesso à justiça. *Brazilian Journal of International Law*, v. 13, n. 3, 2016.
- BONAFÈ, B.I. The ECHR and the Immunities Provided by International Law. *Italian Yearbook of International Law*, v. 20, 2010.
- CORTE DI CASSAZIONE (Italy), *Académie de France à Rome v. Galamini di Recanati*, 17 June 2014, No. 19674, ILDC 2437 (IT 2014).
- CORTE DI CASSAZIONE (Italy), *Chibomba v. Embassy of the Republic of Zambia to the Italian Republic*, 6 June 2017, No. 13980, ILDC 2703 (IT 2017).
- CORTE DI CASSAZIONE (Italy), *Embassy of Spain to the Holy See v. De la Grana Gonzales*, 11 March 2014, No. 9034, ILDC 2436 (IT 2014).

- COUR DE CASSATION (France), *B v. Republic of Ghana*, 27 November 2019, No. 18-13790, ILDC 3070 (FR 2019).
- DE VITTOR, F. Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: la Convenzione di New York del 2 dicembre 2004. In: LANCIOTTI, A.; TANZI, A. (ed.), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti*. Torino: Giappichelli, 2007.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 November 2001, (GC), App. No. 35763/97.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Beer and Reagan v. Germany*, 18 February 1999, App. No. 28934/95.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Cudak v. Lithuania*, 23 March 2010, (GC), App. No. 15869/02.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Fogarty v. United Kingdom*, 21 November 2001, (GC), App. No. 37112/97.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guadagnino v. Italy and France*, 18 January 2011, App. No. 2555/03.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Harrison McKee v. Hungary*, 3 June 2014, App. No. 22840/07.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Nait-Litman v. Switzerland*, 15 March 2018, App. No. 51357/07.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Naku v. Lithuania and Sweden*, 8 November 2016, App. No. 26126/07.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, 5 February 2019, App. No. 16874/12.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Radunović and Others v. Montenegro*, 25 October 2016, App. Nos. 45197/13, 53000/13 and 73404/13.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Sabeh El Leil v. France*, 29 June 2011, App. No. 34869/05.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*, 11 June 2013, App. No. 65542/12.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Waite and Kennedy v. Germany*, 18 February 1999, App. No. 26083/94.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Wallishauser v. Austria*, 17 July 2012, App. No. 156/04.
- FOAKES, J.; O'KEEFE, R. Article 11. In: O'KEEFE, R.; TAMS, C. (ed.). *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- FOX, H.; WEBB, P. *The Law of State Immunity*. Third edition. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- FRANCIONI, F. The Rights of Access to Justice under Customary International Law, in: FRANCIONI, F. (ed.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GARNETT, R. State and Diplomatic Immunity and Employment Rights: European Law to the Rescue? *International & Comparative Law Quarterly*, v. 64, 2015.
- HAFNER, G. Historical Background of the Convention. In: O'KEEFE, R.; TAMS, C. (ed.). *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- HIGGINS, R. Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity. *Netherlands International Law Review*, v. 29, p. 265-276, 1982.
- HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE (Romania), *SDG v. Canada and Prosecutor General (joining)*, 1 April 2003, No. 1292, ILDC 1024 (RO 2003).
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. General Comment No. 32: Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Barbani Duarte et al. v. Uruguay*, 13 October 2011, Series C No. 234.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 2005. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Judgment, 2012. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.

- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, 1986. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*. Judgment, 1969. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, 1996. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Statute of the International Court of Justice*. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Accessed on: 6 Mayo 2021.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries*. 1991. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (Two).
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*. 2018. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (Two).
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Statute of the International Law Commission*. Available at: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>. Accessed on: 6 Mayo 2021.
- IOVANE, M. Conflicts Between State-Centred and Human-Centred International Norms. In: PISILLO MAZZESCHI, R., De Sena, P. (ed.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*. Cham: Springer, 2018.
- IOVANE, M. L'influence de la multiplication des juridictions internationales sur l'application du droit international. *Recueil des Cours*: collected courses of The Hague Academy of International Law. Kluwer Law International, Hague, v. 383, 2017.
- KLOTH, M. *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Leiden – Boston: Nijhoff, 2010.
- KÖHLER, U. Contracts of Employment under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. *Austrian Review of International and European Law*, v. 9, 2004.
- LABOUR COURT OF BRUSSELS (Belgium). *Kingdom of Morocco v. DR*, 6 November 1989, 115 ILR 421.
- LUSA BORDIN, F. Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 63, 2014.
- NIGRO, R. Immunità degli Stati e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale? *Rivista di diritto internazionale*, v. 96, n. 3, 2013.
- PAPA, M.I. The *Mothers of Srebrenica* Case before the European Court of Human Rights: United Nations Immunity versus Right of Access to a Court. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 4, 2016.
- PAVONI, R. Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations. In: DE WET, E.; VIDMAR, J. (ed.). *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- PAVONI, R. La jurisprudence italienne sur l'immunité des États dans les différends en matière de travail: tendances récentes à la lumière de la Convention des Nations Unies. *Annuaire français de droit international*, v. 53, 2007.
- PAVONI, R. The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means? In: VAN AAKEN, A.; MOTOC, I. (ed.), *European Convention on Human Rights and General International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- REINISCH, A.; WEBER, U.A. In the Shadow of Waite and Kennedy – The Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement. *International Organizations Law Review*, v. 1, 2004.
- ROSSI, P. Controversie di lavoro e immunità degli Stati esteri: tra codificazione e sviluppo del diritto consuetudinario. *Rivista di diritto internazionale*, v. 102, n. 1, 2019.

- ROSSI, P. *International Law Immunities and Employment Claims: A Critical Appraisal*. Oxford: Hart Publishing, forthcoming.
- SCHABAS, W.A. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- SCHMITT, P. *Access to Justice and International Organizations: The Case of Individual Victims of Human Rights Violations*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.
- SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights Law*. 3rd edn. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- SINCLAIR, I. The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments. *Recueil des Cours*: collected courses of The Hague Academy of International Law. *Kluwer Law International*, Hague, v. 176, 1980.
- SUCHARITKUL, S. Developments and Prospects of the Doctrine of State Immunity: Some Aspects of Codification and Progressive Development. *Netherlands International Law Review*, v. 29, 1982.
- SUCHARITKUL, S. *Fifth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 1983. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II (One).
- SUPREME COURT (Austria). *French Consular Employee Claim Case*, 14 June 1989, Case No. 9 Ob A 170/89, 86 ILR 583.
- SUPREME COURT (UK). *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janab*, 18 October 2017, [2017] UKSC 62.
- WEBB, P. The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma? *European Journal of International Law*, v. 27, n. 3, 2016.
- WOOD, M. *Third Report on identification of customary international law*. UN Doc. A/CN.4/682, 27 March 2015.
- YANG, X. *State Immunity in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A human rights-based
challenge: the key to unlock the
UN's immunity problem?**

**Um desafio baseado nos
direitos humanos: a chave para
desbloquear o problema de
imunidade da ONU?**

Héloïse Guichardaz

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

A human rights-based challenge: the key to unlock the UN's immunity problem?*

Um desafio baseado nos direitos humanos: a chave para desbloquear o problema de imunidade da ONU?

Héloïse Guichardaz**

Abstract

The idea of a human rights challenge to UN immunities has made its way into the doctrine over the years, particularly as more scandals involving the UN came to light. From the lead poisoning of a UN-led camp in Kosovo to the cholera epidemic in Haiti started by infected Nepalese Peacekeepers, the discourse around the extensive immunities international organisations benefit from has led to many discussions around the possible solutions to the plight of the victims. Regarding human rights, it is the right of access to justice that has been identified as a one of the strongest concepts to rally around. Widely recognised in many international and regional texts, and – in theory – defended by human rights court, the right of access to justice has however not been able to truly materialize as a challenger to immunities. Even further analysis based on its potential status as a *jus cogens* norm has not had much success. The status is still heavily disputed, and the very strength of *jus cogens* norms in general against immunity has not found unanimity in courts. However, while an overview of the jurisprudence shows a general rejection of a human rights-based challenge of the UN's immunities, this article refuses to end on a pessimistic conclusion. From doctrinal analyses to dissenting opinions and even some court cases, the recognition of the right of access to justice – whether as a *jus cogens* norm or not – is starting to make its way in the human rights discourse around the UN's immunities. While not yet a fully-fledged trend, a pattern of resistance is forming against the majority of the jurisprudence on the issue.

Keywords: immunity; human rights; right of access to justice; *jus cogens*.

Resumo

A ideia de um desafio dos direitos humanos às imunidades da ONU fez seu caminho para a doutrina ao longo dos anos, especialmente à medida que mais escândalos envolvendo a ONU vieram à tona. Desde o envenenamento por chumbo em um campo liderado pela ONU em Kosovo até a epidemia de cólera no Haiti iniciada por soldados da paz nepaleses infectados, o discurso em torno das extensas imunidades das quais organizações internacionais se beneficiam tem levado a muitas discussões sobre as possíveis soluções para o sofrimento das vítimas. Em relação aos direitos humanos,

* Recebido em 29/09/2020
Aprovado em 21/07/2021

** Héloïse Guichardaz is a PhD student from the University of Glasgow. Her PhD topic resolves around the UN's de facto absolute immunity.
Email: heloise.guichardaz@glasgow.ac.uk

é o direito de acesso à justiça que foi identificado como um dos conceitos mais fortes a serem defendidos. Amplamente reconhecido em muitos textos internacionais e regionais, e - em teoria - defendido por tribunais de direitos humanos, o direito de acesso à justiça não tem sido capaz de se materializar verdadeiramente como um desafio às imunidades. Mesmo uma análise mais aprofundada com base em seu status potencial como norma *jus cogens* não teve muito sucesso. O status ainda é fortemente disputado, e a própria força das normas de *jus cogens* em geral contra a imunidade não encontrou unanimidade nos tribunais. No entanto, embora uma visão geral da jurisprudência mostre uma rejeição geral de um desafio baseado nos direitos humanos das imunidades da ONU, este artigo se recusa a terminar com uma conclusão pessimista. De análises doutrinárias a opiniões divergentes e até mesmo alguns processos judiciais, o reconhecimento do direito de acesso à justiça - seja como uma norma *jus cogens* ou não - está começando a fazer seu caminho no discurso dos direitos humanos em torno das imunidades da ONU. Embora ainda não seja uma tendência totalmente desenvolvida, um padrão de resistência está se formando contra a maioria da jurisprudência sobre o assunto.

Palavras-chave: imunidade - Direitos Humanos - direito de acesso à justiça - *jus cogens*

1 Introduction

One of the most obvious human rights problems that arise from broad immunity of international organizations and their officials is the denial of the fundamental right of access to a court guaranteed to all persons.¹

The right of access to justice is systematically brought up as an argument against the immunity of international organisations in the many decisions of national, regional, and international courts that have had to deal with the issue. This argument is also brought up in cases regarding State immunity, examples of which will be used illustratively and comparatively. The more recent idea of the right of access to justice as a *jus cogens* norm²

is an interesting layer of this complex issue, especially when opposed to a well-established rule of international law – immunities of international organisations, and, to a certain extent, of States – which is consistently defended and upheld in court.

A brief glance at the existing jurisprudence may make one think that this is a lost cause. As of time of writing, there is no real possibility in the courts of the right of access to justice, whether recognised as a *jus cogens* norm or not, to bypass immunities of international organisations or States. This paper will look into the contemporary doctrine on the right of access to justice and *jus cogens*, but also into recent national and regional cases – including dissenting opinions - in order to get a fuller picture of the discourse on immunities and human rights. Through these observations, one can paint a much fuller picture than what the current jurisprudence shows, from a handful of opposing decisions to judgements won by a paper-thin majority. The aim of this paper is to map out the current jurisprudence on immunity as well as the opposing viewpoints: is the idea of a human rights-based challenge truly obsolete?

The focus will be mostly on the UN, but State immunity will also be considered as a useful anchor point and a basis for comparison, as there are few decisions involving the UN directly past the ones revolving around the scandals. This paper does not intend to be a compilation and a full analysis of all of the courts' decisions on immunity³. It is instead a snapshot of the most important development regarding immunity and the right of access to justice, with the UN's scandals as a backdrop. The first part will delve into said scandals, highlighting the severity of the situation. Then, in turn, the paper will examine the discourse on the right of access to justice and *jus cogens*.

¹ WERZER, J. The UN Human Rights Obligations and Immunity: an Oxymoron Casting a Shadow on the Transitional Administrations in Kosovo and East Timor. *Nordic Journal of International Law*, v. 77, n. 105. P. 123.

² Also known as peremptory norms of international law. See Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted on 22 May 1969,

entered into force on 27 January 1980) 1155 UNTS 331 art 53.

³ For a more complete but less recent assessment of court decisions on immunities, see Di Filippo Marcello, 'Immunity from Suit in International Organizations Versus Individual Right of Access to Justice: An Overview of Recent Domestic and International Case Law'.

2 The consequences of the UN's extensive immunity: a series of scandals bringing the idea of a human rights-based challenge to the forefront

2.1 The UN's *de facto* absolute immunity

The legal basis for the UN's immunity can be found in its founding text, the Charter of the United Nations (1945), though the extent of the privileges and immunities at this point appears to be restricted by considerations of necessity. Indeed, Article 105, paragraph 1 of the UN Charter seemingly presents a functional basis for the organisation's privileges and immunities: "The Organization shall enjoy in the territory of each of its members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes"⁴. The privileges and immunities are only to be enjoyed as far as they are necessary, a position quite different from absolute immunity. And yet, they are now widely considered to be applied absolutely, despite the wording of the Charter.

How did it get to this point? Paragraph 3 of the same Article states that "The General Assembly may make recommendations with a view to determining the details of the applications of paragraph 1 and 2 of this Article or may propose conventions to the Members of the United Nations for this purpose"⁵. It did exactly that just a few months later, leading to the adoption of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (thereafter the General Convention).

The General Convention granted the UN a wider range of privileges and immunities than initially envisaged by the UN Charter. Its Section 2 states that

The United Nations, its property and assets wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity. It is, however, understood that no waiver of immunity shall extend to any measure of execution.⁶

To further consolidate this change, this *de facto* absolute immunity has also been recognised and upheld by various national and regional courts, including in proceedings related to the high-profile scandals in Haiti and Srebrenica⁷.

It is important to mention however that while Section 2 does grant absolute immunity to the UN, two caveats to this were built into the body of the General Convention. The first is the fact that the UN can waive its immunity, although notably it has not done so in any of the scandals hereinafter described. The second caveat is Section 29 of the General Convention, which states that

The United Nations shall make provisions for appropriate modes of settlement of

Disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a party

Disputes involving any official of the United Nations who by reason of his official position enjoys immunity, if immunity has not been waived by the Secretary-General⁸

But once again, this caveat has its limits. The term 'disputes of a private law character' is extremely vague and prone to change, and the decision of whether a dispute is indeed 'of a private law character' is made by the Secretary General, on the advice of the Office of Legal Affairs, with a notable lack of transparency. In other words, this caveat is a caveat only to the extent that the UN itself allows it to be.

The justification behind the UN's generous privileges and immunities is rooted in the concept of functional necessity⁹. Essentially, this is the idea that the UN needs these privileges and immunities in order to properly function, as they are the bastion against petty lawsuits by States opposing the UN's actions. Evidently, this justification does make *prima facie* sense, as the UN could not efficiently fulfil its purposes while constantly burdened by legal actions. The other side of this coin

⁴ Charter of the United Nations (signed on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945) 1 UNTS XVI (UN Charter) art 105.

⁵ Charter of the United Nations (signed on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945) 1 UNTS XVI (UN Charter) art 105.

⁶ Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (adopted on 13 February 1946, entered into force 17 September 1946) 1 UNTS 15 (General Convention) section 2.

⁷ For details see Section III.

⁸ Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (adopted on 13 February 1946, entered into force 17 September 1946) 1 UNTS 15 (General Convention) section 29.

⁹ See BOON, K. E. Immunities of the United Nations and Specialised Agencies. In: RUYS, T.; ANGELET, N.; FERRO, L. (ed.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge University Press, 2019. and BLOKKER, N. International Organisations: the Untouchables?. *International Organisations Law Review*, n. 259.

is that, if courts were to follow this reasoning – as they have consistently done so – the outcome for the victims amounts to what can be considered a denial of justice¹⁰. Such a denial of justice is apparent, and particularly jarring, in cases involving mass claims, such as the scandals of Haiti, Kosovo and Srebrenica, summaries of which are presented in the following section.

2.2 A brief summary of the recent scandals involving the UN and the right of access to justice

Over the last thirty years, scandals involving peacekeeping missions in Haiti, Kosovo and Srebrenica have brought to light the consequences of such a broad system of immunities.

2.2.1 Haiti

Following the 2010 earthquake which led to the deaths of hundreds of thousands of people, including Peacekeepers already on the territory as part of the MINUSTAH¹¹ operation following a 2004 Security Council resolution¹², the UN decided to increase the capacity of the operation to help rebuild the country. In October 2010, a contingent of approximately four hundred Nepalese Peacekeepers was dispatched to Haiti and hosted at the MINUSTAH camp of Mirabelais¹³. Soon after, cases of cholera were observed in the locality, seemingly originating from a source very close to the camp, then spread following the path of the main river of the region, the Artibonite. Cholera, a disease most commonly spread by contaminated water, can usually be treated rather quickly via antibiotics and fluids. However, most of the infrastructure of the country had been destroyed in the earthquake and had yet to be rebuilt. Without any running water available, the inhabitants had no other choice but to use and drink the water from the Artibonite. The result was predictably and devastatingly deadly.

¹⁰ BOON, K. E. Immunities of the United Nations and Specialised Agencies. In: RUYSS, T.; ANGELET, N.; FERRO, L. (ed.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge University Press, 2019. p. 213 “decisions by IOs not to grant a forum for claims, or not to abide by recommendations for internal review processes, are now being discussed as a denial of justice issue”.

¹¹ Mission des Nations Unies pour la stabilisation en Haïti (United Nations Stabilization Mission in Haiti)

¹² UNSC. *Res 1542*. 30 apr. 2004. UN Doc S/Res/1542.

¹³ UNGA. *Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights*. 26 aug. 2016. UN doc A/71/367. para 14.

As of 2020, the cholera epidemic has caused more than ten thousand deaths. The victims and their relatives attempted to claim reparations from the UN, culminating in a clear refusal in the US courts to entertain this. This was the case of *Delama Georges v. United Nations*¹⁴, subsequently referred to as *Georges*.

2.2.2 Kosovo

In a similar but smaller scale incident to the Haiti cholera outbreak, the UN also had to deal with the Kosovo lead poisoning case, where a few hundred displaced people were installed in an UN-run camp. This camp was built on contaminated soil, and the inhabitants unknowingly drank contaminated water, leading to health consequences such as high blood pressure, stillbirths, and physical and mental developmental problems in children. This case is significant as it involves a large number of victims who had no previous links with the organisation, and so was a third-party claim. However, beyond the refusal to grant reparations, there was no court case to speak of. Regardless, it would not be difficult to predict the results if there has been one based on the failure of similar claims.

2.2.3 Srebrenica

The final major scandal relevant to this issue is the massacre of Srebrenica, which caused approximately eight thousand deaths during the Bosnian War. Following the massacre, widely believed to have been at least partly the fault of the inaction of the Dutch contingent of Peacekeepers present in the region at this time, an association called the Mothers of Srebrenica was created. Consisting of the families of the people (mostly men) who died, this association attempted to sue both the Netherlands and the UN in front of various courts. Their case was repeatedly dismissed by various Dutch courts until it was eventually heard by the European Court of Human Rights (ECtHR) in 2013, in the case *Stichting Mothers and Srebrenica and Others v. Netherlands*¹⁵, subsequently referred to as *Mothers of Srebrenica*. Unfortunately, the Court's decision did not overturn those of the Dutch courts. Particularly, it rejected the argument that the UN's immunity led to a denial of the association's

¹⁴ *Delama Georges v. United Nations*. 834 F 3d 88. 2nd Cir. 2016.

¹⁵ *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v Netherlands*, 2013. 57 EHRR SE10.

right to have access to justice, which will be explored in detail in the following section.

From a disease leading to thousands of deaths, to a massacre considered to one of the deadliest of the Bosnian war, these three scandals have many notable similarities. They are all third-party claims against the UN, that is, claims by victims that do not have a previous link with the organisation. These scandals have also had a huge impact on the UN's overall reputation, particularly in Haiti where massive demonstrations took place when it was revealed that the cholera outbreak was almost certainly caused by UN Peacekeepers¹⁶. The final, and perhaps most relevant to this article, similarity is that the UN's response to each of them was identical. The UN's position was that its immunity should prevail, and it should not – and could not – be compelled to grant any reparations to the victims. This response only added to the backlash, but at the time of writing, the UN has not changed its position on any of these scandals.

The lack of accountability in court for the UN has prompted many papers pondering possible solutions to what has become quite the conundrum: how can one reconcile a rule enshrined in a convention and consistently upheld by every national and regional court with the sheer scale of human suffering and accusations of denial of justice? The idea of a human rights-based challenge to immunities, especially one based on the right of access to justice, quickly cemented itself as one of the strongest potential solutions to the problem.

3 The right of access to justice

The International Law Association describes the immunity of international organisations from domestic jurisdictions as a “decisive barrier to remedial action for non-State claimants”¹⁷. This “barrier” can even be identified as a denial of justice¹⁸. More specifically in the

context of this article, it is gradually being recognised as a potential violation of the right of access to justice, which can be defined as the “effective access to an independent dispute resolution mechanism coupled with other related issues, such as the availability of legal aid and adequate redress”¹⁹.

The right of access to justice has been recognised in many regional and international conventions, such as the American Convention on Human Rights²⁰ and the International Covenant for Civil and Political Rights²¹. It is also contained in Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR), taken in conjunction with the 1975 case of *Golder v United Kingdom*²². While Article 6 states that “everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”²³, it was not until *Golder* that the European Court of Human Rights added that “the fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceeding”²⁴. From that point on, Article 6 has been considered by the European Court of Human Rights to also encompass the access to judicial proceedings.

As seen through the scandals summarized above, there are tensions between the right of access to justice and the *de facto* absolute immunity that most international organisations, and the UN in particular, benefit from. In fact, they are polar opposites to one another; as one should guarantee that a person can have access to judicial proceedings lest there is denial of justice, while the other guarantees that the UN “shall be immune from every form of legal process”²⁵. Coupled with

¹⁶ CARROLL, R. Protesters in Haiti attack UN peacekeepers in cholera backlash. *The Guardian*, London, 16 nov. 2010. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2010/nov/16/protesters-haiti-un-peacekeepers-cholera>. Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁷ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Berlin Conference*, 2004. Accountability of International Organizations: Final Report. 2004. p. 41.

¹⁸ BOON, K. E. Immunities of the United Nations and Specialised Agencies. In: RUYSS, T.; ANGELET, N.; FERRO, L. (ed.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge University Press, 2019. P. 213. See footnote 8.

¹⁹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities*. 2011. p. 9. For the purpose of this article, the expression «right of access to justice» will be used as an all-encompassing term to include the right to a remedy and the right of access to a court. The mention «right to due process» has also been used, specifically in the Dire Tladi reports.

²⁰ AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. *Pact of San José, Costa Rica*. Adopted on 22 November 1969, entered into force on 18 July 1978. 1144 UNTS 123. art. 8.

²¹ INTERNATIONAL COVENANT FOR CIVIL AND POLITICAL RIGHTS. Adopted on 16 December 1966, entered into force on 23 March 1976. 999 UNTS 171. art. 14.

²² *Golder v United Kingdom*, 1975. 1 EHRR 524.

²³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR, as amended) art 6.

²⁴ *Golder v United Kingdom*, 1975. 1 EHRR 524. para 35.

²⁵ CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS. Adopted on 13 February

the extent of the UN's 'functional' immunity – it is essentially absolute – and the weakness of the Section 29 caveat regarding 'disputes of a private law character' in particular, the outcomes of the claims in the aforementioned scandals were sadly predictable. Claims regarding both Haiti and Srebrenica were heard by courts but did not succeed in compelling the UN to pay reparations, and their arguments regarding the right of access to a court were rejected. The Kosovo scandal, on the other hand, did not result in a claim being heard before a court, national or otherwise; however, it is very likely that the conclusion would have been the same.

The claims regarding Haiti and Srebrenica were respectively decided by the United States Court of Appeals for the Second Circuit, and by the European Court of Human Rights. Although the latter of these courts has a distinct focus on human rights, and even recognises the right of access to justice, first in Article 6 ECHR implicitly, then clearly in *Goldder*, the decision remained the same in both courts. The UN's immunity was upheld, and, as a consequence, no proper remedy could be given to the victims.

In the case of *Georges*, the court dismissed "the constitutional rights [of the parties] to access the federal courts"²⁶ by stating that this "does little more than 'question why immunities in general should exist'"²⁷, using a precedent established in a sexual harassment case also involving the UN, *Brzak*²⁸. It is a relatively straight-forward, if not frustrating explanation, and one that is, with regards to the right of access to justice, consistent with other decisions by US courts – *Brzak* of course, but also *Boimah v United Nations*²⁹ and *Mendaro v World Bank*³⁰. The reasoning itself is questionable, but the US courts were not human rights courts. While it can be expected of the courts to uphold those human rights, they do not make their decisions in a system explicitly created for the defence of human rights.

This is however not the case for *Mothers of Srebrenica*, and, to its credit, the ECtHR does give a more detailed reasoning behind its finding of no violation of the right of access to a court.

The ECtHR has had to deal with many cases regarding Article 6 in conjunction with *Goldder* in the context of the immunity of an international organisation. However, the first thing that must be mentioned here is that those cases are more often than not related to employment disputes, typically an employee or a former employee of an organisation seeking remedies after an alleged unfair dismissal. The method that the court deployed over the years is therefore based on this very specific collection of cases, which makes its use regarding third-party claims such as *Mothers of Srebrenica* (the most famous example of a third party claim regarding immunities in front of the ECtHR) rather awkward.

Regardless, the ECtHR did develop a three-part test in *Ashingdane v UK*³¹ to discern whether or not the rights of Article 6 (including the right of access to judicial proceedings, per *Goldder*) had been violated, set out as follow. The limitation must have a legitimate aim; this legitimate aim should be proportional to the means employed; and the alleged limitation to Article 6 should not "restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired"³². The very idea of 'limitations' to the right of access to justice has been criticized by those considering that Article 6 should not accept any limitations³³. However, even if one were to accept the three-part test, it is very obvious that while it is held up as a way to check for and prevent violations, evidence shows that it has been reduced to nothing but empty prose, including in the *Mothers of Srebrenica* case.

For instance, the ECtHR has struggled to reconcile the 'legitimate aim' condition with functional necessity, the very basis of international organisations' immunity. In practice, this basis for immunities alone is held to be as a legitimate aim, rendering this prong of the test moot in any such case. This is made particularly clear in both *Beer and Regan* and *Waite and Kennedy*, two of the most well-known ECtHR cases relating to immunities and the right of access to justice, where we can read that, according to the Court "the attribution of privileges and immunities to international organisations is

1946, entered into force 17 September 1946. 1 UNTS 15 (General Convention). section 2.

²⁶ *Delama Georges v. United Nations*. 834 F 3d 88. 2nd Cir. 2016. p. 21.

²⁷ *Delama Georges v. United Nations*. 834 F 3d 88. 2nd Cir. 2016. p. 21.

²⁸ *Brzak v. United Nations*. 597 F 3d 107. 2nd Cir. 2010.

²⁹ *Boimah v. United Nations*. 664 F Supp 69. E.D.N.Y. 1987.

³⁰ *Mendaro v. World Bank*. 717 F 2d 610. D.C. Cir. 1983.

³¹ *Ashingdane v United Kingdom*, 1985. 7 EHRR 528.

³² *Ashingdane v United Kingdom*, 1985. 7 EHRR 528. para 57. More recently, the three-pronged test was reiterated (and used) in *Waite and Kennedy v Germany*, 1999. 30 EHRR 261. para 59 and *Beer and Regan v Germany*, 1999. 33 EHRR 19. para 49.

³³ JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE. *Germany v. Italy: Greece intervening*. Judgement [2012] ICJ Rep 99. para 216.

an essential means of ensuring the proper functioning of such organizations free from unilateral interference by individual governments”³⁴ and that the practice of granting immunities to international organisations is “established in the interest of the good working of the good working of those organizations”³⁵. The protection of international organisations from interference via immunities is recognised by the court as enough to fulfil the legitimate aim condition, adding that the importance of this practice of immunities “is enhanced by a trend towards extending and strengthening international cooperation in all domains of modern society”³⁶. The Court’s conclusion is that a limitation on the rights of Article 6 does fit under the qualification of a ‘legitimate aim’, for the same reason those immunities are there in the first place. This justification of functional necessity being something that the Court explicitly agrees with, it is not surprising that the conclusion on legitimate aim is that there will always be one, and it leaves little wiggle room for any other conclusion on the legitimate aim condition³⁷. In a strange symmetry, questioning the legitimate aim as the Court presents would, in the words of the US court in *Georges, Brzak* and many others, do “little more than ‘question why immunities in general should exist’”³⁸.

As for the proportionality condition, it was considered fulfilled if the applicants “had available to them reasonable alternative means to protect effectively their right under the Convention”³⁹. In the cases of *Beer and Regan* and *Waite and Kennedy*, this translated into the possibility of having access to the ESA Appeals Board. In the case of *Mothers of Srebrenica*, this is a little bit more confusing. The ECtHR does refer to its previous rulings of *Beer and Regan* and *Waite and Kennedy*, but it also states that the absence of an alternative remedy (which the Court does recognise as no claims commission was ever put in place, in Srebrenica or elsewhere) is *not* “consti-

tutive of a violation of the right of access to a court”⁴⁰. The Court adds that the previous judgements of *Waite and Beer* “cannot be interpreted in such absolute terms either”⁴¹. Acknowledging the lack of alternative means of remedy set up by the United Nations, the Court simply explains that “this state of affairs is not imputable to the Netherlands”⁴², avoiding the question of the lack of alternative means altogether. This allows the court to conclude that the legitimate aim was proportional to the means employed, thus denying that the association’s Article 6 rights had been violated.

And finally, the ‘very essence of the right being impaired’ condition “is only routinely repeated in the list of conditions to be assessed, but it has never been closely scrutinized”⁴³, despite still being presented as a distinct prong of the test. Based on this analysis of all three prongs of the *Ashingdane* test, it is no wonder that the conclusion is foregone.

The apparent conclusion is that the right of access to a court, while being at least paid lip service to by the ECtHR, is not a secure guarantee against the denial of the right of access to a court for the victims of scandals such as those discussed. The right may be in the European Convention of Human Rights, but this only guarantees that the question will be examined; *not* that the violation will be recognised. Further, as seen throughout this section, the *Ashingdane* test itself has substantial flaws. The legitimate aim is simply fulfilled by the same arguments for the granting of immunities to IOs in the first place; the proportionality test was given little weight in the *Mothers of Srebrenica* case, despite the lack of alternative means; and the impairment condition is barely considered.

The ECtHR and the US courts have not been the only ones making such decisions on the relation between the right of access to justice and immunities. Other courts have consistently ruled in favour of the immunity of international organisations. One such instance is the consideration of the right of access to

³⁴ *Waite and Kennedy v Germany*, 1999. 30 EHRR 261. para 63 and *Beer and Regan v Germany*, 1999. 33 EHRR 19. para 53.

³⁵ *Waite and Kennedy v Germany*, 1999. 30 EHRR 261. para 63 and *Beer and Regan v Germany*, 1999. 33 EHRR 19. para 53.

³⁶ *Waite and Kennedy v Germany*, 1999. 30 EHRR 261. para 6 and *Beer and Regan v Germany*, 1999. 33 EHRR 19. para 5.

³⁷ This ruling was also used in the *Mothers of Srebrenica* case, in an identical manner. See *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v Netherlands*, 2013. 57 EHRR SE10. para 139(c).

³⁸ See footnote 26.

³⁹ *Waite and Kennedy v Germany*, 1999. 30 EHRR 261. para 68 and *Beer and Regan v Germany*, 1999. 33 EHRR 19. para 58.

⁴⁰ *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v Netherlands*, 2013. 57 EHRR SE10. para 164.

⁴¹ *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v Netherlands*, 2013. 57 EHRR SE10. para 164.

⁴² *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v Netherlands*, 2013. 57 EHRR SE10. para 165.

⁴³ PAPA, M. I. The Mothers of Srebrenica case before the European Court of Human Rights: United Nations Immunity versus Rights of Access to a Court. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 893. p. 899.

a court in Canada in the wrongful dismissal case of *Amaratunga v Northwest Atlantic Fisheries Organization and Canadian Civil Liberties Association*⁴⁴. In the eyes of the Canadian Supreme Court, the right of access to justice is merely procedural, and thus should be given even less weight than in the ECHR system – and as we saw earlier, even the weight of Article 6 is not enough for the ECtHR to make a decision in favour of the victims. This led the Court to reject the argument brought forward by the appellant of a violation of his right of access to justice. Indeed, in his arguments that the lack of proper forum to air his grievances constituted a violation, the appellant attempted to use the ECtHR case law on denial of justice, only for his argument to be swiftly rejected by the Court:

Furthermore, the European cases upon which the intervener relies arose in a different legal context, namely that of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [ECHR]. As for the Canadian Bill of Rights, the “right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of rights and obligations” recognised in s. 2(e) does not create a substantive right to make a claim [...] Section 2(e) is the source of a procedural right, not of a substantive right⁴⁵.

The Canadian Supreme Court, through this paragraph, gave even less consideration to the right of access to justice that the ECtHR did, rejecting the idea of a violation on the basis of this right being procedural, rather than substantive.

A seemingly sensible conclusion here would be to dismiss the very idea of the right of access to justice as a possible solution against international organisation immunities. Indeed, it was rejected as an argument in the two major scandals involving the UN in recent years that made it to a court, including in a system designed to protect and defend human rights, and more rejections occurred in other national courts that dealt with the immunities of international organisations. However, these are not the only cases to have dealt with the right of access to justice and immunity, even if it was the immunity of a State rather than that of an international organisation.

Indeed, there has been some push back against the general trend of upholding absolute immunities to the detriment of the right of access to justice. In one such instance, the Italian Constitutional Court⁴⁶ gave a controversial answer to the ICJ’s decision in favour of Germany in the Jurisdictional Immunities case⁴⁷. Following this loss, Italian legislation was enacted in an attempt to comply with the ICJ judgement, but the Italian Constitutional Court was soon faced with a request by the Tribunal of Florence to evaluate whether or not those measures were constitutionally sound⁴⁸. In particular, the Court looked at potential violations of Article 2 and 24 of the Italian Constitution, which, combined, ensure the right of access to justice by the norms adopted by the Italian legislation to comply with the ICJ judgement.

The decision was unequivocal:

the absolute sacrifice of the right of judicial protection of fundamental rights – one of the supreme principles of the Italian legal order, enshrined in the combination of Articles 2 and 24 of the republican Constitution – resulting from the immunity from Italian jurisdiction granted to the foreign State, cannot be justified and accepted insofar as immunity protects the unlawful exercise of governmental powers of the foreign State, as in the case of acts considered war crimes and crimes against humanity, in breach of inviolable human rights.⁴⁹

The overall conclusion of the case was to declare unconstitutional Article 3 of the Law No. 5 of 14 January 2013, as well as Article 1 of Law No. 848 of 17 August 1957 (Execution of the United Nations Char-

⁴⁶ Corte Cost, 22 October 2014, 238.

⁴⁷ Where the ICJ decided against Italy in the dispute relating to the immunities of Germany relating to acts committed during World War II. See JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE. *Germany v. Italy*: Greece intervening. Judgement [2012] ICJ Rep 99. The decision was criticized (See Judge Cañçado Trindade’s dissenting opinion: “In cases of international crimes, of delicta imperii, what cannot be waived, in my understanding, is the individual’s right of access to justice, encompassing the right to reparation for the grave violations of the rights inherent to him as a human being. Without that right, there is no credible legal system at all, at national or international levels.”), but no other decisions by the ICJ have refuted it.

⁴⁸ Corte Cost, 22 October 2014, 238 para 1: “The Tribunal of Florence raises the question of constitutionality... of Article 1 (recte Article 3) of Law No. 5 of 14 of January 2013... insofar as it obliges the national judge to comply with the Judgement of the ICJ, even when it established the duty of Italian courts to deny their jurisdiction in the examination of actions for damages for crimes against humanity, committed jure imperii by the Third Reich in Italian territory, in relation to Article 2 and 24 of the Constitution”.

⁴⁹ Corte Cost, 22 October 2014, 238 para 5.1.

⁴⁴ *Tissa Amaratunga v Northwest Atlantic Fisheries Organization*. [2013] 3 SCR 866.

⁴⁵ *Tissa Amaratunga v Northwest Atlantic Fisheries Organization*. [2013] 3 SCR 866. at 892.

ter) so far as it concerns the execution of Article 94, as it forces the Italian courts “to deny their jurisdiction in case of acts of a foreign State constituting war crimes and crimes against humanity, in breach of inviolable human rights”⁵⁰. In effect, this decision represents a commitment by the Italian Constitutional Court to protect the right of access to justice as it is recognised in its Constitution, even if it means positioning itself in clear disagreement with the ICJ on the matter.

The decision even contains an indirect mention of the immunities granted to the United Nations and their relation to the Italian constitution:

The ICJ was established (Article 7) as the United Nations Organization’s principal judicial organ (Article 92), whose decisions are binding on each Member State in any case to which it is a party (Article 94). This binding force produces effects in the domestic legal order through the Special Law of Adaptation (authorization to ratification and execution order). It constitutes one of the cases of limitation of sovereignty the Italian State agreed to in order to favour those international organizations, such as the UN, that aim to ensure peace and justice among the Nations (Article 11 of the Constitution), always within the limits, however, of respect for the fundamental principles and inviolable rights protected by the Constitution (Judgment No. 73/2001).⁵¹

As of the time of writing, no decision by the Italian Constitutional Court have involved a primary decision on the UN’s immunities in relation to the constitutionally recognised right of access to justice. The Court making the same decision as it did in 2014 in a case similar to the claims regarding Haiti or Srebrenica is, for now, just speculation. But as the quote above shows, it is not out of the realm of possibilities that this hypothetical decision by the Italian Constitutional Court – or, in fact, by other Italian courts – might be modelled after their original decision on Germany.

This case provoked academic opinions that it could be seen as a possible beginning of a different perspective on State immunity, particularly regarding gross violations of fundamental human rights. Natalino Ronzitti urges us to acknowledge that the decision “constitutes an attempt to curb the conservative interpretation of the ICJ and of other national courts”⁵² while Benedetto

Conforti recognises that it was a “courageous” judgment that protects “the fundamental values of the state community”⁵³.

Despite this glimmer of hope, there are a number of caveats regarding this decision by the Italian Constitutional Court. Firstly, it is a decision by a national court, rather than an international one. Hence, its influence is much smaller than a decision by the ICJ or by the ECtHR. Secondly, it concerns State immunity and war crimes, a context quite different from international organisations and scandals born mostly out of negligence. Thirdly, this decision is quite unique and, despite the doctrinal enthusiasm, remains rather isolated.

Nonetheless, it creates a precedent that other national courts may be able to rely on if they want to challenge the common understanding that the right of access to justice cannot challenge immunities. The doctrinal support is certainly there.

However, while this is a hopeful step towards a greater recognition of the strength of the right of access to justice, it remains, in its current form, entirely too weak to have an impact on a judicial decision regarding immunities. While most of the cases concern employment disputes, third-party claims have not had much success either, whether against the immunities of a State or the immunities of an international organisation. This lack of success is despite the gravity of the alleged wrongdoing, and in some cases also the lack of any other avenue for alternative remedies. All of this put together does not bode well for any future challenges of immunities based on the right of access to justice. Benjamin Brockman-Hawe sums the current position up perfectly in this passage, written before the *Mothers of Srebrenica* case was heard by, and dismissed by, the ECtHR:

The Mothers of Srebrenica litigation is a rarity, in that it involves sympathetic plaintiffs with a legitimate legal complaint against the UN who have no other forums in which their claim would otherwise be brought. If a national court is unwilling to set aside the immunity of the UN under such circumstances, it is indeed difficult to imagine a situation in which the right of access *would* be great enough to justify setting aside the grant of immunity⁵⁴.

⁵⁰ Corte Cost, 22 October 2014, 238 para 4.1.

⁵¹ Corte Cost, 22 October 2014, 238 para 4.1.

⁵² RONZITTI, N. La Cour constitutionnelle italienne et l’immunité juridique des États. *Annuaire français du droit international*, v. 60, n. 3. p. 14.

⁵³ CONFORTI, B. La Cour constitutionnelle italienne et les droits de l’homme méconnus sur le plan international. *Revue générale de droit international public*, v. 119, n. 353. p. 354.

⁵⁴ BROCKMAN-HAWE, B. E. Questioning the UN’s immunity in the Dutch Courts: Unresolved Issues in the Mothers of Srebrenica Litigation. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 10, n. 727. p 747. This particular quote, written before the Mothers of Sre-

This seemingly impossible requirement to have the ‘perfect’ victims and the ‘perfect’ case severely limits the impact that the right of access to justice can practically have in a dispute involving immunities. Even with such conditions apparently met, the Article 6 challenge in *Mothers of Srebrenica* still failed.

This section has shown that despite some encouraging decisions in domestic courts, the balancing act between the right of access to justice and immunities is still leaning towards the latter in most cases. In the case of the UN in particular, courts almost inevitably argue their way out of prioritizing the right of access to justice, even if it is specifically recognized in the instrument they were created to defend.

What, then, could create an obligation for the court to consider the right of access to justice, and not just dismiss it right away? What option is there left for the victims to enforce their right, especially as third-party claimants with no other alternatives?

The answer to these might yet be found in the use of an interesting, although controversial, concept: peremptory norms of international law, or *jus cogens*.

4 A critical analysis of the idea of the right of access to justice as a *jus cogens* norm: a possible challenger to the rule of immunities?

As previously described, the argument of the right of access to justice, while a seemingly well-protected guarantee on paper, has failed to materialize in practice. It is either considered to be a simple procedural right (and therefore has little, if any, influence in eventual decisions) or it is considered more fully only to then be rejected. However, a potential recognition of the right of access to justice as a *jus cogens* norm⁵⁵ has been brought forward as a possible solution to this issue.

brenica case even made it before the ECtHR, can now be expanded to the Haiti scandal, with the same bleak conclusion.

⁵⁵ which the Vienna Convention on the Law of Treaties defines as “a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can only be modified by a subsequent norm of general international law having the same character”. See VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES. Adopted on 22 May 1969, entered into force on 27 January 1980. 1155 UNTS 331, art 53.

The status of a norm as *jus cogens* is not simply anecdotal. The criteria are rather strict, and based firstly on the recognition of very specific organs of the UN, namely the International Law Commission and the International Court of Justice, and secondly on evidence that it is also ‘accepted and recognised by the international community of States as a whole’.⁵⁶

The possibility of the right of access to justice being recognised as a *jus cogens* norm raises two separate but related issues relevant to the potential defeat of the UN or other international organisations’ immunities. Firstly, is there sufficient evidence that this right is, or could be, recognised as a *jus cogens* norm? Secondly, would this elevation to *jus cogens* status be sufficient to overcome the rule of immunity as it stands today?

4.1 Can the right of access to justice be considered to be a *jus cogens* norm?

In 2019, a series of four reports regarding *jus cogens* norms was released by Special Rapporteur Dire Tladi, making it one of the most recent authoritative analyses of the subject. In the fourth of these reports, Special Rapporteur Tladi provided a list of norms that have been universally recognised as *jus cogens*, and a further list of other norms that do not benefit from the same support, but that have been argued to be *jus cogens* nonetheless. The result is a comprehensive list that, although it does not present itself as exhaustive, is an efficient snapshot of the opinion of the international community as a whole.

The report starts off with the more straightforward list to compile, the norms that have both been recognised as *jus cogens* by the ILC and/or the ICJ and that have garnered enough support within the international community to be decisively recognised as *jus cogens*. These include, *inter alia*, the prohibition of torture⁵⁷ and the prohibition of genocide⁵⁸.

⁵⁶ ILC. *Fourth Report on peremptory norms of general international law (jus cogens)*. By Dire Tladi, Special Rapporteur. UN Doc A/CN.4/727, para 55.

⁵⁷ QUESTIONS RELATING TO THE OBLIGATION TO PROSECUTE OR EXTRADITE. *Belgium v. Senegal*. Judgement [2012] ICJ Rep 422 para 99, para 99.

⁵⁸ RESERVATIONS TO THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE. Advisory Opinion [1951] ICJ Rep 15, p. 23 and ARMED ACTIVITIES ON THE TERRITORY OF THE CONGO. New Application: 2002. *Democratic Republic of the Congo v Rwanda*. Judge-

The right of access to ‘due process’, on the other hand, is mentioned in the category of rights “whose *jus cogens* status enjoys *some* support”⁵⁹. Special Rapporteur Tladi is understandably very careful with his words here. The support does exist, but there is enough uncertainty about its status that no solid position can be taken. In particular, Special Rapporteur Tladi indicates that there is pushback against the idea of the right to due process being recognised as a *jus cogens* norm. The courts of Switzerland, which had to deal with a series of cases regarding the freezing of assets of private individuals following Security Council sanctions, have consistently ruled against recognizing the right of access to justice as a *jus cogens* norm. In one example, three different cases were treated by the Tribunal Fédéral Suisse against the State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs⁶⁰. In all three cases, an alleged denial of the right of access to justice, specifically, the right granted by Article 6 ECHR was claimed. The claimants argued that both Article 6 ECHR and Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights were *jus cogens* norms. The Tribunal Fédéral disagreed, stating in all three cases that

Contrary to what the claimant argues, neither the fundamental procedural guarantees nor the right to an effective remedy of Article 6 and 13 of the ECHR and Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights take on the nature of peremptory norms of international law (*jus cogens*)⁶¹.

In making that decision, the Tribunal Fédéral followed its own earlier judgement in the *Nada* case⁶², also regarding Security Council sanctions.

However, there has been some progress regarding recognition of the right of access to justice as a *jus cogens* norm in one regional court. The Inter-American Court of Human Rights has so far recognised the right of ac-

cess to justice to be a peremptory norm of international law in two cases, *Goiburú*⁶³ and *La Cantuta*⁶⁴), holding that

Access to justice is a peremptory norm of international law and, as such, gives rise to obligations *erga omnes* for the States to adopt all necessary measures to ensure that such violations do not remain unpunished, either by exercising their jurisdiction to apply their domestic law and international law to prosecute and, when applicable, punish those responsible, or by collaborating with other States that do so or attempt to do so⁶⁵.

Judge Cançado Trindade, one of the three judges who heard *Goiburú*, described the right of access to justice in a later dissenting opinion in the *Jurisdictional Immunities* ICJ case as “a true *droit au Droit*, a right to legal order which effectively protects the fundamental rights of the human person”⁶⁶ which puts it, in his opinion, “in the domain of *jus cogens*”⁶⁷.

However, this clear recognition is not given much consideration by Special Rapporteur Tladi. Indeed, both of those cases were not even mentioned in support of the recognition of the right of access to justice as a *jus cogens* norm. They are present in his fourth report, but not in the context of the right of access to justice. *Goiburú*, the most mentioned, is acknowledged only as a recognition of the prohibition of enforced disappearances as a *jus cogens* norm⁶⁸. This can perhaps be explained by the presence of two main caveats. Firstly, it is generally recognised that the Inter-American Court and Commission of Human Rights “have more readily found the existence of norms of *jus cogens*”⁶⁹. One can

ment [2006] ICJ Rep 6. para 64.

⁵⁹ ILC. *Fourth Report on peremptory norms of general international law (jus cogens)*. By Dire Tladi, Special Rapporteur. UN Doc A/CN.4/727. para 134.

⁶⁰ TF 2A 783/2006, 2A 784/2006 and 2A 785/2006 du 23 Janvier 2008.

⁶¹ TF 2A 783/2006, 2A 784/2006 and 2A 785/2006 du 23 Janvier 2008 consid 8.4 : «contrairement à ce qu'affirme la recourante, ni les garanties fondamentales de procédure, ni le droit de recours effectif des articles 6 et 13 et 14 Pacte ONU II, ne revêtent pour eux-mêmes le caractère de normes impératives de droit international général (*jus cogens*)» (translation by the author).

⁶² ATF 133 II 450 consid. 7.3.

⁶³ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Goiburú et al v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Inter-American Court of Human Rights Series C No 153. 22 sep. 2006.

⁶⁴ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of La Cantuta v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Inter-American Court of Human Rights Series C No 162. 29 nov. 2006.

⁶⁵ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Goiburú et al v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Inter-American Court of Human Rights Series C No 153. 22 sep. 2006. para 131, INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of La Cantuta v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Inter-American Court of Human Rights Series C No 162. 29 nov. 2006. para 160.

⁶⁶ JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE. *Germany v. Italy*: Greece intervening. Judgement [2012] ICJ Rep 99. para 217.

⁶⁷ JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE. *Germany v. Italy*: Greece intervening. Judgement [2012] ICJ Rep 99. para 217.

⁶⁸ ILC. *Fourth Report on peremptory norms of general international law (jus cogens)*. By Dire Tladi, Special Rapporteur. UN Doc A/CN.4/727. para 126.

⁶⁹ ILC. *Fourth Report on peremptory norms of general international law (jus cogens)*. By Dire Tladi, Special Rapporteur. UN Doc A/CN.4/727. para 40.

argue that this is not exactly a solid argument – would the same criticism be levelled at the ECtHR had it made the same decision?⁷⁰ – but it does go against the idea of an internationally recognised *jus cogens* norm. Secondly, even when taking into consideration this eagerness to recognise peremptory norms of international law, those decisions have raised questions and criticisms. Prof Hélène Tigroudja has written that the recognition of the right of access to justice as *jus cogens* is “obscure” and made “without even any attempt to justify it”⁷¹.

Additionally, those decisions were made regarding claims against States, and not an international organisation. There is no indication that the same decision would be taken in a claim against, for example, the UN.

Therefore, although the decisions of the Inter-American Court of Human Rights should be taken into account, the weight of such an assertion can reasonably be doubted, as it was not enough – and neither were the national courts’ decisions mentioned in the report – to convince Special Rapporteur Tladi that the right of access to justice was globally recognised as a *jus cogens* norm.

However, this does not mean that there is no prospect of recognition as *jus cogens* in the near future. If a court were to decide that the right of access to justice is a *jus cogens* norm, it would at least have *some* support by national courts and the Inter-American Court of Human Rights. These decisions are not insignificant; and may yet be the first steps towards the right of access to justice being decisively recognised as a *jus cogens* norm in the years, or decades, to come. While these decisions are not enough to indicate a trend towards the recognition and acceptance of the right of access to justice as a *jus cogens* norm, they do form the beginning of a pattern of acceptance that could very well turn into a strong support for the recognition in the future. Moreover, the

very decision by Tladi and Tigroudja to essentially cast aside the decisions by the Inter-American Court as they are too forward and progressive is itself questionable, and may not be shared by future courts.

⁷⁰ On the – often not as reconized as it should be – influence of the Inter-American Court of Human Rights on *jus cogens*, see CARDOSO, A. F. R.; SQUEFF, T.; ALMEIDA, R. M. Jus cogens: an european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 124.

⁷¹ TIGROUDJA, H. La Cour interaméricaine des droits de l’homme au service de “l’humanisation du droit international public”. Propos autour des récents arrêts et avis. *Annuaire français de droit international*, v. 52, n. 617. p. 626-630. Original quote in French: «force est de constater que la manière dont le droit d’accès au juge a été érigé en norme impérative est obscure puisque c’est au détour d’une phrase que cette affirmation est posée, sans même tenter de la justifier comme la Cour l’avait fait dans son avis n  18 pour le principe de non-discrimination» (translation by the author).

4.2 The impact of a *jus cogens* norm on the rule of immunities

Despite the current lack of universal recognition and acceptance, it is worthy as an academic exercise to follow the *jus cogens* argument to its logical end. If the right of access to justice were to be considered a *jus cogens* norm, how would it fare as an argument against the immunity of a State or an international organisation?

While it might be tempting to entertain the idea that a *jus cogens* norm will, by its very definition, trump the rule of immunity, one should first wonder whether this is actually established practice. Since the right of access to justice is not recognised as *jus cogens*, we will have to turn our gaze towards other *jus cogens* norms – prohibitions of crimes against humanity or torture – that have been held up as arguments that might prevail against immunities. Additionally, we will have to focus exclusively on the immunities of States and heads of State. In researching this article, no cases directly involving the opposition of a universally recognised *jus cogens* norm and the immunities of an international organisations were found. This of course constitutes a built-in caveat to any conclusions reached; but if a trend emerges, we will be one decisive step closer to a human-rights based-challenge of international organisations immunities.

In the *Jurisdictional Immunities* case between Germany and Italy, Italy's second argument was centred around the alleged violation of *jus cogens* norms by Germany – in this case, war crimes and crimes against humanity⁷². The argument was summarised in the judgement as follows:

Since *jus cogens* rules always prevail over any inconsistent rule of international law, whether contained in a treaty or in customary international law, so the argument runs, and since the rule which accords one State immunity before the courts of another does not have the status of *jus cogens*, the rule of immunity must give away⁷³.

The same argument was also raised in an ECtHR case, *Al-Adsani v UK*⁷⁴, where the applicant “contend[ed] that the prohibition of torture has acquired the status of a *jus cogens* norm in international law, taking prece-

dence over treaty law and other rules of international law.”⁷⁵

However, both courts rejected the arguments brought forward on the basis of immunity. For the ICJ, the issue of State immunity is procedural in character and does not – and should not – concern itself with whether the conduct was lawful or not. The Court rejects entirely the existence of a conflict between the rules of State immunity and the rules of *jus cogens*, arguing that they “address different matters”⁷⁶. The dissenting opinions in *Jurisdictional Immunities* reach different conclusions regarding this argument⁷⁷, but the decision remains the same.

For the ECtHR, the reasoning is slightly different, although it yields the same results. The Court bases its decision on the absence, in all the documents and judgements brought forward by the applicant, of a globally accepted rule that a violation of a *jus cogens* norm trumps State immunity. The Court notes “the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture”⁷⁸ and has even recognised that prohibition of torture is a *jus cogens* norm⁷⁹. However, it “does not accordingly find established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity”⁸⁰ in cases of alleged acts of torture. In a confusing paragraph, the court argues that the cases cited by Al-Adsani refer to “the criminal liability of an individual for alleged acts of torture”⁸¹, whereas the present case is about “the immunity of a State in a civil court for damages”⁸². It is unclear if there is in

⁷⁵ *Al-Adsani v United Kingdom*, 2001. 34 EHRR 11. para 57.

⁷⁶ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (Judgement) [2012] ICJ Rep 99 para 93.

⁷⁷ JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE. *Germany v. Italy: Greece intervening*, Judgement [2012] ICJ Rep 99. para 212: “In effect, to uphold State immunity in cases of the utmost gravity amounts to a travesty or a miscarriage of justice, from the perspective not only of the victims (and their relatives), but also of the social milieu concerned as a whole. The upholding of State immunity, making abstraction of the gravity of the wrongs at issue, amounts to a denial of justice to all the victims (including their relatives as indirect — or even direct — victims). Furthermore, it unduly impedes the legal order to react in due proportion to the harm done by the atrocities perpetrated, in pursuance of State policies.”

⁷⁸ *Al-Adsani v United Kingdom*, 2001. 34 EHRR 11. para 60.

⁷⁹ *Al-Adsani v United Kingdom*, 2001. 34 EHRR 11. para 61: “While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law...”

⁸⁰ *Al-Adsani v United Kingdom*, 2001. 34 EHRR 11. para 61.

⁸¹ *Al-Adsani v United Kingdom*, 2001. 34 EHRR 11. para 61.

⁸² *Al-Adsani v United Kingdom*, 2001. 34 EHRR 11. para 61.

⁷² JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE. *Germany v. Italy: Greece intervening*, Judgement [2012] ICJ Rep 99. para 108.

⁷³ JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE. *Germany v. Italy: Greece intervening*, Judgement [2012] ICJ Rep 99. para 92.

⁷⁴ *Al-Adsani v United Kingdom*, 2001. 34 EHRR 11.

fact a difference here at all. If the immunity of a State could not be upheld, as the Court seems to tentatively hint at, in cases of alleged acts of torture, why should it suddenly be able to protect the State in civil proceedings born of those same allegations? This criticism was echoed by the dissenting opinion of some of the judges of the case. Indeed, despite the decision in *Al-Adsani* being ultimately in favour of the State of Kuwait, the matter of the violation of Article 6 was ruled on with a very slim majority – eight against nine. The aforementioned weak argument of a distinction of the effect of *jus cogens* in a criminal or in a civil proceeding was heavily criticized in the joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Cafilisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, who argued that:

“It is not the nature of the proceedings which determines the effects that a *jus cogens* rule has upon another rule of international law, but the character of the rule as a peremptory norm and its interaction with a hierarchically lower rule [...] The criminal or civil nature of the domestic proceedings is immaterial. The jurisdictional bar is lifted by the very interaction of the international rules involved, and the national judge cannot admit a plea of immunity raised by the defendant State as an element preventing him from entering into the merits of the case and from dealing with the claim of the applicant for the alleged damages inflicted upon him.”⁸³

In the judgement in *Mothers of Srebrenica* case, which chronologically came after the Jurisdictional Immunities case, the ECtHR simply relied on the ICJ's paragraphs on the matter, instead of using the *Al-Adsani* jurisprudence:

International law does not support the position that a civil claim should override immunity from suit for the sole reason that it is based on an allegation of a particularly grave violation of a norm of international law, even a norm of *jus cogens*. In respect of the sovereign immunity of foreign States this has been clearly stated by the ICJ in Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy: Greece intervening*), judgment of 3 February 2012, §§ 81-97. In the Court's opinion this also holds true as regards the immunity enjoyed by the United Nations⁸⁴.

This led to a clearer decision but, as we saw above in the Italian Constitutional Court decision, it is cer-

tainly not without valid criticism. Indeed, the argument used certainly ought to be criticized. The courts do not pretend that the rule of State immunity is a *jus cogens* norm. In order then to maintain that immunity, even faced with an actual *jus cogens* norm such as the prohibition of torture, the courts have to resort to the bizarre argument that the rules apply to different ‘matters’, that they simply *cannot* be compared. No valid explanation is given for the reasoning, but it has remained unchanged since the ICJ's 2012 decision.

This apparent refusal to entertain the idea of a *jus cogens* norm ‘defeating’ a rule of immunity extends even beyond State and international organizations immunity. Issues regarding immunities and *jus cogens* were also addressed in the high-profile Pinochet case before the UK courts. For the sake of simplicity in a rather convoluted case, we will focus here on the final judgement issued by the House of Lords in 1999, known as *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*⁸⁵. In this judgement, the Lords had to deal with the case of dictator and ex-head of State of Chile Augusto Pinochet. Specifically, the question was whether or not former heads of State could be held responsible for acts, such as torture, committed when they were still in post. In other words, could Pinochet benefit from immunity as a former head of State, despite the norms violated, widely considered to have been peremptory norms of international law?

The case was considerably more complex than presented here, where only the parts of the judgement regarding *jus cogens* will be considered. The final decision was that Pinochet should indeed be held responsible for acts of torture, but only those committed after the 8th December 1988, the date when all parties had ratified the UN Convention on Torture. While Lord Browne-Wilkinson, giving the lead opinion, did not recognise that the presence of a *jus cogens* norm alone could defeat Pinochet's immunity, Lord Millett's concurring opinion differed on precisely this point:

In my opinion, crimes prohibited by international law attract universal jurisdiction under customary international law if two criteria are satisfied. First, they must be contrary to a peremptory norm of international law so as to infringe a *jus cogens*. Secondly, they must be so serious and on such a

⁸³ *Al-Adsani v United Kingdom*, 2001. 34 EHRR 11. (Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Cafilisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić) para 4.

⁸⁴ *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v Netherlands*, 2013. 57 EHRR SE10. para 158.

⁸⁵ *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [2000] 1 AC 147 (HL).

scale that they can justly be regarded as an attack on the international legal order.⁸⁶

Lord Millett's dissent on this point shows an understanding – and a possible future usage – of *jus cogens* as a real challenger of immunities. This reasoning was praised by Prof Bianchi, who insisted that

the characterization of the prohibition of torture and other egregious violations of human rights as *jus cogens* norms should have the consequence of trumping a plea of state immunity by states and state officials in civil proceedings as well. As a matter of international law, there is no doubt that *jus cogens* norms, because of their higher status must prevail over other international rules, including jurisdictional immunities⁸⁷.

But despite this dissenting opinion and the overall weakness of the arguments in favour of immunity resisting against a norm of *jus cogens*, the current jurisprudence is still consistent, in line with the ICJ and the ECtHR. With the relative rarity of cases involving immunity and *jus cogens* norms, and the overall acceptance from States that immunity should stay – which is not a particularly surprising notion, as States have a vested interest in their own immunity as well as that of IOs they are a member of – the discourse on immunity and *jus cogens* in international law has not been allowed to evolve much further.

In the absence of similar judgements involving the UN or other international organisations, these cases are the best indicator as to how such a claim might eventually be decided. It seems difficult to draw a conclusion other than that international organisations would receive the same generous treatment in such a claim that States have.

However, this does not mean that, in a Manichean way, a *jus cogens* norm will always 'lose' against State and international organisation immunity. Through Lord Millett's assessment or through the doctrine, there is a hope that future cases might follow this reasoning and reach a different conclusion. It may yet become the prevailing opinion that if the norm violated is a peremptory norm of international law, the violator should not be able to benefit from immunity. Of course, this will only be helpful for claimants such as those in Haiti or

Srebrenica if the right to access to justice is ever recognised as a *jus cogens* norm – another battle to win.

In conclusion, the right of access to justice as a *jus cogens* norm was brought forward as a solution to the denial of justice resulting from national and international court undiscriminatingly upholding State and international organisation immunities. However, the idea of the right of access to justice as a norm of *jus cogens* itself has not yet been consistently recognised, despite some national and regional decisions in this direction. Additionally, even if the right of access to justice were to be recognised as a *jus cogens* norm, it would probably not have the desired effect of immediately trumping immunities. Regional and international judgements by both the ECtHR and the ICJ have solidified the perception that it is not yet accepted that a violation of a *jus cogens* norm should trump State immunity. The lack of relevant decisions on international organisations' immunity complicate the matter, as this article set out to question whether or not a human rights-based challenge would work against the absolute immunity given to the UN, an international organisation.

5 Conclusion

After the various scandals the UN has had to face, and after recent decisions at every level of jurisdiction involving the right of access to justice, can it really be said that there has been much of a successful 'human rights-based challenge'?

Altogether, this snapshot of the current jurisprudence on the matter does not paint a hopeful picture. The right of access to justice is examined by courts but the result is almost always the same: a finding of no violation. The status of a norm as *jus cogens*, while gaining some popularity in the doctrine and in one regional court, is not globally accepted. Finally, in any case, the strength of a *jus cogens* norm itself against immunity is unclear. While there is some progress, the decisions made by the courts are still, in their large majority, in favour of immunity. Decisions by influential courts (the ICJ, but also the ECtHR) have so far brought the discourse to a halt, cementing – for now – the lack of credible challenge against immunity.

However, the jurisprudence is not the only place to look at if one wants to get a full picture of the human

⁸⁶ R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3) [2000] 1 AC 147 (HL) at 275.

⁸⁷ BIANCHI, A. Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 237. p. 265.

rights-based challenge. Though only really present in dissent and the doctrine, alongside a few national and regional cases, a pattern of resistance – not yet a trend – is nonetheless forming against the general acceptance of international organisations and State immunity; as a consequence, the discourse on immunity is not as static and definitive as the decisions taken in all of those cases might show.

Against the backdrop of the some of the most severe scandals the UN has had to face over the last few decades, combined with the push towards greater accountability of international organisations that we have seen recently, another case might just tip the balance in favour of human rights. While the jurisprudence is so far set in its way, it is not in a vacuum. The discourse around the right of access to justice, *jus cogens*, and more generally the idea of a human rights-based challenge against immunities is anything but a dead end.

References

- Al-Adsani v United Kingdom*, 2001. 34 EHRR 11.
- AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. *Pact of San José, Costa Rica*. Adopted on 22 November 1969, entered into force on 18 July 1978. 1144 UNTS 123.
- ARMED ACTIVITIES ON THE TERRITORY OF THE CONGO. New Application: 2002. *Democratic Republic of the Congo v Rwanda*. Judgement [2006] ICJ Rep 6.
- Ashingdane v United Kingdom*, 1985. 7 EHRR 528.
- Beer and Reagan v Germany*, 1999. 33 EHRR 19.
- BIANCHI, A. Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 237.
- BLOKKER, N. International Organisations: the Untouchables?. *International Organisations Law Review*, n. 259.
- Boimah v. United Nations*. 664 F Supp 69. E.D.N.Y. 1987.
- BOON, K. E. Immunities of the United Nations and Specialised Agencies. In: RUYSS, T.; ANGELET, N.; FERRO, L. (ed.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge University Press, 2019.
- BROCKMAN-HAWE, B. E. Questioning the UN's immunity in the Dutch Courts: Unresolved Issues in the Mothers of Srebrenica Litigation. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 10, n. 727.
- Canada Tissa Amaratumga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013. 3 SCR 866.
- CARDOSO, A. F. R.; SQUEFF, T.; ALMEIDA, R. M. Jus cogens: an european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 124.
- CARROLL, R. Protesters in Haiti attack UN peacekeepers in cholera backlash. *The Guardian*, London, 16 nov. 2010. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2010/nov/16/protestors-haiti-un-peacekeepers-cholera>. Acesso em: 28 set. 2020.
- CHARTER OF THE UNITED NATIONS. Signed on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945. 1 UNTS XVI (UN Charter).
- CONFORTI, B. La Cour constitutionnelle italienne et les droits de l'homme méconnus sur le plan international. *Revue générale de droit international public*, v. 119, n. 353.
- CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS. (ECHR, as amended).
- CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS. Adopted on 13 February 1946, entered into force 17 September 1946. 1 UNTS 15 (General Convention).
- Delama Georges v. United Nations*. 834 F 3d 88. 2nd Cir. 2016.
- Golder v United Kingdom*, 1975. 1 EHRR 524.
- ILC. *Fourth Report on peremptory norms of general international law (jus cogens)*. By Dire Tladi, Special Rapporteur. UN Doc A/CN.4/727.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Goiburú et al v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Inter-American Court of Human Rights Series C No 153. 22 sep. 2006.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of La Cantuta v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Inter-American Court of Human Rights Series C No 162. 29 nov. 2006.
- INTERNATIONAL COVENANT FOR CIVIL AND POLITICAL RIGHTS. Adopted on 16 December

- 1966, entered into force on 23 March 1976. 999 UNTS 171.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Berlin Conference*, 2004. Accountability of International Organizations: Final Report. 2004.
- Italy Corte Cost*, 22 oct. 2014, 238.
- JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE. *Germany v. Italy*: Greece intervening. Judgement [2012] ICJ Rep 99.
- Mendaro v. World Bank*. 717 F 2d 610. D.C. Cir. 1983.
- PAPA, M. I. The Mothers of Srebrenica case before the European Court of Human Rights: United Nations Immunity versus Rights of Access to a Court. *Journal of International Criminal Justice*, v. 14, n. 893.
- QUESTIONS RELATING TO THE OBLIGATION TO PROSECUTE OR EXTRADITE. *Belgium v. Senegal*. Judgement [2012] ICJ Rep 422 para 99.
- RESERVATIONS TO THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE. Advisory Opinion [1951] ICJ Rep 15.
- RIGHTS, E. U. A. F. *Access to justice in Europe*: an overview of challenges and opportunities. 2011.
- RONZITTI, N. La Cour constitutionnelle italienne et l'immunité juridique des États. *Annuaire français du droit international*, v. 60, n. 3.
- Stichting Mothers of Srebrenica and Others v Netherlands*, 2013. 57 EHRR SE10.
- SWITZERLAND. *ATF 133 II 450*.
- SWITZERLAND. *TF 2A 783/2006* du 23 Janvier 2008.
- SWITZERLAND. *TF 2A 784/2006* du 23 Janvier 2008.
- SWITZERLAND. *TF 2A 785/2006* du 23 Janvier 2008.
- TIGROUDJA, H. La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis. *Annuaire français de droit international*, v. 52, n. 617.
- UNGA. *Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights*. 26 aug. 2016. UN doc A/71/367.
- United Kingdom R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others*. Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3) [2000] 1 AC 147 (HL).
- United States of America Brzak v. United Nations*. 597 F 3d 107. 2nd Cir. 2010.
- UNSC. *Res 1542*. 30 apr. 2004. UN Doc S/Res/1542.
- VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES. Adopted on 22 May 1969, entered into force on 27 January 1980. 1155 UNTS 331.
- Waite and Kennedy v Germany*, 1999. 30 EHRR 261.
- WERZER, J. The UN Human Rights Obligations and Immunity: an Oxymoron Casting a Shadow on the Transitional Administrations in Kosovo and East Timor. *Nordic Journal of International Law*, v. 77, n. 105.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Immunities of state officials and the “fundamentally different nature” of international courts: the appeals chamber decision in the Jordan referral re Al Bashir

Imunidades de altos funcionário e a “natureza fundamentalmente diferente” dos tribunais internacionais: a decisão do juízo de recursos relativa ao incumprimento da Jordânia no processo contra Al Bashir

Rita Guerreiro Teixeira
Hannes Verheyden

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES

Immunities of state officials and the “fundamentally different nature” of international courts: the appeals chamber decision in the Jordan referral re Al Bashir*

Imunidades de altos funcionário e a “natureza fundamentalmente diferente” dos tribunais internacionais: a decisão do juízo de recursos relativa ao incumprimento da Jordânia no processo contra Al Bashir

Rita Guerreiro Teixeira**

Hannes Verheyden***

Abstract

On 6 May 2019, the Appeals Chamber of the ICC found that Al Bashir, then president of Sudan, could not benefit from head of State immunity because such rule had never emerged in customary law in relation to international courts, which are of a “fundamentally different nature” as opposed to domestic courts. This article investigates the merits of this argument of non-transferability of the rule of immunity before foreign criminal jurisdictions to the international plan, contrasting it with the more classical discussion on the existence of a customary exception before these fora. To this end, it analyzes the precedents of the international criminal tribunals, the *Arrest Warrant* case, and the rationale behind immunities of State officials and inquires: first, whether there is enough evidence for the recognition of an exception to immunity and, second, whether there is support for the claim that international courts have a *fundamentally different nature*. It argues that a distinction must be made between those international courts that exercise jurisdiction on behalf of the international community and those that merely constitute a pooling of national jurisdictions, and that only in relation to the former immunities are not applicable. The article concludes by discussing where the ICC falls in this distinction and the implications for the immunity rule before this court.

Keywords: Immunity of state officials; International Criminal Court; International crimes; International criminal tribunals; UN Security Council; Customary international law.

* Recebido em 20/10/2020
Aprovado em 13/07/2021

** PhD Researcher at KU Leuven (Belgium) and a Junior Member of the Leuven Centre for Global Governance Studies. Her research focuses on the role of international organizations in international law-making. She is a guest researcher at CEDIS, the Research Centre on Law and Society of NOVA Law School (Lisbon, Portugal), integrating a research group on new developments in international economic law. She has been an assistant to Prof. Galvão Teles in the 2018, 2019 and 2020 sessions of the International Law Commission. Rita holds a LL.M in Public International Law (cum laude) from Leiden University (the Netherlands) and a Bachelor's degree in Law from NOVA University.
Email: rita.teixeira@kuleuven.be

*** Trainee lawyer at the Leuven bar (Belgium). He works as a junior associate at a law firm where he practices corporate and economical law. He holds a Master's degree (cum laude) in Law from KU Leuven, with a major in economical law and a minor in international law, as well as a Bachelor's degree in Economics, Law and Business from KU Leuven.
Email: hannes.verheyden@gmail.com

Resumo

A 6 de maio de 2019, o Juízo de Recursos do TPI determinou que Al Bashir, à data presidente do Sudão, não podia beneficiar da imunidade conferida a Chefes de Estado uma vez que uma regra costumeira de imunidade aplicável perante tribunais internacionais nunca se havia formado, tendo aqueles tribunais uma “natureza fundamentalmente diferente” dos tribunais nacionais. O presente artigo investiga o mérito deste argumento de não transferibilidade das regras de imunidade aplicáveis perante jurisdições penais estrangeiras para o plano internacional, contrastando-o com a discussão mais clássica sobre a existência de uma exceção costumeira aplicável perante estes fóruns. Neste sentido, o artigo analisa os precedentes dos tribunais penais internacionais, o caso sobre o Mandato de Prisão do TIJ e a ratio subjacente às imunidades de altos funcionários, questionando, numa primeira parte, se existem elementos suficientes para demonstrar a existência de uma exceção à imunidade e, numa segunda parte, se existe fundamento para o argumento de que os tribunais internacionais têm uma natureza fundamentalmente diferente. Argumenta-se, em seguida, que é necessário distinguir entre aqueles tribunais internacionais que exercem a sua jurisdição em representação da comunidade internacional e aqueles que constituem um mero agrupamento de jurisdições nacionais. O artigo termina com a análise da posição do TPI na distinção acima delineada e as respetivas implicações para o regime de imunidades aplicável perante este tribunal.

Palavras-chave: Imunidade de altos funcionários; Tribunal Penal Internacional; Crimes internacionais; Tribunais penais internacionais; Conselho de Segurança da ONU; Costume internacional.

1 Introduction

International law has long included a customary international law rule according to which certain State officials cannot, as a result of the office they hold, be subject to the criminal jurisdiction of foreign States.¹ In

¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of April 11, 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium)*. 2002. Available in: <https://www.icj-cij.org/en/case/121> Access in: 11 Oct. 2020; ICJ Reports 2002 p. 3 (Arrest Warrant case), para. 58; UBÉDA-SAILLARD, Muriel. Foreign officials entitled to (absolute)

particular, personal immunity attaches to the holders of the highest-ranking offices in a State – the troika head of State, head of government and minister for foreign affairs – and covers all their public and private acts, for as long as they hold office.² Since the judgment delivered by the ICJ in the *Arrest Warrant* case, it is widely accepted that no exception is admitted to this immunity, even in cases of international crimes.³

However, the status of a customary international law exception to immunities of State officials before international criminal courts and tribunals – and, in particular, before the International Criminal Court (ICC) – is more controversial.

In the context of the proceedings against several State parties for their failure to comply with the Rome Statute of the ICC (Rome Statute) by not arresting Al Bashir, serving president of Sudan at the time, the Trial Chambers of the ICC had to make a pronouncement on the rule of immunity applicable to officials of non-party States. Since Sudan is not a party to the Rome Statute and, as such, has not consented to the rule in article 27(1) excluding immunity of State officials, the status of customary international law on immunities became relevant. While all proceedings ended with a decision of non-compliance, Pre-Trial Chambers I and II used a different reasoning to determine that Al Bashir did not enjoy immunity before the ICC: while the former relied on the finding that customary international law now includes an exception to immunity of heads of State when they face prosecution for international

personal immunity during their time in office. In: RUYTS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 481–495. p. 484; FRANEY, Elizabeth Helen. Immunity from the Criminal Jurisdiction of National Courts. In: ORAKHELASHVILI, Alexander (ed.). *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 205. AKANDE, Dapo; SHAH, Sangeeta. Immunities of state officials, international crimes, and foreign domestic courts. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 815–852, 2010. p. 818.

² Arrest Warrant case, para. 53. See also, INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Second Report on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2013. UN Doc. A/CN.4/661. p. 59–60; UBÉDA-SAILLARD, Muriel. Foreign officials entitled to (absolute) personal immunity during their time in office. In: RUYTS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 481–495. p. 484–485.

³ Arrest Warrant case, para. 58. See also, INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fifth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2016. UN Doc. A/CN.4/701. p. 237–240.

crimes before international courts,⁴ the latter focused on the binding effects of the UN Security Council resolution that referred the situation to the ICC for investigation.⁵

Finally, the question was brought before the Appeals Chamber which, in its judgment of 6 May 2019 in the *Jordan Appeal*, found that:

given the *fundamentally different nature* of an international court as opposed to a domestic court exercising jurisdiction over a Head of State, it would be wrong to assume that an exception to the customary international law rule on Head of State immunity applicable in the relationship between States has to be established; rather, the onus is on those who claim that there is such immunity in relation to international courts to establish sufficient State practice and *opinio juris*. [...] [T]here is no such practice or *opinio juris*.⁶

By establishing that international courts have a *fundamentally different nature* as opposed to domestic ones – and that, consequently, a rule of immunity applicable before the former had never emerged in customary international law – the Appeals Chamber introduced a

new argument in the debate, departing from previous reasonings in the decisions of the Pre-Trial Chambers. Regrettably, it offered thin argumentation in support of this claim, immediately polarizing commentators as to its merits.⁷

This article explores the novel reasoning on the inapplicability of immunity of State officials before international criminal courts put forward by the Appeals Chamber of the ICC, contrasting it with the more classical discussion on the existence of a customary international law exception before these fora. Our aim is to determine whether this new approach can shed some light on the status of the customary international law on personal immunities before international criminal courts – a point which has remained the subject of discussion to date. To this end, we will analyze (i) the rationale behind the customary international law regime of immunities of State officials and (ii) the practice of international criminal courts and tribunals, inquiring whether support can be found for either of the approaches mentioned above. Finally, we focus on the concept of the *fundamentally different nature* of international courts to inquire what is its content and whether it applies to all international criminal courts.

Two delimitations apply to the scope of this article. First, our focus is on determining the status of customary international law in relation to the enjoyment of personal immunities and, as such, the status of the rules on functional immunities will only be marginally referred to.⁸ Second, while the decision on the *Jordan Appeal* also dealt with the effect of immunities in the

⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 13 December 2011. Pre-Trial Chamber I ICC-02/05-01/09-140. p. 13. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 13 December 2011. Pre-Trial Chamber I. ICC-02/05-01/09-139-Corr. p. 42.

⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 6 July 2017. Pre-Trial Chamber II. ICC-02/05-01/09-302. p. 91, 107; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*. 11 December 2017. Pre-Trial Chamber II. ICC-02/05-01/09. p. 40, 44; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*. 9 April 2014. Pre-Trial Chamber II. ICC-02/05-01/09-195. p. 11; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 11 July 2016. Pre-Trial Chamber II. ICC-02/05-01/09-266. p. 11.

⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal of 6 May 2019 (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 2019. Appeals Chamber. ICC-02/05-01/09 OA2.

⁷ SADAT, Leila. *Why the ICC's Judgment in the Al-Bashir Case Wasn't So Surprising*. 2019. Available in: <https://www.justsecurity.org/64896/why-the-iccs-judgment-in-the-al-bashir-case-wasnt-so-surprising/> Access in: 11 Oct. 2020; BATROS, Ben. *A confusing ICC appeals judgment on head of state immunity*. 2019. Available in: <https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/> Access in: 11 Oct. 2020; AKANDE, Dapo. *ICC Appeals Chamber Holds that heads of state have no immunity under customary international law before international tribunals*. 2019. Available in: <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/> Access in: 11 Oct. 2020; JACOBS, Dov. *You have just entered Narnia: ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case*. 2019. Available in: <https://dovjacobs.com/2019/05/06/you-have-just-entered-narnia-icc-appeals-chamber-adopts-the-worst-possible-solution-on-immunities-in-the-bashir-case/> Access in: 11 Oct. 2020.

⁸ Exceptions to this immunity are also generally less controversial – see INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fifth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2016. UN Doc. A/CN.4/701. p. 240.

horizontal relation between State parties to the ICC and non-parties, that question falls outside the scope of the present analysis.

With these objectives in mind, section 1 of this article briefly discusses the customary regime of immunities of high-ranking State officials and its rationale and analyzes whether the precedents of the international criminal courts established since the post-World War II and the ICJ decision in the *Arrest Warrant* case support the recognition of an exception when State officials face prosecution before these courts. It concludes that, while a norm explicitly or implicitly excluding immunity of State officials was included in the statutes of most international tribunals established to date, there have been few instances of practice in which serving heads of State were effectively prosecuted, making the argument difficult to sustain. Section 2 deals with the crux of the discussion, namely whether there is support in international practice for the claim that international criminal courts have a different nature from national courts and whether that excludes the application of immunities. We argue that a distinction must be made between those international courts that exercise jurisdiction on behalf of the international community and those that constitute a mere pooling of national jurisdictions, and that only in relation to the former the immunity enjoyed before domestic jurisdictions is not transferable. Finally, we note that the status of the ICC as an international court of a fundamentally different nature is currently not well defined and that the Appeals Chamber missed an opportunity to address this question.

2 Precedents on immunity of State officials before international criminal courts

The main rationale underlying the customary international law regime of immunities of State officials is the safeguard of the principle of sovereign equality, which requires that States not be subject to other States' jurisdiction nor interfere with each other's agents and their actions when they represent the State abroad.⁹ Im-

munities are instrumental in enabling officials to carry out their functions and they play an important role in ensuring a smooth conduct of international relations.¹⁰

In relation to criminal proceedings before foreign domestic courts, there is widespread agreement that no exceptions are admitted to personal immunity, including in cases of international crimes.¹¹ Notably, this immunity has been successfully invoked in several cases during the last decades.¹² Furthermore, the International Law Commission (ILC) has confirmed this understanding in its ongoing work on the immunity of States officials, where it only considered possible exceptions to functional immunity.¹³

However, the issue of whether the absolute rule of personal immunity of high-ranking State officials continues to apply before international criminal tribunals has been the subject of a lengthy debate. Commentators have dueled over whether it can be said that sufficient practice and *opinio iuris* has emerged since the creation of the first international tribunals to sustain the recognition of an exception when the State official faces prosecution before an international court or tribunal.¹⁴ This

Hofmanski, and Bossa (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir). 6 May 2019. Appeals Chamber. ICC-02/05-01/09-397-Anx1. p. 23–24.

¹⁰ AKANDE, Dapo; SHAH, Sangeeta. Immunities of state officials, international crimes, and foreign domestic courts. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 815–852, 2010. p. 818; GAETA, Paola. Official capacity and immunities. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 975–1002. p. 986; INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Memorandum by the Secretariat*. UN Doc. A/CN.4/596. p. 148.

¹¹ See supra note 3.

¹² SPAIN. *Castro case, Order of 4 March 1999*. 1999. Audiencia Nacional. No. 1999/2723; FRANCE. *Gaddafi case, Arrêt du 13 mars 2001*. 2001. Cour de Cassation Crim. No. 1414. 125 ILR 490; BELGIUM. *HSA et al v SA*. 2003. Cour de Cassation 2e civile. P02.1139.F. 42 ILR 596. Akande notes that “no case can be found in which it was held that a State official possessing immunity *ratione personae* is subject to the criminal jurisdiction of a foreign State when it is alleged that he or she has committed an international crime”. AKANDE, Dapo. International law immunities and the international criminal court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407–433, 2004. p. 663.

¹³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the International Law Commission, Sixty-ninth Session (1 May–2 June and 3 July–4 August 2017)*. UN Doc. A/72/10. p. 141.

¹⁴ Advocating in favor of the inapplicability of immunities before international criminal courts, see generally SADAT, Leila. Heads of state and other government officials before the international criminal court: the uneasy revolution continues. *Washington Univer-*

⁹ AKANDE, Dapo. International law immunities and the international criminal court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407–433, 2004. p. 407; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Joint Concurring Opinion issued by Judges Eboe-Osuiji, Morrison,*

section considers those precedents and discusses the arguments in the exception debate.

2.1 The Nuremberg and Tokyo Tribunals in the post-World War II

The proposition that the official status of perpetrators of serious crimes should not prevent their prosecution was already discussed in the aftermath of World War I. The Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, established at the Versailles Peace Conference, noted in its report that the rank should not “protect the holder of it from responsibility,” including in the case of heads of State.¹⁵ However, the preconized tribunal where criminal responsibility for crimes committed during the First World War would be assessed was never constituted.

In 1945, the signature of the London Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, containing the Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg Charter) marked the establishment of the first ever international criminal tribunal for the prosecution of grave violations of international law. Article 7 of the Nuremberg Charter established that “[t]he official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment”.¹⁶ The Charter of the International Milita-

ry Tribunal for the Far East, signed in 1948, contained a similar provision, establishing that “the official position, at any time, of an accused, [...] shall [not], of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged [...]”¹⁷

It has been argued that these provisions primarily concern criminal responsibility and would, therefore, be irrelevant for the analysis of the rule of immunity applicable.¹⁸ While we do not claim that the distinction between substantive criminal responsibility and procedural rules of immunity is without relevance, it would be highly artificial to force this distinction into the text of the charters of the military tribunals. There is no indication in the charters that the negotiating States intended to reserve the immunity of any officials when providing for their individual criminal responsibility. The text of the first “Draft of Proposed Agreement” presented by the Government of the United States at the outset of negotiations for the Nuremberg Charter supports this interpretation, by deeming that “any defense based upon the fact that the accused is or was the head or purported head or other principal official of a State” is legally inadmissible.¹⁹ Furthermore, an interpretation according to which immunities of State officials would remain applicable would deprive articles 7 and 6 of any *effet utile*. According to this argument, the charters would establish the principle that the defendants could not shield themselves from criminal responsibility behind the high-ranking offices that they occupied, while simultaneously not offering the possibility to prosecute them before the newly created tribunals – at least to the extent that they could claim that the acts they stood accused for were official acts of the State.²⁰ That is har-

doc/64ffdd/pdf/ Access in: 11 Oct. 2020.

¹⁷ UNITED NATIONS. *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*. 1948. Available in: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf Access in: 11 Oct. 2020. Notably, no direct reference was made to heads of State in this provision.

¹⁸ JACOBS, Dov. The frog that wanted to be an ox: the ICC’s approach to immunities and cooperation. In: STAHN, Carsten (ed.). *The law and practice of the international criminal court*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 281-302. p. 286–287. See also, establishing the difference between the two concepts, Arrest Warrant case, para. 60.

¹⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Formulation of Nürnberg Principles*. 1950. Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, p. 181. UN Doc. A/CN.4/22. p. 3 (emphasis added).

²⁰ At the time of the Nuremberg and Tokyo trials, the defendants had lost the official positions held in their respective States during the war. However, were it to be considered that their immunity was

ity in St. Louis Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 19-01-12, 2019. Available in: <https://ssrn.com/abstract=3321998>. Access in: 11 Oct. 2020; METTRAUX, Guénaël; DUGARD, John; PLESSIS, Max du. Heads of state immunities, international crimes and president Bashir’s visit to South Africa. *International Criminal Law Review*, v. 18, n. 4, p. 577–622, 2018. p. 620; GAETA, Paola. Official capacity and immunities. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 975–1002. p. 991. Arguing that personal immunities continue to apply in those fora, see generally KIYANI, A. G. Al-Bashir & the ICC: the problem of head of state immunity. *Chinese Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 467–508, 2013. p. 500–501; AKANDE, Dapo. International law immunities and the international criminal court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407–433, 2004. p. 421.

¹⁵ COMMISSION on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties, report presented to the preliminary peace conference. *American Journal of International Law*, v. 14, n. 1/2, p. 95-54, jan. 1920. p. 116. The States represented at the Commission were Belgium, France, Greece, Italy, Japan, Poland, Romania, Serbia, the United Kingdom and the United States.

¹⁶ UNITED NATIONS. *Charter of the International Military Tribunal*. 1945. p. 279. Available in: <https://www.legal-tools.org/>

dly a reasonable interpretation of the intention of the contracting parties.

A more relevant distinction in the interpretation of these provisions is the distinction between personal and functional immunity. In what concerns functional immunity, its unavailability before these tribunals results from the fact that, by establishing that individuals are responsible for their criminal conduct even when they are high-ranking State officials, the Nuremberg Charter and the Charter for the Far East Tribunal removed these conducts from the scope of acts of State, eliminating the very rationality for immunity.²¹

Accordingly, the Nuremberg Tribunal, when faced with the question of immunities, stated that:

The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a State, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. [...] He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorizing action moves outside its competence under international law.²²

The interpretation of article 7 of the Nuremberg Charter according to which it excludes the procedural defenses of immunity was confirmed by the ILC in the commentary to Principle III of the Nuremberg Principles.²³

Personal immunity, in turn, was not at issue in Nuremberg given that all defendants had lost their official positions at the time of the trial. However, the emphasis placed on the position of the official in article 7 of

the Nuremberg Charter, rather than on the nature of the acts,²⁴ the express reference to the head of State,²⁵ and the broad interpretation given to the article by the Nuremberg Tribunal leave room to argue that this provision also excluded personal immunity.

Moreover, the ILC has noted a close interconnection between the provisions concerning individual criminal responsibility and the exclusion of all immunities in the commentary to the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind:

The absence of any procedural immunity with respect to prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defense. It would be paradoxical to prevent an individual from invoking his official position to avoid responsibility for a crime only to permit him to invoke this same consideration to avoid the consequences of this responsibility.²⁶

Similar provisions on individual criminal responsibility and irrelevance of the official position of the accused were included in the statutes of international tribunals created afterwards, providing opportunities for further clarification of the relationship between this rule and immunity of high-ranking State officials.

2.2 The ad hoc tribunals of the 1990's

In 1993, when the Security Council adopted resolution 827 (1993) on the establishment of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), the report prepared by the UN Secretary-General noted that “[v]irtually all the written comments received” from States had suggested that the statute of the new tribunal contained provisions regarding individual criminal responsibility of State officials and

not removed by the charters, they could still have claimed functional immunity for their acts performed in an official capacity.

²¹ GAETA, Paola. Official capacity and immunities. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 975–1002. p. 981; Akande develops this argument in some length in relation to article 27(1) of the Statute of the ICC, which has a very similar wording. AKANDE, Dapo. International law immunities and the international criminal court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407–433, 2004. p. 419–420.

²² TRIAL of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, 1947. p. 223. Available in: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html Access in: 11 Oct. 2020.

²³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Text of the Nürnberg Principles Adopted by the International Law Commission*. 1950. Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, pp. 374. UN Doc. A/CN.4/L.2. p. 103. Principle III reads: “The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve Mm from responsibility under international law.”

²⁴ Akande makes a similar argument in relation to Art. 27(1) of the Statute of the ICC. AKANDE, Dapo. International law immunities and the international criminal court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407–433, 2004. p. 420.

²⁵ A reference to the head of State was absent in the Charter of the Far East Tribunal, most likely because of the political decision not to prosecute the Japanese Emperor Hirohito. GAETA, Paola. Official capacity and immunities. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 975–1002.

²⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*. 1996. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session (6 May - 26 July 1996), p. 7, UN Doc. A/51/10. p. 26-27.

persons acting in an official capacity. Accordingly, he suggested that the statute should contain a provision specifying that “a plea of head of State immunity or that an act was committed in the official capacity of the accused will not constitute a defense”²⁷ - *i.e.*, that personal and functional immunities would not be applicable before the tribunal. His proposal was adopted as Article 7(2) of the Statute of the ICTY, which states that

“The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.”²⁸

A similar Article 6(2) was included in the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), adopted on 8 November 1994 by Security Resolution 955 (1994).²⁹ The Commission of Experts constituted by the Security Council to examine violations of international humanitarian law in Rwanda noted, in its final report, that the Nuremberg trials had established “the principle that any individual, regardless of office or rank, shall be held responsible in international law for war crimes, crimes against peace or crimes against humanity.”³⁰

The ICTY provided the first relevant practice of prosecution of an incumbent head of State. On 22 May 1999, the indictment against Slobodan Milošević, incumbent president of Yugoslavia, was unsealed.³¹ While he only faced trial after his term of office, which made

it possible to arrest and transfer him to the custody of the ICTY, there is no doubt that the indictment would, in itself, have violated his personal immunity, had it remained applicable.³² The Trial Chamber addressed this issue in the decision on preliminary motions of 8 November 2002, finding that article 7(2) of the Statute of the ICTY reflected a rule of customary international law that could be traced back to the development of the doctrine of individual criminal responsibility after the Second World War and that had later been incorporated in several instruments, including the recent Rome Statute.³³ On the date of this decision, however, Milošević was no longer president of Yugoslavia.

2.3 Developments in the new millennium

In February 2002, the ICJ issued a landmark decision on personal immunities in the *Arrest Warrant* case, where it was asked to make a pronouncement on the enjoyment of immunity by a minister for foreign affairs before foreign criminal courts in case of prosecution for war crimes and crimes against humanity. The Court, after it had “carefully examined State practice”, found that it was not possible to deduce that there existed, under customary international law, any form of exception to the rule according personal immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent ministers for foreign affairs where they were suspected of having committed those crimes.³⁴ In an often-cited *obiter dictum*, the Court added that an incumbent minister for foreign affairs “may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction.”³⁵ Examples of such courts included the ICTY, the ICTR and the ICC.³⁶

The Rome Statute of the ICC was adopted in 1998 and entered into force on 1 July 2002. For the first time, it included an express mention to the inapplicability of

²⁷ UNITED NATIONS. *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*. 1993. UN Doc. S/25704. p. 55.

²⁸ UNITED NATIONS. *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. 1993. UN Doc. S/25704, Annex.

²⁹ UNITED NATIONS. *Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994*. 1994. UN Doc S/RES/955 (adoption); UN Doc. S/RES/1717 (last amendment).

³⁰ UNITED NATIONS. *Final Report of the Independent Commission of Experts Established in Accordance with Security Council Resolution 935 (1994)*. Annex to Letter dated 9 December 1994 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council, UN Doc No S/1994/1405. p. 171.

³¹ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Initial Indictment on Kosovo against Slobodan Milošević and others*. 22 May 1999. Case No IT-99-37. The indictment was addressed to five high-ranking State officials, including also Milan Milutinović, incumbent President of Serbia.

³² This was made clear by the ICJ in *Arrest Warrant* case, para. 71. See also, INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Sixth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2018. UN Doc. A/CN.4/722. p. 62.

³³ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v Slobodan Milošević, Decision on Preliminary Motions*. 2001. Case No IT-02-54. p. 28–31; SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 328.

³⁴ *Arrest Warrant* case, para. 58.

³⁵ *Arrest Warrant* case, para. 61.

³⁶ *Arrest Warrant* case, para. 61.

immunity of State officials before the Court in article 27(2), which reads: “Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.”

Since it started functioning, the ICC has opened investigations and issued arrest warrants against serving heads of State in a number of occasions: on 4 March 2009 and 12 July 2010, it issued two arrest warrants against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, president of Sudan; in 2011, it issued one against Muammar Mohamed Abu Minyar Gadaffi, president of Libya (27 June) and one against Laurent Gbagbo, president of Côte d’Ivoire (23 November).

The Special Court for Sierra Leone (SCSL) was established in 2002 by an agreement between the UN and the government of Sierra Leone,³⁷ negotiated pursuant to Security Council resolution 1315 (2000), of 14 August. Its statute contained the exact same provision found in articles 7(2) and 6(2) of the Statutes of the ICTY and ICTR.³⁸ On 7 March 2003, the SCSL confirmed the indictment and issued an arrest warrant against Charles Taylor, who was then incumbent president of Liberia. Taylor challenged this indictment on the grounds that it violated the head of State immunity to which he was entitled. In May 2004, the Appeals Chambers reiterated the distinction between national and international courts made by the ICJ in the *Arrest Warrant* case and stated that “the principle seems now established that the sovereign equality of States does not prevent a head of State from being prosecuted before an international criminal tribunal or court”.³⁹

The SCSL is one of the so-called internationalized, mixed or hybrid criminal tribunals that were set up jointly by the UN and a national government to prosecute war crimes and crimes against humanity in its territory, and they contain elements of both national and international jurisdictions.⁴⁰ Other examples include the

Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC), introduced in the domestic court system of that State, and the Special Tribunal for Lebanon (STL), established by UN Security Council resolution 1757 (2007), of 30 May, and not forming part of the Lebanese court system. The Law on the Establishment of the ECCC provides for individual criminal responsibility regardless of position or rank of the offenders.⁴¹ In the Statute of the STL, such provision is absent, which has been linked with the fact the tribunal does not have jurisdiction over international crimes.⁴²

Deviating from the trend of rejecting any defense based on the official position of the accused, the member States of the African Union (AU) adopted, in 2014, the Malabo Protocol on amendments to the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, introducing article 46A *bis*, which establishes that

No charges shall be commenced or continued before the Court against any serving AU Head of State or Government, or anybody acting or entitled to act in such capacity, or other senior officials based on their functions, during their tenure of office.⁴³

Additionally, a caveat was introduced in the provision establishing the irrelevance of the official position of the accused for individual criminal responsibility, subjecting its application to the operation of article 46A *bis*.⁴⁴ The introduction of this express limitation to the scope of the article adds to the argument that a waiver of immunity is normally implicitly included in this type of provisions.

erra Leone: an analysis on marriages between culture and crime. *Brazilian Journal of International Law*, v. 13, n. 1, p. 364-376, 2016. p. 372.

³⁷ UNITED NATIONS. *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*. 2003. p. 117. Available in: https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGC.pdf Access in: 11 Oct. 2020.

³⁸ UNITED NATIONS. *Statute for the Special Court for Sierra Leone*. 2002. p. 137. Available in: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.

³⁹ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. *Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v Charles Gankay Taylor)*. 31 May 2004. Appeals Chamber. SCSL-2003-01-I. p. 52.

⁴⁰ See FERREIRA, Gustavo Bussmann. The peace process in Sierra Leone: an analysis on marriages between culture and crime. *Brazilian Journal of International Law*, v. 13, n. 1, p. 364-376, 2016. p. 372.

³⁷ UNITED NATIONS. *Statute for the Special Court for Sierra Leone*. 2002. p. 137. Available in: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.

³⁸ UNITED NATIONS. *Statute for the Special Court for Sierra Leone*. 2002. Available in: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.

³⁹ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. *Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v Charles Gankay Taylor)*. 31 May 2004. Appeals Chamber. SCSL-2003-01-I. p. 52.

⁴⁰ See FERREIRA, Gustavo Bussmann. The peace process in Si-

The adoption of this protocol, however, raises the question of whether we are in presence of an instance of contrary State practice, that could compromise the identification of a customary rule of inapplicability of immunity of State officials before international criminal tribunals, or whether the member States of the AU wished to derogate from an existing rule of custom through a treaty provision. It is noteworthy, however, that, to this date, only 15 member States of the AU have signed the Malabo Protocol and none has ratified it yet. Furthermore, neither the protocol nor the Statute of the African Court have entered into force.

2.4 Limited practice for an exception to immunity rule

The analysis of the previous precedents shows that the existence of a customary law exception to the rule of personal immunity of State officials remains difficult to demonstrate. While a norm explicitly or implicitly excluding immunity of State officials was typically included in the statutes of international tribunals, there have been few instances of practice in which serving heads of State faced prosecution. In addition, to the extent that State officials were prosecuted before these tribunals, the States that they represented were always bound by the provisions of the statute (either by treaty, such as Germany in relation to the Nuremberg Charter, or by a Security Council resolution, such as Yugoslavia in relation to the ICTY Statute), including the rule removing immunity.

The exception is the prosecution of Al Bashir before the ICC, to which Sudan is not a member. However, the decisions issued so far in these proceedings were not well received by all member States of the ICC, facing particular opposition from African and Arabian States,⁴⁵ and were heavily criticized in literature, with several authors considering that the evidence advanced in the Malawi and Chad proceedings in support of the customary status of the exception was not sufficient.⁴⁶

⁴⁵ AFRICAN UNION. *Decision on Africa's Relationship with the International Criminal Court (ICC)*. 2013. Ext/Assembly/AU/Dec.1 (Oct. 2013). p. 10; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *The League of Arab States' Observations on the Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the 'Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir' (The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 16 July 2018. Appeals Chamber. ICC-02/05-01/09. p. 31.

⁴⁶ VAN DER WILT, Harmen. Immunities and the International

The discussion assumes a different configuration if we depart from the premise that, as a result of the international criminal jurisdiction being sufficiently autonomous and different in nature from the criminal jurisdiction of States, it is not possible to assume that the rules of immunity of State officials applicable before foreign courts would automatically become applicable internationally.⁴⁷ In case we assume the non-transferability of the immunity rule before national criminal jurisdictions to international criminal jurisdictions, it is no longer necessary to demonstrate the emergence of an exception in customary international law. Instead, the discussion turns to the question whether a rule granting immunity to serving heads of State, heads of governments, and ministers for foreign affairs has never emerged before international courts.

This was the novel argument put forward by the ICC Appeals Chamber in the judgment on the *Jordan Appeal*, and it is analyzed in the next section.

3 The different nature of international criminal jurisdictions and the non-transferability of the rule of immunity of State officials

The judgment in the *Jordan Appeal* brought a new dimension to the debate on the rule of immunity applicable before international criminal tribunals, by arguing that the issue had been inadequately framed by the Pre-Trial Chambers. In particular, in the proceedings on

Criminal Court. In: FERRO, Luca; ANGELET, Nicolas; RUYS, Tom (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 595–613. p. 600; JACOBS, Dov. The frog that wanted to be an ox: the ICC's approach to immunities and cooperation. In: STAHN, Carsten (ed.). *The law and practice of the international criminal court*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 281–302. p. 286–287; RAMSDEN, Michael; YEUNG, Isaac. Head of state immunity and the Rome Statute: a critique of the PTC's Malawi and DRC decisions. *International Criminal Law Review*, v. 16, p. 703–729, 2016. p. 728–729; KRESS, Claus. The international criminal court and immunities under international law for states not party to the Court's Statute. In: BERGSMO, Morten; LING, Yan (eds.). *State sovereignty and international criminal law*. Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012. p. 223–265. p. 263.

⁴⁷ See Al-Bashir Jordan Appeal, paras. 116.

non-compliance against Chad⁴⁸ and Malawi⁴⁹ for failing to arrest and surrender Al Bashir, Pre-Trial Chamber I found that the Sudanese president had no immunity before the ICC because customary international law had evolved to recognize an exception to the rule granting immunity to heads of State when they faced prosecution for international crimes before international courts.⁵⁰ Article 27 was, therefore, a mere codification of this rule, remaining applicable even in relation to officials of non-party States.

In its decision, the Appeals Chamber of the ICC found that this reasoning wrongly assumed that the immunity that certain State officials enjoy before domestic jurisdictions of foreign States is transferable to criminal prosecutions before international courts. It argued that international courts have a “fundamentally different nature” as opposed to domestic jurisdictions: while the latter are an expression of a State’s sovereign power, which is limited by the sovereign power of other States, the former do not act on behalf of a particular State or States but, instead, on behalf of the “international community a whole”.⁵¹ From this premise, it went on to sustain that this different nature of international tribunals determines that the principle of *par in parem non habet imperium* is not applicable before them and, as such, there is no rationale for granting jurisdictional immunities to certain State officials.

This argument effectively shifts the burden of proof, as it now falls on the party relying on immunity to demonstrate that such a rule has emerged in customary law. In this respect, the Appeals Chamber notes that this

immunity has never been applied before international courts as of yet. It concludes that:

[T]here is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court. To the contrary, such immunity *has never been recognized* in international law as a bar to the jurisdiction of an international court.⁵²

A long Joint Concurring Opinion issued by Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmanski and Bossa sheds some light on the reasoning behind these claims.⁵³ In their Opinion, the judges of the Appeals Chamber (all but for Judge Carranza) analyze the precedents of international criminal tribunals since World War II which, they argue, demonstrate that “customary international law has never evolved to recognize immunity — even for heads of State — before an international court exercising jurisdiction over crimes under international law.”⁵⁴

This reasoning raises several questions deserving further discussion, namely whether the different nature of international criminal courts had been recognized in international practice before, what exactly is an international court, and whether the same immunity regime applies to all international courts.

3.1 The “fundamentally different” nature of international criminal jurisdiction

Before the decision in the *Jordan Appeal* was issued, the most extensive discussion of the nature of international criminal courts was found in the decision on immunity of the Appeals Chamber of the SCSL in the *Taylor* case. When confronted with the question of whether the defendant, which was still president of Liberia at the time of his indictment, enjoyed immunity before the SCSL, the Appeals Chamber turned to discussing the nature of the tribunal – an element that, it claimed, had always been “a relevant consideration in the question whether there is an exception to the principle of immunity.”⁵⁵ It then argued that a distinction should be

⁴⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 13 December 2011. Pre-Trial Chamber I ICC-02/05-01/09-140. p. 13.

⁴⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 13 December 2011. Pre-Trial Chamber I. ICC-02/05-01/09-139-Corr. p. 41.

⁵⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 13 December 2011. Pre-Trial Chamber I. ICC-02/05-01/09-139-Corr. p. 42.

⁵¹ Al-Bashir Jordan Appeal, paras. 115–116.

⁵² Al-Bashir Jordan Appeal, para. 113. (emphasis added).

⁵³ The Appeals Chamber itself directly refers to the Joint Concurring Opinion for a more developed reasoning - Al-Bashir Jordan Appeal, para. 116.

⁵⁴ Joint Concurring Opinion, Jordan Appeal, para. 66.

⁵⁵ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. *Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v Charles Gankay Taylor)*. 31 May 2004. Appeals Chamber. SCSL-2003-01-I .p. 49.

made between the rules of immunity applicable before national and international courts, due to the fact that international courts “derive their mandate from the international community,” rather than from the sovereign powers of any particular State.⁵⁶ Accordingly, the exercise of jurisdiction by international courts did not affect the principle of sovereign equality between States.

In support of its findings, the Appeals Chamber of the SCSL referred to the famous ICJ *obiter dictum* in the *Arrest Warrant* case. After finding that a customary international law exception to the rule of immunity from foreign criminal jurisdiction could not be established, the ICJ declared that “an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before *certain international criminal courts*, where they have jurisdiction.”⁵⁷ The Court further stressed the difference between the rules applicable to national and international courts by noting that the provisions on immunities contained in the legal instruments creating international criminal tribunals (which had been relied on by Belgium in its arguments) had no bearing on the status of immunities before national courts.⁵⁸

The ILC has also made occasional reference to this difference in the context of its work on immunities of State officials from foreign criminal jurisdiction. In its Preliminary Report, Special Rapporteur Roman Kolodkin noted that “immunity from international criminal jurisdiction appears to be fundamentally different from immunity from national criminal jurisdiction,” which was relevant in defining the boundaries of the work of the ILC on the topic.⁵⁹ He added that the jurisdiction of international courts and tribunals is of a different nature because they have a mandate from the international community and, as such, the principle of sovereign equality “cannot be the rationale for immunity from international jurisdiction.”⁶⁰ More recently, as the ILC approaches the conclusion of its work on the topic, Special Rapporteur Concepción Escobar Hernández proposed

to include a provision in the draft articles to clarify that these “are without prejudice to the rules governing the functioning of international criminal tribunals.”⁶¹ The objective was to guarantee that the final outcome of the work of the ILC did not undermine the substantive and institutional norms being developed in the area of international criminal law and, as the Special Rapporteur put it, “to preserve the rightful place of international criminal tribunals in contemporary international law.”⁶²

The reference to the different nature of international tribunals in the judgment in the *Jordan Appeal* is in line with these previous studies. However, the reasoning begs the question of what is to be considered as an “international court”.

3.2 The concept of an “international court”

The Appeals Chamber of the ICC does not provide a definition of what is an international court. However, assistance can be found in the Joint Concurring Opinion, where the four ICC judges did engage with the question and argued that:

An ‘international court’ or an ‘international tribunal’ or an ‘international commission’ [...] is an adjudicatory body that exercises jurisdiction at the behest of two or more States. Its jurisdiction may be conferred in one of a variety of ways: such as by treaty; by instrument of promulgation, referral or adhesion made by an international body or functionary empowered to do so; or, indeed, by adhesion or referral through an arbitral clause in a treaty.⁶³

They further added: “The source of the jurisdiction that the court is meant to exercise is the ultimate element of its character as an international court. That source of jurisdiction is the collective sovereign will of the enabling States [...]”⁶⁴

This definition encompasses a large variety of international courts, constituted on different legal basis, with different mandates and memberships. This diversity becomes evident by looking at the examples of international courts that the ICJ mentioned in the *Arrest Warrant* case. While the ICTY and the ICTR were established by Security Council resolutions and had jurisdiction over

⁵⁶ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. *Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v Charles Gankay Taylor)*. 31 May 2004. Appeals Chamber. SCSL-2003-01-I. p. 51.

⁵⁷ *Arrest Warrant case*, para. 61 (emphasis added).

⁵⁸ *Arrest Warrant case*, para. 58.

⁵⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2008. UN Doc. A/CN.4/601. p. 103.

⁶⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2008. UN Doc. A/CN.4/601. p. 103.

⁶¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Eighth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2020. UN Doc. A/CN.4/739. p. 30–31.

⁶² INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Eighth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2020. UN Doc. A/CN.4/739. p. 32.

⁶³ Joint Concurring Opinion, *Jordan Appeal*, para. 56.

⁶⁴ Joint Concurring Opinion, *Jordan Appeal*, para. 58.

crimes within a limited geographical and temporal scope, the ICC is a treaty-based court which aims to be global and permanent.

As noted, the Appeals Chamber of the SCSL also had to deal with this question in the *Taylor* case, where it had to determine whether it could be considered an international court. The decision largely followed the conclusions proposed by Philippe Sands in his *amicus curiae* brief, which found that the SCSL should be treated as an international court because, among other elements, it was established by treaty and had “the characteristics associated with classical international organizations” (such as legal personality and an autonomous will).⁶⁵ This is in line with the definition proposed above by the judges in the Appeals Chamber of the ICC.

Following this definition and admitting that any institution created by two or more States to exercise jurisdiction on their behalf can be considered an international court, the question still remains whether all of these courts have a *fundamentally different nature* as opposed to domestic courts, as proposed the Appeals Chamber of the ICC.

3.3 Are all international courts created equal?

It is not evident that, in establishing international criminal tribunals, States always understood to be creating a new type of jurisdiction, instead of making arrangements for the joint exercise of their national jurisdictions. When the Nuremberg Tribunal was confronted with questions concerning the right of the Allies to try war criminals and the legitimacy of the Tribunal to exercise its jurisdiction, it stated that

The making of the Charter was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the German Reich unconditionally surrendered; [...]. In doing so, they have done together *what any one of them might have done singly*.⁶⁶

This formulation seems to point towards the conception of the Tribunal as a pooling of the jurisdictions

of the victorious States of World War II, rather than a tribunal of a different nature.

A different conclusion can be reached, however, when considering the ad hoc tribunals that were established by Security Council resolutions to prosecute those responsible of serious violations of international law in Yugoslavia and Rwanda. Here, the Security Council acted within its powers in the UN Charter to maintain peace and security and it did not require an agreement from the States involved in the conflicts.

The wording of the *obiter dictum* in the *Arrest Warrant* case seems to also support a differentiation between international courts, in which only before certain of them immunity for acting heads of State and other high-ranking officials would be generally inapplicable. In its judgment, the ICJ expressly referred to “*certain international criminal courts*”.⁶⁷ Pointing in the same direction, the Secretariat of the ILC noted, in its memorandum on immunities of State officials, that “it is generally accepted that even an incumbent high-ranking official would not be covered by immunity when facing similar charges before *certain* international criminal tribunals where they have jurisdiction.”⁶⁸ Several commentators have also highlighted the need to distinguish between different courts in asserting the rules of immunity applicable.⁶⁹

It is disappointing that the Appeals Chamber decision in the *Jordan Appeal* did not discuss this issue, effectively brushing over the different nature of international courts in two short paragraphs and grounding it on the fact that they “act on behalf of the international community as a whole.”⁷⁰ From the Joint Concurring Opinion, it becomes clear that the judges subscribing it

⁶⁵ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. *Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v Charles Gankay Taylor)*. 31 May 2004. Appeals Chamber. SCSL-2003-01-I. p. 41.

⁶⁶ THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1947 *apud* INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Formulation of Nürnberg Principles*. 1950. Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, p. 181. UN Doc. A/CN.4/22. p. 187.

⁶⁷ *Arrest Warrant* case, para. 61 (emphasis added).

⁶⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Memorandum by the Secretariat*. UN Doc. A/CN.4/596. p. 142 (emphasis added).

⁶⁹ JACOBS, Dov. The frog that wanted to be an ox: the ICC's approach to immunities and cooperation. In: STAHN, Carsten (ed.). *The law and practice of the international criminal court*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 281-302. p. 288; SCHABAS, William A. *Obama, Medvedev and Hu Jintao may be prosecuted by international criminal court, pre-trial chamber concludes*. 2011. Available in: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/12/obama-medvedev-and-hu-jintao-may-be.html> Access in: 11 Oct. 2020; AKANDE, Dapo. International law immunities and the international criminal court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407-433, 2004. p. 417.

⁷⁰ *Al-Bashir Jordan Appeal*, para. 115.

considered that this special regime applies to all international courts, without distinction.

Such a conclusion, besides being surprising to many,⁷¹ is also difficult to justify in light of the Appeals Chamber own reasoning, as developed in the Joint Concurring Opinion. According to its arguments, jurisdictional immunities cannot successfully be pleaded before judges of international courts because they are on an “entirely different footing”: they exercise jurisdiction on behalf of the international community, represented by the aggregation of States who have authorized those international judges to exercise the jurisdiction in question, and are not the delegates of any national sovereign forbidden from exercising jurisdiction over its equals.⁷²

The concept of international community and the determination of who acts on its behalf is highly problematic in itself⁷³ and it is certainly outside of the scope of this work to attempt a definition. However, it does seem difficult that the concept could include, for instance, the actions of a small handful of States that, *motu proprio*, decide to create an international criminal tribunal to prosecute certain cross-border crimes – even if they claimed to be acting on behalf of the international community. It is certainly controversial to argue that those States could claim that the tribunal they created is of a fundamentally different nature from their own domestic jurisdiction and, as such, immunities of State officials of third States could not be relied on before it.⁷⁴

⁷¹ JACOBS, Dov. *You have just entered Narnia*. ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case. 2019. Available in: <https://dovjacobs.com/2019/05/06/you-have-just-entered-narnia-icc-appeals-chamber-adopts-the-worst-possible-solution-on-immunities-in-the-bashir-case/> Access in: 11 Oct. 2020; AKANDE, Dapo. *ICC Appeals Chamber Holds that heads of state have no immunity under customary international law before international tribunals*. 2019. Available in: <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/> Access in: 11 Oct. 2020.

⁷² Joint Concurring Opinion, Jordan Appeal, para. 53.

⁷³ To such an extent that some commentators plainly reject it – see JACOBS, Dov. *You have just entered Narnia*. ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case. 2019. Available in: <https://dovjacobs.com/2019/05/06/you-have-just-entered-narnia-icc-appeals-chamber-adopts-the-worst-possible-solution-on-immunities-in-the-bashir-case/> Access in: 11 Oct. 2020.

⁷⁴ See, in agreement, JACOBS, Dov. The frog that wanted to be an ox: the ICC’s approach to immunities and cooperation. In: STAHN, Carsten (ed.). *The law and practice of the international criminal court*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 281-302. p. 288; AKANDE,

On the contrary, it can be argued that those international tribunals that are established by a Security Council resolution exercise a kind of *ius puniendi* of the international community and are something more than the mere pooling of the jurisdictions of the UN member States. After all, the UN, with its 193 members, is arguably the closest representation of the international community available today and the Security Council, as the organ bearing primary responsibility for the maintenance of international peace and security, expressly acts on behalf of all the member States.⁷⁵ In this respect, it has been often pointed out that the ad hoc tribunals of the 1990’s were established by the international community acting collectively through the Security Council.⁷⁶

Additionally, it is noteworthy that, when asked to consider its own nature as an international court, the SCSL emphasized the role of the Security Council in its creation. The Appeals Chamber noted that, although the SCSL was not established by a resolution, it was still pursuant to the initiative of the Security Council, acting within the powers conferred to it by the UN Charter and “on behalf of the members if the United Nations”, that the Agreement on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone was concluded.⁷⁷ This arguably made the agreement “an expression of the will of the international community.”⁷⁸ This is the reasoning behind the finding that Taylor could not enjoy immuni-

Dapo. International law immunities and the international criminal court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407–433, 2004. p. 418.

⁷⁵ UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. 1945. Available in: https://popp.undp.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/UNDP_POPOP_DOCUMENT_LIBRARY/Public/Charter%20of%20the%20United%20Nations.pdf Access in: 11 Oct. 2020.

⁷⁶ BABAIAN, Sarah. The international criminal court: an international criminal world court?: jurisdiction and cooperation mechanisms of the Rome Statute and its practical implementation. *Springer International Publishing*, 2018. p. 10; BEKOU, Olympia. International criminal justice and security. In: FOOTER, Mary E. et al. (eds.). *Security and international law*. Australia: Hart Publishing, 2016. p. 93–114. p. 95; SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 4; MCGOLDRICK, Dominic. Yugoslavi: the responses of the international community and of international law. *Current Legal Problems*, v. 49, n. 1, p. 375–394, 1996. p. 386.

⁷⁷ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. *Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v Charles Gankay Taylor)*. 31 May 2004. Appeals Chamber. SCSL-2003-01-I. p. 37.

⁷⁸ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. *Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v Charles Gankay Taylor)*. 31 May 2004. Appeals Chamber. SCSL-2003-01-I. p. 38.

ty before the SCSL, even though, at the time of indictment, he was the president of a third State.

A second element that strengthens the claim that an international court has a different nature from the national jurisdictions of its members is found in those cases where the subject-matter jurisdiction includes the core crimes under customary international law: genocide, war crimes, crimes against humanity and the crime of aggression.⁷⁹ In this respect, it is noteworthy that the fact that the STL only had jurisdiction over offenses under the Lebanese criminal law, and could not prosecute international crimes, was pointed out as the probable reason for the non-inclusion of a provision excluding official immunities in its statute.⁸⁰

The core crimes of international law are generally regarded as mirroring *jus cogens* prohibitions from which States cannot derogate and, as a consequence, the prosecution of these offenders is considered to be in the interest of all members of the international community.⁸¹ The destabilizing effect that the commission of these crimes can have for the maintenance of international peace and security was well-evidenced in relation to the atrocities committed in Yugoslavia.⁸² Additionally, universal jurisdiction is generally accepted in relation to most of these crimes.⁸³

⁷⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Blaskic, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*. 1997. p. 41.

⁸⁰ See *supra* note 53. APTEL, Cécile. Some innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon. *Journal of International Criminal Justice*, v. 5, n. 5, p. 1107–1124, 2007. p. 1110–1111.

⁸¹ SADAT, Leila. Heads of state and other government officials before the international criminal court: the uneasy revolution continues. *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 19-01-12*, 2019. p. 1. Available in: <https://ssrn.com/abstract=3321998>. Access in: 11 Oct. 2020; BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes accountability for international crime and serious violations of fundamental human rights. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63–74, 1996. p. 68.

⁸² UNITED NATIONS. *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*. 1993. UN Doc. S/25704. p. 22; UNITED NATIONS. *UN Security Council Resolution 808 (1993), of 22 February*. UN Doc. S/RES/1993; BEKOU, Olympia. International criminal justice and security. In: FOOTER, Mary E. et al. (eds.). *Security and international law*. Australia: Hart Publishing, 2016. p. 93–114. p. 93.

⁸³ There is support for the application of universal jurisdiction to, at least, grave violations of the Geneva Conventions, crimes against humanity and genocide. CRYER, Robert (ed.). *An introduction to international criminal law and procedure*. 3rd ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2014. p. 57;

Following from this discussion, the better answer to the question posed in the title of this section seems to be that different types of international criminal courts exist and, as such, international rules apply differently to them – including rules on immunities. It is only in relation to those international criminal courts that (i) represent the international community as a whole and (ii) have jurisdiction over the core crimes of international law – as such, having a “fundamentally different nature” in relation to national courts – that the argument put forward in the judgment in the *Jordan Appeal* on the non-transferability of the rules of immunity of State officials developed in a national setting to international jurisdictions can be considered.

Furthermore, it is only in relation to this type of international courts that a reasonable claim of impartiality of the international judges and their autonomy from the sovereignty of any State (or States) considered separately can be made.⁸⁴ Accordingly, the trial of a head of State by such judges, in accordance with international legal rules, does not represent the subjection of one sovereign power to the *imperium* of another, nor the unlawful interference by one State in the performance of official functions of another.⁸⁵ These circumstances effectively eliminate the rationale for granting official immunities.

In this regard, the precedents of the ICTY, the ICTR and the SCSL (if one agrees with its determination that it is an international court) can be referred to as relevant State practice showing that personal immunity was never upheld before international criminal jurisdictions of a fundamentally different nature. As such, a customary rule to that effect never developed in international law.⁸⁶

BANTEKAS, Ilias. *Criminal jurisdiction of states under international law*. 2011. Available in: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-c1021?prd=MPIL>. Access in: 11 Oct. 2020; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*. 2005. p. 2. Available in: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_03_en.pdf. Access in: 11 Oct. 2020.

⁸⁴ Cfr. the arguments of the UN Secretary-General in favor of the establishment of an international tribunal to prosecute crimes committed in the former Yugoslavia – UN. UNITED NATIONS. *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*. 1993. UN Doc. S/25704. p. 28; SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 49.

⁸⁵ Cfr. Joint Concurring Opinion, *Jordan Appeal*, paras. 53–54.

⁸⁶ The Appeals Chamber found that “there is no such practice or

It is also remarkable that the decisions of the ICTY and SCSL setting aside immunity did not face significant opposition, illustrating the broad approval of the international community for the non-applicability of immunity before these courts. This reasoning has important impacts in the discussion of the regime of immunities applicable before the ICC.

4 The nature of the ICC and the rule of immunity

If one adheres to the conclusion above, then the essential question to determine the regime of immunities applicable before the ICC is whether this court can be considered an international court of a fundamentally different nature. If that is the case, then no customary rule of immunity of State officials would be available before it, even in relation to officials of those States that have not ratified the Rome Statute. On the contrary, if it is found that the Court is a mere pooling of the jurisdictions of the State parties to the Rome Statute, those States, while they could agree to lifting the immunities enjoyed by their own officials, could not set aside those immunities enjoyed by high-ranking officials of third States.⁸⁷

The statement that the ICC has this different nature is far from obvious and the reasoning of the Appeals Chamber in its judgment in the *Jordan Appeal* fell short of making this determination. Considering its creation, position in the international legal order, and present membership, we argue that the ICC does not have a fundamentally different nature at present.

The ICC was created with the broad ambition of constituting a permanent criminal jurisdiction “over the most serious crimes of concern to the international community as a whole.”⁸⁸ Accordingly, its subject-mat-

ter jurisdiction includes the core international crimes.⁸⁹ In that sense, it could be considered that its prosecution of people accused of war crimes, genocide, crimes against humanity, and aggression would be in the interest of all members of the international community. However, the argument that the ICC acts on behalf of the international community while prosecuting those people is not very convincing.

In relation to its establishment, the ICC is a treaty-based court created by the Rome Statute. With 123 State parties at present, the Rome Statute has a broad membership – yet it is still far from universal. In particular, several of the most populous countries in the world, representing more than half of the entire world population, have not ratified the Statute as of this date (including Russia, China, the United States, India, Indonesia, Pakistan, Egypt, Ethiopia, Vietnam, Iran).⁹⁰ Membership is also geographically divided, with limited membership in Asia, the Middle East, and parts of Africa.

This non-universal membership considerably limits the territorial and personal scope of application of the Rome Statute and the jurisdiction of the ICC – which, as a consequence, lacks jurisdiction to prosecute important violations happening in certain regions of the globe.⁹¹ Aside from the occasional acceptance of jurisdiction by a third state or a referral by the UN Security Council (as was the case in the investigation leading to the indictment of Al Bashir), the jurisdiction of the court is limited to either crimes committed on the territory of a State party or crimes committed by nationals of State parties.⁹² Therefore, by its own Statute, the ICC’s jurisdiction does not have a universal character, its

opinio iuris” – Al-Bashir Jordan Appeal, para. 116.

⁸⁷ JACOBS, Dov. The frog that wanted to be an ox: the ICC’s approach to immunities and cooperation. In: STAHN, Carsten (ed.). *The law and practice of the international criminal court*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 281-302. p. 288.

⁸⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 1998. p. 3. Available in: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> Access in: 11 Oct. 2020; TIVERON, Raquel. Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda. *Brazilian Journal of International Law*, v. 9, n. 4, p. 151-167, 2012. p. 155.

⁸⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 1998. Available in: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.

⁹⁰ These countries alone account for over 4 billion people. UNITED NATIONS. *Population Databases*. Available in: <https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/database/index.asp>. Access in: 26 May 2021.

⁹¹ RABEN, Sarah Myers. The ISIS eradication of Christians and Yazidis: human trafficking, genocide, and the missing international efforts to stop it. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 238-253, 2018. p. 241.

⁹² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 1998. Available in: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.

scope being essentially restricted to the combination of the respective jurisdictions of its member States.

Recent case law of the Court has provided a broader interpretation of its jurisdiction. For example, in the decision on jurisdiction concerning the situation on the border of Myanmar and Bangladesh,⁹³ Pre-Trial Chamber III argued that only a part of the crime has to take place on the territory of a member State and that this element can be interpreted with a wide margin of discretion.⁹⁴ Nevertheless, a direct connection between (some of) the facts and one of the State parties to the Rome Statute remained necessary.

On the other hand, the involvement of the Security Council in the referral procedure could support the argument according to which the Court represents broader interests of the international community, instead of merely the interests of its member States.⁹⁵ In this context, the ICC has even concluded a cooperation agreement with the UN.⁹⁶ However, it has been rightly pointed out that the source of the power to refer situations to the ICC is the Rome Statute and not the UN Charter, implying that, in this context, the Security Council is not acting within the framework of its coercive powers for the maintenance of peace and security worldwide.⁹⁷

The pool of judges serving at the ICC and the method for their selection also deserve some considera-

tion. ICC judges are elected by secret ballot by the Assembly of State Parties to the Rome Statute, from a list of candidates nominated by State parties.⁹⁸ Candidates do not need to have the nationality of the State nominating them, but they must be a national of one of the State parties.⁹⁹ It is significant that, to be eligible, candidates must be persons of high moral character, impartiality, and integrity, and they shall be independent in the performance of their functions.¹⁰⁰ It is certainly not our intention to question that that is the case in practice; however, for the purpose of determining whether the ICC is more than the sum of the jurisdictions of its State parties, the fact that its judges are nominated and selected amongst their own nationals makes it difficult to support an argument that they act in representation of the entire international community in their judgments.¹⁰¹

In contrast, the judges of the ICTY and the ICTR were elected by the UN General Assembly from a list submitted by the Security Council, and the Secretary-General invited member States of the UN and non-member States with permanent observer missions to nominate candidates for the election.¹⁰²

All the elements above point to the same conclusion that the ICC was established and is effectively operating as a pooling of the criminal jurisdictions of its State parties. That being the case, it must be concluded that these States could not grant the Court a power that they did not have themselves: the power to set aside immunities of State officials of foreign States. Article 98 of the Rome Statute seems to recognize exactly that, by establishing that the Court may not request the cooperation of a State party when that would require the requested State to act inconsistently with its obligations under in-

⁹³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*. 14 November 2019. Pre-Trial Chamber III. ICC-01/19. p. 124.

⁹⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*. 14 November 2019. Pre-Trial Chamber III. ICC-01/19. p. 62.

⁹⁵ BABAIAN, Sarah. The international criminal court: an international criminal world court?: jurisdiction and cooperation mechanisms of the Rome Statute and its practical implementation. *Springer International Publishing*, 2018. p. 192.

⁹⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations*. 2004. ICC-ASP/3/Res.1.

⁹⁷ JACOBS, Dov. The frog that wanted to be an ox: the ICC's approach to immunities and cooperation. In: STAHN, Carsten (ed.). *The law and practice of the international criminal court*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 281-302. p. 290-291; UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. 1945. Available in: https://popp.undp.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/UNDP_POPP_DOCUMENT_LIBRARY/Public/Charter%20of%20the%20United%20Nations.pdf Access in: 11 Oct. 2020.

⁹⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 1998. Available in: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.

⁹⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 1998. Available in: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.

¹⁰⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 1998. Available in: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.

¹⁰¹ IANNATTASIO, Arthur Roberto Capella *et al.* International constitutional court: rise and fall of an international debate. *Brazilian Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 130-146, 2019. p. 142.

¹⁰² ICTY Statute, Arts. 13ter, 13quarter. ICTR Statute, Art. 12bis, 12ter.

ternational law with regards to the immunity of a national of a third State. The application of this regime has been the subject of debate in the non-compliance decisions in the Al Bashir proceedings, as it was invoked by member States to justify their refusal to arrest the president of Sudan (equally illustrating the dependence of the ICC on cooperation from its members).¹⁰³ The inclusion of this provision in the Rome Statute indicates that, in spite of its international character, the Court still has to consider the obligations of their member States, in their national criminal jurisdictions, with regard to immunities *vis-à-vis* third parties.

In conclusion, while the ICC was established with the ambition of constituting a permanent forum for prosecution of serious violations of international law committed anywhere in the world – virtually eliminating the necessity of establishing ad hoc tribunals –, it remains to be demonstrated that this ambition has materialized into conferring a different character to the court, exceeding the jurisdiction of its member States. In its judgment in the *Jordan Appeal*, the Appeals Chamber lost an opportunity to persuade skeptical States and commentators that this is the case. Absent this demonstration, the argument of the non-transferability of the customary rule of immunity applicable in domestic jurisdictions to international criminal proceedings and the precedent that immunities of State officials were never applied before international criminal courts of a fundamentally different nature – the very argument relied on in the judgment in the *Jordan Appeal* – cannot apply to the ICC. Accordingly, this Court remains bound to respect the same immunities that State officials from foreign States would enjoy if they were facing prosecution before the criminal courts of its member states.⁵

5 Conclusion

The prosecution of Al Bashir before the ICC, initiated while he was a serving head of State of Sudan, a non-party to the ICC Statute, reignited the debate on the customary law status of immunities of State officials before international criminal jurisdictions.

¹⁰³ RAMSDEN, Micheal; YEUNG, Isaac. Head of state immunity and the Rome Statute: a critique of the PTC’s Malawi and DRC decisions. *International Criminal Law Review*, v. 16, p. 703-729, 2016. p. 728-729.

While it remains controversial whether there is enough practice and evidence of *opinio iuris* since the post-World War II to assert that an exception has emerged to the customary rule granting absolute immunity from foreign criminal jurisdiction to heads of State, heads of government and ministers for foreign affairs, the terms of the debate are different if we start from the premise that international courts are of a *fundamentally different nature* as opposed to domestic courts.

This different nature is founded on the fact that international courts do not represent the exercise of sovereign powers by a State, but the exercise of jurisdiction by the international community as a whole, effectively eliminating the rationale behind the granting of immunities to certain State officials before foreign domestic courts. As such, the rules of immunity of State officials developed in the framework of the horizontal relations between States cannot be transferred to the jurisdiction of international courts. Instead, it is up to the officials (or States) wishing to avail themselves of a rule of immunity before an international criminal court to demonstrate that such rule has emerged as customary law. This is a difficult task, considering that the immunity of State officials was never upheld in international criminal proceedings.

This was the new reasoning put forward by the Appeals Chamber of the ICC in its judgment in the *Jordan Appeal*, where it found that State officials, including those of the highest ranking, do not enjoy immunity before the ICC, even when the States they represent have not ratified the Rome Statute.

It is disappointing that the Appeals Chamber provided little support for its argument, missing the opportunity to develop a convincing reasoning that could engage even those that have been critical of earlier decisions by the Pre-Trial Chambers on the subject. The most problematic part of the judgment in the *Jordan Appeal* is that it did not establish how to identify those international courts that have a sufficiently different nature that warrants the non-transferability of the rules of immunity of State officials applicable before domestic courts. Instead, it seemed to assume that this is the case for all international courts.

Consequently, the decision (and the lengthy Joint Concurrent Opinion) also fails to provide any reasoning as to why the ICC would itself be a court of a fundamentally different nature, rather than simply being

a treaty-based court, operating “by ‘delegation’ from (or in the place of) its State parties.”¹⁰⁴ As was demonstrated above, this determination is far from obvious. Even though the ICC prosecutes international crimes posing a threat to the peace and security of all mankind, it is not established that it truly represents the international community while doing so. This means that the Court remains bound to respect the customary rule of personal immunity before foreign criminal jurisdictions enjoyed by State officials of non-party States.

The potential of the ICC to represent the international community as a whole in the prosecution of the most serious crimes of the international legal order is not beyond reach. However, a broader global support for the Court is needed for it to achieve this status, as well as a demonstration, beyond any reasonable doubt, that it surpassed the mere combination of the sovereignties of its member States and truly attained a *fundamentally different nature*.

References

AFRICAN UNION. *Decision on Africa’s Relationship with the International Criminal Court (ICC)*. 2013. Ext/Assembly/AU/Dec.1 (Oct. 2013).

AFRICAN UNION. *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*. Adopted by the Twenty-third Ordinary Session of the Assembly, held in Malabo, Equatorial Guinea, 27 June 2014.

AKANDE, Dapo. *ICC Appeals Chamber Holds that heads of state have no immunity under customary international law before international tribunals*. 2019. Available in: <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/> Access in: 11 Oct. 2020.

AKANDE, Dapo. International law immunities and the international criminal court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407–433, 2004.

AKANDE, Dapo; SHAH, Sangeeta. Immunities of state officials, international crimes, and foreign dome-

stic courts. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 815–852, 2010.

APTEL, Cécile. Some innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon. *Journal of International Criminal Justice*, v. 5, n. 5, p. 1107–1124, 2007.

BABAIAN, Sarah. The international criminal court: an international criminal world court?: jurisdiction and cooperation mechanisms of the rome statute and its practical implementation. *Springer International Publishing*, 2018.

BANTEKAS, Ilias. *Criminal jurisdiction of states under international law*. 2011 Available in: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1021?prd=MPIL> Access in: 11 Oct. 2020.

BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes accountability for international crime and serious violations of fundamental human rights. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63–74, 1996.

BATROS, Ben. *A confusing ICC appeals judgment on head of state immunity*. 2019. Available in: <https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/> Access in: 11 Oct. 2020.

BEKOU, Olympia. International criminal justice and security. In: FOOTER, Mary E. *et al.* (eds.). *Security and international law*. Australia: Hart Publishing, 2016. p. 93–114.

BELGIUM. *HSA et al v SA*. 2003. Cour de Cassation 2e civile. P.02.1139.F. 42 ILR 596.

COMMISSION on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties, report presented to the preliminary peace conference. *American Journal of International Law*, v. 14, n. 1/2, p. 95-54, jan. 1920.

CRYER, Robert (ed.). An introduction to international criminal law and procedure. 3rd. ed. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2014.

DOHERTY, Heather Noel. Tipping the scale: is the Special Tribunal for Lebanon international enough to override state official immunity. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 43, p. 831-876, 2011.

FERREIRA, Gustavo Bussmann. The peace process in Sierra Leone: an analysis on marriages between culture

¹⁰⁴ AKANDE, Dapo. International law immunities and the international criminal court. *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 407–433, 2004. p. 421.

- and crime. *Brazilian Journal of International Law*, v. 13, n. 1, p. 364-376, 2016.
- FRANCE. *Ghaddafi case, Arrêt du 13 mars 2001*. 2001. Cour de Cassation Crim. No. 1414. 125 ILR 490.
- FRANEY, Elizabeth Helen. Immunity from the Criminal Jurisdiction of National Courts. In: ORAKHELASHVILI, Alexander (ed.). *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2015.
- GAETA, Paola. Official capacity and immunities. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 975-1002.
- IANNATTASIO, Arthur Roberto Capella *et al.* International constitutional court: rise and fall of an international debate. *Brazilian Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 130-146, 2019.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*. 2005. Available in: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_03_en.pdf Access in: 11 Oct. 2020.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of April 11, 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium)*. 2002. Available in: <https://www.icj-cij.org/en/case/121> Access in: 11 Oct. 2020.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 13 December 2011. Pre-Trial Chamber I. ICC-02/05-01/09-139-Corr.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*. 9 April 2014. Pre-Trial Chamber II. ICC-02/05-01/09-195.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 11 July 2016. Pre-Trial Chamber II. ICC-02/05-01/09-266.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*. 14 November 2019. Pre-Trial Chamber III. ICC-01/19.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 13 December 2011. Pre-Trial Chamber I ICC-02/05-01/09-140.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 6 July 2017. Pre-Trial Chamber II. ICC-02/05-01/09-302.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*. 11 December 2017. Pre-Trial Chamber II. ICC-02/05-01/09.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Joint Concurring Opinion issued by Judges Eboe-Osugi, Morrison, Hofmanski, and Bossa (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 6 May 2019. Appeals Chamber. ICC-02/05-01/09-397-Anx1.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal of 6 May 2019 (The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*. 2019. Appeals Chamber. ICC-02/05-01/09 OA2.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations*. 2004. ICC-ASP/3/Res.1.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 1998. Available in: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *The League of Arab States' Observations on the Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the 'Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the noncompliance by Jordan with the request*

- by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir' (The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir). 16 July 2018. Appeals Chamber. ICC-02/05-01/09.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Initial Indictment on Kosovo against Slobodan Milosevic and others*. 22 May 1999. Case No IT-99-37.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Blaskic, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*. 1997.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v Slobodan Milosevic, Decision on Preliminary Motions*. 2001. Case No IT-02-54.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*. 1996. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session (6 May - 26 July 1996), p. 7, UN Doc. A/51/10.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Eighth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2020. UN Doc. A/CN.4/739.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fifth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2016. UN Doc. A/CN.4/701.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Formulation of Nürnberg Principles*. 1950. Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, p. 181. UN Doc. A/CN.4/22.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Memorandum by the Secretariat*. UN Doc. A/CN.4/596.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2008. UN Doc. A/CN.4/601.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the International Law Commission, Sixty-ninth Session (1 May-2 June and 3 July-4 August 2017)*. UN Doc. A/72/10.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Second Report on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2013. UN Doc. A/CN.4/661.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Sixth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*. 2018. UN Doc. A/CN.4/722.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Text of the Nürnberg Principles Adopted by the International Law Commission*. 1950. Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, pp. 374. UN Doc. A/CN.4/L.2.
- JACOBS, Dov. The frog that wanted to be an ox: the ICC's approach to immunities and cooperation. In: STAHN, Carsten (ed.). *The law and practice of the international criminal court*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 281-302.
- JACOBS, Dov. *You have just entered Narnia*: ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case. 2019. Available in: <https://dovjacobs.com/2019/05/06/you-have-just-entered-narnia-icc-appeals-chamber-adopts-the-worst-possible-solution-on-immunities-in-the-bashir-case/> Access in: 11 Oct. 2020.
- KIYANI, A. G. Al-Bashir & the ICC: the problem of head of state immunity. *Chinese Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 467-508, 2013.
- KRESS, Claus. The international criminal court and immunities under international law for states not party to the Court's Statute. In: BERGSMO, Morten; LING, Yan (eds.). *State sovereignty and international criminal law*. Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012. p. 223-265.
- MCGOLDRICK, Dominic. Yugoslavi: the responses of the international community and of international law. *Current Legal Problems*, v. 49, n. 1, p. 375-394, 1996.
- METTRAUX, Guénaël; DUGARD, John; PLESSIS, Max du. Heads of state immunities, international crimes and president Bashir's visit to South Africa. *International Criminal Law Review*, v. 18, n. 4, p. 577-622, 2018.
- RABEN, Sarah Myers. The ISIS eradication of Christians and Yazidis: human trafficking, genocide, and the missing international efforts to stop it. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 238-253, 2018.
- RAMSDEN, Micheal; YEUNG, Isaac. Head of state immunity and the Rome Statute: a critique of the PTC's Malawi and DRC decisions. *International Criminal Law Review*, v. 16, p. 703-729, 2016.
- SADAT, Leila. Heads of state and other government officials before the international criminal court: the uneasy revolution continues. *Washington University*

- in *St. Louis Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 19-01-12*, 2019. Available in: <https://ssrn.com/abstract=3321998>. Access in: 11 Oct. 2020.
- SADAT, Leila. *Why the ICC's Judgment in the Al-Bashir Case Wasn't So Surprising*. 2019. Available in: <https://www.justsecurity.org/64896/why-the-iccs-judgment-in-the-al-bashir-case-wasnt-so-surprising/> Access in: 11 Oct. 2020.
- SCHABAS, William A. *Obama, Medvedev and Hu Jintao may be prosecuted by international criminal court, pre-trial chamber concludes*. 2011. Available in: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/12/obama-medvedev-and-hu-jintao-may-be.html> Access in: 11 Oct. 2020.
- SCHABAS, William A. The Special Tribunal for Lebanon: is a 'tribunal of an international character' equivalent to an 'international criminal court'? *Leiden Journal of International Law*, v. 21, n. 2, p. 513–528, 2008.
- SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- SPAIN. *Castro case, Order of 4 March 1999*. 1999. Audiencia Nacional. No. 1999/2723.
- SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. *Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v Charles Gankay Taylor)*. 31 May 2004. Appeals Chamber. SCSL-2003-01-I.
- THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. *Nazi Conspiracy and Aggression: opinion and judgment*. Washington: United States Government Printing Offices, 1947.
- TIVERON, Raquel. Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda. *Brazilian Journal of International Law*, v. 9, n. 4, p. 151-167, 2012.
- TRIAL of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nürnberg, 1947. Available in: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html Access in: 11 Oct. 2020.
- TUNKS, Michael A. Diplomats or defendants: defining the future of head-of-state immunity note. *Duke Law Journal*, v. 52, n. 3, p. 651–682, 2002.
- UBÉDA-SAILLARD, Muriel. Foreign officials entitled to (absolute) personal immunity during their time in office. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 481–495.
- UN DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. *World Population Database*. Available in: <https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/database/index.asp> Access in: 26 May 2021.
- UNITED NATIONS. *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*. 2003. Available in: https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGK.pdf Access in: 11 Oct. 2020.
- UNITED NATIONS. *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*. 1948. Available in: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf Access in: 11 Oct. 2020.
- UNITED NATIONS. *Charter of the International Military Tribunal*. 1945. Available in: <https://www.legal-tools.org/doc/64ffdd/pdf/> Access in: 11 Oct. 2020.
- UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. 1945. Available in: https://popp.undp.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/UNDP_POPP_DOCUMENT_LIBRARY/Public/Charter%20of%20the%20United%20Nations.pdf Access in: 11 Oct. 2020.
- UNITED NATIONS. *Final Report of the Independent Commission of Experts Established in Accordance with Security Council Resolution 935 (1994)*. Annex to Letter dated 9 December 1994 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council, UN Doc No S/1994/1405.
- UNITED NATIONS. *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*. 1993. UN Doc. S/25704.
- UNITED NATIONS. *Statute for the Special Court for Sierra Leone*. 2002. Available in: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf> Access in: 11 Oct. 2020.
- UNITED NATIONS. *Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations*

Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994. 1994. UN Doc S/RES/955 (adoption); UN Doc. S/RES/1717 (last amendment).

UNITED NATIONS. *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. 1993. UN Doc. S/25704, Annex.

UNITED NATIONS. *UN Security Council Resolution 808 (1993), of 22 February*. UN Doc. S/RES/1993.

VAN DER WILT, Harmen. Immunities and the International Criminal Court. In: FERRO, Luca; ANGELET, Nicolas; RUYSS, Tom (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 595–613.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Imunidade de jurisdição dos Estados: o caminho para a relativização

Immunity from jurisdiction of states: the path to relativization

Vinícius Assis da Silveira
Luiz Felipe Costa Santana
Valesca Raizer Borges Moschen

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES

Imunidade de jurisdição dos Estados: o caminho para a relativização*

Immunity from jurisdiction of states: the path to relativization

Vinícius Assis da Silveira**

Luiz Felipe Costa Santana***

Valesca Raizer Borges Moschen****

Resumo

O objetivo do presente trabalho é fixar as premissas teóricas, legislativas e jurisprudenciais que envolvem o debate sobre a relativização da imunidade de jurisdição dos Estados, partindo da pesquisa de d'Argent e Lesaffre. A imunidade de jurisdição tem fundamento no Princípio da Soberania, segundo o qual entes de igual hierarquia ficam impedidos de julgar uns aos outros. Se, por um lado, justifica-se o instituto para a proteção de direitos dos Estados soberanos (dentre eles a igualdade e a independência nacional), por outro, a concessão da imunidade de jurisdição pode ferir direitos fundamentais do indivíduo. Conduziu-se o estudo com base em levantamentos teóricos, legislação e jurisprudência, tanto nacionais quanto internacionais. Parte-se de algumas questões: é possível relativizar as hipóteses de cabimento da imunidade de jurisdição, quando há afronta a direito internacional imperativo? Como o tema vem sendo tratado na doutrina e na jurisprudência internacionais? As respostas caminham no sentido de que, sim, a afronta ao *jus cogens* enseja o levantamento da imunidade de jurisdição dos Estados. Embora a pesquisa tenha seguido nesse sentido, existe, ainda, forte resistência da jurisprudência em admitir essa tese. Ao final, apresentam-se os desafios que surgem com eventual abertura para a flexibilização, dentre eles, os limites necessários.

Palavras-chave: Imunidade de jurisdição; Soberania; *Jus cogens*; Harmonização do processo; Acesso à justiça.

Abstract

The paper aims to set the theoretical, legislative, and jurisprudential premises that support the relativization of State immunity, according to ideas posited by d'Argent and Lesaffre. The jurisdictional immunity of the State is based on the principle of sovereignty, which dictates that equal entities shall not judge one another. If, on the one hand, jurisdictional immunity safeguards the right of sovereign States (equality and national independence, for instance), on the other hand, State immunity may infringe inalienable human rights. The work sheds light on theoretical, legislative, and jurisprudential premises. One seeks to answer the following questions: Is it possible to waive

* Recebido em 20/10/2020
Aprovado em 26/01/2021

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Estudo Labirinto da Codificação do Direito Internacional (LABCODEX). Advogado.
Email: vinicius.assis.adv@gmail.com

*** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Estudo Labirinto da Codificação do Direito Internacional (LABCODEX).
Email: santanalui08@gmail.com

**** Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona (UB). Professora Titular de Direito Internacional do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Estudo Labirinto da Codificação do Direito Internacional (LABCODEX).
E-mail: raizervalesca@gmail.com

State rights to jurisdictional immunity? In which hypotheses? How have international doctrine and jurisprudence been dealing with such a challenge? The answer paves the way toward the possibility to relativize the right to jurisdictional immunity, mainly in those cases that affect *jus cogens*, and despite jurisprudential resistance. Finally, this paper poses questions about the future of State immunity.

Keywords: Jurisdictional immunity; Sovereignty; *Jus cogens*; Procedural harmonization; Access to justice.

1 Introdução

Quando Édipo saiu de Tebas, vagou por caminhos que davam em Colono, vilarejo próximo a Atenas. Estava acompanhado de Antígona, sua filha, que lhe servia de guia. Édipo estava cego, já que furou os olhos ao descobrir parte de sua história: o parricídio, por assassinar Laio, e o incesto, por desposar Jocasta, sua mãe. A tragédia se desdobrou pelo fato de Édipo ser, ao mesmo tempo, pai e meio irmão de seus filhos. O Coro recebeu Édipo em Colono com a seguinte fala: “Resignate, infeliz, como estrangeiro em solo alheio, a detestar agora tudo que é interdito nesta terra, e a respeitar tudo que ela prefere”¹. Na tragédia grega, o Coro reproduz a ideia que as pessoas tinham sobre as leis e sobre o poder local². O estrangeiro devia respeito aos costumes, às tradições e a lei de Atenas, com o completo abandono ao que fosse proibido nos limites da cidade. Ao bem da verdade, o estrangeiro devia respeito a Teseu, rei de Atenas, não mais ao rei de sua nacionalidade.

A forma como os governantes exercem o poder não é estática. Sófocles debate isso, por meio da seguinte fala de Édipo a Teseu:

Filho caríssimo de Egeu: somente os deuses fogem aos males da velhice e aos da morte; o tempo onipotente abate tudo mais; decai a força da terra, decai o corpo; a lealdade finda e floresce a perfídia e tanto entre os amigos quanto entre as cidades não prevalece para sempre o mesmo ânimo; agora para uns, amanhã para outros, cede a doçura seu lugar

¹ SÓFOCLES. *Édipo em Colono: uma tragédia grega*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora Ltda., 1990. eBook Kindle. Posição 173.

² INCERTI, Fabiano. *O visível e o sonoro em Édipo-Rei: uma análise foucaultiana*. 2013. 152 f. (Doutorado em Filosofia) - Curso de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2013.

ao amargor e depois volta a transformar-se em amizade. Com Tebas acontece o mesmo³.

Com o Direito Internacional, acontece o mesmo, parafraseando Édipo. Sua fala chama atenção à dimensão dinâmica das relações entre as cidades. A lógica de transformação constante aplicava-se ao sistema grego, como também se aplica ao sistema internacional contemporâneo. “*Somente os deuses fogem aos males da velhice e aos da morte; o tempo onipotente abate tudo mais*”. A passagem do tempo transformou a ordem internacional que se instaura com os acordos de Vestfália, no século XVII, ao dar-lhe nova dinâmica de acomodação de poder entre os Estados. A própria soberania sofre os efeitos do tempo, de modo que o seu conceito deve se adequar às exigências de cada época. Os arranjos entre Estados, as relações de poder, as alianças mudam com os anos. Do mesmo modo, mudam os valores e as necessidades das sociedades e das nações.

Adotar a abordagem dinâmica da soberania significa fugir de anacronismos, muitas vezes intrínsecos a abordagens estáticas. Como fica claro no decorrer de *Édipo em Colono*, de Sófocles, o reconhecimento do efeito transformador das eras não prega o abandono das noções de poder do governante em seu território. Em várias partes da peça, Teseu reafirma sua autoridade local, ao mesmo tempo que reforça o reconhecimento à autonomia dos reis das demais cidades. O mesmo se dá hoje: quando se defende o temperamento da concepção de soberania, não se quer, com isso, diminuir a importância que ela tem para a relação dos Estados no sistema internacional. Defende-se que a soberania se adequa ao seu tempo, para que se torne instrumento efetivo de defesa dos valores consagrados contemporaneamente, tais como a defesa dos direitos humanos e o respeito a normas internacionais imperativas.

A retomada da passagem trágica de Édipo por Colono serve para contextualizar a pesquisa, que aborda os caminhos possíveis para a relativização do instituto da imunidade de jurisdição dos Estados. Resgata-se de Sófocles a ideia de transformação, muito presente no diálogo entre Édipo e Teseu, sobre o “*tempo onipotente*”. Deve-se pensar a soberania, a jurisdição e as imunidades como instrumentos de promoção de valores contemporâneos, adequados aos novos tempos, daí a importância de compreenderem-se as transformações desses institutos.

³ SÓFOCLES. *Édipo em Colono: uma tragédia grega*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora Ltda., 1990. eBook Kindle. Posição 581.

O tema central da pesquisa é a tensão que existe entre, de um lado, o direito à imunidade de jurisdição do Estado e, de outro, a promoção de direitos e garantias fundamentais, amplamente consagrados no Direito Internacional. A Teoria Restritiva das Imunidades de Jurisdição classifica a atuação dos Estados em atos de gestão e em atos de império. Os atos de gestão envolvem as atividades das quais o Estado participa como particular, tais como quando celebra contratos de trabalho, de prestação de serviço ou de compra e venda. Já os atos de império estão vinculados ao exercício da soberania. Manifestam-se nas atividades em que o Estado atua como ente soberano. É o que acontece nos atos de declaração de guerra ou de celebração de paz, por exemplo⁴. Os Estados têm imunidade de jurisdição para os atos de império. Cortes nacionais não podem julgar Estado estrangeiro, mesmo nos casos em que há afronta à norma imperativa de Direitos Internacionais, porque o Estado tem direito à imunidade⁵. No entanto, parte da doutrina defende a impropriedade do instituto da imunidade de jurisdição, quando há ataque a normas *jus cogens*; e é dessas teorias que tratar-se-á, sem qualquer pretensão de esgotar o debate.

A pesquisa valeu-se do método hipotético-dedutivo para abordar o tema. O Direito Internacional evoluiu para criar uma expectativa de proteção do indivíduo, sobretudo ao fim da Segunda Guerra Mundial. Muitas vezes, entretanto, o reconhecimento da imunidade de jurisdição quebra essa expectativa de proteção, principalmente quando a Corte a reconhece como Estado que tenha afrontado o *jus cogens*. A superação dessa frustração depende do profundo conhecimento das teorias favoráveis à flexibilização das hipóteses de imunidade, bem como do reconhecimento dos seus riscos e das suas limitações.

Sabendo-se da amplitude do debate, esclarecem-se dois pontos. Primeiro ponto, a imperatividade das normas *jus cogens* não é unânime. Por exemplo, Koskeniemi, inclusive, afirma que institutos universalizantes, como as normas *jus cogens* ou as obrigações *erga omnes*,

seriam parafernalias legais sem capacidade de expressar universalidade de fato⁶. Mesmo autores que admitem o avanço formal do reconhecimento da hierarquia das normas internacionais não deixam escapar as incertezas que orbitam em torno do uso do *jus cogens* como instrumento de solução de disputa. É o caso de Erika de Wet, para quem o mero reconhecimento da imperatividade da norma não garante a sua efetividade. Além disso, por enquanto, sequer estaria claro se a preemtoriedade da norma seria mesmo capaz de oferecer proteção maior do que aquela já oferecida pelo direito costumeiro ordinário e pelos tratados internacionais⁷. Apesar da divergência doutrinária, a pesquisa adota a corrente de que, sim, o *jus cogens* é norma imperativa de direito internacional, de modo que não pode ser derogada por outra norma, salvo se de mesma força imperativa⁸. A propósito, essa é a inteligência do artigo 53, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, cuja internalização deu-se pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. O *jus cogens* protege valores fundamentais da comunidade internacional, como defende Cançado Trindade⁹. Por isso, inclusive, é coerente que a norma imperativa seja considerada superior em hierarquia, quando comparada a outras normas internacionais¹⁰. Feita essa ressalva, passa-se ao segundo ponto. A pesquisa não pretende esgotar o debate que envolve a relativização da imunidade de jurisdição dos Estados para os atos de império, mas, tão somente, lançar luz sobre a importância do tema. Inclinar-se favoravelmente à mitigação não significa fechar os olhos às dificuldades que isso implicaria.

⁶ KOSKENNIEMI, Martti. International law in Europe: between tradition and renewal. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 113-124, 2005. p. 122-123.

⁷ DE WET, Erika. *Jus cogens* and obligations *erga omnes*. In: SHELTON, Dinah (org.). *The Oxford handbook of international human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. cap. 23, p. 541-561.

⁸ ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil para prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 410-435, 2014. p. 413.

⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. L'humanité comme sujet du droit international: nouvelles réflexions. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*, v. 17, n. 1, p. 13-34, jan./jun. 2019. p. 15.

¹⁰ SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. *Jus cogens*: an European concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 123-137, 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4843>>. Acesso em: 17 dez. 2020. p. 127.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.

⁵ ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil para prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 410-435, 2014. p. 423.

Considerando-se essa questão, a primeira parte do trabalho aborda a soberania, a jurisdição e as imunidades. A análise da soberania privilegia a concepção dinâmica do conceito. O exercício do poder jurisdicional, bem como os escopos da jurisdição são fundamentais para se compreender a relação entre esses três institutos. Superada essa fase, o trabalho enfrenta algumas teorias de flexibilização da imunidade de jurisdição, baseadas na pesquisa de d'Argent e Lesaffre¹¹. São elas: a Teoria da Renúncia Implícita (*the Implied Waiver Theory*), a Teoria da Hierarquia Normativa (*the Normative Hierarchy Theory*) e a Teoria do Direito ao Acesso à Justiça (*the Right to a Judge or to a Remedy Theory*). Sempre que possível, comparam-se os argumentos de cada uma dessas doutrinas com aqueles praticados pelos tribunais brasileiros. Ao final, conclui-se que há espaço para maior relativização da doutrina das imunidades, apesar da resistência dos tribunais nacionais e internacionais em adotarem esse argumento.

2 Soberania, jurisdição e imunidades

A soberania é atributo do Estado que pode ser compreendido em sua concepção interna e externa. A concepção interna, via de regra, corresponde ao conjunto de poder concentrado no soberano, que o exerce em território definido. A concepção externa, por seu turno, se refere ao trato do soberano com os seus iguais, em âmbito internacional. A doutrina também trabalha a soberania no plano ideal e no plano real. O plano ideal seria a soberania como arquétipo (ou modelo) a ser perseguido. O plano real seria o espaço de disputa de poder, aquele materializado nos conflitos, nas guerras, nas dominações, na imposição da vontade de uns em detrimento da vontade de outros¹².

Não é possível compreender a soberania como conceito estático. A análise da soberania deve ser dinâmica, para considerar os contextos históricos, as reais dinâmicas de poder e de forças de cada época. A abordagem estática equipara-se a uma fotografia, como compara

Madruga Filho. A foto é, apenas, recorte, mesmo que seja eficiente para a compreensão de determinado momento histórico. É impensável analisar-se o multilateralismo contemporâneo ou os desafios atuais no âmbito do direito processual transnacional e do comércio internacional, por exemplo, com base no conceito de soberania praticado pelos absolutistas franceses do século XVIII. A soberania como arquétipo é, também, insuficiente para a compreensão holística do Direito Internacional contemporâneo. O modelo de soberania ideal, como acontece com qualquer modelo idealizado de pensamento, não pode ser alcançado, o que prova, na dimensão real, a ineficiência desse método¹³.

A abordagem dinâmica da soberania permite compreendê-la como fenômeno em constante transformação. A análise da soberania deve considerar as variações do papel dos Estados, dos indivíduos e dos organismos internacionais no curso do tempo. Deve considerar, também, o rearranjo de poder no sistema internacional, que se apresenta ora bipolar ora multipolar. Os conceitos de bipolaridade e de multipolaridade são próprios das teorias das relações internacionais. A ordem bipolar manifesta-se quando dois polos de poder emergem e, em torno deles, orbitam os Estados que compõem o sistema internacional. Foi o que aconteceu durante a Guerra Fria, por exemplo, quando as potências Estados Unidos e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) polarizavam o mundo entre capitalismo e comunismo, entre liberalismo e marxismo, entre Ocidente e Oriente, entre economias de livre mercado e economias planificadas¹⁴. Já na ordem multipolar, existe a tendência de os Estados agirem de forma concertada, como se deu no período posterior a Era Napoleônica, por exemplo. O Concerto da Europa emergiu como uma alternativa de poder multipolar, em substituição aos ímpetus hegemônicos de Napoleão. O Concerto da Europa funcionava por meio de conferências regulares, pelas quais se buscava manter o equilíbrio de poder e a tomada de decisões conjuntas entre os países do “Clube da Europa”¹⁵. A abordagem dinâmica é a mais adequada, porque leva em consideração a distribuição mu-

¹¹ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *ius cogens* violations. In: RUYSS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633.

¹² MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 16.

¹³ MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 17.

¹⁴ HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentos de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 12.

¹⁵ BAYLIS, John; SMITH, Steve; OWENS, Patricia (org.). *The globalization of world politics: an introduction on international relations*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 43.

tável de poder entre os diversos atores internacionais, em diferentes épocas. Além disso, demonstra-se que a mitigação contemporânea no conceito não significa o abandono da soberania. Esta continua sendo princípio basilar para as relações internacionais, bem como o Estado soberano não abandona sua concepção interna de monopólio da força em território delimitado.

O dinamismo de conceitos não é privilégio da soberania. Foca-se nesta por ser objeto central da investigação aqui conduzida. Guardadas as peculiaridades de cada caso, a doutrina identifica evolução de conceitos em todas as áreas, como no campo do direito internacional humanitário e no dos direitos humanos, de que falam Nagamine e Roriz¹⁶. Tome-se Trindade¹⁷ como outro exemplo. Este sugere o abandono da *raison d'État* em favor da “razão da humanidade”, em proposta que recomenda a renúncia ao estadocentrismo em favor da humanização do Direito Internacional. Não pode ser diferente com o estudo da soberania. Este deve contemplar as transformações contemporâneas. Mudanças acontecem não apenas na concepção do exercício do poder soberano, mas, também, nos valores fundamentais cultivados pela comunidade internacional.

Essa exposição em defesa da análise dinâmica da soberania teve o objetivo de introduzir o tema, para compreender-se a relação deste com jurisdição e imunidades. “A jurisdição é o poder decorrente da soberania do Estado para julgar, apreciar litígios nos limites de seu território e de ditar as decisões a estes concernentes”¹⁸. Os assuntos se inter-relacionam, e, por isso, é pouco proveitoso tratá-los separadamente. Por exemplo, Caponi argumenta que os clássicos ingleses consideravam a jurisdição um atributo da soberania. O soberano tinha jurisdição sobre coisas e pessoas, nas esferas tanto civil quanto criminal, em relação aos limites do território. Essa ideia de jurisdição tinha como fundamento a teoria do poder¹⁹. A Teoria do Poder não tentava encontrar eventuais vínculos entre as partes ou a coisa objeto da

ação e o Estado de foro. A simples presença física de pessoa ou de bem dentro dos limites territoriais seria suficiente para o reconhecimento da jurisdição, mesmo que essa presença fosse transitória.

Se os ingleses pensavam a jurisdição por meio da Teoria do Poder, os franceses estabeleceram a jurisdição com base na nacionalidade da parte autora. É o que prevê o artigo 15 do Código Civil francês²⁰. As cortes francesas têm jurisdição para julgar o nacional francês, independentemente de ele estar dentro ou fora do território da França. Tanto para o modelo inglês quanto para o modelo francês a jurisdição era tida como exercício primário da soberania²¹. Atualmente, essa concepção incorpora direitos às partes e limites aos Estados. A preocupação com o processo justo, com o acesso à justiça e com a solução efetiva dos conflitos vem ganhando espaço no debate sobre a jurisdição em contexto transnacional²².

Se os atributos da soberania transformaram-se ou rearranjaram-se com o passar do tempo, também os atributos da jurisdição transformam-se ou rearranjam-se. Antonio Cabral reconhece a transformação da jurisdição, cujas premissas devem ser atualizadas para atenderem às aspirações das sociedades contemporâneas. Sobre essas mudanças no mundo, nos anseios da comunidade globalizada e na concepção de jurisdição, o autor afirma que:

sebbene quel che si intende per giurisdizione sia in gran misura cambiato nel corso degli anni, il tema poggia su premesse che non riescono più a rispondere alle aspirazioni delle comunità umane, né riflettono la gamma multi faccettata di funzioni che gli organi giudiziari sono sollecitati ad esercitare nello Stato di Diritto contemporaneo. In poche parole, si può dire che il mondo è radicalmente cambiato, e si continua a dire che la giurisdizione è

²⁰ O dispositivo tem a seguinte redação: «Code civil, Version en vigueur au 21 décembre 2020, Article 15, Modifié par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994: Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ». Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 21 dez. 2020.

²¹ CAPONI, Remo. Transnational litigation and elements of fair trail. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 506-549, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2015.19974>. Acesso em: 16 jul. 2020. p. 517.

²² O critério de nacionalidade para indicar a jurisdição vem sendo flexibilizado pelo próprio direito europeu, que legislou de forma distinta ao trabalhar critérios de jurisdição. A nacionalidade é considerada um critério exorbitante, por isso excepcional. Da mesma forma, o art. 21, do CPC brasileiro prevê que: “Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

¹⁶ NAGAMINE, Renata; RORIZ, João. Human rights, humanitarian law and State power. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 417-431, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6505>. Acesso em: 4 out. 2020. p. 420

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁸ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 29.

¹⁹ CAPONI, Remo. Transnational litigation and elements of fair trail. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 506-549, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2015.19974>. Acesso em: 16 jul. 2020. p. 516.

L'attività statale che persegue la giusta composizione della lite, o che applica la legge al caso concreto²³.

O estudo da jurisdição está relacionado ao processo. O processo é meio, instrumento, método para implementar o direito material e solucionar o conflito levado ao juízo. A regra processual justifica-se pela necessidade de pôr em prática o direito material. É o que diz Watanabe, quando afirma que

“o processo é [...] um instrumento de tutela efetiva dos direitos. E essa instrumentalidade, como já ficou acentuado, deve ser substancial, no sentido de preordenação do processo à missão de oferecer todos os meios necessários ao amparo efetivo e pleno dos direitos e interesses contra qualquer forma de violação ou ameaça, ou denegação da justiça”²⁴.

O fim tanto é o direito material que é necessário haver justo equilíbrio: o processo é mecanismo de concretização do direito, mas até o limite de não se tornar “embaraço à boa solução do conflito”. A instrumentalidade negativa do processo consiste em realizá-lo de modo a “impedir que as formas processuais se degenerem em obstáculos ao desempenho das metas do devido processo legal”. Já a instrumentalidade positiva do processo incumbe-lhe da realização dos escopos da jurisdição. É o uso do poder jurisdicional do Estado para garantir-se a tutela adequada e efetiva do direito material²⁵.

Se o processo é instrumento, este tem objetivos a cumprir. O ser instrumental, por si só, não basta. Dinamarco faz essa provocação, ao sugerir os escopos do processo. São eles: o escopo social, o jurídico e o político²⁶. O escopo social da jurisdição pressupõe a aplicação da lei de forma justa, com respeito aos princípios processuais fundamentais estabelecidos tanto na Constituição quanto no Código de Processo Civil (alguns exemplos, dado que não se lhes limitam: devido processo legal, contraditório e ampla defesa, juiz natural, busca pela tutela satisfativa, vedação à decisão surpresa, efetividade). O escopo social também envolve o caráter pedagógico da atividade jurisdicional. A atividade da

autoridade jurisdicional tenderia a inibir a repetição de práticas ilícitas, quando fizesse aplicar a lei exemplarmente. Além disso, corrigiria injustiças e distorções causadas por infratores da lei. O escopo jurídico consiste no poder de aplicar a lei — geral e abstrata — para solucionar o litígio — específico e concreto — levado ao judiciário. Por fim, o escopo político da jurisdição está na afirmação do poder estatal, na dedicação às liberdades públicas e na defesa dos mecanismos de participação dos cidadãos nos destinos da comunidade²⁷.

O exercício da jurisdição é uno, indivisível e inafastável. Essas características não impedem que o Direito Internacional estabeleça critérios que limitam a incidência do poder jurisdicional, principalmente quando um ente estatal julga outro ente de igual hierarquia. A inibição do exercício da jurisdição por parte do Estado nacional envolve a lógica das imunidades de jurisdição²⁸.

A fonte da imunidade de jurisdição está no encontro ou na aproximação entre o direito internacional e o direito nacional. O artigo 38(1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça lista as fontes clássicas do Direito Internacional: tratados internacionais, costumes internacionais, princípios gerais do direito e, por fim, decisões judiciais e doutrina, como meios subsidiários de interpretação e de aplicação da lei²⁹. Já no Direito interno, a imunidade de jurisdição emana dos órgãos judiciais, executivos e legislativos dos Estados³⁰. As decisões dos tribunais nacionais utilizam tanto critérios do direito externo quanto do interno para deferir ou indeferir o benefício da imunidade de jurisdição. Os órgãos executivos podem ser fontes das imunidades pelo diálogo que travam com os judiciários nacionais (em pareceres consultivos, em alinhamento de posicionamento sobre o tema etc.) e pela orientação que fixam para o corpo di-

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 38, p. 145-182, 2000. p. 170.

²⁸ JIMENEZ, Martha Lucía Olivar; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; CAMPEÃO, Paula Soares. Entre la cruz y la espada: el derecho del acceso a la justicia y las inmunidades de jurisdicción de los Estados. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 8, p. 155-169, jan./abr. 2018. p. 116.

²⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. *Organização das Nações Unidas*, 24 out. 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 02 set. 2020.

³⁰ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 46.

²³ CABRAL, Antonio. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea, et al (org.). *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini, 2016. p. 365-373. p. 365.

²⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 104.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 38, p. 145-182, 2000. p. 168.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 177.

plomático (seguidas, especialmente, nos fóruns internacionais nos quais se discutam as imunidades). O legislativo funciona como fonte ao desempenhar sua atividade típica, a criação de leis que regulamentam o instituto na jurisdição local. O legislativo, também, é palco de debate da imunidade, especialmente quando trata do assunto nas comissões parlamentares especializadas em relações exteriores.

O instituto da imunidade de jurisdição sofreu transformação com a passagem do tempo. A imunidade absoluta praticada em priscas eras deu lugar à abordagem restritiva³¹. Essa transformação não acontece apenas no âmbito do Direito Internacional. O tratamento dado às imunidades no Direito interno dos Estados pressiona a modificação do Direito Internacional³². Legislações nacionais já regulamentam a matéria em países como: EUA (1976), Reino Unido (1978), Singapura (1979, 1985), Paquistão (1981), África do Sul (1981), Canadá (1982, 2012), Malásia (1984), Maláui (1984), Austrália (1985), Argentina (1995), China (2005), Israel (2008) e Japão (2010). O Brasil passou a adotar a Teoria da Imunidade Restritiva a partir do julgamento da Apelação Cível n. 9.696-3 SP³³, quando o então ministro Francisco Rezek consagrou o entendimento de que não haveria imunidade de jurisdição para os atos de gestão dos Estados, mas tão somente para os atos de império³⁴. Essas normas domésticas e a jurisprudência confirmam a tendência de aceitação da teoria da imunidade restritiva das imunidades no costume internacional.

Apesar disso, ainda existem países que advogam pela imunidade absoluta. China, Rússia e Índia compõem o grupo de resistentes. A China assinou a Convenção das

Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e seus Bens, mas não dá sinais de que venha a adotar a imunidade restritiva (ao invés da imunidade absoluta praticada atualmente). O movimento dos países no sentido de adotarem teorias distintas demonstra que não há fonte única e universal no Direito Internacional para imunidade de jurisdição. Há, na verdade, posições que competem entre si³⁵.

Alguns Estados defendem que a imunidade de jurisdição seria questão de reciprocidade. China e Rússia usam o critério da reciprocidade para fundamentar suas normas internas. Também se valem da reciprocidade nas negociações sobre imunidade com outras nações, além de esse princípio, muitas vezes, fundamentar retaliações — esses países não reconhecem a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro que, em casos análogos, negaram-lhes o benefício. O Princípio da Reciprocidade revela-se como alternativa para fazer avançar o debate sobre o tema da flexibilização das imunidades, principalmente quando estão na mesa de debate representantes dos países mais resistentes, ainda presos à defesa da imunidade absoluta³⁶.

3 Teorias da mitigação da imunidade de jurisdição

A tensão entre, de um lado, norma imperativa de direito internacional e, de outro, o costume internacional da imunidade de jurisdição remonta há três décadas de debate. A crescente demanda pela relativização das hipóteses de imunidade encontra resistência na jurisprudência internacional, como ocorreu nos casos *Arrest Warrant* e *Jurisdictional Immunities of the State*³⁷. Isso não significa que a inércia das Cortes será duradoura.

³¹ SILVEIRA, Vinícius Assis da. Soberania e imunidade de jurisdição: da Paz de Vestfália ao presente. *Revista Vox*, n. 11, p. 72-90, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/174>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 81.

³² DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 42.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.

³⁴ SANTANA, Luiz Felipe Costa; SILVEIRA, Vinícius Assis da; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. As imunidades de jurisdição das organizações internacionais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 18, 2020, Evento Virtual. *Anais...* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. v. 18. p. 538-557.

³⁵ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 48.

³⁶ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 45.

³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2002, Haia. *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

A principal fonte da imunidade do Estado no Direito Internacional é o costume³⁸, que está sujeito à alteração do seu estado habitual pela mudança de prática dos Estados nacionais³⁹. Além disso, há uma tendência de convergência entre direito nacional e direito internacional, quando o assunto é imunidades. A aproximação facilita o processo de harmonização dos procedimentos a serem aplicados por tribunais nacionais ou internacionais, o que proporciona maior previsibilidade e segurança jurídica⁴⁰.

A Teoria Restritiva da Imunidade de Jurisdição classifica a prática dos Estados em atos de império e em atos de gestão⁴¹. A doutrina restritiva garante a imunidade para os atos de império, cujas ações se relacionam com a própria soberania do Estado⁴². No entanto, essa classificação é falha, porque garante a proteção mesmo quando o Estado viola norma peremptória do Direito Internacional. É para superar essa injustiça que se propõem algumas teorias de flexibilização da imunidade de jurisdição, tais como a Teoria da Renúncia Implícita (*the Implied Waiver Theory*), a Teoria da Hierarquia Normativa (*the Normative Hierarchy Theory*) e a Teoria do Direito ao Acesso à Justiça (*the Right to a Judge or to a Remedy Theory*). Muito embora a doutrina convirja para aceitar a necessidade de superação dos modelos herméticos de jurisdição⁴³, os tribunais nacionais e internacionais se

têm mostrado pouco inclinados ao acolhimento da flexibilização das hipóteses de imunidade de jurisdição⁴⁴.

3.1 Teoria da Renúncia Implícita

A Teoria da Renúncia Implícita (*the Implied Waiver Theory*) surgiu nos EUA, no início dos anos 1990. A legislação estadunidense — *The American Foreign Sovereign Immunity Act* (US FSIA)⁴⁵ — assegura a imunidade de jurisdição aos Estados, com as hipóteses de exceção delimitadas expressamente. A lei estadunidense adota a imunidade restritiva. No caso *Siderman de Blake and other versus Argentina and others*⁴⁶, o tribunal local reconheceu a imunidade de jurisdição ao demandado, sob o argumento de que o US FSIA não trouxe a afronta à norma peremptória como hipótese de exceção à regra geral do benefício. A Teoria da Renúncia Implícita surge como tentativa de dar nova interpretação ao US FSIA. Solução proposta pelos apelantes: a renúncia ao benefício da imunidade de jurisdição pode ser explícita, mas, também, poderá ser implícita. O Estado que afronta norma internacional peremptória estaria implicitamente renunciando à imunidade de jurisdição. As normas *jus cogens* são conquistas civilizatórias. O Estado que age contra o avanço civilizacional não poderia ser beneficiado com a imunidade de jurisdição⁴⁷.

As normas imperativas reúnem os valores máximos escolhidos pela comunidade internacional para serem

³⁸ TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira*: competência internacional e imunidade de jurisdição. Salvador: Ed. Jus Podium, 2019. p. 281.

³⁹ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 614.

⁴⁰ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 60.

⁴¹ ORAKHELASHVILI, Alexander. Jurisdictional immunity of states and general law - explaining the *jus gestionis* v. *jus imperii* divide. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 6, p. 105-124. p. 107.

⁴² SILVEIRA, Vinícius Assis da. Soberania e imunidade de jurisdição: da Paz de Vestfália ao presente. *Revista Vox*, n. 11, p. 72-90, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/174>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 82.

⁴³ DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. JIMENEZ, Martha Lucía Olivar; MOSCHEN, Valesca

Raizer Borges. Las inmunidades de Estado extranjero en la pauta del judiciário brasileño: avances y desafíos. *Derecho y Cambio Social*, v. 10, n. 33, 2013. MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; MARCELLINO, Helder. Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: apontamentos sobre o “judgement project” da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 18, n. 2, p. 291-319, 2017.

⁴⁴ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 615.

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Sovereign Immunities Act (US FSIA), 28 US Code, Part IV, Chapter 97, §1604. 21 oct. 1976.

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 965 F.2d 699 (1992), 1992, *Siderman de Blake and others v. Argentina and others*. Disponível em: https://www.refworld.org/cases,USA_CA_9,56d6bf794.html. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁷ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 617.

protegidos. A própria imunidade de jurisdição é um princípio caro aos Estados nacionais; encontra-se incluída nesses valores máximos perseguidos por todos. Nesse sentido, a afronta ao *jus cogens* seria ataque a todo o agregado de conquistas e de avanços. Os idealizadores da Teoria da Renúncia Implícita argumentam que não faria sentido favorecer o Estado que afronta a civilização organizada (ao ferir normas imperativa) com as conquistas dessa mesma civilização (ao gozar da imunidade de jurisdição). O ataque a normas peremptórias seria, ele mesmo, comprovação de que aquele ente não adere mais ao conjunto normativo internacional. Se o Estado não está disposto a cumprir com os seus deveres comunitários, impostos pelo direito internacional, também não poderá se beneficiar com os direitos consagrados dentro por essa comunidade.

Tribunais estadunidenses enfrentaram os argumentos da teoria da renúncia implícita em outras oportunidades: no caso *Pinez versus Federal Republic of Germany*⁴⁸ e no caso *Smith versus Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*⁴⁹. Os juízes do caso *Pinez* entenderam que o apelante não conseguiu provar que o apelado teria renunciado à imunidade intencionalmente, mesmo que de forma implícita. Já os juízes do caso *Smith* foram mais adiante. Argumentaram que, se fosse possível a aplicação da Teoria da Renúncia Implícita das imunidades, o legislador teria sido expresso no texto da US FSIA. Se, no caso *Pinez*, o tribunal deixou parecer que seria possível aplicar a teoria desde que houvesse prova da renúncia, implícita ou explicitamente, no caso *Smith*, a corte enunciou a sua inaplicabilidade sob os auspícios da US FSIA⁵⁰.

3.2 Teoria da Hierarquia Normativa

A Teoria da Hierarquia Normativa considera as normas *jus cogens* como hierarquicamente superiores às demais normas de Direito Internacional. Essa característica faria com que ela tivesse preferência quando em conflito com outras normas internacionais. É o caso das imunidades. As normas *jus cogens* prevaleceriam, se eventual ato de império do Estado as afrontasse. A norma imperativa teria preferência à norma das imunidades, por ser superior hierarquicamente. D'Argent e Lesaffre lembram que, como regra, as normas consideradas *jus cogens* são inderrogáveis. Somente admitem modificação por outras de mesmas características. Os autores introduzem o seguinte argumento, o qual justificaria a prevalência hierárquica das normas imperativas:

[...] considering that *jus cogens* norms are 'norm[s] from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character', they stand at the highest position in the international normative hierarchy and prevail over any conflicting suppletive norm, including — it is argued — immunity rules⁵¹.

A natureza imperativa das normas *jus cogens* seria forte o suficiente para impor restrições à soberania dos Estados. Se entendidas como normas de ordem natural, formadas pela convergência de valores, pelas conquistas civilizacionais, deveriam ser normas seguidas pelos participantes da comunidade internacional, independentemente de concordância com os seus termos. Seria o seu caráter impositivo que colocaria a norma *jus cogens* em hierarquia superior aos costumes e aos tratados internacionais ordinários⁵².

A tese da hierarquia normativa encontra espaço em tribunais estrangeiros, tais como nos italianos. O caso *Ferrini*⁵³ tornou-se emblemático por isso. Luigi Ferrini,

⁴⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. 26 F. 3d 1166, 1994, *Hugo Pinez v. Federal Republic of Germany*. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-caDC-93-07006/pdf/USCOURTS-caDC-93-07006-0.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Eastern District of New York. 886 F. Supp. 306 (E.D.N.Y. 1995), 1995, *Bruce Smith v. The Socialist People's Libyan Arab Jamahirija et al.* Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/886/306/1796548/>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁵⁰ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 616.

⁵¹ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 617.

⁵² SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. *Jus cogens*: an European concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 123-137, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4843>. Acesso em: 17 dez. 2020. p. 124.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2012, Haia. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*. Disponível em: <http://ajee-journal>.

nacional italiano, foi capturado em 1944, durante a Segunda Guerra Mundial, e levado para a Alemanha. As forças armadas alemãs submetem-no a trabalho forçado no Campo de Kahla, até o final da guerra. Ferrini moveu ação contra a República Federal da Alemanha, em 23 de setembro de 1998, perante o tribunal de Arezzo (*Tribunale di Arezzo*), na Itália, exigindo a reparação pelos danos sofridos enquanto esteve sob o poder do Reich. As instâncias inferiores reconheceram a imunidade de jurisdição da Alemanha, até que o caso chegou à Corte de Cassação Italiana (*Corte di Cassazione*). A Corte de Cassação decidiu que a jurisdição italiana poderia, sim, conhecer da ação de reparação de danos proposta pelo sr. Luigi Ferrini. A imunidade de jurisdição deveria ser afastada, porque o ato incriminado constitui crime internacional (afrenta gravíssima ao direito internacional humanitário). A imunidade de jurisdição não possui caráter absoluto, de modo que não poderia ser invocada por Estado que tenha cometido crime dessa gravidade⁵⁴.

Entre avanços e retrocessos, a Alemanha levou o caso à Corte Internacional de Justiça, onde conseguiu reverter o julgamento. A CIJ entendeu que a natureza dos atos praticados pelo Reich, se de crime de guerra ou se de crime contra a humanidade, não afetaria o seu direito à imunidade. Em verdade, a Corte entendeu que eram os tribunais italianos que deveriam reconhecer a imunidade ao Estado alemão, sob pena de se caracterizar afronta italiana ao direito internacional costumeiro, ao qual a Itália deve respeito⁵⁵. A Teoria da Hierarquia Normativa pressupõe que haja conflito entre normas de hierarquias distintas. Os juízes da Corte entenderam que a aplicação dessa teoria no caso *Ferrini* seria incorreta, porque sequer existe conflito de norma inferior com norma superior. As normas *jus cogens* têm natureza material (*substantive jus cogens norms*), enquanto as de imunidade possuem natureza processual (*procedural immunity rules*), isto é, os escopos das normas são diferentes. Reconhecer a imunidade de jurisdição não significa, na

perspectiva da CIJ, negar a gravidade dos atos praticados pelos nazistas. Quer dizer, apenas, que aquele determinado tribunal nacional não tem jurisdição para julgar o Estado estrangeiro⁵⁶. O principal argumento para se refutar essa teoria é, justamente, o de que não existe hierarquia entre o *jus cogens* e a imunidade de jurisdição.

3.3 Teoria do Acesso à Justiça (the right to a judge or to a remedy theory)

A Teoria do Acesso à Justiça (*the Right to a Judge or to a Remedy Theory*) complementa o arcabouço teórico que defende a flexibilização da imunidade de jurisdição. O argumento é o seguinte: existe prejuízo ao acesso à justiça da parte, quando o tribunal nacional limita o seu poder jurisdicional e reconhece a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro⁵⁷. A postura priva o indivíduo prejudicado de se socorrer da jurisdição nacional para reparação do dano, bem como impede que ele acesse a remédio processual eficiente.

Vale lembrar que o direito de acesso à justiça possui *status* de norma imperativa do direito internacional, como ressalta a jurisprudência internacional. A natureza imperativa do acesso à justiça encontra fundamento em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Transcrevemos, abaixo, passagem da decisão proferida no caso *Caso Goiburú e outros versus Paraguai*, de 2006:

de manera consecuente con lo anterior, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales – del Estado - y particulares –penales de sus agentes o particulares–, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad

com/upload/attaches/att_1551010885.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2012, Haia. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*. Disponível em: http://ajec-journal.com/upload/attaches/att_1551010885.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020. p. 113-114.

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2012, Haia. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*. Disponível em: http://ajec-journal.com/upload/attaches/att_1551010885.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020. p. 145.

⁵⁶ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 620.

⁵⁷ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 620.

esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo⁵⁸.

Alçar o acesso à justiça ao patamar de norma imperativa não é evento isolado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A seguir, apresenta-se a consolidação do entendimento no *voto razonado del juez* Antônio Augusto Cançado Trindade, no caso *Caso López Álvarez versus Honduras*:

en los **Informes** que presenté, como entonces Presidente de la Corte Interamericana, a los órganos competentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA), e.g., los días 19.04.2002 y 16.10.2002, sostuve mi entendimiento en el sentido del amplio alcance del derecho de acceso a la justicia a nivel internacional, del derecho de acceso a la justicia **lato sensu**. Tal derecho no se reduce al acceso formal, **stricto sensu**, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, **lato sensu**, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia **realización** de la justicia. Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana). Como me permití señalar en una obra reciente, podemos aquí visualizar un verdadero **derecho al Derecho**, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico — a niveles tanto nacional como internacional — que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana⁵⁹.

Os avanços na consolidação de princípios do acesso à justiça são inegáveis no âmbito internacional. A construção teórica em torno de direitos fundamentais da

⁵⁸ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006a, São José, Costa Rica. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2020. p. 75 (destaques do autor).

⁵⁹ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006b, São José, Costa Rica. *Caso López Álvarez vs. Honduras (voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2020. p. 16, parágrafos 51 e 52 (destaques do autor).

pessoa humana, dentre eles o direito de buscar o direito e o direito de ser ouvido pelo Estado-juíz, encontra proteção robusta tanto nas Cartas constitutivas de Cortes Internacionais (a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos)⁶⁰ como na jurisprudência desses tribunais. Apesar dos avanços, a Teoria do Acesso à Justiça (*the right to a judge or to a remedy theory*) não prevalece, quando em confronto com a imunidade de jurisdição dos Estados. Por exemplo, no caso *Al-Adsani versus Reino Unido*⁶¹ e no caso *Kalogeropoulou e outros versus Grécia e Alemanha*⁶², a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que o benefício da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro não constituiria restrição desproporcional ao direito de ter acesso ao juíz. No caso *Waite and Kennedy versus Alemanha*⁶³, a Corte deixa claro que, se há a possibilidade de a parte prejudicada reclamar perante a jurisdição do Estado infrator, não haveria desproporcionalidade na restrição advinda da concessão da imunidade de jurisdição⁶⁴.

A visão mais favorável aos Estados prevalece na jurisprudência, quando há confronto entre o acesso à justiça e a imunidade de jurisdição. Essa prevalência acontece, mas não sem resistência. Existem vozes dissonantes, como a da Corte de Primeira Instância de Florença, no julgamento do caso *Alessi e outros versus Alemanha e presidente do Conselho de Ministros da República Italiana*⁶⁵. A Corte entendeu que há dispositivo na Cons-

⁶⁰ OLIVEIRA FILHO, Márcio Antônio; OLIVEIRA, Ana Carolina Portes de; CHAVES, Jéssica Galvão *et al.* A contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à justiça qualitativo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 211-224, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2718>. Acesso em: 17 dez. 2020. p. 214.

⁶¹ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom (Application n. 35763/97)*. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3fe6c7b54.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶² CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 2009, *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany (Application n. 59021/00)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23539>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶³ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 1999, *Waite and Kennedy v. Germany (Application n. 26083/94)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58912>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶⁴ D'ARGENTI, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUYSS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 621.

⁶⁵ ITÁLIA. Corte de Primeira Instância (Florença), 2014, *Alessi e outros v. Alemanha e Presidência do Conselho de Ministros da República Italiana (Order n. 85/2014)*. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/>

tuição italiana, o artigo 24, que prevê “insuprimível garantia de proteção jurisdicional”⁶⁶.

O debate sobre a imunidade de jurisdição está em voga no Brasil, em função do julgamento do caso *Changri-lá*⁶⁷. *Changri-lá* era o nome de uma embarcação civil afundada por submarino alemão, no litoral do estado do Rio de Janeiro, em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial. O julgamento desse caso é importante, porque o Brasil não tem uma legislação específica para regulamentar a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro. É a jurisprudência que delimita a aplicação do tema internamente. A Teoria da Imunidade de Jurisdição Absoluta do Estado prevalecia no direito brasileiro. Com o julgamento do caso *Genny de Oliveira* (Apelação Cível 9.696-3 SP)⁶⁸, no início da década de 1990, o Supremo Tribunal Federal incorporou a Teoria Restritiva das Imunidades. A partir do voto do ministro Francisco Rezek, no caso *Genny de Oliveira*, a ação dos Estados deveria ser classificada em atos de gestão e em atos de império. A jurisprudência do Supremo passou a entender que os atos de gestão não estariam abarcados pela imunidade de jurisdição. No entanto, a imunidade de jurisdição para os atos de império permaneceria absoluta⁶⁹, mesmo que houvesse afronta à norma imperativa de direito internacional⁷⁰.

Os casos *Genny de Oliveira* e *Changri-lá* têm em comum a seguinte característica: autores nacionais que de-

mandam, na justiça brasileira, ações para reparação de danos em face de Estado soberano estrangeiro violador do Direito Internacional imperativo. O julgamento do ARE 954858 RG/RJ (caso *Changri-lá*) surge como nova oportunidade para reformulação da jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal reconheceu o “alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro” como tema de direito constitucional, “digno de submissão à sistemática de repercussão geral”. A tese do julgamento será fixada desde o seguinte tema: “Tema 944 – Alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana”⁷¹. Não se pretende, neste artigo, esgotar o debate do tema, mas : um dos argumentos que o tribunal deverá enfrentar é o do artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988. O dispositivo prevê o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Guardadas as devidas proporções e as peculiaridades de cada sistema, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição se assemelha à “insuprimível garantia de proteção jurisdicional” italiana. Pode-se concluir, assim como o fez a Corte de Primeira Instância de Florença, que invocar a imunidade de jurisdição para se evitar a punição de graves violações de direitos humanos significa, na prática, afastar o direito do jurisdicionado; é privá-lo do direito de ter acesso à justiça.

3.4 Outros argumentos

Existem outras teses que fundamentam a possibilidade de afastamento da imunidade de jurisdição dos Estados, quando há afronta à norma imperativa de direito internacional. Inclusive, existe entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio do qual se reconhece o afastamento da imunidade de jurisdição como sanção ou contramedida, a ser imposta contra Estado patrocinador de terrorismo. Damrosch faz o seguinte comentário sobre a postura da Suprema Corte:

certain States have denied immunity in their national legal systems in respect of foreign States that are alleged to have committed the most grievous breaches of international law, such as grave human rights violations or sponsorship

view/10.1093/law:ildc/2725it14.case.1/law-ildc-2725it14. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶⁶ D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *jus cogens* violations. In: RUYTS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633. p. 622 (tradução nossa).

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 954858 RJ. Karla Christina Azere do Venâncio da Costa e outro e República Federal da Alemanha. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 maio 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 maio 2017.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário 110 RJ. Paulo Cezar Alves da Silva e OUTROS e República Federal da Alemanha. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 11 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 set. 2012.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 954858 RJ. Karla Christina Azere do Venâncio da Costa e outro e República Federal da Alemanha. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 maio 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 maio 2017.

of terrorist acts. Denial of immunity in such circumstances could arguably be justified as a sanction or countermeasure against another State's unlawful act. The US Supreme Court considered that a new exception to immunity for certain claims against States designated as sponsors of terrorism 'was intended as a sanction, to punish and deter undesirable conduct. Stripping the immunity that foreign sovereigns ordinarily enjoy is as much a sanction as eliminating bilateral assistance or prohibiting export of munitions'⁷².

Outro exemplo vem do Canadá, que também admite a relativização da imunidade de jurisdição como medida para proteção de vítimas de atentados terroristas. O *Justice for Victims of Terrorism Act*⁷³, de 2012, autoriza que vítimas de terrorismo, por exemplo, promovam as respectivas ações indenizatórias contra os Estados patrocinadores do crime, perante os tribunais domésticos⁷⁴. Mesmo assim, é preciso reconhecer que a legislação canadense não oferece solução para o problema que envolve, de um lado, a norma *jus cogens*, e, de outro, a imunidade de jurisdição dos Estados. Por exemplo, os agentes de Estado que praticam tortura ferem norma imperativa de Direito Internacional. No entanto, apesar de reconhecerem a proscrição da prática, os tribunais canadenses não a consideram motivo suficiente para autorizar o levantamento da imunidade de jurisdição, nas hipóteses de "persecução civil da responsabilização e reparação do dano"⁷⁵. Os casos *Schreiber versus Canada*⁷⁶ e *Bouzari versus Iran*⁷⁷ consagram esse entendimento.

⁷² DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60. p. 46.

⁷³ CANADA. Justice for Victims of Terrorism Act. *Statutes of Canada 2012, c. 1, s. 2*, 13 mar. 2012. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/j-2.5/FullText.html>. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁷⁴ STEWART, David P. Immunity and terrorism. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 33, p. 651-669. p. 656.

⁷⁵ ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil para prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 410-435, 2014. p. 418.

⁷⁶ CANADA. Canadian Supreme Court. 2002 SCC 62, 2002, *Schreiber v. Canada (Attorney General)*. Case n. 28453. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2003/1/document.do>. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁷⁷ CANADA. Court of Appeal for Ontario. CanLII 871 (ON CA), 2004, *Bouzari v. Iran*. Case n. 38345. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2004/2004canlii871/2004canlii871.html#document>. Acesso em: 17 dez. 2020.

4 Considerações finais

A imunidade de jurisdição dos Estados para atos de império é, atualmente, um dos temas centrais do direito internacional. No Brasil, o foco é ainda mais intenso, por conta do julgamento do ARE 954858 RG/RJ. Soberania, jurisdição, princípios constitucionais do processo civil e inúmeros outros assuntos orbitam em torno do tema das imunidades. Essa interdisciplinaridade contribui para tornar o debate em torno da imunidade de jurisdição ainda mais instigante.

Setores da doutrina defendem a flexibilização das regras de imunidade de jurisdição dos Estados, para além daqueles previstos pela teoria restritiva. Argumenta-se que o Estado que afronta norma imperativa de Direito Internacional não poderia ser privilegiado pelo instituto da imunidade de jurisdição, mesmo que a natureza da ação infratora seja de ato de império. Este artigo trouxe alguns desses argumentos para o debate. O primeiro passo é reconhecer a característica dinâmica da soberania. Isto é importante, porque, resumidamente, a soberania é fundamento da imunidade de jurisdição. Ao reformular-se as concepções basilares da soberania (sem abandoná-la ou negá-la, frisa-se), é certo que toda a estrutura que dela se desenvolve também se rearranja.

A análise dinâmica da soberania fornece o arcabouço teórico por meio do qual se pode partir para fundamentar a mitigação das hipóteses de imunidade de jurisdição dos Estados, com base nas três teorias analisadas, a saber, a Teoria da Renúncia Implícita (*the Implied Waiver Theory*), a Teoria da Hierarquia Normativa (*the Normative Hierarchy Theory*) e a Teoria do Direito ao Acesso à Justiça (*the Right to a Judge or to a Remedy Theory*). Há resistência dos tribunais nacionais ou internacionais em aceitarem as proposições advindas dessas teses. Mesmo assim, existem iniciativas de transformação, como demonstra o próprio caso Luigi Ferrini, ou mesmo o caso *Changri-lá*, que pode marcar uma nova era das imunidades de jurisdição no Brasil. Ainda não é possível saber como o tema evoluirá, mas, como lembra Édipo, "o tempo onipotente abate tudo mais".

Advoga-se a ampliação das hipóteses de levantamento das imunidades de jurisdição, mas não de modo indiscriminado. Os desafios que a relativização das imunidades impõe são muitos e deverão ser enfrentados em trabalhos futuros. Pode-se citar, por exemplo, o risco de banalização das hipóteses de exceção à imunidade de ju-

risdição. A intenção dos argumentos apresentados neste trabalho não é a de diminuir a importância do instituto das imunidades, mas, tão somente, a de problematizá-lo nas hipóteses em que a sua aplicação afronta norma imperativa de Direito Internacional. Da mesma forma com que foram temperadas as hipóteses de cabimento das imunidades no passado (como no caso da incorporação das teorias de atos de gestão e de atos de império, por exemplo), o Direito Internacional contemporâneo exige reformulação do instituto das imunidades de jurisdição, para atender aos anseios da sociedade atual.

Referências

- ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil para prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 410-435, 2014.
- BAYLIS, John; SMITH, Steve; OWENS, Patricia. (org.). *The globalization of world politics: an introduction on international relations*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.696-3 SP. Genny de Oliveira e Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 31 maio 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 out. 1990.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário 110 RJ. Paulo Cezar Alves da Silva e OUTROS e República Federal da Alemanha. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 11 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 set. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 954858 RJ. Karla Christina Azeredo Venâncio da Costa e outro e República Federal da Alemanha. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 maio 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 maio 2017.
- CABRAL, Antonio. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea *et al* (org.). *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini, 2016. p. 365-373.
- CANADA. Canadian Supreme Court. 2002 SCC 62, 2002, *Schreiber v. Canada (Attorney General)*. Case n. 28453. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2003/1/document.do>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- CANADA. Court of Appeal for Ontario. CanLII 871 (ON CA), 2004, *Bouzari v. Iran*. Case n. 38345 Disponível em: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2004/2004canlii871/2004canlii871.html#document>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- CANADA. Justice for Victims of Terrorism Act. *Statutes of Canada 2012, c. 1, s. 2*, 13 mar. 2012. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/j-2.5/Full-Text.html>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- CAPONI, Remo. Transnational litigation and elements of fair trail. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 506-549, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2015.19974>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 1999, *Waite and Kennedy v. Germany (Application n. 26083/94)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58912>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom (Application n. 35763/97)*. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3fe6c7b54.html>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 2009, *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany (Application n. 59021/00)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23539>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. *Organização das Nações Unidas*, 24 out. 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 02 set. 2020.
- D'ARGENT, Pierre; LESAFFRE, Pauline. Immunities and *ius cogens* violations. In: RUYTS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 31, p. 614-633.

- DAMROSCH, Lori Fisler. The sources of immunity law – between international and domestic law. In: RUYTS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 3, p. 40-60.
- DE WET, Erika. *Jus cogens* and obligations *erga omnes*. In: SHELTON, Dinah (org.). *The Oxford handbook of international human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. cap. 23, p. 541-561.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Sovereign Immunities Act (US FSIA), 28 US Code, Part IV, Chapter 97, §1604. 21 oct. 1976.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 965 F.2d 699 (1992), 1992, *Siderman de Blake and others v. Argentina and others*. Disponível em: https://www.refworld.org/cases,USA_CA_9,56d6bf794.html. Acesso em: 20 out. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. 26 F. 3d 1166, 1994, *Hugo Pinez v. Federal Republic of Germany*. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-caDC-93-07006/pdf/USCOURTS-caDC-93-07006-0.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Eastern District of New York. 886 F. Supp. 306 (E.D.N.Y. 1995), 1995, *Bruce Smith v. The Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya et al.* Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/886/306/1796548/>. Acesso em: 20 out. 2020.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentos de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- INCERTI, Fabiano. *O visível e o sonoro em Édipo-Rei: uma análise foucaultiana*. 2013. 152 f. (Doutorado em Filosofia) - Curso de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2013.
- ITÁLIA. Corte de Primeira Instância (Florença), 2014, *Alessis e outros v. Alemanha e Presidência do Conselho de Ministros da República italiana (Order n. 85/2014)*. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/ildc/2725it14.case.1/law-ildc-2725it14>. Acesso em: 20 out. 2020.
- JIMENEZ, Martha Lucía Olivari; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Las inmunidades de Estado extranjero en la pauta del judiciário brasileño: avances y desafíos. *Derecho y Cambio Social*, v. 10, n. 33, 2013.
- JIMENEZ, Martha Lucía Olivari; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; CAMPEÃO, Paula Soares. Entre la cruz y la espada: el derecho del acceso a la justicia y las inmunidades de jurisdicción de los Estados. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 8, p. 155-169, jan./abr. 2018.
- KOSKENNIEMI, Martti. International law in Europe: between tradition and renewal. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 113-124, 2005.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; MARCELINO, Helder. Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: apontamentos sobre o “judgement project” da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 18, n. 2, p. 291-319, 2017.
- NAGAMINE, Renata; RORIZ, João. Human rights, humanitarian law and State power. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 417-431, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6505>. Acesso em: 4 out. 2020.
- OLIVEIRA FILHO, Márcio Antônio; OLIVEIRA, Ana Carolina Portes de; CHAVES, Jéssica Galvão *et al.* A contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à justiça qualitativo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 211-224, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2718>. Acesso em: 17 dez. 2020.

- ORAKHELASHVILI, Alexander. Jurisdictional immunity of states and general law - explaining the *jus gestionis* v. *jus imperii* divide. In: RUYS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 6, p. 105-124.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2002, Haia. *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. 2012, Haia. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*. Disponível em: http://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1551010885.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2006a, São José, Costa Rica. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2006b, São José, Costa Rica. *Caso López Álvarez vs. Honduras (voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.
- POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- SANTANA, Luiz Felipe Costa; SILVEIRA, Vinícius Assis da; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. As imunidades de jurisdição das organizações internacionais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 18, 2020, Evento Virtual. *Anais...* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. v. 18. p. 538-557.
- SILVEIRA, Vinícius Assis da. Soberania e imunidade de jurisdição: da Paz de Vestfália ao presente. *Revista Vox*, n. 11, p. 72-90, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/174>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- SÓFOCLES. Édipo em Colono: uma tragédia grega. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora Ltda., 1990. eBook Kindle.
- SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. *Jus cogens*: an European concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 123-137, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4843>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- STEWART, David P. Immunity and terrorism. In: RUYS, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (org.). *The Cambridge handbook of immunities and international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. cap. 33, p. 651-669.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 38, p. 145-182, 2000.
- TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: Ed. Jus Podium, 2019.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. L'humanité comme sujet du droit international: nouvelles réflexions. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*, v. 17, n. 1, p. 13-34, jan./jun. 2019.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The immunity of international organizations in labour disputes. Developments before international tribunals, national courts and the colombian jurisdiction

A imunidade das organizações internacionais em controvérsias trabalhistas. Desenvolvimentos perante tribunais internacionais, cortes nacionais e na jurisdição colombiana

Walter Arévalo-Ramirez
Ricardo Abello-Galvis

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES

The immunity of international organizations in labour disputes. Developments before international tribunals, national courts and the colombian jurisdiction*

A imunidade das organizações internacionais em controvérsias trabalhistas. Desenvolvimentos perante tribunais internacionais, cortes nacionais e na jurisdição colombiana

Walter Arévalo-Ramírez**

Ricardo Abello-Galvis***

* Recebido em 20/10/2020
Aprovado em 13/07/2021

** Principal Professor of Public International Law at the Universidad del Rosario Law School in Bogotá, Colombia, and PhD Summa cum laude. Professor of International Law at the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs (Colombia). He has held posts as visiting researcher at The Hague University of Applied Sciences; the Arctic University of Norway (JCLOSE Center for the Law of the Seas) and at the iCourts Center, University of Copenhagen, and as Tutor in The Hague Academy of International Law. Member of the editorial board of the ACIDI – Colombian Yearbook of International Law, Secretary General of the Colombian Academy of International Law and Director of the Latin American Network of International Law Journals. Co-Director of the International Law postgraduate program at Universidad del Rosario (Colombia).

Email: walter.arevalo@urosario.edu.co

*** Principal Professor of Public International Law at the Universidad del Rosario Law School in Bogotá, Colombia. He is a member of the National Group of the Permanent Court of Arbitration and acted as agent for Colombia before the Inter-American Court of Human Rights (Advisory Opinion No. 23). Director and Editor of the ACIDI – Colombian Yearbook of International Law. He holds visiting posts at the Nanterre University (France), Louvain-la-Neuve (Belgium), Westminster (London), American University (Washington), Alfonso X (Madrid), IIESFORD (El Salvador) and the Diplomatic Academy (Colombia). Director of the International Humanitarian Law and Human Rights postgraduate program at Universidad del Rosario (Colombia).

Email: ricardo.abello@urosario.edu.co

Abstract

The article aims to analyze and explain the recent developments and challenges regarding the jurisdictional immunity of international organizations in labour disputes, both by international and national courts, concluding with remarks on the experience of the Colombian case law in the matter. The article uses both case-law review and comparative law methodologies to first explain the main differences between diplomatic immunity and the immunity of international organizations regarding labour disputes, then, it describes the current legal trends regarding the applicable law to labour relations between international organizations and individuals, and the challenges to the immunity of the organization when disputes arise. The article develops the modern trend of requiring the organization to activate internal dispute resolution mechanisms to uphold its immunity before national courts. The article argues that there is an incomplete reception of the principles governing the immunity of international organizations by recent Colombian case law and that frequently, constitutional judges confuse the sources that regulate diplomatic immunity with the sources that regulate the immunity of international organizations. The article concludes that although international case law over the past decade widely recognizes functional immunity and jurisdictional immunity as the governing law in international organizations, it is still a controversial topic that has demanded fast developments regarding the applicable law, the differences with diplomatic immunity as understood by local authorities (expanding on the example of Colombia) and the design of innovative dispute resolution mechanisms within international organizations.

Keywords: Immunity of international organizations; Diplomatic immunity; Host State; national officials; functional immunity. labour disputes.

Resumo

O artigo tem como objetivo analisar e explicar os desenvolvimentos e desafios recentes em relação à imunidade jurisdicional das organizações internacionais em conflitos trabalhistas, tanto por tribunais internacionais como nacionais, finalizando com observações sobre a experiência da jurisprudência colombiana no assunto. O artigo usa tanto a revisão da jurisprudência quanto as metodologias de direito comparado para primeiro explicar as principais diferenças entre a imunidade diplomática e a imunidade das organizações internacionais em relação a disputas trabalhistas; em seguida, descreve as tendências atuais em relação ao direito aplicável às relações de trabalho entre organizações internacionais e indivíduos e os desafios à imunidade da organização quando surgem controvérsias. O artigo explora a tendência moderna de exigir que a organização ative mecanismos internos de solução de controvérsias para manter sua imunidade perante os tribunais nacionais e, por fim, o artigo estuda a recepção incompleta dos princípios que regem a imunidade das organizações internacionais pela recente jurisprudência colombiana. O artigo conclui que, embora a imunidade funcional e a imunidade jurisdicional sejam amplamente reconhecidas como o direito que rege as organizações internacionais na jurisprudência internacional da última década, ainda é um tema polêmico que exigiu rápido desenvolvimento em relação ao direito aplicável aplicável, as diferenças com imunidade diplomática compreendida pelas autoridades locais (ampliando o exemplo da Colômbia) e o desenho de mecanismos inovadores de resolução de controvérsias nas organizações internacionais.

Palavras-chave: Imunidade de organizações internacionais; Imunidade diplomática; Estado anfitrião; Funcionários nacionais; Imunidade funcional; Disputas trabalhistas

1 Introduction

The present article seeks to explain the recent developments and challenges regarding the jurisdictional immunity of international organizations in labour disputes, both by international and national courts, concluding with remarks concerning the experience of Colombian case law in the matter.

The starting point for this analysis, is defining the scope of the conventional nature¹ and scope of the immunity of international organizations and its differences with diplomatic immunity, along with the different nature of their exemptions and waivers. Furthermore, the article defends the non-applicability of the distinction between acts *iure imperii* and acts *iure gestionis* to international organizations as a defense to their immunity in labour disputes. The methodology uses comparative case law of both international and national tribunals and the article studies the principal differences between diplomatic immunity and functional immunity of international organizations in their labour relations with foreign and national citizens from the host State, arising from international practice.

To fully comprehend the current challenges² that international organizations face with the courts of their host States and their employees, the article studies the legal nature of labour relations between international organizations and their staff, its applicable law, the dispute resolution mechanisms to which they are subjected and the grounds for upholding or waiving immunity in those situations, the article also analyzes modern examples of the Staff Regulations, the Constitutive Treaties and the available case law both from international courts and human rights court that have studied the issue, concluding with a review of the current standards in the matter.

Although the article reviews international case law from several courts and national case law from different States in the matter, the article extends its remarks on the Colombian case law regarding immunities of international organizations in labour disputes, a very particular case of judicial misapplication³ where national jud-

¹ An historical approach to the nature of international organizations is necessary to complement the legal study of their conventional, treaty-based nature, for a historical inquiry on international organizations, See. MACKENZIE, David Clark. *A world beyond borders: An introduction to the history of international organizations*. University of Toronto Press, 2010.

² This article analyses the proposed issues from the perspective of immunity as an institution of public international law. For a recent study of the same topic as an issue of human rights, See. WEBB, Philippa. The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma?. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 3, p. 745-767, 2016.

³ The present article analyzes immunities regarding labour disputes in the Colombian case law and is a product of the research line on international law and tribunals of the international research group of the Law Faculty of Universidad del Rosario, Colombia. For a

ges have confused the sources that regulate diplomatic immunity, with the conventional sources that in every singular organization, define the extent of the immunities of international organizations, and as a consequence, have applied the wrong exemptions to each type of immunity.

2 The conventional nature and scope of the immunity of international organizations and its differences with diplomatic immunity, exemptions, and waivers.

The immunity of international organizations is a legal prerequisite to freely and effectively exercise their object and purpose and their particular functions at the international level, both in the territory of the States Parties and especially in their relations with national authorities in the territory of the host State. The immunities granted to international organizations in their constitutive treaties and host State agreements exist to prevent local interference with their goals, which have been designed by the States Parties themselves, and seek to protect the international organizations from obstacles that may come from their day-to-day relations with legislative, judicial or executive powers of a State that voluntarily or circumstantially might want to truncate the goal-approached activity of the organization, thus affecting the fulfillment of its object and purpose and the activities of its organs and officials, and in consequence, violate their constitutive treaty.⁴

In the Latin American context, following the global trend to grant functional immunity to international organizations in their constitutive treaties⁵, the notion

previous article, part of the same research that analyzes the way in which Colombian judges have interpreted their jurisdiction regarding State immunities, immunities of international organizations and diplomatic immunities, in any types of disputes involving nationals, See. ABELLO-GALVIS, Ricardo, ARÉVALO RAMÍREZ, Walter. La inmunidad de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios cuando son nacionales del Estado sede. Diferencias con la inmunidad diplomática y experiencias de la jurisprudencia internacional y colombiana. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XXI, 2021

⁴ EVANS, Malcolm. *International Law*. Fifth Edition. Oxford, 2018.

⁵ TEFAGABIR, Kibrom. The state of functional immunity of international organizations and their officials and why it should be streamlined. *Chinese Journal of International Law*, v. 10, n. 1, p. 97-128,

that the immunity of international organizations and its scope is a matter of their constitutive treaty and is functional to their object and purpose, has been reflected in the regional framework of organizations such as the OAS, through organizational bodies tasked with documenting the international practice of the States of the region. Regarding the purpose and existence of functional jurisdictional immunity, the Inter-American Judicial Committee (Comité Jurídico Interamericano⁶) in its report on immunities of international organizations, has evidenced the regional trend as a guideline for States. As a legal foundation for functional immunity⁷, the Committee has considered immunity as a direct consequence of the creation of a new legal entity, which can be either an express or tacit creation in the constitutive treaty of the international organization. It has used the UN Charter and the OAS Charter as examples that show how the creation of a new legal entity in the head of the international organization, implies the concession of privileges, immunities and other attributes (special organs, budget) necessary to the fulfillment of their object and purpose.

Guideline 2.

Objective of jurisdictional immunity

Jurisdictional immunity is granted to international organizations to make possible the realization of their object and purpose.

Rapporteur's Notes (extracts)

In the inter-American sphere, the same tenor is found in the Charter of the Organization of American States, which Article 133 establishes that the organization "... shall enjoy in the territory of each one of its Members the legal capacity, privileges and immunities that are necessary for the exercise of its functions and the realization of its purposes. " In the case of the Inter-American Development Bank, its Constitutive Agreement establishes that "for the fulfillment of its objective and the performance of the functions conferred on it, the Bank will enjoy, in the territory of each of the member countries, the legal status, immunities, exemptions, and privileges established in this article. The Bank's Constitutive Agreement allows the establishment of legal actions to the extent that the Bank's purpose is to provide financing to

2011.

⁶ LIMA, Lucas Carlos. "The OAS Inter-American Juridical Committee and the Codification of Regional International Law." *Brazilian Journal of International Law*, v. 16, p. 292, 2019.

⁷ WOOD, Michael. Do international organizations enjoy immunity under customary international law?. *Immunity of International Organizations*. Brill Nijhoff, 2015. p. 29-60.

member states for development projects and, as part of its activity, must take action before national courts. Immunity is therefore strictly functional and allows, in this case, the initiation of procedures to achieve the object and purpose of the Bank. The Member States have granted jurisdictional immunity to international organizations to facilitate the achievement of their objectives with independence, economic rationality and without obstacles that, otherwise, they could face through the jurisdictional competence exercised by the courts of a Member State frustrating the will of most of the Member States.

The ultimate purpose of this immunity from jurisdiction is to ensure the independence of the organization and to avoid undue interference in the execution of its mandate. Otherwise, an organization would be subject to all kinds of legal actions that would make its work impossible. In the case *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, the Supreme Court of Canada established that without immunity an international organization would be vulnerable to interference in its operations by the receiving State and by the courts of that State.⁸

This principle recognized by OAS as exemplified by the UN Charter and developed by the Latin American experience on international organizations, designates the immunity of international organizations as a special type of immunity that emanates from the constitutive treaty. It is closely related to the wording of its instruments, and is, hence, governed by the law of treaties, including the impossibility of limiting it unilaterally in any manner by interfering authorities in labour matters unless it is agreed in the treaty between the constituting States.

This has also been recognized in the comparative case law (as noted by OAS) in the *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization* case of the Supreme Court of Canada. In the case involving NAFO, it was disputed whether national courts could consider that customary diplomatic international law, which usually limits diplomatic immunity in labour disputes, could be applied to international organizations, limiting the scope of immunity in the constitutive treaty and the host-State agreement (usually referred as Headquarters Agreement or Seat Agreement). The Supreme Court⁹ held that the

immunity of international organizations is strictly governed by treaty law and national courts cannot modify the agreement on immunity, even if they face situations in which employees face major constraints in the exercise of their right to legal procedure (see the relevant operative clause of this judgment in the footnote).¹⁰

Cases such as *Amaratunga* in which the immunity of international organizations is unilaterally challenged by the States seeking to establish restrictions within their reach, especially in labour matters, or in relation to certain types of officials, (e.g. exempting immunity when disputes arise between the organization and employees that are nationals to the host State), are the fundamental reason for defending at the jurisprudential level the profound differences between the immunity of international organizations and the immunity of diplomatic missions and personnel, which are, on the contrary¹¹ governed by customary international law.

In the matter of diplomatic relations, immunity does not emanate from what is agreed in a specific instrument as occurs with each of the international organizations in its own constitutive agreement and the specific headquarters agreement when it further specifies privileges and immunities with the host State.

On the contrary, the foundation for diplomatic immunity is the sovereignty of the State in its international relations, and the application of Westphalian principles, such as the principle of equality between States and the impossibility of acts of empire between peers,

Cases in Public International Law in 2013. *Canadian Yearbook of International Law*, v. 51, p. 535, 2013.

¹⁰ *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13364/index.do>: Extract: "Without immunity, an international organization would be vulnerable to intrusions into its operations by the host state and that state's courts. However, no rule of customary international law confers immunity on international organizations. Instead, they derive their immunity from treaties, or in the case of smaller international organizations like NAFO, from agreements with host states. [...] To allow employment related claims of senior officials to proceed in Canadian courts would constitute undue interference with NAFO's autonomy in performing its functions and would amount to submitting its managerial operations to the oversight of its host state's institutions. The absence of a dispute resolution mechanism or of an internal review process is not, in and of itself, determinative of whether NAFO is entitled to immunity. While the fact that A has no forum in which to air his grievances and seek a remedy is unfortunate, it is the nature of an immunity to shield certain matters from the jurisdiction of the host State"

¹¹ BARKER, J. Craig; WARBRICK, Colin; MCGOLDRICK, Dominic. State Immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection against Legal Action?. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 47, n. 4, p. 950-958, 1998.

⁸ (Section Translated from Spanish by the authors). OAS. Informe del comité jurídico interamericano. Inmunidades de las organizaciones internacionales, (93o período ordinario de sesiones OEA/Ser. Q 6 al 16 de agosto 2018) CJI/doc.554/18 rev.2 Rio de Janeiro, Brasil. 16 agosto 2018.

⁹ VAN ERT, Gib; ALLEN, Greg J.; ROBB, Rebecca. Canadian

“*Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium*”. These State-to State legal principles, all informing international customary law¹² as codified by the Vienna Convention on Diplomatic Relations¹³, have historically and universally included restrictions, exceptions, and all sorts of limitations regulated by custom (the VCDR being one of the cases in which a multilateral treaty reflects and reinforces customary international law, under the well-known Baxter¹⁴ Paradox¹⁵). They are applied to all diplomatic missions when it comes to private commercial acts and labour disputes between the diplomatic missions, diplomatic agents and employees from the receiving State. This is a very different matter from the world of international organizations where the immunity of every single organization must be subject of an *ad hoc* analysis of their conventional instruments and the way that immunity has been negotiated in each treaty.

These types of general exemptions to immunity in labour disputes and labour relations with employees from the receiving State, common in diplomatic relations, cannot be extended to the interpretation of the immunity of particular international organizations. They do reflect diplomatic customary international law but are not to be implied in the law of international organizations, and are codified in the Vienna Convention on Diplomatic Relations (VCDR), which justifies limiting their scope only to diplomatic immunity, as seen in articles such as Art. 33, numerals 1 to 3, governing social security provisions of diplomats in the receiving State:

Article 33

1. Subject to the provisions of paragraph 3 of this article, a diplomatic agent shall with respect to services rendered for the sending State be exempt

¹² ABELLO-GALVIS, Ricardo. La Costumbre como Fuente de Derecho Internacional: una Caja de Pandora Imposible de Cerrar. *Derecho internacional: varias visiones, un maestro. Liber amicorum en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*. 2015: 3-28. Ed. Universidad del Rosario.

¹³ DENZA, Eileen. *Diplomatic law: commentary on the Vienna convention on diplomatic relations*. Oxford University Press, 2016.

¹⁴ SARMIENTO LAMUS, Andrés. ¿Es la “Paradoja Baxter” una verdadera paradoja? La práctica de los Estados, entre la formación del derecho internacional consuetudinario y la interpretación de tratados”. In: ABELLO-GALVIS, Ricardo; ARÉVALO RAMÍREZ, Wálter. (ed.) *Derecho Internacional Público, Derecho Internacional de la Inversión Extranjera*. Universidad del Rosario. 2019. p. 57 - 75.

¹⁵ BAXTER, Richard R. Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law. *British Yearbook of International Law*, v. 41, p. 275, 1965.

from social security provisions which may be in force in the receiving State.

2. The exemption provided for in paragraph 1 of this article shall also apply to private servants who are in the sole employ of a diplomatic agent, on condition:

(a) That they are not nationals of or permanently resident in the receiving State; and

(b) That they are covered by the social security provisions which may be in force in the sending State or a third State.

3. A diplomatic agent who employs persons to whom the exemption provided for in paragraph 2 of this article does not apply shall observe the obligations which the social security provisions of the receiving State impose upon employers. [...] ¹⁶

Also, limitations to immunities based on the nationality of the employee or member of the Mission are common ground in the customary law of diplomatic relations (i.e. Art. 38 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations). This is not true, however, in the law of international organizations, where an organization can grant different degrees of immunity to national or foreign employees based only upon the agreement with the host State. This can range from full jurisdictional immunity to national and foreign officials, to limiting, via treaty clauses in the constitutive agreement and the headquarters agreement, the immunity of national staff. This is an analysis that cannot be generalized and only depends upon the particular treaties of each organization.

Article 38.1: Except insofar as additional privileges and immunities may be granted by the receiving State, a diplomatic agent who is a national of or permanently resident in that State shall enjoy only immunity from jurisdiction, and inviolability, in respect of official acts performed in the exercise of his functions. 2. Other members of the staff of the mission and private servants who are nationals of or permanently resident in the receiving State shall enjoy privileges and immunities only to the extent admitted by the receiving State. However, the receiving State must exercise its jurisdiction over those persons in such a manner as not to interfere unduly with the performance of the functions of the mission.

Therefore, it is essential to understand the differences between the two types of immunity and their origins in order to understand the true scope of immunity of international organizations, especially when it comes to issues that national courts unduly believe are “naturally”

¹⁶ Vienna Convention on Diplomatic Relations https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf

exempt from immunity, such as labour disputes or disputes involving officials who are nationals of the host State in which the organization is based.

The immunity of international organizations is, when compared to immunity of States¹⁷ and diplomatic envoys, a very recent and practical development of modern international law in the twentieth century where the dominant instrument are treaties and the functional approach to international organizations allows a very institutional and text-based approach to immunities and privileges.

On the other hand, the immunity of States and diplomatic missions feeds on the classic concept of sovereignty and is embodied in international customs aimed at protecting heads of State, progressively extending throughout history to their envoys abroad. It has historically admitting a large number of exceptions, creating a diplomatic regime which at the time of being conceived did not contemplate or pretend to regulate, either the future concept of an international official of an organization or the modern possibility that an international organization, within its own legal capacity would employ nationals of its host State as officials, and whether such officials, in order to be able to carry out their functions, would be granted immunity, and the extent thereof, within their own nation States of said immunity was never contemplated by the early grounds of diplomatic immunity.¹⁸

For Flaherty, diplomatic immunity protects State equality and the sovereignty involved in certain acts of State. On the contrary, functional immunity of international organizations, aims to protect the impartiality, independence and the limited resources involved in every act related to the fulfillment of the object and purpose of the organization: *“The immunity granted to international organizations (IOs.) comes from the foreign sovereign immunities tradition mentioned above. However, it is justified by a theory of “functional necessity,” which came into being after World War II, when emerging IOs needed support from the States in order to achieve a certain degree of maturity and therefore to be able to perform their duties in an unfettered manner. This kind of im-*

*munity was based on the idea that it would serve the best interests of the organizations by keeping them protected from potential lawsuits that would negatively affect the organizations’ limited resources at that time or their ability to operate independently. For IOs, immunity was supposed to ensure their political and financial independence and therefore their impartiality. Since immunity of IOs came into being before the restrictive immunity theory had been adopted by many sovereign states, it was conceived and codified as being absolute. Many of these organizations actually have it codified in their own constituent instruments and other international treaties. It can also exist in the form of headquarters agreements, regional agreements, and conference agreements. These treaties, due to their international law character, are to be considered internal law of the signatory States (at least for those in which treaty law is self-executing.”*¹⁹

Starting from this idea of the immunity of international organizations as an immunity that is analyzed case by case according to how it had been agreed upon in the constitutional instrument of the organization by the States Parties, it is usual to find that absolute immunity is established in general terms both for administrative and judicial actions. The intent is to grant the organization jurisdictional immunity with respect to all proceedings regardless of the nature of the process, either commercial, criminal, civil, extra-contractual, labour or of any another legal nature. This jurisdictional immunity has been interpreted as including the right to not appear before national courts when summoned by them, and also indicating that the act of appearance by an international organization, before a national court, to assert its own immunity before a judicial, administrative or diplomatic authority, never implies by itself a waiver of it, as has been recognized by the OAS Inter-American Judicial Committee:

Guideline 8.

Appearance before national courts

Without prejudice to their immunity from jurisdiction, international organizations should appear before national courts to assert their immunity or file exceptions.

Rapporteur’s Notes

[...] There is no consistent practice among international organizations and Member States regarding the appearance before national courts at the time of being notified about the establishment

¹⁷ QUINTANA ARANGUREN, Juan José; GUZMÁN CARRASCO, Gonzalo. De espaldas al derecho internacional: Colombia y la inmunidad de jurisdicción de los Estados. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, v. 8, p. 53-102, 2006.

¹⁸ MULLER, A. Sam. International organizations and their host states: aspects of their legal relationship. Martinus Nijhoff Publishers, 1995. v. 21

¹⁹ RIOS, Greta L., FLAHERTY Edward. International Organization Reform of Impunity-Immunity is the Problem. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 16, p. 433, 2009.

of a process. Particularly when it comes to cases covered by jurisdictional immunity, the international organization will not want to compromise it by appearing in court or even invoking its immunity.

To remedy this situation, the international organization should appear through diplomatic channels to that through the Ministry of Foreign Relations immunity is asserted or exceptions are presented. However, there may be cases where the Ministry of Foreign Affairs or any other state authority are entitled to appear before national courts. In congruence with the general obligation to cooperate with national authorities, as developed in Guideline 7 above, a good practice would consist in the appearance of the international organization in the interest of the own organization. On the one hand, it would allow the organization to assert its immunity and, on the other hand, it would be the procedural space to enforce exceptions.²⁰

The OAS Guideline is consistent with the scope given to the usual general expressions “*any administrative actions*” or “*any judicial actions*” when talking about jurisdictional immunity, found in constitutive treaties, by the most recognized doctrine²¹ and the case law, which usually find constitutive treaties broadly mentioning the term “judicial actions” when establishing the immunities of an organization, without specifying whether they are criminal, civil, labour or of another nature:

As international organizations are creations of treaty, the determination of the scope of their immunity is usually a task that entails the interpretation and application of the relevant treaty provision. “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”⁵⁰ With respect to the United Nations, “Any interpretation of the provisions of the General Convention must be carried out within the spirit of the underlying principles of the United Nations Charter, and in particular Article 105 thereof, which provides that the Organization shall enjoy such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes. Moreover, in accordance with article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 . . . every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”⁵¹ Immunity of international organizations from “every form of legal process” has been broadly interpreted to include all legal proceedings before

national (administrative, judicial, or executive) authorities. It applies regardless of whether the international organization is a defendant or witness. The immunity does not preclude the organization, in its own determination, from participating in such proceedings. However, the initiation of court proceedings by an international organization may be construed as a waiver of its jurisdictional immunity in that particular case

This formula adopted by several constitutive conventions of international organizations, tending to specify that the immunity will be “from all types of jurisdiction” (criminal, administrative, labour, etc.), has been accompanied by the specification that any waiver to jurisdiction must be an express act of the organization or an express treaty provision. Additionally, a waiver of immunity from jurisdiction would not imply admitting enforceable measures, meaning that waiving immunity from jurisdiction does not create any waiver for enforcement, as is clearly exemplified in the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies (United Nations) in its Art. 3, Sec. 4, which has been used as template for multiple constitutive and headquarters agreements.

Article III PROPERTY, FUNDS AND ASSETS
Section 4. The specialized agencies, their property and assets, wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except in so far as in any particular case they have expressly waived their immunity. It is, however, understood that no waiver of immunity shall extend to any measure of execution.

3 The non-applicability of the distinction between acts *iure imperii* and acts *iure gestionis* to international organizations as a defense to their immunity in labour disputes.

Academic literature has reiterated the impossibility of exempting or revocating the immunity of international organizations in labour disputes unilaterally or by invoking general customary exemptions, as often occurs with diplomatic missions due to their different nature. This is consistent with the conclusion by specialized literature that States, when recognizing the international subjectivity of an international organization, cannot

²⁰ (Section Translated from Spanish by the authors). OAS Informe del comité jurídico interamericano. Inmunidades de las organizaciones internacionales, (93o período ordinario de sesiones OEA/Ser. Q 6 al 16 de agosto 2018) CJI/doc.554/18 rev.2 Rio de Janeiro, Brasil. 16 agosto 2018.

²¹ OKEKE, Edward Chukwuemeke. *Jurisdictional immunities of states and international organizations*. Oxford University Press, 2018. p. 294.

equate the nature and scope²² of its immunity with that of the immunity of diplomatic missions or with State²³ immunity, taking into account that the differences between acts “*iure imperii*” and acts “*iure gestionis*”, usually considered when studying the nature of the behaviour of a diplomatic envoy, are not applicable to the functioning of an international organization:

This immunity from jurisdiction prevents law suits against organizations before domestic courts unless they have waived their immunity by consenting to the proceedings. As has been the case with State immunity, there has been pressure to restrict the absolute nature of the immunity granted to international organizations. Indeed, a number of domestic courts have applied to international organizations the concept of restrictive immunity, granting them jurisdictional immunity only in relation to acts *jure imperii* (in the exercise of sovereign authority) rather than acts *jure gestionis* (done privately). Alternatively, it has been argued that the grant of immunity should be conditional on the presence of alternative methods of resolving disputes involving international organizations (Gaillard and Pingel-Lenuzza, 2002). The first approach, which relies on an analogy with State immunity is based on the misapprehension that since international organizations are composed of States they are to be placed in the same position as foreign States. This approach is incorrect for at least two reasons. First, it is contrary to the express provisions of the relevant treaties. Secondly, international organizations are not sovereign entities and do not exercise sovereign authority. Their immunity is not granted to protect sovereign or public acts but is functional and granted in respect of acts done in the exercise of their functions. Such functions and acts may well be commercial and so classified as private if done by a State. Thus immunity may arise for an international organization in cases where a foreign State will be denied immunity. For example, employment disputes fall within the immunity of an international organization even if the relations with the particular employee might be classified as *jure gestionis*. The second approach, which conditions immunity on the existence of alternative dispute resolution mechanisms, seeks to give effect to the right of access to a court provided in human rights treaties and is reflected in the case law of the European Court of Human Rights.²⁴

²² STEWART, David P. The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1, p. 194-211, 2005.

²³ WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, Paula. L'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie): la Cour Internationale de Justice à contre-sens de l'évolution du droit international. *AC-DI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, v. 11, p. 21-70, 2018.

²⁴ EVANS, Malcolm. *International Law*. Second Edition. Oxford, 2006. p. 408-411.

The OAS guidelines also reject the applicability of the distinction, based upon customary international law, of acts *iure imperii* and acts *iure gestionis* to international organizations. They categorically state that the scope of functional immunity covers all types of acts of the organizations performed to fulfill its object and purpose.

This is regardless of whether they resemble political acts, decisions of the governing bodies of the organization or constitute acts performed via private contracts or commercial relations, and make clear that limitations can only arise from express agreement between the member States or the organization and the host State in its headquarters agreement, and cannot be unilaterally established by national courts:

Guideline 3.

Scope of jurisdictional immunity

International organizations, their property and assets enjoy immunity against all judicial proceedings regarding acts carried out to achieve their object and purpose, except in cases where the organization expressly waives this immunity.

Rapporteur's Notes

[...]

As regards international organizations, immunity tends to be functional based on the presumption that it is only appropriate to recognize this immunity for the activities of the organizations that are essential and necessary to achieve their object and purpose. The treaties of each organization establish the acts inherent to the purpose of the organization and, therefore, covered by immunity. However, Member States establish the scope of jurisdictional immunity to be recognized by their national courts. At the same time, the host State agrees with the organization the type of jurisdictional immunity it will enjoy in its territory.

Jurisdictional immunity is granted to the international organization as such and covers the acts it performs in pursuit of its object and purpose. By virtue of this, the organization's assets are also protected. Although the scope of this Guide is limited to jurisdictional immunity, it should be specified that jurisdictional immunity covers property and assets, in order to safeguard them against any claim faced by the international organization.

The fact that the customary limits to diplomatic immunity are not applicable to the immunity of international organizations, does not oppose, quite the contrary, that fact the principles governing functional immunity are at the same time enjoying strong reception by national courts that in some cases have considered the notion

of “functional immunity” as an emerging principle of customary law governing international organizations²⁵.

National courts have repeatedly given recognition to the existence and necessity of functional immunity for international organizations within their territory and have customarily recognized immunity from jurisdiction as a principle²⁶ that does not violate national sovereignty, but this does not mean that the exceptions and limitations to such immunity exist outside of those expressly agreed in the constitutive agreement or in the headquarters agreement of each organization and that they can be applied universally by national courts, as is the case with diplomatic immunity where its customary limits are widely accepted and practiced²⁷.

This reception of the immunity of international organizations by national courts²⁸ has even come to be recognized as a principle of international law in judicial decisions²⁹ which have indicated that national courts cannot restrictively interpret the immunity of international organizations by assimilating it to diplomatic immunity, thus constituting an *Ultra vires*³⁰ decision.

This was recognized in a seminal ruling by the Belgian Courts of Appeals in the Manderlier³¹ case. This judgment recognized that the Belgian lower courts shall not restrictively interpret the United Nations Convention on Privileges and Immunities³², not even under the idea of allowing the right to access to justice for a plaintiff against the organization, since the claim befo-

re the national courts was an obvious limitation to his immunity;

With regard to the argument that Article 105 of the United Nations Charter limited the privilege of immunity to the minimum necessary to enable the United Nations to fulfil its purposes, the Court replied that in acceding to the Convention of 13 February 1946, the signatories of the Charter had defined the necessary privileges and immunities and that the courts would be exceeding their authority if they were to arrogate to themselves the right of determining whether the immunities granted to the United Nations by that Convention were or were not necessary.³³

4 Principal differences between diplomatic immunity and functional immunity of international organizations in their labour relations with foreign and national citizens from the host State, arising from international practice.

The differences between these types of immunities, diplomatic and functional, usually arise from obvious situations in the daily practice of international relations, which must later be elaborated in the legal field. One of those obvious realities is that international organizations do not have their own territory in which to install their organs, bodies, buildings and agents and freely exercise their powers. They are always within the territory of a State Party that has decided to be its host State. This necessarily means that they are always at the mercy of some possibility of vulnerability and interference by administrative or jurisdictional authorities of that State.

Unlike States, international organizations do not have a permanent population, so it is natural that they make up their staff of officials with nationals of the States parties and specifically those that they find among the nationals who live in the host State, constituting a potential labour force for the organization.

Also, unlike diplomatic missions, the immunity of officials of international organizations does not ema-

²⁵ WOOD, Michael. International Organizations and Customary International Law. *Vanderbilt journal of transnational law*, v. 48, n. 3, p. 609, 2015.

²⁶ GODIO, Leopoldo. Evolución, actualidad y tendencias en materia de privilegios e inmunidades de organismos internacionales. *Revista RECORDIP*, v. 1, n. 2, 2011.

²⁷ BROWN, Jonathan. Diplomatic immunity: State practice under the Vienna convention on diplomatic relations. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 37, p. 53, 1988

²⁸ REINISCH, August. *International organizations before national courts*. No. 10. Cambridge University Press, 2000.

²⁹ Including: X et al. v. European School Munich I63 the Bavarian appellate Administrative Court, US-Iran Claims Tribunal v AS, 96 ILR 321, 329 (Netherlands Supreme Court, 1985)

³⁰ BELGIUM. Brussels Appeals Court. Manderlier v. United Nations and Belgian State: Decision of 15 September 1969

³¹ Brussels Appeals Court. Manderlier v. United Nations and Belgian State: Decision of 15 September 1969. United Nations Juridical Yearbook 1969. https://legal.un.org/unjuridicalyearbook/pdfs/english/by_volume/1969/chpVIII.pdf

³² MILLER, Anthony. Privileges and immunities of United Nations officials. *International Organizations Law Review*, v.4, n. 2, p. 169-257, 2008.

³³ Brussels Appeals Court. Manderlier v. United Nations and Belgian State: Decision of 15 September 1969. United Nations Juridical Yearbook 1969. https://legal.un.org/unjuridicalyearbook/pdfs/english/by_volume/1969/chpVIII.pdf

nate from or is exempted according to their bond of nationality, as occurs with members of the diplomatic mission accredited abroad and with other institutions of international law based on nationality, such as diplomatic protection³⁴.

On similar grounds, the International Court of Justice has repeatedly recognized that the limitations to the immunity of international organizations and their agents can only be express and it is not possible to limit jurisdictional immunity unilaterally by the host State, a position which was settled in the advisory opinion “Mazilu”³⁵ and in the advisory opinion “Immunity from legal process of a Special rapporteur”³⁶.

The differences between diplomatic immunity and immunity of international organizations can also be observed in the mechanisms available for judging the responsibility of officials protected by immunity with respect to their acts and the possibility that they have a natural judge as a consequence of that immunity.

In the field of diplomatic immunity, the diplomatic envoy and member of a diplomatic mission abroad may have immunity from the courts of the receiving State but will always be subject to the disciplinary and criminal jurisdiction of its State of origin. This situation is also customary in nature and has been codified by the Vienna Convention on Diplomatic and Consular Relations.

Article 31.4: The immunity of a diplomatic agent from the jurisdiction of the receiving State does not exempt him from the jurisdiction of the sending State.

This inter-state logic in matters of immunity cannot be used to suppose that the official of an international organization does not have immunity when he or she is a national of the State where it is hosted, since his or her function is not that of a representative of a State and a subject of that State jurisdiction: His or her immunity emanates from what was agreed for the organization with its States parties and the host State.

The same argument operates in labour disputes. If the State and the Organization exempted, waived or restricted labour disputes that might arise with employees that are nationals of the host State and the organization, and this was waived in the constitutive treaty or in the headquarters agreements, there will be no immunity. On the contrary, if full immunity from jurisdiction was granted to the organization, making no exemption or waiver, the immunity will cover any labour dispute.

The acts of officials of international organizations and their natural judge are not classified “by default” with respect to a State of origin, or the receiving or sending State as one would consider in diplomatic immunity. For international organizations and their officials, whether or not they are nationals of the host State, the natural judge, as practice has shown (And has been recounted by several international bodies³⁷, such as the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which in 2014 commissioned an ongoing study on immunities of international organizations and their labour dispute resolution mechanism), is the international organization itself through its institutional mechanisms for internal dispute resolution and the rules devised in their treaty. These organizational dispute resolution mechanisms (also referred as administrative tribunals) are competent for multiple topics, including, the discipline of their officials, labour disputes or private contracts with local commercial entities, and have even recently been recognized as a necessary mechanism to deal with the immunities agreed in the treaties for the organization and its officials, in order to guarantee the applicants’ human right to defense and access to justice. This issue may arise when, paradoxically, the same officials who wish to take action against the organization, for example in a labour matter, cannot do so because the organizations has immunity from local courts and procedures. This is an issue that will be studied in detail ahead in the present article.

The inherent powers of international organizations to establish these type of tribunals or dispute resolution mechanisms in the context of their immunity and as an expression of their functional capacity to fulfill their object and purpose were recognized in the advisory opi-

³⁴ MACLEAN, Robert Joseph-Blaise; ARÉVALO RAMÍREZ, Wálter. The Expulsion of Resident Colombian Nationals during the Colombia-Venezuela Border Dispute: An “Under the Radar” Case for Diplomatic Protection of Human Rights?. *Vniversitas*, v. 68, p. 138, 2019.

³⁵ Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, p. 177.

³⁶ Diference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62

³⁷ Resolution 1979 (2014)1 Accountability of international organizations for human rights violations Parliamentary Assembly. Council of Europe. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-Doc-Details-en.asp?FileID=20510&lang=en>

nion “Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal”:

It was inevitable that there would be disputes between the Organization and staff members as to their rights and duties. The Charter contains no provision which authorizes any of the principal organs of the United Nations to adjudicate upon these disputes, and Article 105 secures for the United Nations jurisdictional immunities in national courts. It would, in the opinion of the Court, hardly be consistent with the expressed aim of the Charter to promote freedom and justice for individuals and with the constant preoccupation of the United Nations Organization to promote this aim that it should afford no judicial or arbitral remedy to its own staff for the settlement of any disputes which may arise between it and them.³⁸

These internal courts of international organizations are precisely part of the institutional machinery of functional immunity which ensure that the lack of local jurisdiction for the States is not considered by national courts as a violation of their sovereignty, or of the right to access to justice³⁹ of plaintiffs for certain types of applications against the organization. They present compelling reasons for the States not to try to dilute or deny the immunity of the organization.

Recent cases both in comparative law and before regional human rights courts, as will be analyzed below, have established that these internal mechanisms or courts, as a component of the recognition of the organization’s immunity, in their procedure for labour disputes involving officials and the international organization, as an offset for the immunity, must comply with basic principles of law, such as those of impartiality, motivation of the decision, independence of the members of the panel among others. For example, this was debated in the Siedler⁴⁰ case argued from 2003 to 2009 in the Belgian courts.

47. The grant of privileges and immunities to international organizations is necessary to permit the good functioning of these organizations without any unilateral interference by a national government. The fact that states generally grant immunity from jurisdiction to international

organizations in their constitutive instruments or in additional agreements constitutes a long-dated practice, aimed to ensure the good functioning of international organizations. The importance of this practice is reinforced by the tendency to enlarge and intensify international cooperation, which is illustrated in all domains of contemporary society. In these conditions, the rule of immunity from jurisdiction of international organizations pursues a legitimate aim

48. The question of whether the immunity was proportionate to the aim pursued should be evaluated in light of the particular circumstances of each case. To determine whether the restriction of fundamental rights flowing from such immunity was compatible with art. 6(1) of the ECHR, it was important to examine, in accordance with the jurisprudence of the ECtHR, whether the individual against whom such immunity was invoked had access to other reasonably available means to protect his or her rights. Article 6(1) of the ECHR did not prevail over the WEU’s immunity (paras. 48-9).

[...]

53. When determining whether the immunity invoked by the international organization could be reconciled with art. 6(1) of the ECHR, the court was not to limit itself to merely taking note of the characterization of an internal appeals commission as independent by the instrument which established that commission. The mode of designation—by an intergovernmental committee—and the short term of the mandate—two years—of the members of the commission were to be taken into account as well. These features of the internal appeals commission involved the risk that the members would be closely tied to the organization, thereby lacking independence.⁴¹

According to the Belgian Courts, as long as there is another reasonably available mean for the plaintiff to protect his or her rights before the organization, such as an internal labour dispute mechanism, the immunity of international organizations to labour disputes granted in its constitutive treaty does not violate the ECHR.

5 The legal nature of the labour relations between international organizations and their staff: Applicable law, dispute resolution and grounds for immunity.

Under the immunity of international organizations and their capacities in the exercise of their legal personality⁴², the contractual relations between them and

³⁸ Effect of Awards of Compensation Made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion, 1954 I.C.J. 47 (July 13)

³⁹ ARAÚJO KALLÁS, Fernanda. A imunidade de jurisdição das Organizações Internacionais face ao direito de acesso à justiça. *Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law*, v. 13, n. 3, 2016.

⁴⁰ Siedler v. Western European Union, Belgian Labor Court of Appeals, Brussels, September 17, 2003, *Journal des Tribunaux* 2004, 617.

⁴¹ Western European Union v Siedler, Belgian Court of Cassation, 21 December 2009. Paras. 48-55.

⁴² ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter. *Organizaciones Internacionales*

private subjects, for example, the provision of services, goods, and regarding employment contracts, are not governed by any regime of national law. Rather, they are governed by the contractual autonomy of the organization and its will in choosing the applicable law. This is a consequence of the principle “*lex contractus*”. The applicable law to these relations can be stipulated in the particular contract between the organization and the individual, or can be chosen beforehand in the organizational law of the international organization, contained in its constitutive treaty, the headquarters agreement or in particular resolutions produced by the binding organs of the organization regarding the employment procedure.

Relevant case law and doctrine on the matter recognize that it is usual for international organizations, when it comes to employment contracts or services, involving local officials, to “choose” the national law from the place where they provide their services as the law applicable to the contractual relationship. This, however, is only as a matter of convenience and not as an exemption to jurisdictional immunity. It is also usual, in the case of international staff members, to apply a particular labour law regime developed within the international organization in its resolutions. This applicable law is different from the national labour law of the host State⁴³, is usually developed in the “Staff Regulations” of the organization and is subject to its own dispute resolution mechanisms.

The choice of the applicable law by the international organization in its services or employment contracts, whether it be to decide to enter into the contract applying the national labour law or under the application of the organization’s own special labour law regime, does not imply a waiver of the jurisdictional immunity before the host State and its national courts. This, as explained earlier, is because that renunciation to the immunity as stipulated in the constitutive treaty can only emanate from a specific act by the organization, a stipulation in the treaty itself, or a clause in the headquarters agreement.

Manual de derecho internacional público. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio. 2da Ed. España: Tirant Lo Blanch Editorial, 2020.

⁴³ RYNGAERT, Cedric. Immunities of International Organizations Before Domestic Courts: Reflections on the Collective Labour Case Against the European Patent Organization. *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015. TMC Asser Press, The Hague, 2016. p. 393-408.

11. In addition to national law, international law may be applicable to contracts between international organizations and private parties. Clearly, international law may become relevant as the law expressly chosen by the parties. This is the practice in the case of some international financial institutions which, in their loan agreements, expressly exclude national law and provide for the application of international law and/or general principles of law (see also → Debts). Though this practice is mainly pursued in loan agreements with States, it is also sometimes used in contracts with private parties. Other international development banks generally subject their lending and borrowing activities to national law. Since international law may not be as detailed and refined as national contract law, its usefulness as *lex contractus* may be limited.⁴⁴

This phenomenon, characterized as “denationalization” or “internationalization” of the contractual relations of the organization and private subjects, has been promoted as a way to guarantee neutrality both from the jurisdiction of the State and its power to easily modify national labour law, but also has been performed partially, since it is recognized that the local labour force of the organization, charged with daily tasks, is usually hired under the national law of the host State, while the international staff, is usually hired under the organization’s own labour law regime.

Also, an ‘internationalization’ of contracts between international organizations and private parties may be less important than in the case of → contracts between States and foreign private law persons. There such a ‘denationalization’ of contracts serves the purpose of insulating them from the power of States to change their own law and thus to abrogate the contractual obligations they have entered into with private parties. Since international organizations do not have their own legal order comparable to a State’s ‘national’ law they cannot manipulate it to their advantage. Thus, any national law chosen may be regarded as neutral.¹² The closest equivalent to a State’s national law, the internal law of an international organization, is of relevance in the special case of certain employment contracts with organizations. However, as a rule, not all kinds of employment relationships with, or quasi-permanent provisions of services to, international organizations are governed by such internal law. Rather, there is a general distinction between permanent staff and local or technical staff as well as less regular service providers. The precise delimitation between these two categories of persons providing services to international

⁴⁴ REINISCH, August. Contracts between International Organizations and Private Law Persons. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, v. 7, p. 754-7, 2006.

organizations is difficult in practice. The latter types of contractual relations are usually governed by national law, either contractually chosen or determined by the applicable conflict of laws rules.

13 Employment contracts between international organizations and their staff members, on the other hand, are regularly exempted from national law. Instead, they are governed by internal employment law, sometimes also referred to as internal administrative law. It is usually codified in internal secondary law, often called Staff Rules and Regulations, and frequently supplemented by general principles of law, in particular of employment law. This exemption from national employment law, together with the immunity from national labour courts, is often regarded as necessary in order to create and maintain a uniform and independent international civil service which usually enjoy exclusive jurisdiction over staff disputes, frequently assert that they are 'bound exclusively by the internal law of the Organization ... as well as by general principles of law' (Re Waghorn ILO Administrative Tribunal Judgment No 28 [12 July 1957]). National employment law may become relevant, however, when there is an express choice of law or reference to it in the contract or staff rules or when it might be viewed as reflecting a general principle of employment law (Re Kock, N'Diaye and Silberreiss ILO Administrative Tribunal Judgment No 1450 [6 July 1995]).⁴⁵

Under this strict application of functional immunity to jurisdiction and immunity from enforcing measures, it is not uncommon to find, inside the "staff regulations" of the international organization, or in particular clauses in the headquarter agreements, references to national law. This can include particular matters such as vacations, probationary periods, social security and other matters about which the organization has no desire to produce a complex regime and prefers to apply, as a mirror image, the local labour law. The governing principles of immunity explained above, indicate that this free selection of applicable law in certain matters, does not mean or imply a renunciation of jurisdictional immunity as a whole.

Codifying and doctrinal bodies of international law such as the ILI – International Law Institute – have recognized this practice between international organizations, their employees, and the host States. The Oslo Articles of the ILI collect the previously explained principles, including a) the notion that the selection of the applicable law is a matter of free choice between the or-

ganization and the employee b) that the applicable law can include both the constitutive instruments of the organization, its regulations and if decided by the parties, references to national law without waiving immunity, and c) in the presence of jurisdictional immunity, the necessity of a body of dispute resolution.

I. The Proper Law of the Contract

Article 2

1. To facilitate the settlement of difficulties which may arise in connection with the contracts under consideration, it is desirable that the parties expressly specify the source, national or international, from which the proper law of the contract is to be derived.

2. The parties may expressly refer to a combination of several sources.

Article 3

Article 6

In so far as it constitutes the proper law of the contract, the law of the organization shall be considered as including the constitutive instrument, any other rules governing the organization and the practice established by the latter, these sources being supplemented by the general principles of law.⁴⁶

While international case law has recognized that international organizations are not subject to the application of the labour law of the host State, in some cases, both international⁴⁷ and national tribunals have found an obligation that is correlative to the concession of that jurisdictional immunity. This is found in the establishment of an adequate mechanism for the resolution of labour disputes within the organization, which would allow staff and officials to exercise their right to defense and access to justice⁴⁸ inside the bodies or courts of the organizations, given the impossibility of recourse to the national court system.

⁴⁶ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Session of Oslo – 1977. Contracts Concluded by International Organizations with Private Persons (Fourth Commission, Rapporteur : Mr Nicolas Valticos.

⁴⁷ REINISCH, August; WEBER, Ulf Andreas. In the shadow of Waite and Kennedy-The jurisdictional immunity of international organizations, the individual's right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement. *International Organizations. Law Review*, v. 1, p. 59, 2004.

⁴⁸ RYNGAERT, Cedric, PENNINGNS Frans. Jurisdictional immunity and infringement of fundamental labor rights. *International Labor Rights Case Law*, v. 3, n. 3, p. 327-332, 2017.

⁴⁵ REINISCH, August. Contracts between International Organizations and Private Law Persons. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, v. 7, p. 754, 2006

This concept was considered in the United States Federal case law as early as 1980, in the case *Broadbent v. Organization of American States*, in which the United States Federal Court of Appeals (D.C. Cir.) held that submitting a labour dispute between an organization and its employees to the legislation and courts of a State was improper since national courts are unsuited for these kinds of disputes and are not the correct forum to resolve a private dispute that applies the special labour regime created by the organization. This was sufficient reason to not waive the immunity of the organization.

At first sight, disputes of this sort could be referred to municipal tribunals. The organization normally possesses immunity, but immunity can be waived. However, the special nature of the law governing employment in international organizations, closely linked as it is with delicate questions of administrative policy, makes municipal tribunals totally unsuited to deal with it. It would be like an English court trying to judge a dispute between the French Government and one of its officials. Courts in all countries usually refuse to handle questions of foreign public law, and, in the same way, a number of municipal courts have held themselves incompetent to judge claims brought by international civil servants against the organizations which employ them, not on the grounds of immunity, but on the grounds of the special law applicable.

There is therefore a vacuum which needs to be filled by the organizations themselves. The creation of an independent body, empowered to make binding decisions in legal disputes between an organization and its staff, is by no means an altruistic gesture from the organization's point of view; without it, officials might suffer from a sense of injustice which would impair the smooth running of the Secretariat.

The court notes that the OAS, like most international organizations, has established elaborate internal grievance machinery.

We hold that the relationship of an international organization with its internal administrative staff is noncommercial, and, absent waiver, activities defining or arising out of that relationship may not be the basis of an action against the organization — regardless of whether international organizations enjoy absolute or restrictive immunity.⁴⁹

Additionally, the Legal Yearbook of the United Nations has compiled cases, including a semi disclosed “*Note Verbale*” of 2012, in which the organization makes it clear that the exemption of “commercial acts”,

which constitutes customary law for diplomatic immunity (*iure gestiois* against *iure imperii*) is not applicable to the labour relations entertained by a United Nations Agency and its employees because the immunity in that field is functional⁵⁰ and “treaty based”, meaning that jurisdictional immunity cannot be waived on these matters or unilaterally raised by national courts.

The Legal Counsel notes further that, in their submissions to the Court of [City], the claimants appear to be arguing a concept of immunity generally applied to sovereign states. The Legal Counsel wishes to point out that the concepts of jurisdictional immunities of states and the privileges and immunities of international organizations have a different nature and origin. The jurisdictional immunities of states are a part of customary international law that has evolved through the years and recently was codified in the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 2004. Under customary international law, when a state acts as a private person in a commercial context (*iure gestiois*), it is not immune from the jurisdiction of the state in which it is acting in that capacity. In such a case, since the state is acting outside of its role as a sovereign power, the immunity does not apply.

Unlike the case with sovereign states, the privileges and immunities of the United Nations are of a treaty law nature and, as explained above, originated in the United Nations Charter and the General Convention. The exception to state immunity in situations where the state is undertaking commercial activities is not provided for under the United Nations Charter or the General Convention with respect to the United Nations.

Instead, pursuant to article VIII, section 29 of the General Convention, the Organization shall make provisions for appropriate modes of settlement of, inter alia, “disputes arising out of contracts or other disputes of a private law nature to which the United Nations is a party.” Accordingly, there is no “commercial activity” exception under the General Convention that would be applicable with respect to the United Nations.

In this regard, the Legal Counsel wishes to note that the claimants in the above proceedings are therefore not without recourse. In accordance with article VIII, section 29 of the General Convention, disputes arising out of or in connection with the contracts may be subject to an appropriate mode of settlement by the Organization. Based on the foregoing, the Legal Counsel respectfully requests the Government of [State] to promptly take all necessary steps to ensure full respect for the privileges and immunities of the United Nations

⁴⁹ *Broadbent v. Organization of Am. States*, 628 F.2d 27 (D.C. Cir. 1980) <https://casetext.com/case/broadbent-v-organization-of-am-states>

⁵⁰ SINGER, Michael. Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns. *Vanderbilt Journal of International Law*, v. 36, p. 53, 1995.

in [State], in accordance with its obligations under international law. As a courtesy, a copy of this Note Verbale will also be sent to the Labour

Section of the Court of [State].

[...] 20 November 2012⁵¹

The contemporary leading case regarding the applicable labour law in private relations between an international organization and individuals, the scope of immunity in labour disputes and its relationship with the rights of the applicants, is acknowledged to be *Waite and Kennedy v. Germany* from the European Court of Human Rights. In this case British citizens instituted procedures before the German Courts against a local headquarter of the European Space Agency based in Germany, which under its Constitutive Agreement, had full jurisdictional immunity.

The application claimed damages for the wrongful procedure in their dismissal and requested that German labour law was to be applied to the organization.

The German courts, despite criticizing the dismissal procedure, enforced the jurisdictional immunity of the organization. Accordingly, the applicants chose to bring an action against Germany before the European Commission of Human Rights, arguing that the decision of the German national courts, violated their right to access to justice.

The European Court of Human Rights studied whether the immunity could have been waived by national courts when facing labour disputes and if the existence of a special labour law regime created by the international organization and its jurisdictional immunity upheld the standards of the European Convention.

62. The Committee of Staff Representatives of the Coordinated Organisations in their written comments (see paragraph 7 above) considered that the statutory provisions concerning immunity had to be interpreted so as to satisfy the fundamental rights under Article 6 § 1 of the Convention.

63. Like the Commission, the Court points out that the attribution of privileges and immunities to international organisations is an essential means of ensuring the proper functioning of such organisations free from unilateral interference by individual governments.

The immunity from jurisdiction commonly accorded by States to international organisations under the organisations' constituent instruments or supplementary agreements is a long-standing practice established in the interest of the good working of these organisations. The importance of this practice is enhanced by a trend towards extending and strengthening international cooperation in all domains of modern society.

Against this background, the Court finds that the rule of immunity from jurisdiction, which the German courts applied to ESA in the present case, has a legitimate objective.

64. As to the issue of proportionality, the Court must assess the contested limitation placed on Article 6 in the light of the particular circumstances of the case.

65. The Government submitted that the limitation was proportionate to the objective of enabling international organisations to perform their functions efficiently. With regard to ESA, they considered that the detailed system of legal protection provided under the ESA Convention concerning disputes brought by staff and under Annex I in respect of other disputes satisfied the standards set in the Convention. In their view, Article 6 § 1 required a judicial body, but not necessarily a national court. The remedies available to the applicants were an appeal to the ESA Appeals Board if they wished to assert contractual rights, their years of membership of the ESA staff and their integration into the operation of ESA. According to the Government, the applicants were also left with other possibilities, such as claiming compensation from the foreign firm which had hired them out.

66. The Commission in substance agreed with the Government that in private-law disputes involving ESA, judicial or equivalent review could be obtained, albeit in procedures adapted to the special features of an international organisation and therefore different from the remedies available under domestic law.⁵²

The ECtHR recognized the right of international organizations under their constitutive agreements to create their own labour law, and that pursuant to jurisdictional immunity, the organization was not bound to apply national labour law unless there was an exception

⁵¹ https://legal.un.org/unjuridicalyearbook/pdfs/english/by_vol_ume/2012/chpVI.pdf

⁵² *Waite and Kennedy v Germany*, Merits, App No 26083/94, ECHR 1999-I <https://ijl.org/wp-content/uploads/2016/08/Waite-and-Kennedy-v.-Germany.pdf>

to immunity in this matter agreed in the treaties. Since the application was against a State, the ECtHR concluded that the German courts, by upholding the immunity of the organization, did not violate the applicants' right to access to justice, given that this immunity was backed by other means for the applicants to exercise their rights.

72. The Court shares the Commission's conclusion that, bearing in mind the legitimate aim of immunities of international organisations (see paragraph 63 above), the test of proportionality cannot be applied in such a way as to compel an international organisation to submit itself to national litigation in relation to employment conditions prescribed under national labour law. To read Article 6 § 1 of the Convention and its guarantee of access to court as necessarily requiring the application of national legislation in such matters would, in the Court's view, thwart the proper functioning of international organisations and run counter to the current trend towards extending and strengthening international cooperation.

73. In view of all these circumstances, the Court finds that, in giving effect to the immunity from jurisdiction of ESA on the basis of section 20(2) of the Courts Act, the German courts did not exceed their margin of appreciation. Taking into account in particular the alternative means of legal process available to the applicants, it cannot be said that the limitation on their access to the German courts with regard to ESA impaired the essence of their "right to a court" or was disproportionate for the purposes of Article 6§ 1 of the Convention.

74. Accordingly, there has been no violation of that provision.⁵³

The *Waite* case has received positive reception both from national courts⁵⁴ and regional bodies, strengthening the acceptance of the principle that the proportionality between jurisdictional immunity and the right to defense is preserved if there is an adequate mechanism for internal dispute resolution used by the organization to provide a timely response to the requests of its employees.

Certain States like Belgium⁵⁵ have gone beyond *Waite* and have decided to exempt the immunity of international organizations if they do not have, or do not activate or properly design this internal mechanism in order to resolve such disputes. This cannot be consid-

ered a universal trend or a new customary rule, since this behavior arises from the State's obligation under the European Convention Art 6, as was argued in the cases *Lutchmaya v. General Secretariat of African, Caribbean and Pacific Group of States, Brussels Labor Court, March 4, 2003, Journal des Tribunaux, 2003* and *Siedler v. Western European Union, Appeal Judgment, JT 2004, 617, ILDC 53 (BE 2003), 17th September 2003, Belgium; Brussels; Labor Court of Appeal; 4th Chamber*). For example, in the *Siedler* case, the Belgian Courts studied whether the levels of independence of the internal dispute resolution mechanism of the international organization upheld ECtHR standards and concluded that if the body is not independent, the immunity can be waived. This was, yet again, in a particular application of the European Convention, and leaves several questions regarding the breach of the treaty by the State, open.

"The mode of designation—by an intergovernmental committee – and the short term of the mandate – two years – of the members of the commission were to be taken into account as well. These features of the internal appeals commission involved the risk that the members would be closely tied to the organization, thereby lacking independence [my emphasis]."⁵⁶

On a more regional level, the 2018 OAS Guidelines on International Organizations by the Interamerican Judicial Committee have incorporated the *Waite* standard from the ECtHR and made clear as a practice for Latin American States and international organizations in the region that a natural counterpart for that functional immunity, is the ability of the organization⁵⁷ to resolve labour disputes internally:

Guideline 6.

Characteristics of dispute resolution mechanisms

The dispute settlement mechanisms established by international organizations to

resolving private law disputes should be adequate and effective.

Rapporteur's Notes

The European Court of Human Rights in its case *Waite and Kennedy v. Germany*¹⁵ has established that immunity depends on the availability of adequate and effective remedies. To maintain

⁵³ *Waite and Kennedy v Germany*, Merits, App No 26083/94, ECHR 1999-I <https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Waite-and-Kennedy-v.-Germany.pdf>

⁵⁴ NOLLKAEMPER, André, et al. (ed.) *International law in domestic courts: a casebook*. USA: Oxford University Press, 2019.

⁵⁵ DE BRABANDERE, Eric. Belgian Courts and the Immunity of International Organizations. *International Organizations Law Review*, v. 10, n. 2, p. 464-504, 2014.

⁵⁶ Belgian Court of Cassation, *Western European Union v Siedler*, Appeal Judgment Cass No S 04 0129 F (21 December 2009)

⁵⁷ BERENSON, William M. Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial: The Case of OAS. *World Bank Legal Review*, v. 3, p. 133, 2012.

immunity the European Court has indicated three requirements:

- (i) immunity must not restrict or reduce the right to due process;
- (ii) the limitations on immunity must pursue a legitimate purpose;
- (iii) there is a reasonable relationship of proportionality between the means used and the end accomplished.

The functional nature of immunities makes it necessary to preserve the right of access to justice for individuals. Therefore, it is not enough that there is an obligation to establish dispute resolution mechanisms. These Mechanisms should be adequate and effective.

Additionally, the principles of independence, transparency, professionalism, decentralization, Legality and due process should govern such mechanisms. Finally, the organization must disseminate its mechanisms duly among staff, in order to avoid ignorance of them.⁵⁸

The number of international organizations with internal dispute resolution mechanism makes it difficult to present a study of every single example in the present article. It is illustrative, however, to present some treaty clauses or staff regulations that develop the dispute resolution mechanisms for labour disputes that international organizations have designed, so as to demonstrate the way in which these guarantee the due process of the employees and fulfill the goal of jurisdictional immunity from labour courts without undermining the rights of the claimants. For instance, the Staff Regulations and Rules of the United Nations (2018) from rules 11.0 to 11.5 contemplate a mechanism that involves informal resolution, the participation of an ombudsman, a formal complaint before a tribunal and a formal appeal before an appeals tribunal.

Rule 11.1

Informal resolution

(a) A staff member who considers that his or her contract of employment or terms of appointment have been violated is encouraged to attempt to have the matter resolved informally. To that end, a staff member who wishes to pursue informal channels should approach the Office of the Ombudsman without delay, without prejudice to the right to pursue the matter formally in

accordance with the provisions of the present chapter.

(b) Both the staff member and the Secretary-General may initiate informal resolution, including mediation, of the issues involved at any time before or after the staff member chooses to pursue the matter formally.

(c) The conduct of informal resolution by the Office of the Ombudsman, including mediation, may result in the extension of the deadlines applicable to management evaluation and to the filing of an application with the United Nations Dispute Tribunal, as specified in staff rules 11.2 (c) and (d) and 11.4 (c) below.

(d) An application shall not be receivable by the United Nations Dispute Tribunal if the dispute arising from a contested decision has been resolved by an agreement reached through mediation. However, a staff member may submit an application directly with the Dispute Tribunal to enforce the implementation of an agreement reached through mediation within 90 calendar days of the deadline for implementation as specified in the mediation agreement or, when the mediation agreement is silent on the matter, within 90 calendar days of the thirtieth calendar day from the date on which the agreement was signed.⁵⁹

The World Bank Tribunal Statute also contemplates mediation mechanisms for employment disputes to be exhausted between the staff member and the corresponding organ before a formal complaint can be entertained by the tribunal in a more judicial manner. Several other examples can be reviewed in the Staff regulations or resolutions that constitute the tribunals of the organizations, such as the Article 270 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)⁶⁰, the ILO Administrative tribunal⁶¹, the NATO Administrative Tribunal⁶² or the OECD Administrative Tribunal⁶³

1. The Tribunal shall hear and pass judgment upon any application by which a member of the staff of the Bank Group alleges non-observance of the contract of employment or terms of appointment of such staff member. The words “contract of employment” and “terms of appointment” include all pertinent regulations and rules in force at the time of alleged non-observance including the provisions of the Staff Retirement Plan.

⁵⁹ <https://hr.un.org/content/staff-rules-112>

⁶⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>

⁶¹ https://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang-en/index.htm

⁶² https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2015_09/20150902_150902-cpr-en.pdf

⁶³ https://www.oecd.org/careers/Staff_Rules_en.pdf

⁵⁸ OAS. Informe del comité jurídico interamericano. Inmunidades de las organizaciones internacionales, (93o período ordinario de sesiones OEA/Ser. Q 6 al 16 de agosto 2018) CJI/doc.554/18 rev.2 Rio de Janeiro, Brasil 16 agosto 2018

2. No such application shall be admissible, except under exceptional circumstances as decided by the Tribunal, unless:

(i) the applicant has exhausted all other remedies available within the Bank Group, except if the applicant and the respondent institution have agreed to submit the application directly to the Tribunal; and

(ii) the application is filed within one hundred and twenty days after the latest of the following:

(a) the occurrence of the event giving rise to the application;

(b) receipt of notice, after the applicant has exhausted all other remedies available within the Bank Group, that the relief asked for or recommended will not be granted; or

(c) receipt of notice that the relief asked for or recommended will be granted, if such relief shall not have been granted within thirty days after receipt of such notice.

3. For the purposes of this Statute:

the expression “member of the staff” means any current or former member of the staff of the Bank Group, any person who is entitled to claim upon a right of a member of the staff as a personal representative or by reason of the staff member’s death, and any person designated or otherwise entitled to receive a payment under any provision of the Staff Retirement Plan.⁶⁴

6 Remarks on the Colombian case law regarding immunities of the international organizations in labour disputes: judicial misapplication of the exemptions emanating from diplomatic immunity.

Finally, this article concludes with an analysis of a particularly complex case of reception and misinterpretation of the principles governing diplomatic immunity and the immunity of international organizations in labour disputes. At the Constitutional Court of Colombia⁶⁵, the debate on the jurisdictional immunity of international organizations and diplomatic missions has

⁶⁴ <https://tribunal.worldbank.org/statute>

⁶⁵ ABELLO-GALVIS, Ricardo, ARÉVALO RAMÍREZ, Walter. La inmunidad de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios cuando son nacionales del Estado sede. Diferencias con la inmunidad diplomática y experiencias de la jurisprudencia internacional y colombiana. *Annuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XXI, 2021.

taken a spotlight through its two main judicial areas of jurisdiction.

The first, namely the “abstract control of constitutionality (automatic judicial review)”⁶⁶, occurs when the Constitutional Court, in the face of the laws approving a treaty prior to its entry into force, within the ratification process, or, in the face of public actions of unconstitutionality (judicial review actions) against those laws approving the treaty⁶⁷. Under these procedures, the Constitutional Court has analyzed the constitutionality of different instruments that contain precepts of the two aforementioned types of immunities: treaties constituting international organizations, and treaties related to diplomatic immunity.

The second of these areas of jurisdiction under which the Constitutional Court of Colombia has entertained cases related to immunity, is called “specific control” (*control concreto*⁶⁸), where citizens by means of individual suit actions or applications can claim against public or private subjects before any judge to guarantee their fundamental constitutional rights against a specific damage. Under this type of jurisdiction, there have been numerous cases against diplomatic missions and international organizations claiming protection from human rights violations, including those arising out of labour disputes.

Recurrently, the Colombian case law as it will be shown below, has adequately recognized the rationale behind the immunity of international organizations and their functional relationship with the object and purpose of the organization, considering that such immunity is both necessary for the organization and does not constitute a violation of the sovereignty of the host State. It has, however, erroneously transferred the customary limitations and exemptions of the immunity of

⁶⁶ ARÉVALO RAMÍREZ, Walter; GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 2, p. 393-430, 2018.

⁶⁷ ABELLO GALVIS, Ricardo. La Corte Constitucional y el derecho internacional Los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2004. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 7, n. 1, p. 305-382, 2005.

⁶⁸ GARCÍA-MATAMOROS, Laura Victoria, ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter. Dos décadas de debates entre la Constitución de 1991 y el derecho internacional: El control constitucional de los tratados, las enmiendas constitucionales y la oposición a sentencias de tribunales internacionales. *De la constitución de 1991 a la realidad: Debates políticos, jurídicos, territoriales e internacionales*. Universidad del Rosario, 2015. p. 347-376.

diplomatic missions, such as not granting immunity to nationals, and excluding or limiting it in commercial or labour relations, to the immunity of international organizations, contrary to its conventional scope.

A relevant starting point for a case law analysis, is the Colombian Constitutional Court (CCC) judgment C-254 of 2003, where the Constitutional Court recognizes that the immunity of international organizations is the product of what is agreed in its Constitutive Treaty and that functional immunity is governed by the agreement by the States Parties. The CCC held that an immunity agreement on jurisdiction does not *per se* violate national sovereignty or the principle of equality (of individuals before the law), This position was originally advanced in CCC judgment C-203 of 1995, a case involving the judicial review of the law approving the treaty of the Agreement Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA). Extended extracts from the decision in Spanish can be found in the footnote⁶⁹.

⁶⁹ CCC Judgment C-254/03. *Para comenzar es necesario advertir que la jurisprudencia constitucional ha admitido la introducción de cláusulas de inmunidad en los tratados internacionales como reconocimiento de que las mismas son medios “que han existido para asegurar la independencia de los representantes diplomáticos, y que se han extendido a las organizaciones internacionales, a sus bienes y funcionarios también para asegurar la autonomía de esas entidades.”*[9] . *Adujo en este contexto que la institución de la inmunidad no es per se contraria al ordenamiento jurídico.*

Lo mismo subrayó cuando revisó la exequibilidad de la Ley 464 de 1998 que aprobó el “Convenio Internacional de las Maderas Tropicales”, suscrito en Ginebra en 1994. El artículo 17 de dicha Convención establece un sistema de inmunidades y privilegios similar al que contiene la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica. El numeral 3° de dicho artículo señala que “La organización [Internacional de Maderas Tropicales] podrá concertar con uno o más países acuerdos, que habrán de ser aprobados por el Consejo, sobre las facultades, privilegios e inmunidades que sean necesarios para el debido funcionamiento del presente Convenio.”

En relación con esta disposición, que faculta a la Organización internacional para establecer regímenes de inmunidades a favor de sus miembros, la Corte adujo que las inmunidades y privilegios conferidos a miembros de organismos internacionales se ajustan a la Carta Política siempre y cuando estén encaminadas a la “defensa, igualdad y soberanía del organismo de derecho internacional de que se trate y de los Estados que acuerdan conceder dichas prerrogativas”[10] . *” La Corte agregó que de no hacerse tal salvedad, “[b]ajo el manto de buenas intenciones patrocinadas por el Convenio, que la Corte respeta y alienta, (...) cláusulas como la analizada pueden constituirse en el germen de tratamientos diferenciales y privilegiados que den cabida a injusticias y desequilibrios.”*

Dicha posición refrendó lo sostenido por la Corte en la Sentencia C-137 de 1996 a propósito de la revisión constitucional de la Ley 208 de 1995, por la cual se aprobó el “Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología”, hecho en Madrid en 1983.

Al igual que la Convención sobre el manejo de maderas tropicales, el Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología cuenta con una norma destinada a regular los privilegios e inmunidades de los miembros del Centro. El artículo 13 del Estatuto prescribe, entre otras cosas, que “6. Los

Erroneously, in CCC Judgment C-788 of 2011 regarding the Agreement on Cooperation and Regime of Privileges and Immunities between the International Organization for Migrations and the government of the Republic of Colombia, the Court, through a misinterpretation of the nature of diplomatic immunity and its distinction with the immunity of international organizations, extended the customary limitations on immunity inherent to diplomatic missions to international organizations, while disregarding the principles explained above and their treaty based nature.

The areas in which the judgment unduly extends the limitations to diplomatic immunity to the regime of international organizations include: i) labour matters, in which diplomatic missions and international organizations when hiring nationals would be subject to national labour law and national social security law ii) commercial transactions, “private contracts” and inheritance law, where it indicated that members of the diplomatic corps do not have immunity for acts outside their function of representing the State and must submit to civil jurisdiction, as well as for “commercial acts”, an exception which, as we have seen above, cannot be applied to the international organization since the difference between acts *iure gestionis* and *iure imperii* do not apply. Regarding administrative and criminal matters, the CCC held that the immunity must be interpreted close to the constitutive agreement, allowing affected citizens by such immunity to sue the State, a position also concurred by the Council of State.⁷⁰

This Corporation has defined the following limitations on the immunity of agents of foreign States and international law organizations that are in the national territory in the guardianship headquarters and in matters of constitutionality control: 1. The labor jurisdiction. In judgment T-932 of 2010, the Court analyzed the case of a citizen in favor of whom the Diplomatic Mission of the Embassy of the Bolivarian Republic of

funcionarios del Centro gozarán de las prerrogativas e inmunidades que dispone el Artículo V de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas”, que “5. Los representantes de los Miembros gozarán de las prerrogativas e inmunidades que dispone el Artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas”, y que “7. Los expertos del Centro gozarán de las mismas prerrogativas e inmunidades estipuladas para los funcionarios del Centro en el párrafo 6 que antecede.”

Frente a dichas disposiciones la Corte sostuvo que las inmunidades conferidas a los miembros de un organismo internacional son concesiones ofrecidas con fundamento en disposiciones de derecho internacional que no quebrantan por sí mismas el concepto de soberanía nacional.

⁷⁰ CCC Judgment C-788 of 2011.

Venezuela in Colombia stopped making contributions to the Pension System. In order to resolve the specific case, in the general considerations of the ruling, the Ninth Review Chamber reached three main conclusions: (i) progressively, international law has recognized that States and international organizations have restricted immunity in labor matters, In other words, it has accepted that diplomatic missions and supranational organizations can be called to trial by local courts “when labor and benefit rights of nationals and permanent residents of the national territory are compromised [...]”; (ii) when a foreign State enters into an employment contract with a Colombian national, it must submit unrestrictedly to internal labor regulations, which is why “a sending State cannot claim immunity for claims derived from the employment contract or the performance of relations labor. ”; . ”; and (iii) the conclusion of employment contracts with Colombian nationals obliges diplomatic missions and supranational organizations to assume the risk of old age, “through the affiliation of the worker to the Social Security Institute or even to other social welfare entities that cover such a risk. “ In line with the conclusions noted, when verifying that the plaintiff could go before the labor judges to obtain the protection of her claims, and in view of the need to adopt urgent and urgent measures to guarantee the protection of her fundamental rights to the minimum vital and safety social, the Court granted the protection filed as a transitory mechanism and ordered the Head of the Diplomatic Mission of the Embassy of the Bolivarian Republic of Venezuela in Colombia to pay the plaintiff “the sum equivalent to a legal monthly minimum wage in force in accordance with Colombian regulations , as a provisional old-age pension and until the ordinary labor courts resolve the substantive dispute regarding labor rights that the plaintiff will raise. “ Thus, it can be concluded that the protection action is appropriate to obtain the protection of the fundamental rights to the vital minimum, to work and to social security of those who have provided their services to a diplomatic mission or an international organization, when the employer has omitted to comply with the duty to make the corresponding contributions to the Pension System.

Judgment C-788 of 2011 which deepens the difficulty of its approach to the immunity of international organizations shows that the Constitutional Court took as a generalizable parameter, the limitations to immunity agreed in the “Convention on Special Missions of

the United Nations”, a treaty that was analyzed by the Court in judgment C-315 of 2004 and that is repeatedly cited in decisions such as C-788 of 2011. The limitations on immunity agreed to in that treaty cannot be extended to all international organizations and their constituent conventions, but the Colombian Constitutional Court seems to take it as a guide to understanding immunity itself.⁷¹

This argument regarding the exemptions, waivers and limitations to the immunity of international organizations derived from diplomatic immunity in judgment C-788 of 2011, is replicated in judgment C-267 of 2014 on the Agreement between Colombia and the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons regarding its Privileges and Immunities (OPCW).⁷²

⁷¹ CCC Judgment C-788 of 2011. *Mediante la sentencia C-315 de 2004, la Sala Plena de esta Corte declaró la constitucionalidad de “La Convención sobre las Misiones Especiales” de las Naciones Unidas -abierta a la firma en Nueva York el 16 de diciembre 1969-, así como de la Ley aprobatoria 824 de 2003. De acuerdo con el artículo 31 de dicha Convención, los representantes de un Estado y los miembros del personal diplomático gozan de inmunidad civil y administrativa, salvo en estos casos: “a) una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que la persona de que se trate los posea por cuenta del Estado que envía para los fines de la misión; | | b) una acción sucesoria en la que la persona de que se trate figure, a título privado y no en nombre del Estado que envía, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; | | c) una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por la persona de que se trate en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales; [y] | | d) una acción por daños resultante de un accidente ocasionado por un vehículo utilizado fuera de las funciones oficiales de la persona de que se trate”. Con fundamento en las disposiciones anteriores, en la citada sentencia, luego de reiterar que el principio de inmunidad de jurisdicción restringida no contradice la Constitución pues no vulnera por sí mismo el principio de igualdad, la Corte afirmó que los artículos que abordan el tema contenidos en la Convención deben ser entendidos de conformidad con (i) la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo concerniente a la jurisdicción administrativa, y (ii) los demás artículos de la misma Convención que se refieren a las obligaciones generales que deben satisfacer los integrantes de una misión diplomática. [...]. 3. La jurisdicción penal. La citada Convención sobre las Misiones Especiales de las Naciones Unidas, incorporada al ordenamiento jurídico interno por la Ley 824 de 2003, también señala en su artículo 31 que los representantes de un Estado y los miembros del personal diplomático gozan de inmunidad penal en el Estado receptor.”.*

⁷² CCC Judgment C-267 of 2014:

5.2.1 El tema del principio de inmunidad de jurisdicción frente a la procedibilidad de la acción de tutela contra organismos internacionales para obtener la protección del derecho fundamental de petición, únicamente ha sido abordado por la Corte en tres sentencias, por lo que en seguida se hará una breve referencia a cada una de ellas:

5.2.1.1 En la sentencia T-883 de 2005, la Corte estudió las sentencias proferidas en el trámite de la acción de tutela instaurada por un ciudadano contra el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), por considerar que dicho programa vulneró sus derechos fundamentales de petición y honra. [...] Para resolver el caso concreto, en las consideraciones generales de la sentencia, la Sala Quinta de Revisión explicó que en el ámbito constitucional, el principio de inmunidad de jurisdicción debe atender a varios aspectos. En primer lugar, señaló que el principio en comento “no puede entenderse como una habilitación que am-

In the field of “*acción de tutela*” (a specific control or writ for protection of constitutional rights) (Also called “*Recurso de Amparo*” in Latin America), in cases involving a request to international organizations to appear before national authorities, the Constitutional Court has held different positions. On the one hand, it reinforces the exceptions to immunity already admitted in its other previously cited judgments, while on the other, it creates an unclear position regarding the duty to appear before national authorities and courts when an international organization is summoned.

The Constitutional Court in judgment T-611 of 2011, compiles cases in which international organizations based in their territory have been called to respond to requests from authorities or citizens and compares it with the customary obligation of diplomatic missions to respond to these requests when the summons involves a labour dispute with a national.

In its dictum, the Constitutional Court mentions that international organizations have to present themselves before national authorities in private disputes, or disputes involving labour law and disputes involving fundamental rights, to the extent that such appearance does not affect its object and purpose.

This last test, although more favorable than a total waiver of immunity in the matter by national courts, does not correspond to the precepts already described,

namely, that international law contemplates for full functional-jurisdictional immunity.

Another decision in which the CCC proceeded to limit the immunity of international organizations, by identifying a “duty” to appear before national authorities, is judgment T-093 of 2012, which although reaffirms the immunity from jurisdiction and execution, affirms that Colombia has been part of the historical process in which diplomatic immunities are being transferred to the sphere of international organizations.

It is at this point in which the constitutional court erroneously transfers the exceptions emanating from diplomatic custom to diplomatic immunity.

4.2.1. The Colombian State has recognized that the immunities and prerogatives granted by the country to officials of international organizations or diplomatic representatives of other States, in guarantee of the need to ensure the independence and neutrality of the work carried out by the corresponding international law subject, harmonize with the provisions of the Political Constitution. It is mainly about the United Nations Convention on Privileges and Immunities of February 13, 1946, ratified by Colombia through Law 62 of 1973, an instrument of which Colombia is a party and is bound since it has not denounced it, nor has it conditioned or reserved any of its provisions.

4.2.2. Immunity, for the case at hand, constitutes, then, a procedural rule that operates as an exception and which has two fundamental manifestations: (i) immunity from jurisdiction as such, which refers to the incompetence of national judges to judge certain subjects of international law, which may be other States or international organizations and (ii) immunity from execution, which prevents a certain judicial decision from being made effective, in the event that the procedure against the subject of international law is have carried out [10]. In this regard, the Court has expressed:

[...] from the principle of sovereignty, independence and equality of the States, a rule of public international law is derived, recognized by custom and international conventions by virtue of which the agents and property of foreign States must be immune from the coercive action of the public authorities of the host States. This principle was extended to the officials and assets of international agencies or centers in order to guarantee, fundamentally, the independence of said organizations in the fulfillment of their functions, wherever, by virtue of an international agreement, they operate.⁷³

para conductas arbitrarias y que pueden resultar lesivas de derechos consagrados y protegidos por el ordenamiento interno”, pues la inmunidad otorgada por el Estado colombiano a un organismo de derecho internacional, solo puede ser considerada constitucional si responde “a la necesidad de asegurar la independencia y neutralidad de las labores que desarrolle el sujeto de derecho internacional correspondiente.” En segundo lugar, sostuvo que dada la tendencia actual seguida por la mayoría de Estados de conceder inmunidad restringida a autoridades extranjeras, “es posible que el texto mismo del tratado o convenio respectivo, establezca el mecanismo a través del cual se pueden solucionar las controversias en las que se vean involucrados sujetos que gozan de inmunidades reconocidas por los Estados, con lo que se garantiza, además, la protección efectiva de los derechos de los individuos[25].” Y en tercer lugar, concluyó que ante la necesidad de garantizar la protección de los derechos vulnerados, particularmente del derecho al acceso a la administración de justicia, “en los casos en los que la protección del derecho exija la realización de determinada conducta por el sujeto que goza de inmunidad, podría el afectado solicitar al Estado colombiano que supla la actuación del funcionario u organización respectiva, en el evento en que ello fuere posible, toda vez que por esa vía se garantizarían los derechos de la persona, respetando la inmunidad que fue reconocida por el Estado.”

Con fundamento en lo anterior, la Corte negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, al estimar que era el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en calidad de organismo ejecutor del Proyecto para la Modernización de la Administración Financiera Pública, y no el PNUD, la entidad encargada de dar respuesta a la petición presentada por el actor.

⁷³ CCC Judgment T-093 of 2012

In sum, the reception and development of the immunity principles explained above by the Colombian jurisdiction is contradictory. Colombian constitutional jurisprudence, does not correctly identify the nature, scopes or sources that govern diplomatic and international organizations, generating confusion about the restrictions that are admissible to each one.

7 Conclusion

As a concluding remark, it is important to say that even if functional immunity and jurisdictional immunity of international organizations are concepts that tend to be clear in doctrine, casebooks and theory, their reception by national courts or their scope under the scrutiny of international tribunals is still evolving in the field of labour disputes. The differences with diplomatic immunity from the point of view of sources of international law are clear but both international and national jurisdictions still struggle with the applicable law to labour relations between the organizations and individuals, thus undermining the immunity as conceived in the constitutive instrument of international organizations, usually by applying exemptions arising from customary international law in the field of diplomatic immunity, to international organizations, where such exemptions may have not been contemplated in their constitutive treaties.

Regarding the misconception about immunities in the Colombian case law, it is urgent to recover the separation by national courts of the two types of immunity and their scope in the Colombian jurisdiction, so as to avoid that this limitation to the immunity of international organizations keeps leading to arbitrariness in the decisions of the judges and national authorities. These violations and limitations on the immunity of international organizations as the International Court of Justice has recognized in the 1949 advisory opinion “Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations”, can generate a right to the international organization, as a subject of international law, to invoke international responsibility against the State and claim reparation for the damage through all the diplomatic and jurisdictional mechanisms at its disposal.

Finally, the duty to constitute an internal dispute resolution mechanism for labour disputes inside the inter-

national organizations that can correctly apply the staff regulations and the special labour regime devised by the organization, as a counterpart for the recognition of the immunity, is a development that is still in process of reception both by regional bodies and national tribunals, constituting the last frontier where the immunity of the organization can be upheld or waived, wrongfully and unilaterally, by national courts.

References

ABELLO GALVIS, Ricardo. La Corte Constitucional y el derecho internacional Los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2004. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 7, n. 1, p. 305-382, 2005.

ABELLO-GALVIS, Ricardo. La Costumbre como Fuente de Derecho Internacional: una Caja de Pandora Imposible de Cerrar. *Derecho internacional: varias visiones, un maestro. Liber amicorum en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*. 2015. p. 3-28. Ed. Universidad del Rosario.

ABELLO-GALVIS, Ricardo; ARÉVALO RAMÍREZ, Walter. La inmunidad de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios cuando son nacionales del Estado sede. Diferencias con la inmunidad diplomática y experiencias de la jurisprudencia internacional y colombiana. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XXI, 2021.

ABELLO-GALVIS, Ricardo; ARÉVALO RAMÍREZ, Walter. La inmunidad de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios cuando son nacionales del Estado sede. Diferencias con la inmunidad diplomática y experiencias de la jurisprudencia internacional y colombiana. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XXI, 2021.

ARAÚJO KALLÁS, Fernanda. A imunidade de jurisdição das Organizações Internacionais face ao direito de acesso à justiça. *Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law*, v. 13, n. 3, 2016.

ARÉVALO RAMÍREZ, Walter; GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 2, p. 393-430, 2018.

- ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter. *Organizaciones Internacionales Manual de derecho internacional público*. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio. 2da Ed. España: Tirant Lo Blanch Editorial, 2020.
- BARKER, J. Craig; WARBRICK, Colin; MCGOLDRICK, Dominic. State Immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection against Legal Action?. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 47, n. 4, p. 950-958, 1998.
- BAXTER, Richard R. Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law. *British Yearbook of International Law*, v. 41, p. 275, 1965.
- BELGIUM. Brussels Appeals Court. Manderlier v. United Nations and Belgian State: Decision of 15 September 1969
- BELGIUM. Brussels Appeals Court. Manderlier v. United Nations and Belgian State: Decision of 15 September 1969 United Nations Juridical Yearbook 1969.
- BELGIUM. Brussels Appeals Court. Manderlier v. United Nations and Belgian State: Decision of 15 September 1969 United Nations Juridical Yearbook 1969.
- BELGIUM. Siedler v. Western European Union, Belgian Labor Court of Appeals, Brussels, September 17, 2003, *Journal des Tribunaux* 2004, 617.
- BELGIUM. Western European Union v Siedler, Belgian Court of Cassation, 21 December 2009. Paras. 48-55.
- BERENSON, William M. Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial: The Case of OAS. *World Bank Legal Review*, v. 3, p. 133, 2012.
- BROWN, Jonathan. Diplomatic immunity: State practice under the Vienna convention on diplomatic relations. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 37, p. 53, 1988.
- CANADA. SCC *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13364/index.do>
- CCC Judgment C-254 of 2003.
- CCC Judgment C-267 of 2014.
- CCC Judgment C-788 of 2011.
- CCC Judgment T-093 of 2012.
- COUNCIL OF EUROPE. Resolution 1979 (2014)1 Accountability of international organizations for human rights violations Parliamentary Assembly. Council of Europe.
- DE BRABANDERE, Eric. Belgian Courts and the Immunity of International Organizations. *International Organizations Law Review*, v. 10, n. 2, p. 464-504, 2014.
- DENZA, Eileen. *Diplomatic law*: commentary on the Vienna convention on diplomatic relations. Oxford University Press, 2016.
- EVANS, Malcolm. *International Law*. Fifth Edition. Oxford, 2018.
- EVANS, Malcolm. *International Law*. Second Edition. Oxford, 2006.
- GARCÍA-MATAMOROS, Laura Victoria, ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter. Dos décadas de debates entre la Constitución de 1991 y el derecho internacional: El control constitucional de los tratados, las enmiendas constitucionales y la oposición a sentencias de tribunales internacionales. *De la constitución de 1991 a la realidad*: Debates políticos, jurídicos, territoriales e internacionales. Universidad del Rosario, 2015. p. 347-376.
- GODIO, Leopoldo. Evolución, actualidad y tendencias en materia de privilegios e inmunidades de organismos internacionales. *Revista RECORDIP*, v. 1, n. 2, 2011.
- I.C.J. Effect of Awards of Compensation Made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion, 1954 I.C.J. 47 (July 13)
- I.C.J. Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, p. 177.
- I.C.J. Diference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Session of Oslo – 1977 Contracts Concluded by International Organizations with Private Persons (Fourth Commission, Rapporteur: Mr Nicolas Valticos.
- LIMA, Lucas Carlos. “The OAS Inter-American Juridical Committee and the Codification of Regional International Law.” *Brazilian Journal of International Law*, v. 16, p. 292, 2019.

- MACKENZIE, David Clark. *A world beyond borders: An introduction to the history of international organizations*. University of Toronto Press, 2010.
- MACLEAN, Robert Joseph-Blaise; ARÉVALO RAMÍREZ, Walter. The Expulsion of Resident Colombian Nationals during the Colombia-Venezuela Border Dispute: An “Under the Radar” Case for Diplomatic Protection of Human Rights?. *Vniversitas*, v. 68, p. 138, 2019.
- MILLER, Anthony. Privileges and immunities of United Nations officials. *International Organizations Law Review*, v.4, n. 2, p. 169-257, 2008.
- MULLER, A. Sam. *International organizations and their host states: aspects of their legal relationship*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- NETHERLANDS. X et al. v. European School Munich I63 the Bavarian appellate Administrative Court, US-Iran Claims Tribunal v AS, 96 ILR 321, 329 (Netherlands Supreme Court, 1985)
- NOLLKAEMPER, André, et al. (ed.) *International law in domestic courts: a casebook*. USA: Oxford University Press, 2019.
- OAS Informe del comité jurídico interamericano. Inmunidades de las organizaciones internacionales, (93o período ordinario de sesiones OEA/Ser. Q 6 al 16 de agosto 2018) CJI/doc.554/18 rev.2 Rio de Janeiro, Brasil. 16 agosto 2018.
- OKEKE, Edward Chukwuemeke. *Jurisdictional immunities of states and international organizations*. Oxford University Press, 2018.
- QUINTANA ARANGUREN, Juan José; GUZMÁN CARRASCO, Gonzalo. De espaldas al derecho internacional: Colombia y la inmunidad de jurisdicción de los Estados. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, v. 8, p. 53-102, 2006.
- REINISCH, August. Contracts between International Organizations and Private Law Persons. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, v. 7, p. 754, 2006.
- REINISCH, August. *International organizations before national courts*. No. 10. Cambridge University Press, 2000.
- REINISCH, August; WEBER, Ulf Andreas. In the shadow of Waite and Kennedy-The jurisdictional immunity of international organizations, the individual’s right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement. *International Organizations. Law Review*, v. 1, p. 59, 2004.
- RIOS, Greta L., FLAHERTY Edward. International Organization Reform of Impunity-Immunity is the Problem. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 16, p. 433, 2009.
- RYNGAERT, Cedric, PENNINGNS Frans. Jurisdictional immunity and infringement of fundamental labor rights. *International Labor Rights Case Law*, v. 3, n. 3, p. 327-332, 2017.
- RYNGAERT, Cedric. Immunities of International Organizations Before Domestic Courts: Reflections on the Collective Labour Case Against the European Patent Organization. *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015. TMC Asser Press, The Hague, 2016. 393-408.
- SARMIENTO LAMUS, Andrés. ¿Es la “Paradoja Baxter” una verdadera paradoja? La práctica de los Estados, entre la formación del derecho internacional consuetudinario y la interpretación de tratados”. In: ABELLO-GALVIS, Ricardo; ARÉVALO RAMÍREZ, Walter. (ed.) *Derecho Internacional Público, Derecho Internacional de la Inversión Extranjera*. Universidad del Rosario. 2019. p. 57 – 75.
- SINGER, Michael. Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns. *Vanderbilt Journal of International Law*, v. 36, p. 53, 1995.
- STEWART, David P. The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1, p. 194-211, 2005.
- TESFAGABIR, Kibrom. The state of functional immunity of international organizations and their officials and why it should be streamlined. *Chinese Journal of International Law*, v. 10, n. 1, p. 97-128, 2011.
- VAN ERT, Gib, ALLEN, Greg J. ROBB, Rebecca. Canadian Cases in Public International Law in 2013. *Canadian Yearbook of International Law*, v. 51, p. 535, 2013.
- WEBB, Philippa. The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma?. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 3, p. 745-767, 2016.

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, Paula. L'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie): la Cour Internationale de Justice à contre-sens de l'évolution du droit international. *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, v. 11, p. 21-70, 2018.

WOOD, Michael. Do international organizations enjoy immunity under customary international law?. *Immunity of International Organizations*. Brill Nijhoff, 2015.

WOOD, Michael. International Organizations and Customary International Law. *Vanderbilt journal of transnational law*, v. 48, n. 3, p. 609, 2015.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Imunidade de Jurisdição dos Estados e Poder Executivo brasileiro: os pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty
State Immunity and the Brazilian Executive Branch: the Opinions of the Legal Advisers of Itamaraty

George Rodrigo Bandeira Galindo

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES

Imunidade de Jurisdição dos Estados e Poder Executivo brasileiro: os pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*

State Immunity and the Brazilian Executive Branch: the Opinions of the Legal Advisers of Itamaraty

George Rodrigo Bandeira Galindo**

Resumo

A doutrina brasileira tem se centrado nas decisões judiciais de tribunais brasileiros para identificar a posição nacional sobre imunidade de jurisdição dos Estados. Ainda que tal perspectiva seja essencial, é preciso, também, investigar a perspectiva do Poder Executivo sobre o tema, especialmente considerando-se que ela é relevante para qualquer conclusão sobre a posição do Brasil em relação a normas costumeiras internacionais sobre imunidade de jurisdição dos Estados. No presente artigo, analisaram-se os pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty. Eles servem — ainda que não isoladamente — para identificar a prática e fornecer elementos para a prova da *opinio juris*. Em um período de cerca de 85 anos (1913-1999), a maioria dos consultores jurídicos se dedicou ao tema. Ao menos três questões surgem dos pareceres: a relativização da imunidade de jurisdição, a relação entre direito e política, e a separação de poderes. Quanto ao primeiro aspecto, por décadas, a possibilidade de relativização foi enfrentada e discutida de maneira bastante detida. Em relação ao segundo aspecto, é frequente, nos pareceres, a associação entre a situação política das relações internacionais e a frequência com que Estados figuram em casos na justiça estrangeira. No que concerne ao terceiro aspecto, ainda que os pareceres demonstrem crescente deferência ao Poder Judiciário, entendem, também, que há um espaço para a atuação político-diplomática em questões não decididas por tribunais. Contudo, mais estudos são necessários sobre a prática do Poder Executivo Brasileiro em matéria de imunidade de jurisdição dos Estados. A estabilização do direito da imunidade de jurisdição dos Estados, ainda de caráter acentuadamente costumeiro, depende de uma análise ampla — e não restrita apenas a decisões judiciais — da posição de Estados como o Brasil acerca do tema.

Palavras-chave: Imunidade de Jurisdição dos Estados; Poder Executivo; Consultores Jurídicos do Itamaraty; Costume; Direito e Política; Separação de Poderes.

* Recebido em 31/10/2020

Aprovado em 21/07/2021

“As posições expressas neste artigo refletem a opinião pessoal do autor e não necessariamente aquela das instituições a qual é vinculado”.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores; Membro da Comissão Jurídica Interamericana.

Email: georgegalindo1976@gmail.com

Abstract

Brazilian scholarship has focused on judicial decisions of Brazilian courts to identify the national position on state immunity. Although such a perspective is essential, it is also necessary to investigate the perspective of the Executive Branch on the topic, especially considering that it is relevant to any conclusion about Brazil's position in relation to international customary rules on state immunity. In this article, I sought to analyze the opinions of the legal advisers of Itamaraty. They are useful - albeit not in isolation - to identify the practice and provide elements for the evidence of *opinio juris*. In a period of about 85 years (1913-1999), most legal advisers dealt with the topic. At least three issues arise from the opinions: the relative character of state immunity, the relationship between law and politics and the separation of powers. As for the first aspect, for decades the possibility of relativization was faced and discussed in a very detailed way. With regard to the second aspect, opinions often associate the political situation in international relations with the frequency States appear before foreign courts. Regarding the third aspect, even though the opinions show increasing deference to the Judiciary, they also understand that there is a space for political-diplomatic action in matters not decided by the courts. However, more studies are needed on the practice of the Brazilian Executive Branch on the issue of state immunity. The stabilization of the law of state immunity, still of a markedly customary nature, depends on a wide analysis - and not restricted only to judicial decisions - of the position of States like Brazil on the subject.

Keywords: Immunity from Jurisdiction of States; Executive Branch; Legal Advisers of Itamaraty; Custom; Law and Politics; Separation of Powers.

1 Introdução

Tradicionalmente, a doutrina brasileira sobre imunidade de jurisdição¹ tem se calcado no julgamento da ACi 9.696² pelo Supremo Tribunal Federal como uma

¹ No presente artigo tratarei o termo “imunidade de jurisdição” como gênero, de modo a englobar a imunidade no processo de conhecimento e no processo de execução. Quando necessário adotar a distinção, isso será indicado expressamente.

² Embora bastante conhecida, não é despidendo transcrever a ementa do acórdão:

robusta descontinuidade no posicionamento do Estado brasileiro quanto ao tema.

Para Guido Soares, por exemplo, a questão dos Estados estrangeiros perante o Poder Judiciário Nacional “tinha sido tratado, no Brasil, de forma inadequada, os doutrinadores apegando-se a distinções ‘acta jure imperii’ e ‘acta jure gestionis’, mas a Jurisprudência, aferrando-se à teoria da imunidade absoluta”. E continua, sustentando um novo rumo jurisprudencial dos tribunais superiores, com o advento da Constituição de 1988, “após o caso julgado em 1990 pelo Supremo Tribunal Federal, no caso Geny de Oliveira”.³

Por sua vez, Carlos Eduardo Caputo Bastos e Antenor Madruga Filho qualificam o acórdão do Supremo Tribunal Federal na referida ACi 9696 como a “decisão judicial mais importante sobre o tema da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos no Brasil”, que teria consagrado “uma reorientação para a aplicação restritiva dessa imunidade”.⁴

“ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. CAUSA TRABALHISTA.

1. NÃO HÁ IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PARA O ESTADO ESTRANGEIRO, EM CAUSA DE NATUREZA TRABALHISTA.

2. EM PRINCÍPIO, ESTA DEVE SER PROCESSADA E JULGADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, SE AJUIZADA DEPOIS DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 114).

3. NA HIPÓTESE, PORÉM, PERMANECE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EM FACE DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO 10 DO ART. 27 DO A.D.C.T. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, C/C ART. 125, II, DA E.C. N. 1/69.

4. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SE AFASTAR A IMUNIDADE JUDICIÁRIA RECONHECIDA PELO JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU, QUE DEVE PROSEGUIR NO JULGAMENTO DA CAUSA, COMO DE DIREITO”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACi 9.696, rel. min. Sydney Sanches, Pleno, Julgamento em 31.05.1989, DJ de 12.10.1990.

³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 231-232. Vale recordar que o autor, importante especialista brasileiro no tema, desenvolveu suas ideias originais sobre imunidade de jurisdição quando o Supremo Tribunal Federal ainda não havia decidido a ACi 9.696. Ver SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

⁴ CAPUTO BASTOS, Carlos Eduardo; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A Prática da Imunidade dos Estados: Perspectiva Brasileira. In: GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 137. O segundo autor desenvolve mais detalhadamente esse e outros posicionamentos sobre o assunto, no que diz respeito à perspectiva brasileira sobre a questão, em MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Es-*

Para Nádía de Araújo, “a questão relativa à imunidade de jurisdição foi objeto de grande modificação pela prática jurisprudencial do STF, quando a partir de 1989 deixou de considerá-la como absoluta”⁵. E, para Márcio Garcia, “[o] julgamento é um divisor de águas. No momento presente, pode-se dizer que em assunto trabalhista, e no processo de conhecimento, o Estado estrangeiro está submetido à jurisdição brasileira”⁶. Ainda, Carmen Tibúrcio sustenta que, com o julgamento, o Supremo Tribunal Federal passou “a adotar a teoria da imunidade relativa de jurisdição do Estado estrangeiro”. Entende que tal posicionamento gerou reflexos na jurisprudência de cortes como o Superior Tribunal de Justiça em outros campos, como litígios de natureza comercial e atos ilícitos.⁷

Essa atitude é fundada em uma perspectiva que considera, exclusivamente, o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro, e do Supremo Tribunal Federal em específico, como prática e *opinio juris* a demonstrar a posição brasileira no processo de formação de normas costumeiras sobre imunidade de jurisdição. O próprio acórdão na ACi 9.696, considerando-se o voto condutor do Ministro Francisco Rezek como referência, reforça uma ideia de centralização ao se referir às decisões de tribunais internos sobre o assunto. Ao mencionar a prática internacional identificada, o ministro Rezek parece resumi-la em dois grupos de atitudes: os Estados que relativizaram a imunidade judicialmente e os Estados que adotaram a via legislativa interna — ou internacional (e cita expressamente, e apenas, a Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado, a Lei norte-americana e britânica sobre o assunto). Ou seja, na ausência de uma lei sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal poderia adotar uma postura de relativização à imunidade de jurisdição e, assim, não violaria aquilo que chamou de “uma sólida regra de direito internacional costumei-

ro”, que, por sua vez, teria deixado de existir na década de 1970, com os diplomas internos e internacional que mencionou.⁸ Em outras palavras, no caso brasileiro, a prática unicamente relevante — já que não contamos com qualquer lei sobre imunidade de jurisdição — seria o posicionamento dos tribunais internos.

É indubitável que o julgamento da referida ação representa um momento dos mais significativos para entender a maneira pela qual o Estado brasileiro se posiciona sobre temas relativos à imunidade de jurisdição, especialmente no que se refere à atenuação do Princípio da Imunidade Absoluta de Jurisdição. Contudo, a centralização da análise na postura do Poder Judiciário não é suficiente, por si só, para revelar por completo a complexidade da prática brasileira no tema; ela também não traz à luz diversos debates que antecederam o citado julgamento do Supremo Tribunal Federal e questões não enfrentadas pelo Tribunal, mas que são fundamentais para a compreensão de uma posição brasileira acerca do tema em suas várias facetas.

No caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, de 2012, a Corte Internacional de Justiça, de maneira sistemática, tratou das diferentes formas de prática relevante para a identificação de normas costumeiras sobre imunidade de jurisdição. A primeira referência, de fato, é aos julgamentos de tribunais nacionais que se defrontaram com a questão de saber se um Estado estrangeiro é imune à jurisdição local. Entretanto, a Corte também enumerou outras formas, sem fazê-las necessariamente subordinadas à primeira, quais sejam: a legislação interna sobre o tema, as alegações de imunidade por Estados estrangeiros em cortes locais, além dos posicionamentos dos Estados tanto ao longo do estudo da Comissão de Direito Internacional sobre o tema quanto no contexto da adoção das Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens, de 2005.⁹

A prova da *opinio juris* no assunto, para a Corte Internacional de Justiça, é, ainda, mais reveladora de que

tado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 199-306.

⁵ ARAÚJO, Nádía de. Diretos Fundamentais e Imunidade de Jurisdição: Comentários Tópicos ao RE nº 222.368, do STF. In: GARCIA, Márcio e MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 186.

⁶ GARCIA, Márcio. Imunidade do Estado: Quem disse que o Rei não Erra? In: GARCIA, Márcio e MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 93.

⁷ TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 310, 314, 317-319.

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Voto do Ministro Francisco Rezek na ACi 9.696*, rel. min. Sydney Sanches, Pleno, Julgamento em 31.05.1989, DJ de 12.10.1990, p. 25-31. O ministro Rezek explica seu posicionamento no caso em REZEK, Francisco. *A Imunidade das Organizações Internacionais no Século XXI*. In: GARCIA, Márcio e MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 14-16.

⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*. para. 55.

o posicionamento dos tribunais é apenas uma peça — ainda que muito importante — para a identificação de normas costumeiras. Assim, o elemento subjetivo seria encontrado na afirmação, por Estados reclamando imunidade, de que o direito internacional lhes confere um direito à imunidade de jurisdição em relação a outros Estados; e, no reconhecimento, por parte dos Estados que concedem tal imunidade, que o direito internacional lhes obriga a fazê-lo. Ademais, a *opinio juris* também seria revelada na afirmação pelos Estados, em outros casos, que possuem um direito de exercer sua jurisdição sobre Estados estrangeiros.¹⁰

A doutrina recente tampouco encontra dificuldades em identificar elementos variados da prática como prova de *opinio juris* na ação ou inação dos diferentes poderes, incluído o Poder Executivo.¹¹

O caso é revelador, também, para demonstrar que, diante da diversidade de atores no âmbito de um mesmo Estado aptos a demonstrar *opinio juris*, a sua identificação pode ser difícil. A Corte se deparou com posturas díspares e, ainda que de maneira sutil, teve de se posicionar acerca da questão sobre qual posicionamento — do Poder Judiciário ou do Poder Executivo, quando divergiram — prevaleceria para aferir a posição de um Estado sobre aspectos do direito da imunidade de jurisdição.¹² Tal posicionamento vai ao encontro de análises doutrinárias que, conquanto demonstrem que, por meio dos anos, os juízes passaram a ocupar um papel mais relevante em diversas questões referentes às imunidades no direito internacional, reiteram o relevante papel do Poder Executivo em se posicionar sobre tal questão,

considerando-se a sua competência constitucional, em diversos Estados, para conduzir as relações exteriores.¹³

É verdade que os diversos sistemas jurídicos internos articulam, de maneira variada, a relação entre Poder Executivo e Poder Judiciário em matéria de imunidades de jurisdição. Há sistemas em que há maior deferência, em casos judiciais, às opiniões do Poder Executivo; em outros, por sua vez, a separação de poderes fica deveras demarcada.¹⁴ No Brasil, a autonomia do Poder Judiciário para decidir sobre casos de imunidade de jurisdição é reconhecida de maneira ampla pelo próprio Poder Executivo, como se verá posteriormente.

A existência de tal autonomia, contudo, revela pouco a exuberância dos casos sobre imunidade de jurisdição. *Primeiro*. Há uma dinâmica — às vezes de grande complexidade — que precede o ajuizamento de uma ação a ser julgada pelo Poder Judiciário. Nessa dinâmica, o Poder Executivo pode ter um papel de grande relevância para que, por exemplo, determinado caso se resolva de maneira amigável. *Segundo*. Conquanto o número de casos judiciais tenha aumentado exponencialmente nos últimos anos, o Poder Judiciário somente é chamado se pronunciar sobre alguns casos e temas relativos à imunidade de jurisdição. Há uma miríade de questões que são resolvidas no âmbito do Poder Executivo, comumente no diálogo entre Chancelarias. Para esses temas, não haverá sequer pronunciamento do Poder Judiciário que possa ser identificado como prática ou reveladora de *opinio juris* sobre um tema. *Terceiro*, considerando-se que o Poder Executivo é, até mesmo por disposição constitucional, competente para manejar as relações exteriores do país, diversas vezes ele é chamado a se pronunciar em primeiro lugar, e em circunstâncias politicamente atuais e relevantes, sobre situações que envolvam temas relativos à imunidade de jurisdição. A posição do Poder Executivo em matéria de relações exteriores logicamente o expõe mais ao que Rebecca Ingber chamou de “catalisadores de interpretação”, no sentido de “eventos desencadeadores que impelem o Executivo ou qualquer

¹⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, *I.C.J. Reports 2012*. para. 55.

¹¹ Ver, por exemplo, DAMROSCH, Lori Fisler. The Sources of Immunity Law – Between International and Domestic Law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 46-48.

¹² Ver, WUERTH, Ingrid. International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case. *Melbourne Journal of International Law*, v. 13, n. 1, 2012. p. 6, que se refere às posições do Judiciário e do Executivo grego especialmente no que se tange à possibilidade de medidas de execução. Ver também PALCHETTI, Paolo. Italian Concerns after sentenza 238/2014: possible reactions, possible solutions. Disponível em <https://verfassungsblog.de/italian-concerns-after-sentenza-2382014-possible-reactions-possible-solutions/>, que demonstra com lucidez problemas que podem surgir das posições divergentes entre juízes e órgãos políticos nacionais acerca da temática da imunidade de jurisdição.

¹³ Ver, por exemplo, YELIN, Head of State Immunity as Sole Executive Lawmaking. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 44, n. 4, 2011. p. 911-998 (que analisa a questão sob o prisma dos Estados Unidos).

¹⁴ Durante os trabalhos da Comissão de Direito Internacional sobre o assunto, ficou evidente a maneira variada com que diferentes sistemas jurídicos articulam a relação entre os poderes em matéria de imunidade de jurisdição. Os trabalhos completos da Comissão de Direito Internacional sobre o assunto podem ser encontrados em: https://legal.un.org/ilc/guide/4_1.shtml.

instituição a considerar, determinar, e afirmar, publicamente ou não, uma posição sobre uma questão de interpretação jurídica”.¹⁵ Tais catalisadores de interpretação podem tanto trazer novas questões à baila, como servir de estopim para provocar temas para os quais ainda não havia uma posição clara ou para os quais se precisava de um elemento motivador para serem retomados.¹⁶ Assim, o Poder Executivo pode se envolver com anterioridade ao Poder Judiciário em determinada questão sobre imunidade de jurisdição ou mesmo tratar de situações que sequer serão judicializadas a curto ou médio prazo.

Neste artigo, não pretendo adentrar em todas as questões que envolvem a prática do Poder Executivo brasileiro em matéria de imunidade de jurisdição.¹⁷ Meu objetivo é bem mais modesto. Creio ser relevante apresentar a maneira pela qual diferentes consultores jurídicos do Itamaraty, por um período de cerca de 85 anos, se pronunciaram sobre questões referentes à imunidade de jurisdição. Ao fazer isso, buscarei agregar elementos — ainda que não definitivos — para entender a maneira pela qual o Poder Executivo, nesse grande período de tempo, se posicionou sobre o tema, o que significa se aproximar de uma análise tanto da prática como da prova de *opinio juris* sobre temas que dizem respeito à imunidade de jurisdição.

As Conclusões da Comissão de Direito Internacional, no seu longo estudo acerca da Identificação do Direito Internacional Costumeiro, tratam, especificamente, dos pareceres jurídicos como forma de prova da *opinio juris*. Assim, está redigida a Conclusão 10 do estudo:

“Conclusion 10
Forms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*)
1. Evidence of acceptance as law (*opinio juris*) may take a wide range of forms.

¹⁵ INGBER, Rebecca. Interpretation Catalysts and Executive Branch Legal Decisionmaking. *The Yale Journal of International Law*, v. 38, n. 2, 2013. p. 367.

¹⁶ INGBER, Rebecca. Interpretation Catalysts and Executive Branch Legal Decisionmaking. *The Yale Journal of International Law*, v. 38, n. 2, 2013. p. 368.

¹⁷ Não se tem conhecimento de nenhum estudo específico sob esse viés. É importante lembrar, contudo, o estudo essencial de Leandro Moll sobre imunidade de jurisdição de organizações internacionais, que incorpora um tópico sobre a prática brasileira do Poder Executivo nesse campo específico. Nesse sentido, ver MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades Internacionais: Tribunais Nacionais ante a Realidade das Organizações Internacionais*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2011. p. 159-165.

2. Forms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*) include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; decisions of national courts; treaty provisions; and conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference.

3. Failure to react over time to a practice may serve as evidence of acceptance as law (*opinio juris*), provided that States were in a position to react and the circumstances called for some reaction.¹⁸

Os comentários às conclusões fazem a ressalva de que tais pareceres jurídicos devem ser publicados, e não podem ter sido recusados pelo Estado: “published opinions of government legal advisers may likewise shed light on a State’s legal position, though not if the State declined to follow the advice”.¹⁹

A análise dos pareceres ficará restrita aos pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty que foram publicados ou reeditados pelo Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, e que perfazem o período de 1903 a 1999.²⁰ São tais pareceres que podem, eventualmente, fornecer elementos para a prova da *opinio juris* em temas relativos à imunidade de jurisdição. Tal análise, no entanto, não se concentrará na questão de saber se tais pareceres foram acatados ou não — ainda que muitos deles forneçam tal indicativo. Mesmo assim, como se verá posteriormente, tais pareceres seguem alguns padrões — não havendo, com exceção do trata-

¹⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, part 2, 2018. p. 138.

¹⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, part 2, 2018. p. 139.

²⁰ A história da publicação dos pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty remonta o ano de 1956, quando foram publicados, em quatro volumes, pela Seção de Publicações do Ministério das Relações Exteriores, diversos pareceres exarados no período de 1903 a 1951. Em 2000, o então consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, republicou a coleção pelas Edições do Senado Federal, com o apoio da Fundação Alexandre de Gusmão, vinculada ao Ministério das Relações Exteriores. Ele também estendeu a coleção, com mais cinco volumes, para abranger o período de 1952 a 1999. Todos os volumes, cuja publicação contou sempre com o apoio direto do Ministério das Relações Exteriores ou da Fundação Alexandre de Gusmão, estão disponíveis em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1044>. Trata-se de iniciativa extremamente importante para apreciar as posições jurídicas que informaram diversas decisões de política externa tomadas ao longo de quase um século por parte do Ministério das Relações Exteriores.

mento de algumas questões, desvios grandes de rota. Tais pareceres também demonstram que o posicionamento jurídico não estava descolado de posições políticas sobre o assunto. Nem sempre eles constituem peças doutrinárias sobre o tema; revelam, sim, muito mais frequentemente, análises jurídicas elaboradas nos contextos políticos da época em que foram emitidos e, especialmente, com referência à posição do Brasil no cenário internacional. Nesse ponto, é essencial notar que a noção de “interesse nacional” é constantemente considerada por um consultor jurídico (não somente no Brasil), como demonstrou a pesquisa empírica coordenada alguns anos atrás por Antonio Cassese.²¹ Em escritos acadêmicos, ainda que o seguimento a tal noção ocorra não poucas vezes e a depender da filiação teórica seguida por um internacionalista, ele se vê diluído pela ideia de liberdade acadêmica.

Nesse passo, o objetivo do artigo é, em muitos sentidos, descrever as posições dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores sobre temas relativos à imunidade de jurisdição. Esta, aliás, deve ser a maneira pela qual a análise da prova da *opinio juris* deve se dar, e não como uma projeção daquilo que um dado analista pensa constituir *opinio juris* em uma situação concreta.²² Evidentemente, qualquer exercício de descrição envolve um esforço de clarificação e sistematização.

A análise se restringe aos pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores por algumas razões.

Primeiramente, porque, de maneira tradicional, os temas de imunidades recaem na competência do Ministério das Relações Exteriores. Tal pasta tradicionalmente trata de matérias relativas a imunidades diplomáticas e consulares e há um entrelaçamento entre tais temas e aqueles referentes à imunidade do Estado. Desse modo, ainda que tenha afirmado diferentemente o Mi-

nistro Rezek em seu voto na ACi 9.696,²³ a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas estabelece, sim, ainda que materialmente, imunidades dirigidas ao Estado, como é o caso da imunidade de execução dos bens diplomáticos.²⁴ Ademais, a titularidade do direito à imunidade recai, em ambos os casos, no Estado.

Em segundo lugar, o tema das imunidades — como os pareceres mesmo reconhecem — possui uma forte relação com a política internacional, tema de responsabilidade do Ministério das Relações Exteriores: apreciá-lo sem considerar o cenário político mundial ou as implicações para tal é capaz de produzir distorções e interferir, significativamente, na correlação de forças entre Estados. Com isso não se quer dizer que critérios políticos — como vieses de qualquer ordem — devem substituir critérios jurídicos no campo, mas apenas que, no grande leque de opções que as normas costumeiras sobre imunidade de jurisdição dão ao Estado, a adoção de tal ou qual postura poderá trazer consequências significativas para a política internacional e sua própria política externa.²⁵

²³ Em suas palavras: “nenhum dos dois textos de Viena diz da imunidade daquele que, na prática corrente, é o réu preferencial, ou seja, o próprio Estado Estrangeiro”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Francisco Rezek na ACi 9.696, rel. min. Sydney Sanches, Pleno, Julgamento em 31.05.1989, DJ de 12.10.1990, p. 26.

²⁴ É o caso do art. 22 (3) da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961: “Os locais da Missão, em mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução.” Poder-se-ia alegar que tal dispositivo trata de inviolabilidade, e não propriamente de imunidade; a impossibilidade de medidas de execução seria meramente uma decorrência do regime de inviolabilidade. Isso, no entanto, é contraintuitivo, porque um Estado pode invocar a imunidade em um processo de execução com base em tal dispositivo. É por isso que Salmon e Sucharitkul afirmam: “Il en découle que pour l’immunité d’exécution les biens de la mission ne tombent pas entre deux chaises (...). La mission diplomatique avec ses biens se trouve par conséquent confortablement installé sur le banc de l’immunité étatique dans une partie couverte par le traversin de l’immunité diplomatique!”. SALMON, Jean et SUCHARITKUL, Sompong. Les Missions Diplomatiques entre Deux Chaises: Immunité Diplomatique ou Immunité D’État? *Annuaire Française de Droit International*, v. XXXIII, 1987. p. 194. Seja como for, a relação entre imunidade de jurisdição do Estado e imunidades diplomáticas é complexa. Ver também SALMON, Jean et SUCHARITKUL, Sompong. Les Missions Diplomatiques entre Deux Chaises: Immunité Diplomatique ou Immunité D’État? *Annuaire Française de Droit International*, v. XXXIII, 1987. p. 166. Não se pode simplificá-las ao ponto de estabelecer um limite intransponível entre elas.

²⁵ Chilton e Whytock produziram um estudo de caso bastante elucidativo sobre a competência de órgãos internos, nos Estados Unidos, para analisar casos sobre imunidade de jurisdição. A conclusão soa

²¹ Ver CASSESE, Antonio. The Role of Legal Advisers in Ensuring that Foreign Policy Conforms to International Legal Standards. *Michigan Journal of International Law*, v. 14, 1992. p. 139-170.

²² Como já disse certa vez, de maneira polida, Vladimir Degan, referindo-se à latitude com que juízes internacionais e acadêmicos entendem estar presente o elemento *opinio juris*: “As a consequence, somebody’s belief in the existence of a customary rule does not suffice if there is no confirmation of the *opinio juris* in the actual practice of States”. E acrescenta: “, in any case, the matter cannot be of the *opinio juris* of judges or of professors of international law”. DEGAN, Vladimir-Djuro. On the Sources of International Criminal Law. *Chinese Journal of International Law*, v. 4, n. 1, 2005. p. 65.

Em terceiro lugar, porque os consultores jurídicos dos Ministérios das Relações Exteriores têm uma posição diferenciada a respeito da possibilidade de intervir na formação do direito internacional costumeiro,²⁶ sem considerar as implicações de seus posicionamentos para a fixação de padrões interpretativos no direito internacional, de maneira geral.²⁷

O presente artigo é dividido em duas partes. Na primeira — mais longa — serão apresentados os pareceres publicados que trataram do tema da imunidade de jurisdição ou com alguma repercussão para ele. Em seguida, de maneira mais sumária, apresentarei alguns temas recorrentes nos pareceres, o que — espero — contribuirá para compreender como os pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty influenciaram a prática brasileira

surpreendente para muitos analistas, porque assenta que as decisões do Departamento de Estado sobre a concessão ou não de imunidades não são propriamente informadas por fatores políticos; decisões judiciais, ao contrário, seriam influenciadas por tais fatores, como o poder econômico do Estado estrangeiro, seu sistema político, a ideologia do juiz ou a nacionalidade do reclamante. Ver CHILTON, Adam S.; WHYTECK, Christopher A. Foreign Sovereign Immunity and Comparative Institutional Competence. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 163, n. 2, 2015. p. 411-486.

²⁶ . Michael Wood, no verbete em que discute o papel dos consultores jurídicos, transcreve o posicionamento de Arthur Watts e do Comitê de Consultores Jurídicos em Direito Internacional Público, do Conselho da Europa, que são enfáticos: “‘Customary international law develops through State practice, which includes ‘what foreign ministries do and what foreign ministry legal advisers advise their ministers it is lawful for them to do’ [Watts 164]. This places a special onus on the foreign ministry legal adviser’ (COE CAHDI ‘Organisation and Functions of the Office of the Legal Adviser of the Ministry for Foreign Affairs’ CAHDI [2006] 27 [‘CADHI Item’] 2; *Customary International Law, State Practice*)”. WOOD, Michael. *Legal Advisers. Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013. para 19. Disponível em <http://opil.oup.com>. Também Harold Koh, em um de seus estudos que incorpora relatos do tempo em que foi consultor jurídico do Departamento de Estado, associa claramente o que chama de “dever de explicar” dos consultores jurídicos com o processo de formação de normas costumeiras: “[t]he Duty to Explain is particularly important for international law arguments, given the central, constitutive role that international law assigns to state practice. Customary international legal norms can only be formed from a combination of state practice consistent with the norm plus opinio juris (opinio juris sive necessitates): a belief by states that they are following the norm out of a sense of legal obligation, not just because of reciprocity, comity, morality, or political expediency”. KOH, Harold Hongju. The Legal Adviser’s Duty to Explain. *The Yale Journal of International Law*, v. 41, n. 1, 2016. p. 197-198.

²⁷ Sobre o tema, uma das análises mais completas ainda é MACDONALD, R. St. J. The Role of the Legal Adviser of Ministries of Foreign Affairs. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, v. 156, 1977. p. 377-482.

— especialmente aquela ligada ao Poder Executivo — em matéria de imunidade de jurisdição.

2 Os pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty e a Imunidade de Jurisdição do Estado

Somente alguns anos após instalada a República no Brasil que os Consultores Jurídicos do Itamaraty se depararam com questões relativas à imunidade de jurisdição — seja de Estados estrangeiros no Brasil seja do Brasil em jurisdição estrangeira.

A forma de tratamento do tema varia significativamente. Algumas vezes, ele é analisado de forma sumária, como se tratasse de um tema assentado no direito internacional — e na prática brasileira. Outras vezes, longas digressões — algumas de tom bastante acadêmico — sobre o estado da questão na doutrina são feitas. De todo modo, ainda que cada consultor jurídico dê seu toque pessoal no tratamento do tema da imunidade de jurisdição, todos o abordam com cautela, considerando-se a situação contextual em que se encontram.

A seguir, serão analisados os pareceres. O tratamento será dividido pelos consultores jurídicos que os produziram.

2.1 Clóvis Bevilacqua

É datado de 1913 o primeiro parecer relativo ao assunto da jurisdição estrangeira. Ele versava acerca de questão referente à retenção de títulos ao portador do encarregado de negócios do Brasil em La Paz pela justiça boliviana. No caso, Bevilacqua estabelecia, claramente, que o juiz boliviano seria o único capaz de ser chamado a se pronunciar sobre tais títulos. A aquisição dos títulos, feita pelo agente diplomático, significava, ela própria, uma sujeição à jurisdição boliviana. E Bevilacqua dava claramente a entender que a competência da Justiça boliviana não poderia ser contestada, de um ponto de vista jurídico, em outros Estados como o Brasil.²⁸

²⁸ BEVLIAQUA, Clóvis. Retenção de Títulos ao portador pertencentes ao Encarregado de Negócios do Brasil em La Paz [1913]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Vol. II (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. p. 17.

O caso não trata, propriamente, de imunidade de jurisdição do Estado; seria ele melhor caracterizado como gravitando em torno da questão da existência de imunidade de jurisdição do agente diplomático face à Justiça estrangeira. O caso é relevante, no entanto, porque claramente estabelece limites à jurisdição dos Estados, o que contribuirá para a compreensão das circunstâncias em que o princípio *Par in Parem non Habet Judicium* impede o conhecimento, por parte da Justiça nacional, de uma causa envolvendo Estado estrangeiro.

Foi em um parecer de 1915 que Bevilaqua se pronunciou mais especificamente sobre o que seria o princípio da imunidade de jurisdição aplicável aos Estados. Tratava-se de execução contra o Governo Brasileiro, movida na Justiça Holandesa, sobre o não-pagamento de parcelas referentes à encomenda de navios e uma cámbria. Bevilaqua propôs nota a ser encaminhada pela Chancelaria brasileira, que buscava ressaltar aquilo que para ele soava bastante óbvio: a imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros. Desse modo:

“é tão elementar o princípio de que as nações soberanas não se acham submetidas à jurisdição de tribunais estrangeiros, salvo se renunciam expressa ou tacitamente à sua imunidade (resolução do Instituto de Direito Internacional. sessão de Hamburgo, (em 1891); BONFILS, Droit International n.º 370; MÉRIGNHE, Droit International. I, n.º 259; DESPAGUET. Droit International Privé. N.º 179; CLUNET. 1907, p. 1.302-1.304) que parece ocioso recordá-lo”.²⁹

Em seguida, cita três casos ocorridos na Alemanha, na Itália e na França que consagrariam o princípio do que denominava expressamente “Isenção Jurisdicional dos Estados Estrangeiros”. O primeiro dos casos referidos sustentou a imunidade de jurisdição “sem distinguir entre atos, que: esse Estado pratique, na qualidade de detentor do poder público e os que execute na qualidade de pessoa privada”.³⁰ Isso dá conta que, já no período, a tese da relatividade da imunidade de jurisdição,

ainda que rechaçada, já era de conhecimento de juristas brasileiros.

Muito provavelmente a invocação da imunidade absoluta foi feita considerando-se que a questão que havia sido judicializada envolvia questões sobre pagamento em contrato de compra e venda — tema que poderia ser enquadrado como um ato que o Estado executa “na qualidade de pessoa privada”. Essa é a primeira invocação clara, por parte de um Consultor Jurídico do Itamaraty, da aplicação da imunidade absoluta de jurisdição.

Novamente em 1915, com seu estilo direto, Bevilaqua deixava inequívoco que não pairavam dúvidas sobre o princípio da imunidade de jurisdição em caso que envolveu o recebimento de citação, também oriunda da Justiça Holandesa, no âmbito de ação que versava sobre cobrança judicial de prestações em atraso:

“dessa proposição do Governo holandês, induz-se que, para ele como para o brasileiro. é verdadeira a tese de que aos juízes locais falta competência para conhecer de causas, em que são partes Estados soberanos estrangeiros, salvo se estes renunciam, expressa ou tacitamente, às suas imunidades”.³¹

Tal qual o Princípio da Imunidade de Jurisdição, a ressalva sobre a possibilidade de renúncia também era posta em um espectro de obviedade, na medida em que ela significaria uma faculdade soberana do Estado, ou, o que chamava Bevilaqua, na última linha do parecer, de “regalias inerentes à sua dignidade soberana.”³²

Chamado no mesmo ano a se pronunciar mais uma vez sobre os fatos que envolviam o parecer, que igualmente tratavam de contrato para a construção de embarcações e cámbria, Bevilaqua visualizava duas opções, as quais, ambas, desaconselhava: ajuizar ação contra a empresa ou se defender no juízo holandês — o que significaria uma renúncia à imunidade. Ao tratar mais especificamente a segunda opção, Bevilaqua entendia que a discussão sobre uma falta atribuível ao Brasil “perpetraria uma diminuição em sua dignidade”, o que demonstra que o vocabulário em que se articulavam as questões

²⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Citação do Governo Brasileiro, pela Justiça Holandesa, para pagar, dentro de prazo fixo, certas quantias que a sociedade anônima Chantiers de Construction justo diz lhe serem devidas. Nulidade dessa citação [1915]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1913-1934)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 95.

³⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Citação do Governo Brasileiro, pela Justiça Holandesa, para pagar, dentro de prazo fixo, certas quantias que a sociedade anônima Chantiers de Construction justo diz lhe serem devidas. Nulidade dessa citação [1915]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1913-1934)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 95-96.

³¹ BEVILAQUA, Clóvis. Citação do Governo Brasileiro, pela Justiça da Holanda, no Processo movido pela Sociedade Gusto, de Amsterdam [1915]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1913-1934)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 117.

³² BEVILAQUA, Clóvis. Citação do Governo Brasileiro, pela Justiça da Holanda, no Processo movido pela Sociedade Gusto, de Amsterdam [1915]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1913-1934)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 117.

sobre imunidade de jurisdição gravitava muito em torno de questões políticas e de imagem dos Estados. Melhor seria, em sua visão, deixar o caso correr à revelia, não cabendo ao Brasil sequer protocolar exceção de incompetência.³³ Essa posição era calcada em um juízo de que a maior probabilidade seria de a justiça holandesa reconhecer sua incompetência para apreciar o caso. Tal juízo certamente provinha da convicção do caráter absolutamente assente do Princípio da Imunidade de Jurisdição.

Alguns anos mais tarde, Bevilaqua foi chamado a opinar sobre ação, no Brasil, contra a Tchecoslováquia. Ele então se pronunciou de maneira mais sistemática sobre o Princípio da Imunidade de Jurisdição, e de maneira coerente com seus pronunciamentos anteriores. Trata-se do parecer mais completo que emitiu sobre o assunto.

Seriam três os eixos em que o princípio gravitaria, especialmente considerando-se a sua análise sob a perspectiva brasileira. Primeiramente, a impossibilidade de outros Estados serem submetidos à jurisdição estrangeira sem que tenham consentido expressa ou tacitamente nesse sentido era uma decorrência da ideia de que “[o]s Estados são soberanos e iguais”. Em segundo lugar, a competência da Justiça Brasileira somente poderia ser exercida em quatro circunstâncias: (a) quando o Estado estrangeiro, por convenção, renuncia ao direito de alegar que os tribunais locais são incompetentes; (b) quando o próprio Estado estrangeiro ajuíza uma ação; (c) quando, ao ser demandado, o Estado estrangeiro aceita a competência do tribunal local; (d) quando o Estado estrangeiro é proprietário de imóveis e a ação diz respeito a estes. Em terceiro lugar, entendia que a Constituição brasileira não poderia produzir normas aplicáveis a outros Estados; portanto, suas disposições sobre competência de juízes e tribunais nacionais para julgar questões envolvendo Estados estrangeiros pressuporia a aceitação, por parte destes, da jurisdição local.³⁴

O fundamento que Bevilaqua aplica ao Princípio da Imunidade de Jurisdição é, portanto, duplo, repousan-

do tanto no princípio da não ingerência nos assuntos internos (“são soberanos”) como na igualdade entre os Estados (“são (...) iguais”). As quatro exceções, em verdade, constituem duas: renúncia (“a”, “b” e “c”) e ações sobre imóveis de que o Estado estrangeiro é proprietário. A segunda exceção, que Bevilaqua não desenvolve, é curiosa pois, nos termos em que formulada, abriria a possibilidade de ações contra, por exemplo, missões diplomáticas que constituíssem propriedade do Estado estrangeiro. De todo modo, sua visão sobre a inaplicabilidade da Constituição nacional a Estados estrangeiros é lógica e coerente com os próprios princípios da não ingerência e igualdade entre Estados.

Bevilaqua também alertava, num raciocínio bastante calcado na ideia de reciprocidade, que essa era a doutrina que o Brasil sustentava na temática, quando em foros estrangeiros, o que significava que se via obrigado a aplicá-la internamente.³⁵

Importante notar que Bevilaqua, no mesmo parecer, dava notícia de que alguns tribunais e doutrinadores — Pedro Lessa no Brasil — entendiam que tribunais locais seriam competentes quando a ação versasse sobre obrigações “de ordem privada” contraídas localmente pelo Estado estrangeiro. A maneira de refutar tal argumento é que pareceria, aos olhos atuais, curiosa, sem contar que revela o profundo viés privatista de Bevilaqua. Assim, dizia ele que a competência, para tais casos, não poderia ser definida pela natureza da questão, mas pelo domicílio. E o Estado estrangeiro não teria domicílio em outro país. Perguntava-se, então, se outro elemento de conexão se aplicaria ao caso, como o foro do contrato ou o local da coisa, e em relação a nenhum deles conseguia encontrar uma explicação convincente. Por fim, a partir da constatação de que a jurisdição se exerce sobre as pessoas que estão sujeitas a um certo Estado, não se poderia dizer que o Estado estrangeiro se submete à jurisdição local.³⁶

Os critérios de que lançava mão Bevilaqua eram nitidamente de natureza formal e, sem dúvida, remon-

³³ BEVILAQUA, Clóvis. Citação do Governo Brasileiro, pela Justiça da Holanda, no Processo movido pela Sociedade Gusto, de Amsterdam [1915]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 120-122.

³⁴ BEVILAQUA, Clóvis. Competência da Justiça Brasileira no julgamento de causas em que o réu é um Estado estrangeiro [1923]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. Brasília: Senado Federal, 2000. p. 262-263.

³⁵ BEVILAQUA, Clóvis. Competência da Justiça Brasileira no julgamento de causas em que o réu é um Estado estrangeiro [1923]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 263.

³⁶ BEVILAQUA, Clóvis. Competência da Justiça Brasileira no julgamento de causas em que o réu é um Estado estrangeiro [1923]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 263-264.

tavam aos critérios de solução de leis no espaço. Isso guarda relação com uma visão mais estrita de igualdade soberana, que impede o juízo material sobre os atos do Estado estrangeiro. Ademais, ele parecia intuir a grande dificuldade de adotar o critério sobre a natureza da atividade do Estado — que desde há muito é o calcanhar de Aquiles dos defensores da distinção entre atos de gestão e atos de império. Ao contrário, aferrava-se a um critério mais objetivo, a partir da análise de elementos de conexão.

Em outra oportunidade, Bevilacqua também se pronunciou sobre o tema da imunidade de jurisdição dos Estados quando analisou os assuntos que o Comitê de Peritos da Liga das Nações houvera elegido para possível codificação do direito internacional. Na temática da “Competência dos tribunais em relação aos Estados estrangeiros”, ele, basicamente, utilizou os mesmos argumentos do parecer de 1923, reiterando que, ainda quando o Estado estrangeiro se envolve em operações mercantis ou industriais em território estrangeiro, ainda assim deveria ver sua imunidade de jurisdição reconhecida. Ele se recusa, no entanto, a desenvolver a sua resposta, limitando-se a dizer que “[n]ão há necessidade de transpor os limites acima traçados”.³⁷

Em uma consulta de 1930, que de algum modo — e sem maiores explicações — foi provocada pela Tchecoslováquia. Bevilacqua ressalta a total imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, mas traz dois elementos que anteriormente ainda não havia tratado. Quanto a uma ação real sobre imóvel, ele admite sua possibilidade; no entanto, esclarece que o Estado estrangeiro somente pode possuir no país imóveis para o estabelecimento de legações e consulados. Quanto ao primeiro — legações — estariam protegidas pelo direito internacional — o que parece significar, ainda que não diga explicitamente, que gozam de inviolabilidade e imunidade de jurisdição. Quanto ao segundo — consulados —, ele não atribui o mesmo status que as legações e, com recurso a um argumento pouco baseado em direito positivo, esclarece que: “pela deferência devida às nações amigas. dificilmente poderá ser objeto de litígio judiciário”. Desse modo, parece explicada a exceção apontada no parecer

³⁷ BEVILAQUA, Clóvis. Codificação Progressiva do Direito Internacional [1927]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 394.

de 1923 quanto à exceção de imunidade quando se trate de propriedade de imóvel por Estado estrangeiro.³⁸

O segundo ponto diz respeito à questão da renúncia. Ainda que não pareça muito convicto (“poder-se-ia, porém, entender (...)”), Bevilacqua não é adepto ao Princípio da Dupla Renúncia — a primeira, no processo de conhecimento; e a segunda, no processo de execução. Ele, também, não entende que a impenhorabilidade dos bens da União, já então consagrada no direito brasileiro, se aplicasse, automaticamente, aos Estados estrangeiros.³⁹

Em um curtíssimo parecer, de 1931, Bevilacqua, ainda, se manifestou sobre o pagamento de taxas de aparelho de rádio e de pena d’água por parte de Estados estrangeiros. Reconhecendo que não havia uma obrigação jurídica de aplicar a isenção tributária, por não se estar diante de imposto, ainda assim Bevilacqua recomendava concedê-la “por cortesia internacional”, e de maneira uniforme, a todas as Legações e Embaixadas.⁴⁰

2.2 Gilberto Amado

Em 1935, Gilberto Amado, analisando a questão da aplicação da lei local a funcionários contratados na Itália, fez questão de ressaltar que, embora sua resposta fosse afirmativa no sentido de regência de tais relações contratuais pela lei local, “a imunidade da Embaixada se mantém intacta, na sua plenitude, quanto à jurisdição civil ou criminal”. Para ele, contendas porventura existentes poderiam ser sanadas apenas entre Chancelarias, e não com a intervenção judiciária local. Ao final, Amado, de maneira muito pragmática aconselhava, considerando-se as complexidades das leis locais, que, nos contratos de trabalho de tais funcionários, pudessem ser inseridas cláusulas de solução de controvérsias que se restringissem aos meios diplomáticos, evitando-se, as-

³⁸ BEVILAQUA, Clóvis. Ação contra Estados Estrangeiros [1930]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 510.

³⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Ação contra Estados Estrangeiros [1930]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 511.

⁴⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Isenção de impostos e taxas às missões diplomáticas [1931]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 556.

sim, a possibilidade de conhecimento das questões pela justiça estrangeira.⁴¹

Tal aconselhamento, no sentido de evitar a judicialização de disputas, guardava sem dúvidas uma concepção que estimava a solução diplomática — ainda que como solução jurídica válida — como meio de solução de controvérsias internacionais.

2.3 James Darcy

Tal qual Gilberto Amado, James Darcy se pronunciou, apenas, uma vez sobre temas relativos à imunidade de jurisdição. Em 1937, analisando caso relativo a uma ação ajuizada contra o Estado de São Paulo, nos Estados Unidos, o então consultor jurídico reiterou o posicionamento de seus predecessores para afirmar que os Estados são imunes à jurisdição estrangeira, a não ser que a isso renunciem de maneira expressa ou tácita. Para ele, nem mesmo a Resolução do *Institut de Droit International*, de 1891, votada na sessão de Hamburgo, que reduziu as imunidades do Estado, acolheu a possibilidade de ações relacionadas a dívidas do Estado estrangeiro que tenham sido contraídas por subscrição pública. Para ele, ainda que o Estado de São Paulo não fosse soberano, a emissão de uma sentença contra si “atingiria a soberania nacional porque os Estados da Federação constituem elementos essenciais da nação soberana”. Os Estados federados não seriam “mais do que divisões políticas para vida jurídica interna dos Estados, podendo apenas aparecer, nas relações internacionais, através da soberania nacional”.⁴² Reverberava, assim, Darcy, o Princípio da Unidade do Estado nas Relações Internacionais, aplicado ao campo da imunidade de jurisdição.

2.4 Sebastião do Rêgo Barros

Sebastião do Rêgo Barros foi chamado, em 1942, a se pronunciar sobre isenção de impostos e taxas — tal qual Bevilacqua em 1931 — em relação a um imóvel do Império Britânico. Quanto aos impostos, Rêgo Barros

entendia que a sua isenção era exigida pelo direito internacional, e citava a Convenção de Havana, de 1928 — tratado de que não era parte, por evidente, o Império Britânico. O então consultor jurídico não explicava a razão da aplicação de um tratado regional, no caso. Quanto às taxas, seu raciocínio era baseado na ideia de que a isenção, no caso, era feita, “por costume antigo e por cortesia”. Assim, o Brasil concederia a isenção caso ela pudesse também ser concedida a repartições brasileiras no exterior. Mas se tratava de uma reciprocidade genérica, e não específica. Ou seja, referia-se às taxas cobradas pelo Poder Público quando ele explorasse a atividade econômica; a reciprocidade seria mantida caso o Poder Público estrangeiro não fizesse diretamente tal exploração econômica.⁴³

O parecer é relevante por destacar o papel da reciprocidade, ainda que sua aplicação tivesse fundamento não propriamente nas normas sobre imunidade de jurisdição do Estado, mas naquelas sobre direito diplomático — que aparentemente possuíam um conteúdo jurídico (“costume antigo”) e de conveniência política (“cortesia”).

Dois anos mais tarde, Sebastião do Rêgo Barros rejeitava com veemência notificação feita por uma Junta de Conciliação e Justiça da Justiça do Trabalho para que a Embaixada dos Estados Unidos comparecesse à audiência sobre reclamação trabalhista contra ela ajuizada. O consultor jurídico da época não chegou sequer a trazer os fundamentos que justificavam a ideia de imunidade de jurisdição, considerando a notificação “inoperante” e qualificando de “insólito” o procedimento da Junta de Conciliação e Justiça.⁴⁴ Mais uma vez, apresentava-se como dado e evidente o princípio da imunidade de jurisdição, sem que se abrisse espaço para a discussão, por exemplo, sobre sua relativização.

A distinção entre função pública e função privada de um bem e sua repercussão nas questões referentes à imunidade de jurisdição foi somente abordada por Rêgo Barros em um parecer de 1947. O caso tratava

⁴¹ AMADO, Gilberto. Situação do Pessoal Menor da Embaixada em Roma, de nacionalidade italiana [1935]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1935-1945)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 3. p. 29-31.

⁴² DARCY, James. Empréstimo externo de São Paulo. Ação movida contra o Estado nos tribunais de Nova York [1937]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1935-1945)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 3. p. 81-82.

⁴³ RÊGO BARROS, Sebastião. Isenção de contribuições sobre imóveis pertencentes a Estados estrangeiros [1942]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1935-1945)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 3. p. 465-466.

⁴⁴ RÊGO BARROS, Sebastião do. Imunidade de Jurisdição. Notificação da 2ª Junta de Conciliação do Distrito Federal à Embaixada dos Estados Unidos da América [1944]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1935-1945)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 3. p. 536.

de um navio pertencente ao Lóide brasileiro, em serviço da Marinha de Guerra, para transportar imigrantes italianos para o Brasil. Após uma detalhada explanação sobre os tipos de funções de embarcações, Rêgo Barros claramente admite que, se um navio está no exercício de uma função que não pode ser considerada como pública, não gozará de imunidade de jurisdição. Em suas palavras: “do exposto, resulta, inequivocamente, que é a natureza do serviço, em que seja empregado, que caracteriza o navio, para o efeito de gozar das imunidades ou regalias atribuídas aos navios públicos”. No caso, ele concluiu que o navio em questão possuía um caráter misto: servia ao transporte de passageiros (serviço comercial), mas estava à disposição da marinha (serviço militar). A ele deveriam ser conferidas algumas regalias, mas claramente não percebia que deveria gozar de imunidades, especificamente em matéria aduaneira.⁴⁵ O caso é relevante não somente porque apresenta um primeiro caso em que funções públicas e privadas são distintas, mas porque o exercício da função pública não é visto como regra, sendo a função privada exceção.

Não se pode olvidar que, naquele momento, já havia sido promulgada, no Brasil, a Convenção Internacional para a unificação de certas regras concernentes às imunidades dos navios dos Estados, de 1926.⁴⁶ Tal texto adotou a relativização da imunidade de jurisdição do Estado em relação a navios de Estado operados para fins comerciais. Portanto, Rêgo Barros estava opinando sobre um tema ao qual o Brasil já havia se vinculado por tratado. Curiosamente, tal convenção não é mencionada por ele. Cita, entretanto, a exaustão: o “Regulamento sobre o Regime Legal dos Navios e de suas Tripulações nos Portos Estrangeiros”, aprovado na sessão realizada na Haia, do *Institut de Droit International*, em 1898, como um padrão normativo para analisar o caso concreto que houvera sido lhe submetido.⁴⁷

⁴⁵ RÊGO BARROS, Sebastião do. Imunidades dos serviços de guerra. Navio auxiliar “Duque de Caxias”. Dúvidas, no porto de Lisboa [1946]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1946-1951)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 25-27.

⁴⁶ Para o texto da Convenção, incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n.º 1.126/1936, ver <https://legis.senado.leg.br/norma/391156/publicacao/15683595>.

⁴⁷ RÊGO BARROS, Sebastião do. Imunidades dos serviços de guerra. Navio auxiliar “Duque de Caxias”. Dúvidas, no porto de Lisboa [1946]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1946-1951)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 24-26.

2.5 Levi Carneiro

Em 1948, Levi Carneiro analisou, de maneira muito sumária, pedido de informações formulado por Vara Cível do Rio de Janeiro sobre a existência de tratado impedindo a execução de sentença proferida em ação de despejo contra companhia de que era sublocatário o Consulado da Venezuela. Concluindo, negativamente, Carneiro invocava a Convenção de Havana sobre imunidades consulares, de 1929, mas o argumento mais consistente dizia respeito ao fato de que a ação fora ajuizada contra uma empresa particular, de que o Consulado Venezuelano era sublocatário. Em sua visão, ao celebrar o contrato, “[o] consulado colocou-se na imediata dependência da empresa locatária”.⁴⁸ Seu argumento, portanto, parece gravitar em torno de uma renúncia, pela via contratual, da imunidade — ainda que esse seja um argumento de reforço, pois não conseguia vislumbrar, *prima facie*, sequer a imunidade da repartição consular venezuelana. Não é possível depreender muito mais do argumento do então consultor jurídico, considerando-se o caráter sucinto com que opina sobre o tema.

No ano seguinte, Levi Carneiro foi chamado a analisar a possibilidade de a Organização dos Estados Americanos renunciar à sua imunidade de jurisdição por contrato. Antes de apreciar, especificamente, o caso, ele se deteve no quadro então vigente da imunidade de jurisdição dos Estados. Tal recurso de observar a realidade do Estado para construir um argumento aplicável às organizações internacionais foi muito recorrente nos primeiros anos após o fim da II Guerra Mundial.⁴⁹ Carneiro cita Scelle e faz referência à distinção, levada a cabo pelos tribunais italianos e belgas, dos atos *jure imperii* e os atos *jure gestionis*, e constata que a maioria da doutrina se inclina por tal distinção. Mais adiante, Carneiro se põe favoravelmente ao Princípio da Imunidade Absoluta de Jurisdição, a não ser em casos — que não expõe claramente — em que o Estado se põe em situação de, implicitamente, reconhecer a competência

⁴⁸ CARNEIRO, Levi. Despejo judicial de Consulado estrangeiro [1948]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1946-1951)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 143.

⁴⁹ A respeito dessa e outras analogias entre Estados e organizações internacionais, logo após a II Guerra Mundial, ver BARROSO FREITAS, Guilherme Del Negro. *The Law of International Organizations. (1945-1964): A Study of the Development and the Autonomization of the Discipline in France, the United Kingdom and the United States*. 2020. 265ff. Thesis (PhD) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

do foro. Achava, contudo, que essa imunidade de jurisdição se aplicava perante a justiça estrangeira, mas não perante a justiça internacional, que gradualmente ampliava seu escopo de atuação. Nesse caso, Carneiro parece confundir dois temas: a imunidade de jurisdição — que se aplica à situação perante a justiça estrangeira — e a ampliação da jurisdição internacional em face do chamado domínio reservado dos Estados.⁵⁰

O parecer é relevante por lançar mão, pela primeira vez, em pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty, da distinção posta nos termos de atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*.

Pronunciando-se sobre a isenção de imposto sobre juros de valores depositados em banco por missões diplomáticas, Levi Carneiro reconhecia que os bens móveis e imóveis de Estados estrangeiros — os segundos, quando sua aquisição for admitida pela lei local — são imunes à jurisdição estrangeira. Ele abria espaço para considerar que mesmo taxas remuneratórias de serviços públicos seriam imunes quando houvesse reciprocidade.⁵¹

Em 1951, Levi Carneiro, analisando questão sobre imunidade de jurisdição do Egito, posicionou-se no sentido de admitir o princípio da imunidade de jurisdição sem restrições. Ele dá conta de controvérsias sobre a questão tanto no plano de tribunais estrangeiros como na doutrina, no que se refere às imunidades aplicáveis aos agentes diplomáticos, mas afirma a posição tradicional brasileira sobre o assunto era de sua aplicação de maneira irrestrita. Passando para o caso da imunidade do Estado propriamente dito, Carneiro sequer apresentava controvérsias sobre a questão e a apresentava como evidente. Contudo, importante notar, ele submete a aplicação do princípio, em relação aos Estados, à sua aplicação por reciprocidade por parte do Estado estrangeiro.⁵² Aqui se percebe, ainda, uma posição muito

firme sobre a aplicação da imunidade de jurisdição aos Estados. O caso, também, é revelador de uma gradual transição que operava no sentido de impedir que o Ministério das Relações Exteriores interferisse no papel do Poder Judiciário brasileiro no julgamento de causas envolvendo Estados estrangeiros. Carneiro é muito enfático no parecer ao afirmar que: “ao Poder Judiciário cabe decidir como entender acertado — sem ter que obedecer a instruções, ou ao parecer de qualquer entidade administrativa”.⁵³

Levi Carneiro analisou, no mesmo ano, questão referente à determinação de um Juízo do Distrito Federal de citação de autoridade norte-americana. Analisando o caso, concluiu que se tratava, em verdade, de causa envolvendo o próprio Estado norte-americano. Ele reiterou o posicionamento de que, no Brasil, a imunidade de jurisdição do Estado somente seria afastada no caso de renúncia. Sua leitura da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal para julgar recursos ordinários em que uma das partes seja Estado estrangeiro tinha de ser lida a partir da ideia de que o dispositivo “[r]essalva, porém, implicitamente, as normas de Direito Internacional que regulam a admissibilidade de tais ações”. De regra, a Justiça Brasileira seria incompetente para julgar ações contra Estados estrangeiros. As únicas exceções que visualizava Carneiro eram aquelas relativas à renúncia pelo Estado estrangeiro, nas quais se enquadrariam as seguintes situações: “de ação, ou reconvenção, proposta pelo funcionário diplomático: da questão proveniente de indústria, ou comércio que ele mesmo explore, ou referente a herança ou legado de pessoa domiciliada no país: finalmente, as ações reais, ou mistas, em que apareça a título privado”.⁵⁴

Essa lista ampliava as hipóteses de renúncia — que, se entende, Carneiro considerava tácita — com relação àquela originalmente apresentada por Bevilacqua em seu parecer de 1923. Questões referentes à exploração in-

⁵⁰ CARNEIRO, Levi. Imunidade de jurisdição da Organização dos Estados Americanos. Cláusula contratual de renúncia da imunidade [1949]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1946-1951)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 250.

⁵¹ CARNEIRO, Levi. Isenção de imposto dos juros de depósitos bancários pertencentes a Missões diplomáticas ou consulares estrangeiras [1951]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1946-1951)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 493-494.

⁵² CARNEIRO, Levi. Locação de apartamento à Legação do Egito. Eventualidade de despejo judicial. Imunidade da jurisdição civil [1951]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1946-1951)*. Brasília:

Senado Federal, 2000. v. 4. p. 532-534.

⁵³ CARNEIRO, Levi. Locação de apartamento à Legação do Egito. Eventualidade de despejo judicial. Imunidade da jurisdição civil [1951]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1946-1951)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 532.

⁵⁴ CARNEIRO, Levi. Incompetência da justiça brasileira para ação pessoal contra Embaixador estrangeiro por motivo de fatos atinentes à sua missão. Incompetência do Ministério das Relações Exteriores para promover a citação inicial do Embaixador [1951]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1946-1951)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 553-555.

dustrial e comercial, além daquelas sobre matéria sucursal, passavam, agora, a figurar como compreendidas na renúncia tácita. É importante, no entanto, que se diga que Levi Carneiro não estava se defrontando com elas. Seu argumento visa aclarar aquilo que considerava como o estado do direito internacional sobre o assunto.

Ainda em outro parecer de 1951, Carneiro era direto no sentido de que “[n]ão há princípio mais inconcusso no Direito Internacional” que o da imunidade de jurisdição do próprio Estado estrangeiro. E apoiava seu argumento na impossibilidade de execução contra o Estado estrangeiro.⁵⁵

2.6 Hildebrando Accioly

Relevante lembrar que a Consultoria Jurídica foi instada a se pronunciar sobre a famosa *Tate Letter*,⁵⁶ em 1952, considerando-se o Departamento de Estado norte-americano enviou carta ao Ministro da Justiça interino brasileiro dando conta da nova orientação que passava então a ser adotada pelo Poder Executivo daquele país.

O parecer, da lavra de Hildebrando Accioly, se esforça, de início, em distinguir as imunidades do Estado das imunidades diplomáticas — confusão que, segundo afirma, teria incorrido funcionário do setor político do Itamaraty. Para ele, os fundamentos seriam diversos, pois a imunidade dos Estados decorreria da igualdade jurídica dos Estados expressa na forma *par in parem non habet imperium*, e cita expressamente a Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão de Marshall, de 1812,⁵⁷

nesse sentido. Accioly cita controvérsias nos tribunais nacionais e na doutrina, mas conclui que “[a]tualmente, tem prevalecido um pouco por toda parte uma doutrina mais liberal do que a adotada no começo do século”, uma vez que se passava a admitir que o Estado pode renunciar à imunidade de jurisdição “explícita ou tacitamente”. Enquanto a renúncia explícita é “regulada por tratados; a tácita abrange, usualmente, casos a cujo respeito os internacionalistas contemporâneos pouco divergem”. Ele cita, como tendência da visão mais restritiva sobre a imunidade de jurisdição, a Convenção de Bruxelas sobre navios de Estado, de 1926 — da qual, como já afirmado, o Brasil havia se tornado parte.⁵⁸

Accioly lê a nova orientação do Departamento de Estado como um reflexo da Guerra Fria, no sentido em que os Estados Unidos não mais pretendiam conceder à União Soviética e seus aliados vantagens que não possuíam no território destes.⁵⁹ Trata-se, portanto, de uma expressa constatação da maneira como tema estava sendo politizado.

O então consultor jurídico via como pequeno o número de casos sobre a matéria que poderiam surgir na justiça brasileira, diferentemente dos Estados Unidos. As soluções para tais casos, em sua percepção, “poderão guiar-se pelos princípios gerais do direito e invocar a nova prática internacional, apoiada na doutrina mais seguida”, que, em sua visão encontrava-se consubstanciada no anteprojeto da *Harvard Law School* sobre “Competence of Courts in regard to Foreign States”.⁶⁰

O parecer é finalizado com uma apresentação direta daquilo que Accioly pensava dever ser a orientação brasileira sobre o assunto. Assim, o Princípio da Imu-

⁵⁵ CARNEIRO, Levi. Decisão da Justiça do Trabalho em favor de empregado da Comissão Militar Mista Brasil-Estados Unidos. Imunidade de jurisdição do Governo dos Estados Unidos [1951]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1946-1951). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 584.

⁵⁶ Como se sabe, essa carta, de autoria do consultor jurídico em exercício do Departamento de Estado, é tida como um divisor de águas no sentido de que, a partir dela, os Estados Unidos da América passaram a adotar a imunidade de jurisdição relativa dos Estados estrangeiros, princípio que posteriormente seria incorporado no *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976. Sobre uma avaliação histórica da *Tate Letter* e seus impactos na atualidade, ver, v.g., DONNER, Ruth. The *Tate Letter* Revisited. *Willamete Journal of International Law and Dispute Resolution*, v. 9, n. 1, 2001. p. 27-40 (que, inclusive, conclama o Poder Executivo a se pronunciar mais ativamente sobre outros casos envolvendo imunidade de jurisdição, especialmente aquelas concernentes a Chefes de Estado).

⁵⁷ Trata-se do famoso caso *The Schooner Exchange v. McFaddon & Others*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana, desse exato ano,

embora Accioly não cite o nome do caso. A decisão pode ser encontrada em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep011/usrep011116/usrep011116.pdf>.

⁵⁸ ACCIOLY, Hildebrando. Imunidade de jurisdição dos Estados. Nova orientação do Departamento de Estado [1952]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1952-1960). Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5. p. 114-117.

⁵⁹ ACCIOLY, Hildebrando. Imunidade de jurisdição dos Estados. Nova orientação do Departamento de Estado [1952]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1952-1960). Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5. p. 118.

⁶⁰ ACCIOLY, Hildebrando. Imunidade de jurisdição dos Estados. Nova orientação do Departamento de Estado [1952]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1952-1960). Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5. p. 119.

nidade de Jurisdição dos Estados não seria negado, não devendo ele prevalecer nos casos de renúncia expressa ou tácita. A renúncia expressa deveria constar de tratado ou declaração de órgão com competência para tanto. A renúncia tácita seria adstrita a cinco hipóteses:

“1º) quando o Estado propõe uma ação perante tribunal estrangeiro; 2º) quando, acionado perante tribunal estrangeiro, não levanta a declinatoria da incompetência; 3º) quando exerce atos de comércio ou indústria em território estrangeiro e a ação judiciária, no país em causa, se refere a esses atos; 4º) quando a ação se refere a títulos, direitos ou obrigações possuídos pelo Estado estrangeiro em companhias ou empresas particulares exploradas com fins de lucro, organizadas dentro do regime legal do Estado onde a ação é proposta; 5º) quando se trata de ações referentes à aquisição, por sucessão ou doação, de bens sujeitos à jurisdição de outro Estado”.⁶¹

Essas hipóteses guardam pertinência — ainda que não uma total semelhança — com aquelas que já havia apresentado Levi Carneiro em um de seus pareceres de 1951, que, por sua vez, havia ampliado lista apresentada por Clóvis Bevilacqua. Ademais, fica demonstrada uma continuidade em relação aos posicionamentos anteriores. De todo modo, Accioly evita adotar a distinção entre atos *jure imperi* e *jure gestionis*. Como Bevilacqua e Levi Carneiro já o tinham feito, ele pensava nas exceções como hipóteses de renúncia tácita.

2.7 Haroldo Valladão

Em 1963, Haroldo Valladão se defrontou com a questão de saber se uma cláusula elegendo “o foro desta capital”, constante de contrato de aluguel para abrigar a Embaixada da Bolívia em território brasileiro, poderia ser considerada renúncia tácita à imunidade de jurisdição do Estado — e consequente execução. A resposta de Valladão é enfática no sentido negativo. Para ele, esse é o tipo de cláusula *standard* que não seria “concludente, específica, inequívoca e devidamente autorizada pelo governo do Estado estrangeiro”.⁶² Esses, então, seriam

⁶¹ ACCIOLY, Hildebrando. Imunidade de jurisdição dos Estados. Nova orientação do Departamento de Estado [1952]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1952-1960). Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5. p. 119-120.

⁶² VALLADÃO, Haroldo. Ações cominatória e de despejo contra a sede da representação diplomática da Bolívia — Imunidade de jurisdição, não renunciada de forma expressa e regular — Não cabe ao Ministério das Relações Exteriores dar ciência à Embaixada da Bolívia de sentença decretando o despejo da sede daquela represen-

tação diplomática no Rio de Janeiro [1963]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1961-1971). Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 111.

os requisitos necessários, em sua visão, para uma renúncia à imunidade de jurisdição do Estado.

Discute, ainda, se caberia ao Ministério das Relações Exteriores transmitir cópia da sentença de despejo à Embaixada da Bolívia, Valladão era ainda mais enfático. Para ele, não caberia ao Ministério realizar citações, intimações ou notificações judiciais. E segue, ressaltando tanto a tradição brasileira na questão, como as implicações de um despejo de missão diplomática estrangeira do ponto de vista da responsabilidade internacional:

“e muito menos colaborar com a denegação de imunidade de jurisdição a Estado e representação diplomática, estrangeiros, concedida pelo direito internacional geral, por tratados e convenções ratificados pelo Brasil e por tradição, jamais quebrada, das autoridades brasileiras.

Seria cooperar num ato que poderia levar a responsabilidade internacional do Brasil: despejo judicial da sede da representação diplomática dum Estado estrangeiro”.⁶³

Ele ainda cita prática britânica, compilada por Gerald Fitzmaurice, no sentido de que tais cláusulas em contratos não conduziram à imunidade de jurisdição estatal.⁶⁴

Tal visão de interpretar, de maneira restrita, qualquer tipo de renúncia era, como o próprio Valladão alegou, conforme a posicionamentos anteriores de seus predecessores e demonstra a cautela com que o assunto era encarado.

Ainda em 1963, Valladão analisou os desdobramentos da questão anterior ao analisar se caberia ao Ministério das Relações Exteriores esclarecer ao juízo as

tação diplomática no Rio de Janeiro [1963]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1961-1971). Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 111.

⁶³ VALLADÃO, Haroldo. Ações cominatória e de despejo contra a sede da representação diplomática da Bolívia — imunidade de jurisdição, não renunciada de forma expressa e regular — não cabe ao Ministério das Relações Exteriores dar ciência à Embaixada da Bolívia de sentença decretando o despejo da sede daquela representação diplomática no Rio de Janeiro [1963]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1961-1971). Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 112.

⁶⁴ VALLADÃO, Haroldo. Ações cominatória e de despejo contra a sede da representação diplomática da Bolívia — Imunidade de jurisdição, não renunciada de forma expressa e regular — Não cabe ao Ministério das Relações Exteriores dar ciência à Embaixada da Bolívia de sentença decretando o despejo da sede daquela representação diplomática no Rio de Janeiro [1963]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1961-1971). Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 115-116.

razões pelas quais não poderia encaminhar sentença à Embaixada da Bolívia. O problema se colocou considerando-se acórdão do ano anterior do Supremo Tribunal Federal que vedava a qualquer órgão público brasileiro apresentar exceção de incompetência ou solicitação a paralização de feito judicial.⁶⁵ Para ele, não se tratava do caso, porquanto o que faria o Ministério das Relações Exteriores seria, apenas, um esclarecimento ao Poder Judiciário. Mesmo assim, aproveita, revolvendo a prática britânica e norte-americana, para demonstrar que a interação entre as Chancelarias e os tribunais é constante naqueles Estados. E finalizava, adotando uma leitura estrita do que estabelecido no acórdão, que não havia vedação para que, de maneira geral, fossem mantidos entendimentos com o Poder Judiciário, informando ou esclarecendo acerca de questões afetas ao direito internacional, tais como imunidade de jurisdição.⁶⁶

2.8 Augusto de Rezende Rocha

Em parecer de 1973, sobre aplicação de imunidades a auxiliares de adidos militares, Augusto de Rezende Rocha fez uma análise muito sóbria sobre o fundamento das imunidades, sua posição da legislação nacional e suas repercussões políticas. Em certa altura, afirma, de maneira contundente, que “[a] experiência mais recente do governo brasileiro com referência à liberalização de privilégios e imunidades, sem que lhe venha sendo assegurada a correlativa reciprocidade, é dura, mas ins-

trutiva”. O exemplo que proporcionava era relativo às dificuldades que o Brasil encontrava para fazer valer imunidades nos Estados Unidos da América, apontando, ao mesmo tempo, incoerência na postura do Departamento de Estado americano que “tem pleiteado invariavelmente imunidade de jurisdição perante os nossos tribunais e estes invariavelmente lha concedem”.⁶⁷ Em seguida, detalha ainda mais tal incoerência:

“interpretando ao sabor de suas conveniências circunstanciais os termos genéricos e teóricos da *tate letter* (...) o mesmo Departamento de Estado adota *stateside* (internamente) para com os Estados acreditantes uma política diametralmente oposta daquela que usufrui *abroad* (no exterior) e lhe é dispensada pelos Estados acreditários (*hosts*), até mesmo porque não deixa de a reivindicar intransigentemente”.⁶⁸

Com base em tal experiência, Rocha defende, ecoando algo que, de maneira geral, já figurava em pareceres de Bevilacqua, que “essa questão de privilégios e imunidades passe a ser tratada mediante planejamento político, balizado pelos princípios gerais das Convenções de Viena”.⁶⁹ O que parece dizer o Consultor Jurídico é que o tema das imunidades está atrelado a questões de ordem política, devendo não critérios gerais, mas específicos — focados em princípios como o da reciprocidade — funcionar como guias para a sua aplicação no Brasil.

A argumentação tomava como referência imunidades diplomáticas e consulares, mas a maneira como eram postos os argumentos demonstrava a clara intenção de sua aplicação também à imunidade do Estado — até mesmo pela citação de elementos como a *Tate Letter*.

Augusto de Rezende Rocha analisou ainda, em 1974, questão de execução contra o governo brasileiro em ação trabalhista ajuizada por auxiliares locais contra o Consulado em Berlim. O caso é relevante porque aco-

⁶⁵ Trata-se do RE 48.256, rel. min. Gonçalves de Oliveira, DJ de 05.11.1962, assim ementado: AÇÃO CÍVEL CONTRA NAÇÃO ESTRANGEIRA. O MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES NEM QUALQUER OUTRO DEPARTAMENTO TEM COMPETÊNCIA PARA SE DIRIGIR A JUSTIÇA SOLICITANDO O TRANCAMENTO DA AÇÃO. A EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA, QUE É CABIVEL, HÁ DE SER APRESENTADA PELA PRÓPRIA NAÇÃO ESTRANGEIRA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

⁶⁶ VALLADÃO, Haroldo. O Ministério das Relações Exteriores deve continuar a manter entendimentos com os órgãos do Poder Judiciário, prestando e apresentando informações e esclarecimentos sobre matérias de direito internacional, imunidade de jurisdição, vigência de tratados etc — Ao Ministério é facultado também, se dirigir aos órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista a competência privativa da União e do Poder Executivo Federal para “manter relações com os Estados estrangeiros”, por intermédio do Procurador-Geral da República a quem cabe “velar pela execução dos tratados” e “representar a União nas causas cíveis... em que for interessada” (Lei n.º 1341, de 1951, arts. 1º e 5º, I e II) [1963]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1961-1971). Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 117-123.

⁶⁷ ROCHA, Augusto de Rezende. Auxiliares de Adidos Militares: prerrogativas e vantagens a que fazem jus. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas [1973]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 109.

⁶⁸ ROCHA, Augusto de Rezende. Auxiliares de Adidos Militares: prerrogativas e vantagens a que fazem jus. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas [1973]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 110.

⁶⁹ ROCHA, Augusto de Rezende. Auxiliares de Adidos Militares: prerrogativas e vantagens a que fazem jus. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas [1973]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 110.

lhe — provavelmente pela primeira vez, em um parecer de um Consultor Jurídico do Itamaraty — a distinção entre atos de império e atos de gestão naquilo que impacta na compreensão da imunidade de jurisdição.

Para Rocha, contratos de trabalho firmados por um Consulado — e, portanto, pelo Estado que envia a repartição consular — são atos de gestão. Nas funções consulares podem ser separados tanto aspectos públicos como privados. Ele, no entanto, não deixa de reconhecer a dificuldade da distinção entre atos de império e atos de gestão tendo em vista a necessidade de identificação de critérios como “natureza” e “finalidade” da ação do Estado. Haveria, no caso, um juízo subjetivo de grande monta. A partir disso, conclui que a citação, “no caso de ação civil”, da repartição consular é válida, sempre que for possível identificar que, no contrato, ocorre um ato de gestão. Rocha percebe incongruência em dispositivos da Convenção de Viena sobre Relações Consulares que, ao mesmo tempo em que abrem espaço para a invocação, por parte do Estado que envia a repartição, de imunidades, impedem a citação ou notificação em caso de ações judiciais ajuizadas perante a justiça local. Nesse caso, o contexto da Convenção permitiria concluir que a citação, nos casos em que a Convenção não resguardasse a imunidade, seriam válidos.⁷⁰

Rocha entende que a renúncia às imunidades — tanto de jurisdição como de execução — hão de ser expressas, em virtude da literalidade da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Todavia, compreende também que, nos casos em que fique inequívoco que determinadas relações jurídicas são regidas pela lei local, a própria Convenção já constituiria base jurídica para que, voluntariamente, a sentença judicial fosse cumprida, mesmo sem o reconhecimento da jurisdição dos tribunais locais.⁷¹ Tal postura é uma tentativa clara de fazer

as imunidades sucumbirem a um princípio de boa-fé no cumprimento de determinado tratado.

2.9 Miguel Franchini-Netto

Em 1983, Miguel Franchini-Netto se pronunciou sobre ação ajuizada contra o Estado brasileiro na Justiça Norte-Americana. O parecer é um tanto obscuro sobre os contornos fáticos do caso, mas se sabe que estava envolvido familiar de agente diplomático e o próprio Estado brasileiro foi indicado no polo passivo da demanda.⁷² Ainda que descaracterize a situação como envolvendo atos de gestão, parece o consultor jurídico abarcar a possibilidade, em tese, da distinção. Apresenta, então, apenas, quatro situações em que o Estado estrangeiro pode ser demandado, enquanto parte: “a) quando este renuncia, expressamente, ao direito de alegar a incompetência desses tribunais; b) quando, perante um desses tribunais propõe uma ação, isto é, aceita ipso facto a jurisdição do mesmo; c) quando, acionado, não se defende com a execução declinatória *fori*; d) quando é proprietário de imóveis e a questão *actio in rem* versa sobre esses bens”.⁷³ Na concepção de Franchini, tais exceções parecem se coadunar com a distinção entre atos de gestão e atos de império, categorias que, para Bevilacqua e Carneiro, pareciam ser excludentes. Assim, tais exceções ocorreriam aparentemente no espectro dos atos de império do Estado, pois, claramente, Franchini rejeitou que o caso se enquadraria no âmbito dos atos de gestão.

Entretanto, em adendo do mesmo ano ao referido parecer, as categorias de renúncia tácita e atos de gestão parecem se confundir. Nesse sentido, afirma: “a justiça estrangeira somente é competente quando em face de renúncia expressa, por parte do Estado soberano. Exceções podem ocorrer, em certos países, face a ações *jure gestionis*, o que não se verifica ao caso em foco”.⁷⁴ Não

⁷⁰ ROCHA, Augusto de Rezende. Consulado em Berlim: ação trabalhista e sua execução condenatória contra o governo brasileiro. Controvérsia acerca da liceidade da execução: renúncia à imunidade, antes e depois da execução; quando a execução voluntária se impõe, embora com notificação expressa de que não há renúncia à imunidade: por que essa forma decorre do contexto da Convenção de Viena [1974]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 119-124.

⁷¹ ROCHA, Augusto de Rezende. Consulado em Berlim: ação trabalhista e sua execução condenatória contra o governo brasileiro. Controvérsia acerca da liceidade da execução: renúncia à imunidade, antes e depois da execução; quando a execução voluntária se impõe, embora com notificação expressa de que não há renúncia à imunidade: por que essa forma decorre do contexto da Convenção

de Viena [1974]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 125.

⁷² É provável que se trate do caso *Skeen v. Federative Republic of Brazil*, que é relatado em DENZA, Eileen. *Diplomatic Law: Commentaries on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2016. p. 271, 322, 376.

⁷³ FRANCHINI-NETTO, Miguel. Ação de Tribunal norte-americano contra o Brasil [1983]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 399, 404-405.

⁷⁴ FRANCHINI-NETTO, Miguel. Ação de Tribunal norte-americano contra o Brasil. Adendo [1983]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do*

se sabe ao certo se tais exceções — configuradas como ações *jure gestionis* — seriam espécie de renúncia tácita.

É apenas em um terceiro parecer, ainda sobre o problema, que a perspectiva de Franchini fica um pouco mais clara. Ao analisar a situação da imunidade de jurisdição nos Estados Unidos, sustenta que o *Foreign Sovereign Immunities Act*, seguindo a abertura conferida pela *Tate Letter*, adotou a distinção entre atos de império e atos de gestão. Em seguida, ao apresentar desenvolvimentos doutrinários, cita a resolução do *Institut de Droit International*, na Sessão de Aix en Provence, de 1954, que adotou o princípio da imunidade com a possibilidade de renúncia expressa ou tácita. Enquanto a renúncia expressa ocorreria pela via de convenção ou por meio de declaração oficial, a renúncia tácita ocorreria nas seguintes situações: “1) quando o Estado instaura uma ação perante um tribunal estrangeiro; 2) quando, acionado perante tribunal estrangeiro, não alega a incompetência deste; 3) quando possuir bens imóveis em país estrangeiro e a ação judiciária a estes se refere; 4) quando a ação tem por fundamento algum ato praticado pelo Estado estrangeiro como pessoa privada na qualidade de possuidor ou explorador de uma empresa industrial, comercial ou financeira em outro Estado; 5) quando a ação se refere à aquisição pelo Estado estrangeiro, por doação ou sucessão de bens sujeitos à jurisdição de outro Estado”. Ao realizar toda essa análise geral, abordando o caso concreto, Franchini afirma que “não se verificaram em nenhum momento: 1) quaisquer atos de gestão do governo brasileiro; 2) quaisquer renúncias às suas imunidades de Estado soberano”.⁷⁵ Ou seja, de fato, em tal parecer, a distinção entre atos de gestão e atos de império é coisa diversa da questão da renúncia, especialmente tácita. O que não fica claro é como enquadrar a hipótese 4), em referência à resolução do *Institut de Droit International*, porque o ato de exploração de empresa industrial, comercial ou financeira tanto seria enquadrável como renúncia tácita como significaria expressão de um típico ato de gestão.

Instituto a se pronunciar sobre Projeto de uma Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, no âmbito da Conferência Espe-

cializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, Franchini, em parecer de 1984, aproveitou para tocar na questão da imunidade de jurisdição. Seu posicionamento, talvez pela experiência com o caso na Justiça Americana, possui tom mais politizado. Assim, ao verificar tendência para a adoção de maior restrição à imunidade de jurisdição na prática de alguns Estados, e invocando Rui Barbosa, afirma que “caberia nesta oportunidade, e certamente com o apoio dos países menos desenvolvidos, reafirmar, a sua orientação tradicional, que confere uma proteção jurídica contra o animus dominandi — o Princípio Restritivo — das nações poderosas”. O que pretendia, em verdade, era que o Brasil se posicionasse de modo a delimitar com muita clareza os atos de império e de gestão, permitindo-se à lei do foro distinguir tais espécies, “atendidos os limites próprios e realistas”.⁷⁶ Assim, Franchini parece perceber que as legislações nacionais estavam adotando a vanguarda em matéria de imunidade de jurisdição, devendo a confecção de instrumentos internacionais assumir tal controle por meio de critérios mais delimitados, oponíveis nos âmbitos internos.

Também em 1984, Franchini abordou o projeto da Comissão Jurídica Interamericana sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados. Boa parte do parecer é uma reprodução de opinativos anteriores de sua autoria. As conclusões, no entanto, que contêm recomendações sobre a negociação do instrumento, revelam aspectos importantes sobre sua posição acerca do tema — ainda que ele apresente seus argumentos de maneira um tanto abstrata. Fundamentalmente, ressalta o cuidado em apreciar o tema da jurisdição internacional dos Estados tendo em conta os limites estabelecidos pelas legislações internas. Como em outros pareceres, ressalta a dificuldade na distinção entre atos de império e de gestão e a sua capacidade de gerar controvérsias. A possibilidade de exceções às imunidades provaria a “susceptibilidade de graves consequências jurídicas”. Franchini também demonstra preocupação tendo como referência que, no campo, decisões do Judiciário, em matéria de imunidades, poderão “eventualmente provocar dificuldades à ação diplomática do Estado”.⁷⁷

Itamaraty: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 406.

⁷⁵ FRANCHINI-NETTO, Miguel. Ação contra o Brasil em tribunal norteamericano – Apelação [1983]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 452-455.

⁷⁶ FRANCHINI-NETTO, Miguel. OEA – Terceira Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP – III/4), (CIDIP-III/5). Projetos de Convenções [1984]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 467.

⁷⁷ FRANCHINI-NETTO, Miguel. Imunidade Jurisdicional dos Es-

Como afirmado, esses elementos são trazidos de maneira cuidadosa e de maneira abstrata. Percebe-se, no entanto, que Franchini tinha plena consciência da politização do capítulo das imunidades de jurisdição do Estado, e a ação diplomática brasileira deveria ter isso em consideração.

2.10 Antônio Augusto Cançado Trindade

Em 1986, Antônio Augusto Cançado Trindade exarrou parecer sobre questão originalmente trazida pelo Governo de Trinidad e Tobago, que demonstrou estranheza em virtude de sua Embaixada em Brasília ter recebido, por meio da Secretaria de Estado, intimação para comparecer em juízo para prestar esclarecimento sobre reclamação trabalhista ajuizada por ex-motorista da Missão. Na ocasião, o Cerimonial defendeu a posição de que caberia ao Ministério resguardar as imunidades das missões diplomáticas perante o Judiciário brasileiro.⁷⁸

O parecer diverge de todos os demais sobre o tema no que se refere à metodologia original adotada. O consultor jurídico determinou a expedição de circular telegráfica para todas as Embaixadas brasileiras, solicitando informação sobre o tratamento relativo ao caso em outros Estados. Boa parte do parecer é uma tentativa de sistematizar essa prática, que abrange diferentes Estados, como Espanha, França, Zâmbia e Togo, além de outros. Pareceres anteriores ou possuíam um viés muito doutrinário ou, quando exemplificavam a prática internacional, esta era restrita a poucos Estados. É importante frisar, também, que o parecer tratou da questão com base nas imunidades de jurisdição decorrentes da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, e não tendo como referência normas costumeiras. Ainda que se concentre nas imunidades de jurisdição aplicáveis aos agentes diplomáticos, a análise também engloba as questões referentes ao chamamento a juízo de um agente diplomático enquanto representante da missão

tados. Projeto da CJI [1984]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 502-504.

⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidade Jurisdicional do Agente Diplomático: Reclamações Trabalhistas. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961: Alcance e Efeitos. Prática dos Estados [1986]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 254-255.

diplomática — o que atrairia a imunidade do próprio Estado.⁷⁹

O parecer demonstra ser favorável a uma nova perspectiva no que tange especificamente à questão trabalhista. Sem mencionar que estaria ocorrendo — ou já teria ocorrido — uma mudança no costume internacional para garantir a imunidade relativa, se refere, nesse campo, a uma “revolta dos fatos contra os textos”, em uma “tendência predominante nos últimos anos em prol dos avanços no campo das relações trabalhistas e garantias ou benefícios sociais”. Tal tendência ocorreria não apenas com exemplo de inaplicabilidade da imunidade de jurisdição pelos tribunais de alguns Estados, mas também em virtude de perceber um papel mais ativo dos Ministérios das Relações Exteriores para ver cumpridas dívidas trabalhistas de missões diplomáticas estrangeiras.⁸⁰

Divergindo do Cerimonial, ele conclui ressaltando o papel da reciprocidade, que deveria informar a atuação do Itamaraty em casos como o analisado. Ao constatar que o próprio art. 47 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas respalda a aplicação da reciprocidade, sugere que o Ministério das Relações Exteriores tenha um papel mais ativo negociando com as missões diplomáticas estrangeiras o pagamento voluntário de dívidas trabalhistas inequívocas por parte das últimas e se comprometendo a agir de maneira análoga no caso de o Brasil ser demandado no respectivo Estado estrangeiro.⁸¹

Tal opinião reforçava a solução diplomática de questões sobre imunidade de jurisdição trabalhista, fazendo ressaltar o papel do Poder Executivo em questões originadas do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, a função

⁷⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidade Jurisdicional do Agente Diplomático: Reclamações Trabalhistas. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961: Alcance e Efeitos. Prática dos Estados [1986]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 255-268.

⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidade Jurisdicional do Agente Diplomático: Reclamações Trabalhistas. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961: Alcance e Efeitos. Prática dos Estados [1986]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 269-270.

⁸¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidade Jurisdicional do Agente Diplomático: Reclamações Trabalhistas. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961: Alcance e Efeitos. Prática dos Estados [1986]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 270-274.

da reciprocidade seria explorada, considerando-se o estado cambiante da prática relativa ao tema, no momento em que produzido o parecer.

Também em 1986, e provavelmente em virtude da importância que atribuiu, no parecer anterior, ao papel da reciprocidade, Cançado Trindade foi consultado sobre a lei australiana que há pouco entrara em vigor. A então Divisão de Privilégios e Imunidades indagou sobre a legalidade da legislação australiana e a possibilidade de aplicação de reciprocidade.

Em longo parecer, Cançado Trindade transcreve opinião que exarou enquanto Professor do Instituto Rio Branco, a pedido da Secretaria-Geral do Itamaraty, sobre projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados. Na ocasião, Cançado Trindade analisava o projeto, que se apartava da imunidade absoluta de jurisdição, e dizia que tal imunidade “comporta inevitavelmente determinadas exceções”. Também defendia que não seria realista o Brasil seguir uma “atitude intransigente a favor da tese da imunidade absoluta”. Ao invés, deveria o país admitir “a inevitabilidade de certas exceções” e “buscar reduzi-las ao mínimo”. Ele percebia claramente que, embora algumas legislações internas houvessem adotado o princípio relativo, “o direito da imunidade dos Estados está longe de ser homogêneo”, variando em cada Estado. No caso do Brasil, ele percebia que, embora pudessem ser encontrados precedentes favoráveis à relativização da imunidade, a posição de tribunais superiores como o STF e o TST ainda era pelo “predomínio da tese da imunidade jurisdicional absoluta”. De maneira muito lúcida, e retomando suas observações sobre o quadro comparado acerca do tema, afirmava que “[n]ão parece haver razões que levem a identificar em eventual inclinação em favor da doutrina restritiva a inexorabilidade da vitória final desta”.⁸²

Após a transcrição de seu posicionamento anterior, Cançado Trindade, de maneira analítica, cuida em defender e desenvolver seus argumentos. Para ele, até mesmo nos Estados que haviam adotado a imunidade restritiva havia incerteza, especialmente na legislação que haviam editado e na jurisprudência de tribunais in-

⁸² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidades do Estado. Nova Lei Australiana de 1985. Tendências Recentes; Prática dos Estados. Questão da Reciprocidade [1986]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 275-281.

ternos, no que tange à separação dos atos do Estado cobertos ou não por imunidade e quanto à insuficiência da distinção entre atos *jure imperi* e *jure gestionis*. Num contexto de prática claudicante dos Estados, urgia “trilhar o caminho do equilíbrio”. A reciprocidade não seria um caminho apropriado a ser tomado pelo Brasil para o tratamento geral da questão da imunidade de jurisdição ou, em específico, para a Austrália. Para ele, questões como a influência de fatores extrajurídicos, a variabilidade no que se refere a situações políticas em questão e a impossibilidade de a reciprocidade reduzir as incertezas no campo e não impedir que o Poder Judiciário nacional decida de outra maneira desaconselhariam trilhar tal caminho. A adoção de uma postura de maior observação e cautela no tema poderia levar à edição de uma lei brasileira sobre o assunto. Cançado Trindade reconhece, de todo modo, que as posições brasileiras em foros internacionais caminham de uma posição intransigente sobre a imunidade absoluta para a admissão da “inevitabilidade de certas exceções”, que seriam “reduzidas ao mínimo”.⁸³

Ao final do parecer, ele explica que haveria coerência entre o parecer que então emitia com o anterior, solicitado em virtude da situação de Trinidad e Tobago. E explica que a aplicação da reciprocidade em um campo não codificado, como o da imunidade de jurisdição, e que contava com “oscilações e variações”, levaria a incertezas, o que não aconteceria com o campo do direito diplomático, que contaria com uma convenção específica.⁸⁴

Em 1987, Cançado Trindade analisou o projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional, aprovado em primeira leitura, sobre Imunidade Jurisdicionais dos Estados e de sua Propriedade. O parecer é extremamente rico em resumir as posições brasileiras apresentadas em vários anos perante a VI Comissão das Nações Unidas às versões preliminares dos artigos. Ademais, Cançado Trindade reafirma vários de seus pontos de vista, no sentido de não visualizar a inevitabilidade da

⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidades do Estado. Nova Lei Australiana de 1985. Tendências Recentes; Prática dos Estados. Questão da Reciprocidade [1986]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 281-291.

⁸⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidades do Estado. Nova Lei Australiana de 1985. Tendências Recentes; Prática dos Estados. Questão da Reciprocidade [1986]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 291-292.

tese da imunidade restritiva, identificar as dificuldades na aplicação da distinção entre atos de império e atos de gestão, e reconhecer o papel da reciprocidade como dificilmente aplicável ao campo.⁸⁵

Uma compreensão básica que afirma — e que perpassa vários de seus comentários — é que, para manter coerência com posicionamentos anteriores, o Brasil deveria defender que a imunidade de jurisdição não deve ser vista como exceção ao exercício da jurisdição do Estado territorial, mas o inverso. Ou seja, a imunidade de jurisdição precisaria ser vista como princípio, não se aplicando em situações “claramente definidas consoante o Princípio da Igualdade Soberana”. Ele sutilmente percebe a politização do tema, ao afirmar que a defesa da imunidade de jurisdição com exceção ao exercício da jurisdição territorial do Estado seria defendida por “países desenvolvidos capitalistas e exportadores de capital”.⁸⁶

Cançado Trindade ainda se pronunciou, em 1988, sobre a questão da imunidade de jurisdição do Estado brasileiro face a demandas trabalhistas de auxiliares locais contratados por postos consulares brasileiros. O parecer basicamente remete às considerações feitas no seu parecer anterior, sobre a mesma questão, mas referentemente às missões diplomáticas, e sustenta que as considerações feitas com base na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas seriam extensíveis também à Convenção de Viena sobre Relações Consulares.⁸⁷

2.11 Vicente Marotta Rangel

Já após o advento da Constituição de 1988, Vicente Marotta Rangel tratou, em 1991, de questão referente

⁸⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidades do Estado: Codificação e Desenvolvimento Progressivo. Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional: Apreciação; Posições do Brasil [1987]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 403-415.

⁸⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidades do Estado: Codificação e Desenvolvimento Progressivo. Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional: Apreciação; Posições do Brasil [1987]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 406-407.

⁸⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Auxiliares Locais de Consulado: Direitos Sociais na Itália. Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963: Alcance e Efeitos [1988]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 433-438.

à aplicabilidade do art. 114 da Constituição Federal — que versa sobre competência da Justiça do Trabalho para ações envolvendo “entes de direito público externo” — aos funcionários do sistema das Nações Unidas.

Ainda que não fosse necessário para os fins do parecer, Marotta Rangel apresenta uma tipologia de modo a compreender a expressão constitucional “entes de direito público externo”. Para ele, tal expressão englobaria tanto pessoas físicas (agentes diplomáticos estrangeiros, funcionários e empregados consulares) como pessoas jurídicas (missões diplomáticas, repartições consulares e organizações intergovernamentais). Ao tratar especificamente da imunidade de jurisdição do Estado — que englobaria as missões diplomáticas e repartições consulares —, manifesta-se no sentido de que apresenta inconveniente encarar a tese da imunidade absoluta de maneira rígida. Para ele, a distinção entre atos de império e atos de gestão “acabou prosperando”, ainda que apenas cite, para corroborar tal entendimento, a jurisprudência de tribunais internos de Estados Europeus, a Convenção Europeia sobre Imunidades dos Estados, a lei britânica e norte-americana sobre o assunto. Ele, ainda, assenta que as Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares não trataram da imunidade de jurisdição em matéria trabalhista, ainda que elas permitam que missões diplomáticas e repartições consulares invoquem, com base em seus dispositivos, a imunidade de execução.⁸⁸

No mesmo ano de 1991, Marotta Rangel se pronunciou sobre projeto de lei que determinava que o Poder Executivo “exigirá das representações diplomáticas consulares estrangeiras acreditadas no País o cumprimento da legislação trabalhista no tocante aos empregados contratados em território nacional”. O projeto, ainda, continha disposição de que, no caso de descumprimento do dispositivo anterior, “promoverá o Poder Executivo a responsabilidade do Estado estrangeiro consoante as normas de direito internacional”. Para Marotta Rangel, o projeto teria recaído em equívoco por não ter considerado que as Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consula-

⁸⁸ RANGEL, Vicente Marotta. Questões trabalhistas relativas a funcionários do Sistema das Nações Unidas. O artigo 114 da Constituição Federal. Distinção entre “entes de direito público externo” e as imunidades de jurisdição que lhes sejam pertinentes. Alcance da Nota Circular 560 [1991]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1990-1999). Brasília: Senado Federal, 2008. v. 9. p. 68-70.

res estabelecerem o dever de cumprimento da legislação interna, por parte das missões e repartições estrangeiras sem, contudo, prejuízo das imunidades aplicáveis. Ou seja, a invocação, por parte do Estado estrangeiro, de sua imunidade — tanto no processo de conhecimento como no de execução — não seria um ilícito internacional. O argumento estava conectado a dois outros, que implicariam, inclusive, a inconstitucionalidade do projeto de lei. Primeiramente, não poderia determinar o Congresso Nacional que o Executivo exigisse algo que se insere no âmbito de competência do último. Em segundo lugar, o projeto violaria o Princípio da Separação dos Poderes em relação ao Poder Judiciário, no seguinte sentido: o Poder Executivo não poderia exigir o cumprimento da legislação sem previamente ter tido conhecimento de decisão judicial aferindo o respeito ao cumprimento de tal legislação.⁸⁹

Marotta Rangel ainda se debruçou, em 1992, sobre o projeto da Comissão de Direito Internacional sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de sua Propriedade, que então havia sido aprovado em segunda leitura. Citando o Embaixador Calero Rodrigues, com ele concorda no sentido de que a posição brasileira deve ser pragmática. A dizer: não havendo possibilidade de defender a imunidade absoluta, caberia aceitar limitações a tais imunidades de maneira a mais restrita possível. Ecoava assim, também, a posição já externada por Cançado Trindade sobre o tema. De maneira discreta, Marotta Rangel parece admitir que o tema sofria de grande politização, ao citar tese do Curso de Altos Estudos (CAE) do então Ministro Ruy de Lima Casaes e Silva que, com precisão, via que o trabalho da CDI havia sido calcado em prática e doutrina vinculadas a um grupo específico de países, “que, por estarem nos centros de poder político, econômico e cultural, influenciam fortemente outras regiões, inclusive pelo controle premeditado ou não dos meios de comunicação”. Ele ainda se mostrava favorável à convocação de uma Conferência de Plenipotenciários para a elaboração de uma Convenção sobre o assunto.⁹⁰

⁸⁹ RANGEL, Vicente Marotta. A tramitação do Projeto de Lei n.º 974/88 sobre cumprimento de legislação trabalhista pelas Representações Diplomáticas e Consulares Estrangeiras. Alteração por ele sofrida. Propósito do Projeto. Possibilidade de equívocos. Eventual vício de inconstitucionalidade [1991]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1990-1999). Brasília: Senado Federal, 2008. v. 9. p. 94-97.

⁹⁰ RANGEL, Vicente Marotta. Imunidade jurisdicional dos Estados e sua propriedade. Relevância e atualidade do tema. Comentári-

2.12 Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros

Em 1999, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros tocou na questão da imunidade de jurisdição ao analisar questão referente a uma citação recusada pela República Federal da Alemanha, que somente a aceitava se fosse feita na sede do seu Governo. Citando uma série de posicionamentos, inclusive do Supremo Tribunal Federal, Cachapuz de Medeiros entendia que a citação poderia ser feita por intermédio da missão diplomática do Estado acreditante. Ele, também, utilizava como importante indicativo o fato de o Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens estabelecer que a expressão “Estado” engloba também seus representantes que atuem em tal qualidade.⁹¹ Esse era um indicativo da recepção, no ponto, do projeto da Comissão de Direito Internacional, para a aplicação de questões referentes a temas afetos à imunidade de jurisdição.

3 Tentativa de Síntese de Questões relativas aos Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty

Nos cerca de oitenta e cinco anos em que diferentes consultores jurídicos do Itamaraty se dedicaram ao tema da imunidade de jurisdição do Estado, algumas questões são dignas de nota, seja por sua recorrência, seja por desafiar o senso comum doutrinário sobre a posição brasileira ou, ainda, por serem capazes de abrir novas possibilidades de leitura no que tange ao tema.

Algumas dessas questões já foram mencionadas na análise específica dos pareceres. Pela sua relevância, e de maneira exemplificativa, tentarei na próxima seção, de maneira breve, sintetizar três delas.

os sobre o Projeto de Artigos C.D.I. Pontos positivos e negativos. Da conveniência ou não da convocação de Conferência Internacional [1992]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1990-1999). Brasília: Senado Federal, 2008. v. 9. p. 126-129.

⁹¹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Ação trabalhista. Recusa da Embaixada da República Federal da Alemanha em aceitar intimação da Justiça do Trabalho. Afirmção de que pretensões contra outro Estado devem ser apresentadas na sede do Governo do mesmo Estado [1999]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1990-1999). Brasília: Senado Federal, 2008. v. 9. p. 227-232.

3.1 Imunidade absoluta e imunidade relativa de jurisdição

Desde ao menos o ano de 1923, com Clóvis Bevilacqua, a questão da imunidade absoluta já era perfilhada nos pareceres dos consultores jurídicos. Admitiam-se exceções ao Princípio da Imunidade de Jurisdição de Estado. Por um longo tempo, no entanto, tais exceções não eram articuladas no âmbito da distinção entre atos de império e atos de gestão, mas em termos de renúncia tácita.

A razão principal para ler o tema sob a perspectiva da renúncia parece dizer respeito ao fato de que a adoção da distinção entre atos de império e atos de gestão traria uma grande subjetividade para o tema, o que faria ruir qualquer postura cautelosa em relação à aplicação da imunidade de jurisdição aos Estados. Bevilacqua, por exemplo, prefere o caminho mais seguro da lei do domicílio e do reconhecimento da impossibilidade de um Estado estrangeiro estar subordinado à Constituição de outro. Levi Carneiro e Hildebrando Accioly baseiam-se em lista fechada de casos que configurariam renúncia tácita. James Darcy também se posiciona pelo caminho da renúncia, ainda que não apresente lista de casos que envolveriam a renúncia tácita.

Há aqueles consultores jurídicos que, pelas circunstâncias do caso, sequer trataram da questão da relativização da imunidade, como Gilberto Amado e Haroldo Valladão. Sebastião do Rêgo Barros entendeu que navios que não cumprissem função pública não gozariam de imunidade, mas sobre o tema já havia um consenso emergente, concretizado na forma de uma convenção da qual o Brasil havia se tornado parte.

Mesmo os consultores jurídicos que chegaram a adotar a distinção entre atos de império e atos de gestão, reconheceram as dificuldades na sua aplicação, como Augusto de Rezende Rocha e Vicente Marotta Rangel.

Antônio Augusto Cançado Trindade é bastante crítico da distinção. Ainda que reconheça a relativização da imunidade em campos mais consensuais, como o das reclamações trabalhistas contra missões diplomáticas e repartições consulares, não o faz de modo a acolher a distinção entre atos de império e atos de gestão. Mais que isso, Cançado Trindade desafia a tese de que haja uma inevitabilidade na vitória da doutrina da imunidade relativa. Ante as indefinições no assunto, em dado momento, chega mesmo a defender uma lei interna sobre a questão. Também sugere cautela em negociações a

respeito de normas gerais sobre imunidade de jurisdição — postura também adotada por Vicente Marotta Rangel.

Por fim, há aqueles que tentam fundir a leitura da renúncia tácita com aquela da distinção entre atos de império e atos de gestão, como Miguel Franchini-Netto, não sem gerar confusão e pouca clareza sobre sua visão sobre o assunto.

Quanto à imunidade de execução, nenhum parecer sequer sugeriu a possibilidade de sua relativização. Medidas executórias contra Estados estrangeiros foram duramente rechaçadas quando eventualmente o tema foi cogitado.

Ante esse quadro, pode-se dizer que os consultores jurídicos constantemente adotaram cautela na questão da relativização da imunidade de jurisdição, ainda que estivessem, constantemente, atualizados com os desenvolvimentos jurisprudenciais, doutrinários e da prática diplomática. Essa era claramente uma posição que, em geral, assumiam.

Se isso pode ser dito de especialistas em direito internacional, é preciso investigar com mais vagar se a suposta “demora” do Supremo Tribunal Federal em relativizar a imunidade de jurisdição para questões trabalhistas tenha a ver com o dado de o tribunal estar “simplesmente atrasado ou desatualizado quanto à evolução desse aspecto particular do direito internacional”.⁹² A Corte poderia ter se guiado, por muitos anos, por uma percepção também cautelosa acerca do desenvolvimento das normas sobre imunidade de jurisdição ante um quadro em ebulição.

3.2 Imunidade de Jurisdição, Direito e Política

É também desde Clóvis Bevilacqua que diferentes consultores jurídicos perceberam a ligação do tema com a política internacional. Bevilacqua também se referia a questões de imagem — que poderiam ser associadas a uma dimensão de dignidade e cortesia internacional.⁹³

⁹² MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. Desenvolvimento da Imunidade de Jurisdição dos Estados Soberanos: Teoria da Fundamentação Autônoma. In: GARCIA, Márcio e MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 246.

⁹³ O fato de a cortesia aparecer explicitamente apenas em Bevilacqua e, de maneira remanescente, em Rêgo Barros, ajuda a comprovar a tese de Lauterpacht de que, originalmente, a imunidade de jurisdição se fundamentava, também — mas não somente — na dignidade do

Na medida em que o tempo passa, e especialmente a partir da década de 1970 — não coincidentemente quando avançam em Estados do Hemisfério Norte iniciativas para a relativização da imunidade de jurisdição —, os consultores jurídicos se tornam, ainda, mais explícitos sobre o assunto.

Hildebrando Accioly claramente atribui a confecção da *Tate Letter* ao contexto de Guerra Fria, na medida em que os Estados Unidos precisavam se opor à crescente atuação do bloco soviético em atividades comerciais e industriais — e, portanto, alheias a uma concepção acerca do que deveria receber a característica de “estatal”, “público” ou “de império”.

A posição de Augusto de Rezende Rocha é contundente nesse aspecto, urgindo explicitamente que questões sobre privilégios e imunidades sejam tratadas a partir de um planejamento político. Sua visão era calcada na percepção de que determinados Estados agiam de maneira incoerente, relativizando a imunidade de jurisdição em seus territórios, mas clamando pelo seu reconhecimento quando atuando externamente.

Miguel Franchini-Netto, provavelmente, a partir de sua experiência em casos em que o Brasil foi acionado no exterior, é direto em demonstrar uma segmentação geopolítica do mundo — em que Estados subdesenvolvidos se aferravam à imunidade de jurisdição em contraposição aos Estados desenvolvidos, que buscavam relativizá-la.

Cançado Trindade e Vicente Marotta Rangel também percebem, claramente, essa conexão — o último compreendendo que a própria pauta internacional da imunidade de jurisdição estava sendo direcionada por um grupo de países e indivíduos a fim de alcançar certos fins por meio da sua relativização.

Algumas vezes, consultores jurídicos recorreram à ideia de reciprocidade — o que frequentemente significaria atribuir à esfera política o reconhecimento da imunidade de jurisdição.

Isso ocorre com mais frequência em pareceres anteriores à década de 1970, antes, portanto, de leis internas e tratados passaram a regular mais minuciosamente

o assunto. É o caso de Clóvis Bevilacqua, Sebastião do Rêgo Barros e Levi Carneiro, que a sugerem expressamente. Augusto de Rezende Rocha, que parece ter sido o último defensor convicto do princípio, o associa de maneira explícita à necessária politização do tema.

Cançado Trindade se opõe à reciprocidade como um critério geral. A razão desse posicionamento está calcada na ideia não de sua impossibilidade, mas inconveniência. Em um cenário incerto sobre normas, cobrar reciprocidade poderia ser ineficaz caso outro Estado já tivesse vinculado a si próprio por meio de uma lei interna ou tratado sobre o assunto. Mesmo assim, ele abre espaço para a aplicação do princípio nos casos das imunidades que decorrem das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares, já que tais tratados expressamente o permitem.

É importante notar que discussões atuais sobre imunidade de jurisdição voltaram a girar em torno da questão da aplicação da reciprocidade, o que também demonstra, por si só, que a doutrina da imunidade relativa sofre contestações contemporaneamente.⁹⁴

3.3 Separação de poderes

Embora nem sempre as questões suscitadas aos consultores jurídicos já estivessem em trâmite no Poder Judiciário, nos casos em que isso ocorreu, uma visão crescente sobre o caráter estrito da não interferência na independência judicial foi se formando em matéria de imunidade de jurisdição.

Clóvis Bevilacqua e Sebastião do Rêgo Barros não hesitaram em se posicionar — em termos fortes, ainda que o segundo mais que o primeiro — na defesa da imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros em ações em curso na Justiça brasileira.

É com Levi Carneiro que o quadro começa a se alterar. Ainda que não se furte a tomar posição sobre a questão da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, ele enfaticamente ressalta a independência do Poder Judiciário para decidir acerca do tema.

Estado, com reflexos na cortesia internacional. Tal fundamento, no entanto, na década de 1950, quando o jurista britânico escreveu seu artigo já mostrava sinais de desgaste a fim de fazer manter a regra da imunidade absoluta dos Estados. Ver LAUTERPACTH, Hersch. *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States. British Yearbook of International Law*, v. 28, 1951. p. 220-272.

⁹⁴ SHAN, Wenhua and WANG, Peng. Divergent Views on State Immunity in the International Community. In: RUY, Tom; ANGELET, Nocolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 61-78.

Haroldo Valladão teve de se conduzir cuidadosamente quando se defrontou com a questão de recusa de envio de citação, por meio do Itamaraty, a Estado estrangeiro. Ao se fiar na literalidade de acórdão do Supremo Tribunal Federal que impediu que qualquer órgão brasileiro buscasse paralização de ação ou ajuizasse exceção de incompetência em favor de Estado estrangeiro, enfatizava que o Ministério das Relações Exteriores deveria continuar colaborando com o Poder Judiciário. Tal colaboração, no entanto, deixa ele claro, se daria sem contrariedade ao que decidido pela Suprema Corte.

Antônio Augusto Cançado Trindade, no que se refere às imunidades decorrentes da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, conclamava uma atuação mais proativa por parte do Itamaraty. Tal atuação, no entanto, não abrangeria medidas juntamente ao Poder Judiciário; ela deveria se restringir ao relacionamento diplomático, no sentido de que o Estado brasileiro deveria fazer gestões junto a missões diplomáticas estrangeiras para que questões como obrigações trabalhistas de funcionários locais fossem respeitadas. Ademais, ele concebia a independência do Poder Judiciário como um fator que tornaria a aplicação da reciprocidade ineficaz, uma vez que não se poderia obrigar juízes a decidirem em certo sentido com relação a determinado Estado.

Também Vicente Marotta Rangel chegou a considerar como inconstitucional qualquer iniciativa legislativa que, direta ou indiretamente, atribuísse ao Poder Executivo responsabilidades que, de algum modo, interferissem na capacidade de o Poder Judiciário decidir de maneira independente sobre questões acerca de imunidade de jurisdição.

Por fim, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros se apoia em posição jurisprudencial de tribunais internos brasileiros para se pronunciar sobre a questão da citação de Estados estrangeiros.

A evolução para uma compreensão mais estrita da separação de poderes em matéria de imunidade de jurisdição sem dúvida teve a ver com desenvolvimentos no direito constitucional brasileiro, mas também com a exponencial judicialização de temas envolvendo Estados na justiça estrangeira. Tal crescimento, sem dúvida, significou a consideração, cada vez com maior vigor, das decisões de tribunais nacionais como elementos a formar a prática estatal sobre imunidade de jurisdição.⁹⁵

Por outro lado, o reconhecimento de tal independência não significou um abandono da necessidade de atuação político-diplomática do Itamaraty juntamente a Estados estrangeiros; apenas a deslocou para espaços que não gerassem confrontação com o Poder Judiciário brasileiro.

Em outros termos, a prática brasileira sobre imunidade de jurisdição não demonstra uma oposição direta entre as posições dos tribunais e aquelas esposadas pelo Poder Executivo; este normalmente é deferente às conclusões daqueles, especialmente quando proferidas por tribunais superiores como o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, o Poder Executivo não se furta a ocupar os muitos espaços deixados pela jurisprudência para aplicar e interpretar aspectos referentes à temática da imunidade de jurisdição.

4 Considerações finais

Neste artigo, parti da constatação de que a doutrina brasileira leva pouco em consideração — em sua análise sobre a posição brasileira no que se refere ao tema da imunidade de jurisdição — a perspectiva do Poder Executivo.

Uma investigação sobre a posição jurisprudencial, mas também do Poder Executivo sobre o assunto, é essencial para se identificar normas costumeiras pertinentes, na linha do que reconheceu a Corte Internacional de Justiça no Caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado.

A escolha de abordar os pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty, em um período de cerca de oitenta e cinco anos, não é definitiva para identificar a prática e a *opinio juris* do Poder Executivo em matéria de imunidade de jurisdição, mas ela certamente é importante nesse sentido.

A grande maioria dos consultores jurídicos do Itamaraty se debruçou sobre temas relativos à imunidade de jurisdição dos Estados. Há possibilidades promissoras de pesquisa com o material produzido por tais juristas. De maneira exemplificativa, três temas relevantes surgem dos pareceres: a questão da relativização da

assunto e o seu impacto na formação da prática, ver FOX, Hazel and WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2013. p. 104-108.

⁹⁵ Sobre a relação entre crescimento no número de decisões sobre o

imunidade de jurisdição dos Estados, a sua relação com a política e a separação de poderes. Tais temas demonstram de maneira clara alguns aspectos.

Primeiramente, a possibilidade de se permitir que o Estado seja julgado pela jurisdição estrangeira constantemente esteve presente nos posicionamentos dos consultores jurídicos, embora a necessidade ou conveniência de se relativizar a imunidade de jurisdição fosse posta, também constantemente, em questão.

Segundo, nunca se perdeu de vista a politização do tema, algumas vezes no contexto da Guerra Fria e outras vezes na contraposição entre Estados desenvolvidos e subdesenvolvidos. Assim, qualquer posição jurídica sobre a imunidade de jurisdição dos Estados precisa considerar o contexto político em que formulada. Por exemplo, concepções que avançam um Estado máximo ou mínimo — e que são fruto de opções político-institucionais — interferem na própria noção de atos de império e gestão e na possível relativização da imunidade de jurisdição. Também no domínio das relações econômicas internacionais, a escolha de um direito aplicável que abra exceções à imunidade de jurisdição ou dê ampla margem de atuação a tribunais internos quanto a Estados estrangeiros reforça a posição de alguns direitos nacionais em detrimento de outros, e até mesmo da solução da controvérsia pelo direito internacional. Tal fenômeno pode, inclusive, afetar de maneira significativa relações políticas bilaterais e multilaterais a partir do modo como se entende a igualdade soberana dos Estados — por critérios definidos unilateralmente, em direitos internos muito específicos.

Terceiro, gradualmente se entendeu que deveria ser preservado um necessário espaço de independência ao Poder Judiciário nas questões crescentes que envolviam imunidades de Estados estrangeiros na Justiça brasileira.

Um escrutínio maior dos pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty pode revelar ainda outros aspectos relevantes. De todo modo, faz-se premente que se investigue as posições do Poder Executivo em matéria de imunidade de jurisdição para que um quadro mais preciso — em um contexto de desenvolvimento normativo tão impreciso — possa contribuir para uma maior estabilização do direito da imunidade de jurisdição, ramo com caráter ainda acentuadamente costumeiro.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. Imunidade de jurisdição dos Estados. Nova orientação do Departamento de Estado [1952]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1952-1960). Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5. p. 113-120.
- AMADO, Gilberto. Situação do Pessoal Menor da Embaixada em Roma, de nacionalidade italiana [1935]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1935-1945). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 3. p. 28-31.
- ARAÚJO, Nádia de. Diretos Fundamentais e Imunidade de Jurisdição: Comentários Tópicos ao RE nº 222.368, do STF. In: GARCIA, Márcio e MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 185-200.
- BARROSO FREITAS, Guilherme Del Negro. *The Law of International Organizations. (1945-1964): A Study of the Development and the Autonomization of the Discipline in France, the United Kingdom and the United States*. 2020. 265ff. Thesis (PhD) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2020.
- BEVILAQUA, Clóvis. Ação contra Estados Estrangeiros [1930]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 510-511.
- BEVILAQUA, Clóvis. Citação do Governo Brasileiro, pela Justiça da Holanda, no Processo movido pela Sociedade Gusto, de Amsterdam [1915]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 116-117.
- BEVILAQUA, Clóvis. Citação do Governo Brasileiro, pela Justiça Holandesa, para pagar, dentro de prazo fixo, certas quantias que a sociedade anônima Chantiers de Construction justo diz lhe serem devidas. Nulidade dessa citação [1915]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 94-96.

- BEVILAQUA, Clóvis. Codificação Progressiva do Direito Internacional [1927]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 391-396.
- BEVILAQUA, Clóvis. Competência da Justiça Brasileira no julgamento de causas em que o réu é um Estado estrangeiro [1923]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 262-264.
- BEVILAQUA, Clóvis. Isenção de impostos e taxas às missões diplomáticas [1931]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 556.
- BEVILAQUA, Clóvis. Retenção de Títulos ao portador pertencentes ao Encarregado de Negócios do Brasil em La Paz [1913]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 2. p. 16-17.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Ação trabalhista. Recusa da Embaixada da República Federal da Alemanha em aceitar intimação da Justiça do Trabalho. Afirmação de que pretensões contra outro Estado devem ser apresentadas na sede do Governo do mesmo Estado [1999]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1990-1999). Brasília: Senado Federal, 2008. v. 9. p. 227-232.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Auxiliares Locais de Consulado: Direitos Sociais na Itália. Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963: Alcance e Efeitos [1988]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 433-438.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidade Jurisdicional do Agente Diplomático: Reclamações Trabalhistas. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961: Alcance e Efeitos. Prática dos Estados [1986]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. p. 254-273.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidades do Estado: Codificação e Desenvolvimento Progressivo. Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional: Apreciação; Posições do Brasil [1987]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 403-415.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Imunidades do Estado. Nova Lei Australiana de 1985. Tendências Recentes; Prática dos Estados. Questão da Reciprocidade [1986]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 8. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 274-292.
- CAPUTO BASTOS, Carlos Eduardo; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A Prática da Imunidade dos Estados: Perspectiva Brasileira. In: GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 129-185.
- CARNEIRO, Levi. Decisão da Justiça do Trabalho em favor de empregado da Comissão Militar Mista Brasil-Estados Unidos. Imunidade de jurisdição do Governo dos Estados Unidos [1951]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1946-1951). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 582-584.
- CARNEIRO, Levi. Despejo judicial de Consulado estrangeiro [1948]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1946-1951). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 143.
- CARNEIRO, Levi. Imunidade de jurisdição da Organização dos Estados Americanos. Cláusula contratual de renúncia da imunidade [1949]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1946-1951). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 247-252.
- CARNEIRO, Levi. Incompetência da justiça brasileira para ação pessoal contra Embaixador estrangeiro por motivo de fatos atinentes à sua missão. Incompetência do Ministério das Relações Exteriores para promover a citação inicial do Embaixador [1951]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres*

- dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1946-1951). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 552-556.
- CARNEIRO, Levi. Isenção de imposto dos juros de depósitos bancários pertencentes a Missões diplomáticas ou consulares estrangeiras [1951]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1946-1951). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 493-495.
- CARNEIRO, Levi. Locação de apartamento à Legação do Egito. Eventualidade de despejo judicial. Imunidade da jurisdição civil [1951]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1946-1951). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 531-534.
- CASSESE, Antonio. The Role of Legal Advisers in Ensuring that Foreign Policy Conforms to International Legal Standards. *Michigan Journal of International Law*, v. 14, 1992. p. 139-170.
- CHILTON, Adam S. and WHYTOCK, Christopher A. Foreign Sovereign Immunity and Comparative Institutional Competence. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 163, n. 2, 2015. p. 411-486.
- DAMROSCH, Lori Fisler. The Sources of Immunity Law – Between International and Domestic Law. In: RUY, Tom; ANGELET, Nicolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 40-60.
- DARCY, James. Empréstimo externo de São Paulo. Ação movida contra o Estado nos tribunais de Nova York [1937]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1935-1945). Brasília: Senado Federal, 2000. v. 3. p. 80-82.
- DEGAN, Vladimir-Djuro. On the Sources of International Criminal Law. *Chinese Journal of International Law*, v. 4, n. 1, 2005. p. 45-83.
- DENZA, Eileen. *Diplomatic Law: Commentaries on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. 4. ed. New York: Oxford University Press.
- DONNER, Ruth. The Tate Letter Revisited. *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, v. 9, n. 1, 2001. p. 27-40.
- FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2013.
- FRANCHINI-NETTO, Miguel. Ação contra o Brasil em tribunal norteamericano – Apelação [1983]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 448-462.
- FRANCHINI-NETTO, Miguel. Ação de Tribunal norte-americano contra o Brasil [1983]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 397-405.
- FRANCHINI-NETTO, Miguel. Ação de Tribunal norte-americano contra o Brasil. Adendo [1983]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 406-407.
- FRANCHINI-NETTO, Miguel. Imunidade Jurisdicional dos Estados. Projeto da CJI [1984]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 495-504.
- FRANCHINI-NETTO, Miguel. OEA – Terceira Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP – III/4), (CIDIP-III/5). Projetos de Convenções [1984]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*: (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 465-467.
- GARCIA, Márcio. Imunidade do Estado: Quem disse que o Rei não Erra? In: GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 83-104.
- INGBER, Rebecca. Interpretation Catalysts and Executive Branch Legal Decisionmaking. *The Yale Journal of International Law*, v. 38, n. 2, 2013. p. 359-421.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, *I.C.J. Reports 2012*.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, part 2, 2018.

- KOH, Harold Hongju. The Legal Adviser's Duty to Explain. *The Yale Journal of International Law*, v. 41, n. 1, p. 189-211, 2016.
- LAUTERPACTH, Hersch. The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States. *British Yearbook of International Law*, v. 28, 1951. p. 220-272.
- MACDONALD, R. St. J. The Role of the Legal Adviser of Ministries of Foreign Affairs. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 156, p. 377-482, 1977.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. Desenvolvimento da Imunidade de Jurisdição dos Estados Soberanos: Teoria da Fundamentação Autônoma, In: GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 221-269.
- MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades Internacionais: Tribunais Nacionais ante a Realidade das Organizações Internacionais*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2011.
- RANGEL, Vicente Marotta. A tramitação do Projeto de Lei nº 974/88 sobre cumprimento de legislação trabalhista pelas Representações Diplomáticas e Consulares Estrangeiras. Alteração por ele sofrida. Propósito do Projeto. Possibilidade de equívocos. Eventual vício de inconstitucionalidade [1991]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1990-1999)*. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 9. p. 92-97.
- RANGEL, Vicente Marotta. Imunidade jurisdicional dos Estados e sua propriedade. Relevância e atualidade do tema. Comentários sobre o Projeto de Artigos C.D.I. Pontos positivos e negativos. Da conveniência ou não da convocação de Conferência Internacional [1992]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1990-1999)*. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 9. p. 126-129.
- RANGEL, Vicente Marotta. Questões trabalhistas relativas a funcionários do Sistema das Nações Unidas. O artigo 114 da Constituição Federal. Distinção entre "entes de direito público externo" e as imunidades de jurisdição que lhes sejam pertinentes. Alcance da Nota Circular 560 [1991]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1990-1999)*. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 9. p. 67-73.
- RÊGO BARROS, Sebastião do. Imunidade de Jurisdição. Notificação da 2ª Junta de Conciliação do Distrito Federal à Embaixada dos Estados Unidos da América [1944]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1935-1945)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 3. p. 535-536.
- RÊGO BARROS, Sebastião do. Imunidades dos serviços de guerra. Navio auxiliar "Duque de Caxias". Dúvidas, no porto de Lisboa [1946]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1946-1951)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 4. p. 24-27.
- RÊGO BARROS, Sebastião. Isenção de contribuições sobre imóveis pertencentes a Estados estrangeiros [1942]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1935-1945)*. Brasília: Senado Federal, 2000. v. 3. p. 464-466.
- REZEK, Francisco. A Imunidade das Organizações Internacionais no Século XXI. In: GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (coord.). *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. p. 13-24.
- ROCHA, Augusto de Rezende. Auxiliares de Adidos Militares: prerrogativas e vantagens a que fazem jus. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas [1973]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1972-1984)*. Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 103-114.
- ROCHA, Augusto de Rezende. Consulado em Berlim: ação trabalhista e sua execução condenatória contra o governo brasileiro. Controvérsia acerca da liceidade da execução: renúncia à imunidade, antes e depois da execução; quando a execução voluntária se impõe, embora com notificação expressa de que não há renúncia à imunidade: por que essa forma decorre do contexto da Convenção de Viena [1974]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1972-1984)*. Brasília: Senado Federal, 2004. v. 7. p. 117-125.

- PALCHETTI, Paolo. Italian Concerns after sentença 238/2014: possible reactions, possible solutions. Disponível em <https://verfassungsblog.de/italian-concerns-after-sentenza-2382014-possible-reactions-possible-solutions/>.
- SALMON, Jean et SUCHARITKUL, Sompong. Les Missions Diplomatiques entre Deux Chaises: Immunité Diplomatique ou Immunité D'État? *Annuaire Française de Droit International*, v. XXXIII, p. 163-194, 1987.
- SHAN, Wenhua and WANG, Peng. Divergent Views on State Immunity in the International Community. In: RUY, Tom; ANGELET, Nocolas; FERRO, Luca (eds.). *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 61-78.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- VALLADÃO, Haroldo. Ações cominatória e de despejo contra a sede da representação diplomática da Bolívia – Imunidade de jurisdição, não renunciada de forma expressa e regular – Não cabe ao Ministério das Relações Exteriores dar ciência à Embaixada da Bolívia de sentença decretando o despejo da sede daquela representação diplomática no Rio de Janeiro [1963]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 105-116.
- VALLADÃO, Haroldo. O Ministério das Relações Exteriores deve continuar a manter entendimentos com os órgãos do Poder Judiciário, prestando e apresentando informações e esclarecimentos sobre matérias de direito internacional, imunidade de jurisdição, vigência de tratados, etc. – Ao Ministério é facultado também, se dirigir aos órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista a competência privativa da União e do Poder Executivo Federal para “manter relações com os Estados estrangeiros”, por intermédio do Procurador-Geral da República a quem cabe “velar pela execução dos tratados” e “representar a União nas causas cíveis... em que for interessada” (Lei nº 1341, de 1951, arts. 1º e 5º, I e II) [1963]. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty: (1961-1971)*. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 6. p. 117-123.
- WOOD, Michael. Legal Advisers. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013. para 19. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com>.
- WUERTH, Ingrid. International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case. *Melbourne Journal of International Law*, v. 13, n. 1, p. 1-19, 2012.
- YELIN, Head of State Immunity as Sole Executive Lawmaking. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 44, n. 4, p. 911-998, 2011.

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A necessidade de disciplinar
o uso do *blockchain* para a
organização de refugiados pelo
direito internacional**

**The need to discipline the use of
blockchain for the organization
of refugees by international law**

Agatha Gonçalves Santana
Carla Noura Teixeira
Otavio Noura Teixeira

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES

A necessidade de disciplinar o uso do *blockchain* para a organização de refugiados pelo direito internacional*

The need to discipline the use of *blockchain* for the organization of refugees by international law

Agatha Gonçalves Santana**

Carla Noura Teixeira***

Otavio Noura Teixeira****

Resumo

A partir da experiência do uso da tecnologia disruptiva do *blockchain* como forma de identificação de refugiados sírios na Jordânia pela ONU a partir de 2017, como parte de um projeto piloto do Programa Mundial de Alimentos - PMA, demonstra-se, neste artigo, a necessidade da disciplina dessa tecnologia pelo direito, a partir da introdução de seus conceitos operacionais básicos, além da apresentação do direito internacional na perspectiva dos direitos humanos em relação à proteção da pessoa do refugiado. Apresenta-se as vantagens e desvantagens práticas de seu uso, com base na observação não apenas da experiência realizada como também sobre as viabilidades que poderão ser aplicadas ao futuro, as quais terão de enfrentar análises das implicações éticas e jurídicas, tendo como baliza do Direito Internacional dos Refugiados. A pesquisa, inicialmente teórica, é intercalada com a análise de dados empíricos, predominando uma abordagem qualitativa de lógica dialético-indutiva em uma visão fenomenológica pela possibilidade de expansão do uso dessa tecnologia para efeitos de registros para refugiados em todo o mundo a partir dessa experiência. Com base nessas premissas, devem-se considerar os benefícios bem como os altos riscos de violação dos direitos dessas pessoas em situação de sobreposição de vulnerabilidades com a aplicação em larga escala dessa tecnologia, concluindo-se pela criação de *guidelines* ou balizas interpretativas à luz dos fundamentos e princípios do sistema de Direito Internacional do Refugiado, de modo a reduzir a sobreposição de vulnerabilidades em que se encontram.

Palavras-chave: Refugiados; Direito Internacional dos Refugiados; *Blockchain*; Sobreposição de vulnerabilidades.

Abstract

Based on the experience of using the disruptive technology of blockchain as a way of identifying Syrian refugees in Jordan by the UN from 2017, as part of a pilot project of the World Food Program - WFP, this article aims to

* Recebido em 23/04/2020
Aprovado em 01/05/2021

** Doutora (2017) e Mestre (2009) em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Professora titular de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil da Universidade da Amazônia. Líder do Grupo de Ensino e Pesquisa acerca das Teorias Gerais do Processo - O Processo como instrumento de realização dos Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia - CNPq. Advogada. Email: agathadpc@yahoo.com.br

*** Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009) e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Especialista em Direito Processual (2000). Coordenadora e Professora do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia - UNAMA. Professora da Graduação em Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA, da UNIFAMAZ e da UNINAS-SAU. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC. E-mail: c.noura@uol.com.br

**** Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA) - Campus Tucuruí (CAMTUP). Doutor e Mestre em Engenharia Elétrica, na área de Computação Aplicada, pela Universidade Federal do Pará. Atualmente é Diretor da Faculdade de Engenharia de Computação, membro do Conselho Deliberativo do CAMTUC, membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Computação Aplicada (PPCA) e, professor orientador e supervisor, área de Computação, da Empresa Júnior "Esquadro Projetos e Consultorias", do CAMTUC-UFPA. E-mail: o.noura@gmail.com

demonstrate the need for discipline of this technology by law, from the introduction of its basic operational concepts, in addition to the presentation of international law from the perspective of human rights in relation to the protection of the refugee person, presenting the practical advantages and disadvantages of its use, from the observation not only of the experience carried out but also of the feasibility that may be applied to the future, which will have to face analyzes of the ethical and legal implications, having as a guideline of International Refugee Law. The research, initially theoretical, is interspersed with empirical research, predominantly a qualitative approach of dialectic-inductive logic in a phenomenological view due to the possibility of expanding the use of this technology for the purposes of registering for refugees worldwide from this experience. Based on these premises, one should consider the benefits as well as the high risks of violating the rights of these hypervulnerable people with the large-scale application of this technology, concluding with the creation of guidelines or interpretive guidelines in the light of the fundamentals and principles of the system. International Refugee Law, in order to reduce the overlap of vulnerabilities in which they find themselves.

Keywords: Refugees; international refugee law; Blockchain; dignity of the human person.

1 Introdução

Oriundo do contexto tecnocapitalista planetário observado nas últimas décadas, a tecnologia blockchain foi idealizada por Stuart Haber e W. Scott Stornetta no início dos anos 90, inicialmente envolvendo a criação de uma rede de blocos de documentos protegidos criptograficamente, não podendo serem alterados seus registros de data e hora. Essa tecnologia foi desenvolvida posteriormente, após mais de uma década, por uma pessoa, ou grupo de pessoas, cujo pseudônimo ficou conhecido como Satoshi Nakamoto, criando, por meio desse aperfeiçoamento, a criptomoeda mais difundida mundialmente, o Bitcoin¹.

De modo geral, blockchain é uma espécie de tecnologia de registro de contabilidade distribuída, como um livro-razão. Trata-se de um sistema digital no qual os dados são registrados em vários locais concomitantemente, diferentemente dos bancos de dados tradicionais, pois não há um administrador central ou uma centralização no armazenamento de dados, automaticamente replicados em “blocos” ou “cadeias”. Assim, essa característica garantiria uma segurança maior, dado não ser possível excluir ou modificar informações na cadeia de dados armazenados².

Assim, embasa-se em uma arquitetura de computadores ou redes que compartilham arquivos de dados entre si, distribuindo tais dados de modo descentralizado, usando por meio programas ou algoritmos que auxiliem a gestão desses dados. O blockchain, dessa forma, uma vez que possui sua informação encriptada, torna-se um ambiente privado, não havendo como rastrear quem adicionou a informação na rede, mas somente verificar se tal adição é válida.

Principalmente associada a criptomoedas, devido à incapacidade de adulterar as transações e rastrear fragmentos de dados registrados, seus defensores alegam que isso torna essa tecnologia mais segura e protegida do que os sistemas mais tradicionais.

As plataformas de blockchain podem oferecer outras possibilidades, como contratos inteligentes ou smart contracts, implementados automaticamente, reduzindo o tempo envolvido e o risco de erros; para fins de armazenamento de registros médicos, para que pacientes possam ter certeza de que suas informações não sejam alteradas; eleições; ou utilizada para armazenar registros de propriedades.

O uso dessa tecnologia ignora a necessidade de um provedor financeiro, como um banco, reduzindo assim os custos em até 98%, um dos motivos pensados para sua aplicação na conhecida experiência dos refugiados sírios na região da Jordânia a partir do ano de 2017, quando a ONU passa a utilizar o chamado building blocks, em auxílio ao Programa Mundial de Alimentos - PMA por meio da utilização de tecnologias como o blockchain, inicialmente utilizado como forma de economia, com o objetivo de reduzir taxas e evitar tentativas de fraudes e corrupção³.

¹ LAMOUNIER, Lucas. *A história da tecnologia Blockchain*: conheça sua Timeline. 101Blockchains, 2018. Disponível em: <https://101blockchains.com/pt/historia-da-tecnologia-blockchain/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

² TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution*. São Paulo: SENAI-SP, 2016. p. 3-39.

³ THE NATIONAL FUTURE. *How blockchain technology has changed*

A versão atual do Building Blocks, utilizadas na Jordânia em relação aos refugiados sírios, é executada em uma versão privada ou autorizada do Ethereum, em que uma autoridade central decide quem pode participar. A vantagem desse sistema de permissão é a possibilidade de processamento das transações com mais rapidez e menor custo. A desvantagem refere-se a como o PMA controla quem entra na sua própria rede, também detém o poder de reescrever históricos de transações, o que pode causar certa instabilidade em relação à segurança⁴.

Graças às informações obtidas em tempo real, os atendentes de chamadas na central direcionada ao cliente podem executar tarefas como responder consultas, desbloquear contas e autorizar transações em poucos minutos, ao invés de semanas, dispensando-se o uso de cupons ou vales de papel. Informações tais como nome e data de nascimento não são visíveis para aqueles que acessam o sistema, apenas podendo visualizar o número de identificação de determinada pessoa e os benefícios aos quais têm direito.

Idealizado com base na necessidade de economizar gastos por meio do uso da Building Blocks, a organização passou da distribuição de produtos alimentícios para a transferência de dinheiro para pessoas que precisam adquirir alimentos. Essa abordagem tem por escopo alimentar mais pessoas, ao mesmo tempo que tenta melhorar as economias locais e aumentar a transparência.

Afinal, porque o direito internacional deve intervir, disciplinando o uso da tecnologia blockchain, a qual se mostra tão promissora e eficiente, cumprindo seu papel de ajuda às pessoas refugiadas?

Os objetivos essenciais deste artigo são: i) realçar os pontos de vantagens e desvantagens práticas do uso da tecnologia para fins de organização de refugiados, ou mesmo, futuramente, para conservação plena de dados que conservem elementos pessoais referentes à preservação de sua ancestralidade antropológica e cultura de origem; bem como ii) a necessidade da interpretação do

uso dessa tecnologia à luz do Direito Internacional dos Refugiados, devendo-se garantir os princípios do humanismo ético que permeia os direitos humanos mais básicos dessas pessoas, sendo necessária uma análise sistemática sobre os direitos conquistados a partir da Convenção de Genebra em 1951, conhecida como o “Estatuto dos refugiados”.

Muitos pontos devem ser levantados sobre as lacunas ainda existentes, de modo a garantir em plenitude a dignidade dessas pessoas com base no uso dessa tecnologia que, destaque-se primeiramente, utiliza todos os dados de um ser humano.

Isso porque a problemática se assenta em um paradoxo: se por um lado ela pode ser benéfica e promover direitos dos refugiados, por outro ainda restam dúvidas sobre quem lança e como são lançados esses dados, bem como quais os critérios de lançamento, levanta a possibilidade da utilização desses dados com fins enviesados para um controle exacerbado. E ainda que essa tecnologia seja considerada, em uma situação ideal, totalmente privada ou blindada de possíveis interferências externas, poderia ocasionar utilização para fins ilícitos, prejudicando os direitos dos refugiados, tal qual a inserção de informações fraudulentas para fins de entrada e permanência irregular, ou seja, sem preencher os requisitos legais de fato para a concessão de refúgio a pessoas que de fato dele necessitam.

Assim, considera-se o fenômeno tecnológico como um evento que deve não apenas ser analisado cientificamente, mas também refletido para que os direitos humanos sejam efetivados, essencialmente sobre populações hipervulneráveis, como é o caso dos refugiados, assim definidos pela Convenção de Genebra como toda pessoa que teme ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade ou opiniões políticas – elementos não apenas inerentes ao projeto de vida do indivíduo, mas à sua própria essência desde o início de sua existência – em seu próprio país de origem, que peça refúgio para outro país.

Com efeito, a justificativa da problemática e a preocupação central dos escopos da investigação é a efetividade do Direito Internacional dos Refugiados⁵, que procura não apenas reconhecer como garantir as necessidades existenciais mais básicas daqueles que se veem

the game for Syrian refugees in Jordan. Abu Dhabi, 2019. Disponível em: <https://www.thenational.ae/arts-culture/how-blockchain-technology-has-changed-the-game-for-syrian-refugees-in-jordan-1.932432>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴ JUSKALIAN, Russ. Inside the Jordan refugee camp that runs on blockchain. *Massachusetts*: Mit Technology Review, May/June. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610806/inside-the-jordan-refugee-camp-that-runs-on-blockchain/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁵ PIOVESAN, Flávia Cristina; OLSEN, Ana Carolina Lopes. Tolerância e refúgio: Um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. p. 218.

obrigados a deixar seu país por um grave e compreensível receio, com o direito de solicitar asilo, o que se tornou preocupação mundial após os intensos deslocamentos de pessoas provocados pelas grandes guerras mundiais. Estas não poderiam ser vistas eticamente como objetos, mas sim como sujeitos de direito.

Paradoxalmente, pontua-se como a tecnologia tem aptidão tanto para ampliar como para reduzir o conceito de pessoa, uma vez que a privacidade e a identidade se interligam na esfera digital, dado que a rede mundial de computadores passa a interagir com a biografia de um indivíduo, o que poderá fazê-lo em múltiplas versões, correndo-se o risco de perder-se a identidade para a rede de dados⁶.

Além disso, também se destaca a dúvida sobre ética da utilização dessa tecnologia, em relação à realização de experiências com refugiados, que merecem maior proteção dada sua condição de hipervulnerabilidade, uma vez que a coleta maciça de informações e de identificação por meios análogos à biometria tem sido historicamente grande problema para as pessoas em situação de migração.

Dessa forma, tais informações podem ser utilizadas para fins discriminatórios e violações às convenções e tratados internacionais, como por meio da utilização de seus dados para a formação de políticas “crimigratórias”, termo salientado por Santos e Brasil⁷, da utilização de dados obtidos por meio dessa tecnologia, a fim de justificar o endurecimento de políticas para desestimular possíveis entradas clandestinas, concedendo tratamento mais severo, aplicando exacerbada vigilância, interceptações, deportações e detenções, tendo como frágil argumento a segurança, transformando dificuldades estruturais em culpabilização de indivíduos.

Isso porque os Estados hospedeiros não raras vezes desconsideram as especificidades de cada povo, podendo causar, inclusive, uma erosão cultural⁸, ou mesmo

quando países hospedeiros têm seus níveis de tolerância e solidariedade são colocados à prova, abrindo espaço para racismo e discriminação⁹.

Esse contexto, portanto, faz com que se sugira uma disciplina específica para o uso dessa tecnologia aos refugiados no âmbito do direito internacional, não para suprimi-la, dado o seu grande potencial de utilização para uma série de benefícios inclusive para a promoção da vida digna dessas pessoas, por outro lado sempre com os limites estabelecidos.

Dessa forma, em relação à metodologia utilizada, justificam-se abaixo as abordagens, métodos e técnicas utilizadas para a consecução dos fins aos quais esse trabalho se propõe, utilizando-se alternadamente, as metodologias documentais de caráter teórico, bem como de bases empíricas.

Dividido em três partes, o presente artigo possui etapas metodológicas específicas, partindo-se da pesquisa predominantemente teórica, com elementos de empiria coletados essencialmente sobre o estudo de caso da experimentação do uso da tecnologia blockchain sobre os refugiados da Síria a partir do ano de 2017.

Na primeira parte da pesquisa, destaca-se a importância do uso da tecnologia blockchain pelo direito internacional, essencialmente quando da sua utilização em relação a populações hipervulneráveis, como é o caso dos refugiados. Com base em uma abordagem quantitativa, a natureza metodológica, neste primeiro momento, é básica de objetivo exploratório, dada a análise geral acerca da necessidade de discussão sobre aplicações e limites dessa tecnologia. Procedeu-se com o levantamento bibliográfico-documental, essencialmente confrontando os valores éticos do uso da tecnologia a serem considerados, em relação às possibilidades de aplicação sobre populações hipervulneráveis, como no caso dos refugiados, o que justifica um primeiro debate e disciplina por parte do direito internacional. A lógica que predomina neste primeiro momento é a hipotético-dedutiva, para a construção de hipóteses a serem consideradas pelo Direito Internacional.

Na segunda etapa ou parte da pesquisa, com enfoque maior na pesquisa empírica, essencialmente utilizou-se do procedimento do estudo de caso. Assentada em uma

⁶ RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 53-59.

⁷ SANTOS, Regina Cândido Lima e Silva; BRASIL, Deilton Ribeiro. O tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal e o princípio da não criminalização da mobilidade humana. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.17, n. 2, p. 337, 2020.

⁸ FIGUEIRA, Rickson Rios. Indigenous refugee and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expression related to traditional land and traditional native languages. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3., p. 447-448, 2020.

⁹ PIOVESAN, Flávia Cristina. OLSEN, Ana Carolina Lopes. Tolerância e refúgio: Um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. p. 221.

abordagem qualitativa, a pesquisa toma contornos de natureza aplicada e objetivos descritivos para que se possa realizar a análise crítica posterior, predominando a lógica indutiva nesta ocasião. Nessa ocasião, há uma observação fenomenológica interpretativista, com base na análise do caso observado, bem como na descrição, compreensão e interpretação dos fenômenos de aplicação do uso da tecnologia sob um olhar transdisciplinar e transversal. Descreve-se as variáveis e suas incidências com base na análise longitudinal do caso específico da experiência do uso blockchain pelos refugiados sírios da Jordânia.

A partir desse ponto, os dados serão submetidos à metanálise e, posteriormente, confrontados com a experiência do uso da tecnologia pela ONU na Jordânia em relação aos refugiados sírios. Nesse sentido, será aplicado o critério lógico de análise indutivo.

Desta forma, para que se possa ressaltar a tese central, apresenta-se o assim denominado “Direito Internacional dos Refugiados” como guia interpretativo, para a criação de guidelines relativa ao uso do blockchain a essas populações hipervulneráveis, como supressão da sobreposição da vulnerabilidade, retornando aos métodos de abordagem quantitativa de natureza aplicada, de objetivo prescritivo no sentido de sugerir uma interpretação específica à luz dos princípios normativos que permeiam os direitos dos refugiados para a garantia da efetivação de sua dignidade e de uma vida digna nesse momento de virada tecnológica do direito ocorrida mundialmente, respeitando-se as origens, cultura, idioma, liberdade e a garantia de todos os interesses juridicamente tutelados para que os refugiados possam retomar seus projetos de vida, já desviados por guerras ou outros motivos que os fizeram abruptamente requerer refúgio em outro país.

2 importância da disciplina do uso do blockchain pelo Direito Internacional: a particularidade sobre o direito dos refugiados.

Paralelamente ao fenômeno da globalização, o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas caracteriza um outro fenômeno mundial a ser observado com cuidado de descobrir suas estruturas existenciais bem como as entidades que lhes correspondam, de modo a

ganhar contornos de questionabilidade¹⁰ ao que se denomina de “tecnoglobalização”.

Conceitos como ética, justiça e dignidade são preceitos tradicionais universais, que não podem jamais ser superados, embora modificados em suas leituras ao longo das mudanças sociais e, hodiernamente, pelo desenvolvimento tecnológico.

Destarte, haverá sempre um espaço para questionamento das ações humanas, que ultrapassam o mero alcance dos resultados cogitados ou pretendidos. E, nas palavras de Rosas¹¹, “no âmbito do desenvolvimento tecnológico, observa-se um aparente distanciamento ético e humano, desde a concepção de uma ideia aos primeiros passos em direção à sua realização, “causado pela diminuição do contato direto entre as pessoas e pela facilidade de anonimização”, essencialmente pela criação de *frameworks* e realidades fictícias interativas ou mesmo pela ação da inteligência artificial, devendo-se sempre alertar a importância da ética e da dignidade dentro e fora do ambiente digital.

Na realidade, deve-se garantir que todas as vitórias sobre a humanização do direito conquistadas ao longo dos séculos não sofram certo grau de erosão quando parte da atenção dispensada ao sujeito de direito volta-se para o objeto, como no caso as tecnologias desenvolvidas nas últimas décadas.

A tecnologia enquanto fenômeno possui ritmo muito mais veloz do que a filosofia, a sociologia, o direito ou a política. Aquela possui um caráter muito mais cartesiano, radical, taxativo e final do que estas.

Destaque-se que, a tecnologia, de um modo geral, limita ajustes nas soluções de conflitos de acordo com expectativas sociais ou dos casos concretos, ou seja, a casuística. No ciberespaço são evidenciados o determinismo, a binariedade, a arquitetura de simplicidade e a privacidade como expressão de liberdade¹².

¹⁰ HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 1989. p. 53.

¹¹ ROSAS, Eduarda Chacon. Alcance resultados, mas não se esqueça dos propósitos: a dignidade, a ética e os elevados fins. In: MALDONALDO, Viviane Nóbrega; FEIGELSON, Bruno. *Advocacia 4.0*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 201.

¹² KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther. *The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law*. Cambridge: Cambridge Press University, 2002. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/6195520133A79D7A577B9AFCFC383BB3/S2071832200012153a.pdf/httpwwwcompanynamesuckscom_the_horizontal_effect_of_fundamental_rights_on_private_parties_

No artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH¹³, já se extraem muitos princípios essenciais, tais como liberdade, igualdade e dignidade. Muito além de uma carga axiológica, consagram valores e finalidades a serem realizadas.

Nesse sentido, nas palavras de Piovesan¹⁴, a concepção internacional dos direitos humanos contemporânea é aquela pela qual são eles uma “unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”. Necessariamente, deve-se ter em foco uma compreensão da sistemática internacional de proteção dos direitos humanos em relação ao exame de seus aparatos de proteção aos direitos humanos.

Dessa forma, trata-se de um direito cuja essência tem caráter protetivo, garantidor dos bens mais básicos à existência humana, marcado com uma lógica própria, voltado à proteção dos seres humanos, não do Estado ou demais pessoas jurídicas, as quais, muitas vezes, podem causar danos maiores que o próprio poder público, face ao agigantamento do poder privado da atualidade¹⁵. Não rege, portanto, a relação entre sujeitos em igualdade, mas sim em situação de vulnerabilidade, almejando diminuir os efeitos dos desequilíbrios das relações de poder e das disparidades delas originadas.

A lógica, assim utilizada, é de uma ética existencial, de caráter transcendente em sua essência, não sendo deduzido de uma lógica meramente cartesiana ou matemática, o que significa dizer que ainda que uma inovação disruptiva possa parecer, em um primeiro momento, operacional e, numericamente, efetiva em relação ao grau de eficiência da produção ou produtividade extraída das relações entabuladas, não poderá jamais violar o conteúdo dos direitos da personalidade humana, que lhe confere seu caráter existencial.

Assim, em um contexto tecnológico cuja velocidade se exceda à análise ética, sociológica e jurídica, há de

se preocupar com a realização das finalidades expressas nas normas do *caput* do artigo primeiro da DUDH. Isso porque as novas gerações estão já sendo tecno-alfabetizadas desde os primeiros meses de vida, bem como há um movimento de inserção quase que forçada dos mais velhos às novidades digitais. Conforme lembrado por Rosas¹⁶, “os reflexos individuais ou sociais dessas transformações ainda estão por serem completamente conhecidos e estão longe de serem adequadamente avaliados”.

A tendência da novidade é a ausência de tempo para imposição de limites, tendendo-se a observar a ocorrência de abusos, o que potencializa a possibilidade de conversão, com o tempo, em ilicitude¹⁷, devendo-se ter controle por parte os tribunais ou do legislador.

Compondo um enorme acervo de dados, o chamado *big data* na rede mundial de computadores, distribuídos em imensa velocidade como uma verdadeira torrente, corre-se o risco de perda da privacidade.

Nesse contexto, a tecnologia *blockchain* está, de mesma maneira, inserida nesse sistema torrencial de informações, inseridas em uma tecnologia que, como qualquer outra, em relação a seu uso, “pode gerar consequências imprevisíveis e incontroláveis”¹⁸, sendo que pode muitas vezes, após grande cuidado, ser necessária sua desativação ou reestruturação.

De acordo com Moore, desde o final da década de 1990, podem-se deduzir três características centrais, a saber: o uso da informação como recurso econômico; a difusão do uso da informação como setor próprio da economia; e o desenvolvimento da informação como um setor próprio da economia¹⁹.

Rodotà²⁰ destaca que a fragmentação da pessoa reduzida a dados pode ser tanto utilizada como mecanis-

within_autonomous_internet_law.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

¹³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75.

¹⁵ SANTANA, Agatha Gonçalves. *Os direitos fundamentais como limite ao poder privado*. (Dissertação de mestrado). Belém: UFPa, 2009. p. 12. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6750/1/Dissertacao_TutelaDireitosFundamentais.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

¹⁶ ROSAS, Eduarda Chacon. Alcance resultados, mas não se esqueça dos propósitos: a dignidade, a ética e os elevados fins. In: MALDONALDO, Viviane Nóbrega; FEIGELSON, Bruno. *Advocacia 4.0*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 211.

¹⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso de direito às relações existenciais. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 59.

¹⁸ MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla; VIOLA, Rafael. Novas perspectivas sobre ética e responsabilidade de inteligência artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência artificial e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 117.

¹⁹ MOORE, Nick. The information Society. In: UNESCO. *World information report 1997/1998*. Paris: Unesco, 2007. Cap. 20, p. 271.

²⁰ RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral*

mo de proteção como para atividades ilegais em relação à pessoa, essencialmente utilizando-se de seus dados biométricos, cuja base é a justamente a peculiaridade do usuário, como se tornasse o corpo uma própria senha.

Nesse novo ambiente virtual, dados pessoais ou dados sensíveis são facilmente teletransportados, essencialmente ao que hoje intitulam-se nuvens, formando-se o que se denomina “sombra de dados” ou *data shadow* – informações pessoais que pessoas diariamente deixam quando participam de atividades diárias via *online*, ao que se deve tomar todo o cuidado de não reduzir a pessoa a um número, uma matéria-prima, essencialmente quando esta precisa de privacidade e proteção de seus direitos de personalidade²¹.

Dessa forma, o uso dessa tecnologia não poderá passar despercebido pelo crivo das ciências sociais, do direito e suas finalidades de proteção ao ser humano, o qual não poderá ser reduzido em sua humanidade.

Isso porque, e relação a esse novo cenário de hiperconectividade na Era da *Internet das Coisas*, as inovações como a do *blockchain*, deverão ser pensadas de modo que os parâmetros que norteiem a sociedade cada vez mais moldada pela tecnologia possam atender aos fins sociais e humanos²².

Com essa preocupação, acerca das novas tecnologias, em 16 de fevereiro de 2017, o Parlamento Europeu editou resolução com recomendações da Corte Europeia acerca das regras aplicáveis sobre a robótica, realçando, dentre outras questões, acerca das “pessoas eletrônicas” ou “*e-persons*” e seus impactos sobre as pessoas naturais, sendo que, considerando um cenário de desconexão entre a ética e a tecnologia, a diretiva europeia afirma que a dignidade deverá ser o centro de uma nova ética digital²³.

de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, v. 5, n. 19, jul./set. 2004. p. 93.

²¹ SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: O espaço virtual e os impactos reais à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 347.

²² MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 24. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23898/A%20internet%20das%20coisas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2021.

²³ HÄUSER, Markus. *Do robots have rights?* The European Parliament addresses artificial intelligence and robotics. Lexology: CMS Germany. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8233438f-4ad0-432a-a27e-0018f41468f3>. Acesso em: 22 abr. 2021.

Para a diretora adjunta da *The Engine Room*, organização sem fins lucrativos que apoia a sociedade civil no avanço de missões por meio do uso estratégico, responsável por dados e tecnologia, Zara Rahman, especialista em tecnologia e poder, considerando-se raça e identidade²⁴, pode-se afirmar o caráter duvidoso em relação à ética, a respeito da realização de experiências com populações vulneráveis, uma vez que a coleta maciça de informações e de identificação catalogada por meios análogos ao da biometria tem sido historicamente um grande problema para as pessoas em situação de migração, tal como ocorrera na época do holocausto, ou na terrível limpeza étnica de Rohingya em Mianmar²⁵.

O direito internacional, desde suas bases iniciais, é reconhecido no direito ocidental tradicionalmente como um sistema dinâmico que visa disciplinar e regulamentar as atividades exteriores a atividade dos Estados, bem como das organizações internacionais e dos próprios indivíduos²⁶, e tem como objetivo regular a relação entre os interesses dos Estados e da sociedade global.

Importante destaque de Mazzuoli²⁷ é a necessária separação entre pertencer à sociedade internacional e ser sujeito de direito internacional. Dessa forma, mencionar atores internacionais é algo muito mais amplo do que sujeitos do direito internacional, preferindo-se aludir-se a atores internacionais, englobando Organizações Não Governamentais – ONGs, e outras entidades que não detêm personalidade jurídica, as quais participam de mesma forma ativamente da sociedade internacional.

Destaca-se o caráter descentralizado da ordem da sociedade mundial, organizada em caráter cooperativo pelo direito internacional em prol da paz e segurança internacional, respeitando-se a interdependência, devendo sempre gerir a questão de que é atingido por regulamentos, muitas vezes não jurídicos, alheios ao seu

²⁴ RAHMAN, Zara. About me now. *Blog Zababanet*. Disponível em: <https://zararah.net/about/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

²⁵ JUSKALIAN, Russ. Inside the Jordan refugee camp that runs on blockchain. *Massachusetts: Mit Technology Review*. May/June. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610806/inside-the-jordan-refugee-camp-that-runs-on-blockchain/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

²⁶ CARREAU, Dominique. *Droit International*. 8. ed. Paris: A. Pedone, 2004. p. 24-32.

²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

campo de atuação, que ao mesmo tempo deve interagir e discipliná-los, dentro do fenômeno da globalização²⁸.

Essa tendência de cooperação internacional, intensificada após a Segunda Guerra mundial, tendo em vista as atrocidades cometidas por Estados autoritários, transformou os direitos humanos de opções nacionais para uma responsabilidade internacional em prol da paz e segurança não apenas das nações, mas de toda a humanidade²⁹.

Na atualidade, segundo Mont'Alverne e Matos³⁰, “a globalização, com sua velocidade para a constituição de relações jurídicas, promove uma relativização espacial em que cada vez mais são realizadas atividades extraterritoriais, provocando uma internacionalização de todo o direito”.

Assim, os avanços tecnológicos e as suas promessas de melhoramentos na vida humana obrigatoriamente deverão vir pautadas de disciplinas e debates das formas de garantias que possam preservar sempre a dignidade da pessoa humana.

Para a realização de uma análise crítica necessária, justifica-se, dentro da próxima seção a pesquisa empírica, utilizando-se da pesquisa qualitativa, por meio da aplicação de métodos e técnicas com o objetivo de proporcionar uma análise mais aprofundada de processos ou relações sociais, no sentido de analisar uma maior quantidade de informações dentro dos fatos que permitam demonstrar seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações³¹.

Assim, utiliza-se do estudo de caso, conjugando-se métodos, com base na análise de um fenômeno ou grupo específico³². A experiência empírica apresentou

ao mundo um dos pioneiros usos experimentais da tecnologia *blockchain* para ajuda humanitária, aplicada aos refugiados sírios situados na Jordânia, a partir dos primeiros meses do ano de 2017.

3 A experiência do uso do *blockchain* pela ONU na Jordânia no caso dos refugiados sírios

O caso paradigmático da utilização do uso do *blockchain* sobre os refugiados sírios na região da Jordânia conduz aos elementos iniciais do debate relacionado à aplicação dessa tecnologia a essas populações hipervulneráveis, ou seja, que possuem vulnerabilidades sobrepostas. O caso em tela, dessa forma, viabiliza a construção dos pontos de partida para que se possa oferecer uma representação do fenômeno, em um contexto específico, com base nos dados e informações já fornecidos³³, em uma meta-análise.

A guerra civil Síria, também conhecida como Revolta síria ou Revolução síria, como ficou conhecida, foi iniciada em meados do ano de 2011, com base na ocorrência de uma série de protestos populares que progrediu para uma violenta revolta armada com o objetivo de destituir o então presidente Bashar al-Assad, para instauração de uma nova liderança democrática³⁴.

Nesse contexto, o governo passou a considerar publicamente os líderes dessa revolta como terroristas que visam desestabilizar o país. Em 2013, a situação foi agravada com a reivindicação de territórios da Síria por parte do Estado Islâmico, causando ainda mais violações de direitos dos civis, que se viram diante dos avanços desses grupos, sendo vilipendiados em seus direitos mais básicos.

Dada essa conjuntura, muitos civis procuraram refúgio em países de parte da Europa ou países mais próximos, como Líbano e Jordânia, ocasionando uma grande onda migratória, fugindo das atrocidades ocorridas em

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 59.

²⁹ TEIXEIRA, Carla Noura. *Por uma nova ordem internacional: Uma proposta de constituição mundial*. 2009, 306 f. Tese (doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 126-127.

³⁰ MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; MATOS, Ana Caroline Barbosa Pereira. Crônicas de Direito Internacional Público – A política australiana de refúgio e a decisão da suprema corte de Papua Nova Guiné: A ilegalidade do centro de detenção offshore. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017. p. 5

³¹ 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. 14.

³² 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. 15.

³³ MACHADO, Máira Rocha. Estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede Empírica de Estudos do Direito, 2017. p. 357

³⁴ ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *Syrian civil war*. Britannica, 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Syrian-Civil-War>. Acesso em: 26 abr. 2021.

seu país de origem, crimes de guerra e contra a humanidade perpetrados nas revoltas armadas, bem como da fome e da miséria que se agravavam perante a ocorrência de tais fatos.

A violência local ainda persiste, o enfrentamento entre tropas governamentais e os chamados *jihadistas*, termo comumente utilizado no ocidente para designar grupos muçulmanos que entendem ser a luta armada necessária para a implementação da *sharia*, a interpretação da lei muçulmana no sentido de organizar politicamente a sociedade de acordo com suas normas ainda ocasiona muitas ondas de violência e, conseqüentemente, intensifica a migração³⁵.

Dessa forma, muitos deixaram seus lares sem documentos, muitas vezes tão somente com as roupas as quais trajavam, viajando de forma arriscada em amontoados de pessoas transportadas em cargas terrestres ou navios em busca de refúgio em locais onde possam recomeçar suas vidas de um modo digno, ou mesmo simplesmente sobreviver, muitas vezes tendo pessoas mortas em suas famílias, porém longe de conflitos belicosos.

Nesse contexto, em meados de 2017, a Organização das Nações Unidas – ONU, lançou um programa de ajuda humanitária aplicado de modo experimental aos grupos de refugiados sírios que se situavam no território da Jordânia, utilizando de uma tecnologia disruptiva, com a finalidade não apenas de garantir a alimentação dessas pessoas, como também a segurança e a economia nas transações necessárias para obter tais alimentos, tendo sido elas colocadas à disposição para o uso dessa tecnologia.

Em junho de 2017, realizou-se evento de cúpula do ID2020, um consórcio público-privado firmado, dentre outros objetivos, o desenvolvimento de um protótipo de uma identidade legal para todos no planeta³⁶. A parceria, na ocasião, firmada com a Organização das Nações Unidas – ONU, teve como meta a promoção do objetivo 16 da agenda de Desenvolvimento Sustentável 2030, direcionado ao fornecimento de uma identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento³⁷.

³⁵ BBC. O que é o jihadismo? *News Brasil*. BBC, 2014. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141211_jihadismo_entenda_cc. Acesso em: 26 abr. 2021.

³⁶ ID2020. *We need to get digital ID right*. Disponível em: <https://id2020.org/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

³⁷ UNITED NATIONS. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. UN Platform, 2015. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transforming->

O evento ocorreu na sede da ONU, ocasião em que a Accenture e a Microsoft uniram-se com o escopo de desenvolver um protótipo de rede de identificação digital utilizando-se de tecnologia conhecida usualmente como *blockchain*, como parte de um projeto para fornecer, em escala mundial, identificação legal a 1,1 bilhão de pessoas as quais não possuam seus documentos oficiais, com o objetivo essencial de auxiliar refugiados a buscarem os serviços mais básicos como educação, saúde e alimentação³⁸.

Assim, o projeto teve como ponto de partida a premissa de que a identidade, nesse sentido, é um direito humano básico. O modelo estudado foi desenvolvido sobre uma plataforma de propriedade da Accenture, encarregada de alimentar o sistema de gerenciamento de identidade através de dados biométricos a serem colhidos dos refugiados³⁹.

A partir desse protótipo, Houman Haddad, chefe de tecnologias emergentes do Plano Mundial de Alimentos – PMA, idealizou a utilização dessa ferramenta tecnológica como um sistema de transferência de renda, sendo então lançado, em 2017, o maior projeto piloto do uso do *blockchain* sobre o setor humanitário. Ao final do ano de 2019, o projeto chegou a atender 110.000 pessoas nos campos de refugiados sírios de Azraq e Zaatari, na Jordânia⁴⁰, em parceria com a *Parity Technologies* e a *Baltic Data Science*, com base no *Ethereum* – uma forma de criptomoeda digital, para sua atual infraestrutura financeira baseada nessa tecnologia⁴¹.

Destaca-se que, inicialmente, a tecnologia fora antes testada no Paquistão. A forma com que foi utilizada, fez

ourworld. Acesso em: 22 abr. 2021.

³⁸ IRRERA, Anna. Accenture, Microsoft team up on blockchain-based digital ID network. *Technology News*: Reuters, 2017. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-microsoft-accenture-digitalid/accenture-microsoft-team-up-on-blockchain-based-digital-id-network-idUSKBN19A22B>. Acesso em: 22 abr. 2021.

³⁹ IRRERA, Anna. Accenture, Microsoft team up on blockchain-based digital ID network. *Technology News*: Reuters, 2017. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-microsoft-accenture-digitalid/accenture-microsoft-team-up-on-blockchain-based-digital-id-network-idUSKBN19A22B>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴⁰ THE NATIONAL FUTURE. *How blockchain technology has changed the game for Syrian refugees in Jordan*. Abu Dhabi, 2019. Disponível em: <https://www.thenational.ae/arts-culture/how-blockchain-technology-has-changed-the-game-for-syrian-refugees-in-jordan-1.932432>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴¹ JI-HYOUNG, Son. Tech disruption plays out in WFP humanitarian initiative. *Seoul*: The Investor, 2019. Disponível em: <http://www.theinvestor.co.kr/view.php?ud=20190905000902>. Acesso em: 22 abr. 2021.

com que as transações realizadas com essa tecnologia fossem lentas e com taxas muito altas. Haddad decidiu que um dos problemas era que o sistema foi construído no *blockchain* em uma versão pública, em que qualquer pessoa poderá utilizar a rede e validar transações. Dessa forma, ainda que haja dificuldade em adulteração ou falsificação das transações, as taxas se acumulavam e se tornavam mais altas⁴².

Por outro lado, também introduz um ponto notável de ineficiência: trabalhar com bancos locais ou regionais. Para o PMA, que transferiu mais de US\$ 1,3 bilhão em tais benefícios no ano de 2017 (cerca de 30% de sua ajuda total), as transações e outras taxas são dinheiro que poderia ter sido gasto em milhões de refeições⁴³.

Por meio de uso de máquinas para escanear a íris de refugiados cadastrados, confirma-se sua identidade em um banco de dados tradicional das Nações Unidas, consulta-se uma conta da família mantida em uma variante do chamado *blockchain Ethereum* pelo Programa Mundial de Alimentos – PMA, e assim o refugiado poderá pagar suas contas para se alimentar sem a necessidade da utilização de dinheiro, ao mesmo tempo em que se obtém uma visão em tempo real das transações⁴⁴.

Dessa forma, essa ajuda aos refugiados da Síria seria distribuída como algo análogo a um *voucher* de criptomoedas que podem ser utilizados em mercados aderentes, permitindo assim um maior controle de gastos e a detecção de possíveis fraudes.

O programa, conhecido como *Building Blocks*, passou a auxiliar a distribuição de ajudas para mais de 100.000 refugiados sírios na Jordânia. Até o final do ano de 2018, cobriu todos os 500 mil refugiados no país. Acaso bem sucedido, o projeto almeja acelerar a aderência ao uso das tecnologias disruptivas do *blockchain* nas agências da

ONU e mesmo em outros casos de refugiados ao longo do mundo⁴⁵.

O programa iniciou a concessão de acesso direto a quantias em dinheiro aos titulares de contas, prevenendo-se, no futuro, um conceito de “carteira múltipla”, segundo o qual as pessoas poderiam usar o sistema para pagar por outros bens, como educação, histórico de viagens e saúde, almejando expandir sua incidência em outros grupos de refugiados, como os que migraram para Bangladesh e Palestina⁴⁶.

Destarte, imagina-se que o refugiado possa portar consigo, posteriormente, uma forma de “carteira digital” de seus dados e metadados, podendo ser armazenada até mesmo em um telefone celular preenchida com o histórico de transações do acampamento em que se encontra, bem como a identificação do governo e o acesso a contas financeiras, ligados por meio de um sistema de identidade baseado em tecnologia *blockchain*.

Com base nessa perspectiva, o formato desses dados seria criptografado dentro dos *smartphones* dos refugiados, podendo recuperar os dados de identidades perdidas quando necessitaram abandonar suas casas em sua terra natal, o que facilitaria comprovação futura sobre sua educação, vacinas ou outros dados em uma eventual mudança de país, facilitando sua permanência de modo legalizado⁴⁷.

Nesse contexto, o refugiado poderia entrar com mais facilidade na economia mundial, possuindo um local para um possível empregador depositar pagamentos, ou para um banco visualizar seu histórico de crédito e até mesmo para um agente imigração verificar sua identidade, devidamente atestado pela ONU e pelo governo jordaniano⁴⁸.

⁴² JUSKALIAN, Russ. Inside the Jordan refugee camp that runs on blockchain. *Massachusetts: Mit Technology Review*, May/June. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610806/inside-the-jordan-refugee-camp-that-runs-on-blockchain/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴³ JUSKALIAN, Russ. Inside the Jordan refugee camp that runs on blockchain. *Massachusetts: Mit Technology Review*, May/June. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610806/inside-the-jordan-refugee-camp-that-runs-on-blockchain/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴⁴ JUSKALIAN, Russ. Inside the Jordan refugee camp that runs on blockchain. *Massachusetts: Mit Technology Review*, May/June. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610806/inside-the-jordan-refugee-camp-that-runs-on-blockchain/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴⁵ JUSKALIAN, Russ. Inside the Jordan refugee camp that runs on blockchain. *Massachusetts: Mit Technology Review*, May/June. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610806/inside-the-jordan-refugee-camp-that-runs-on-blockchain/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴⁶ THE NATIONAL FUTURE. *How blockchain technology has changed the game for Syrian refugees in Jordan*. Abu Dhabi, 2019. Disponível em: <https://www.thenational.ae/arts-culture/how-blockchain-technology-has-changed-the-game-for-syrian-refugees-in-jordan-1.932432>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴⁷ JUSKALIAN, Russ. Inside the Jordan refugee camp that runs on blockchain. *Massachusetts: Mit Technology Review*, May/June. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610806/inside-the-jordan-refugee-camp-that-runs-on-blockchain/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴⁸ JUSKALIAN, Russ. Inside the Jordan refugee camp that runs on blockchain. *Massachusetts: Mit Technology Review*, May/June. 2018.

Para os entusiastas do uso dessa tecnologia, haveria benefícios tanto aos refugiados como para as nações anfitriãs, uma vez que essa experiência poderá ser desenvolvida até chegar-se ao denominado “passaporte global”, evitando-se inclusive a possibilidade de migração de fugitivos criminosos de guerra ou uma burocratização excessiva daqueles que necessitariam dos serviços mais básicos para uma vida digna. Isso auxiliaria no problema da governança na política de imigração⁴⁹.

Não obstante, com base nesses dados qualitativos do estudo do caso, deve-se buscar a análise das variáveis possíveis, considerando-se o objetivo central de compreender as relações envolvidas a respeito da observação de sua evolução, almejando-se a generalização do substrato⁵⁰, em busca posterior da teorização em prol da proteção da pessoa humana em sua dignidade de modo integral.

Mas as expectativas do *Building Blocks* são grandes por parte dos idealizadores do projeto, sendo uma das várias maneiras pelas quais o *blockchain* pode ser usado no setor. O Conselho Norueguês para os Refugiados analisa que a tecnologia oferece uma abordagem revolucionária ao propor confiança na plataforma e não entre as pessoas, ao mesmo tempo em que fornece freios e contrapesos no sistema. Não obstante, nenhum dos projetos humanitários da atualidade são sistemas perfeitos devido à persistente necessidade de ainda se utilizar de procedimentos em papel para fins de verificação e auditoria. Um grande desafio apontado, nesse sentido, seria a funcionalidade *offline* em locais sem conexão com a rede mundial de computadores, como é a realidade de muitos campos de refugiados.⁵¹

Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610806/inside-the-jordan-refugee-camp-that-runs-on-blockchain/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴⁹ O'NEAL, Stephen. *DLT in Migration Policy: How Blockchain Can Help Both Refugees and Host Nations*. Cointelegraph, 2018. Disponível em: https://cointelegraph.com/news/dlt-in-migration-policy-how-blockchain-can-help-both-refugees-and-host-nations?_ga=2.157462527.436306420.1587005638-1708324271.1584115364. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁵⁰ GÜNTHER, Hartmut. Pesquisa qualitativa versus pesquisa quantitativa: Esta é a questão? *Psicologia: Teoria e pesquisa*. Brasília: Unb, v. 22, n. 2, maio/ago. 2006. p. 201-205.

⁵¹ THE NATIONAL FUTURE. *How blockchain technology has changed the game for Syrian refugees in Jordan*. Abu Dhabi, 2019. Disponível em: <https://www.thenational.ae/arts-culture/how-blockchain-technology-has-changed-the-game-for-syrian-refugees-in-jordan-1.932432>. Acesso em: 22 abr. 2021.

Outro grande desafio levantado foi a detecção de material ilícito inserido em *bitcoins*, o maior usuário da tecnologia do *blockchain*, vinculando-o à chamada *dark web*⁵², uma forma de acesso à rede mundial de computadores destinada ao anonimato, possui um vasto conteúdo considerado ilegal por diversos países, vinculada ao mercado de drogas, armas, *hacking* entre outras atividades contrárias ao Direito⁵³.

Da mesma forma que demonstrou abertura para a prática de atos ilícitos dentro do uso dessa ferramenta, poderia ocorrer com a utilização de dados de refugiados, que já se encontram em uma situação de hipervulnerabilidade.

O fator preocupante é que, ainda que muito dificilmente invadida, a tecnologia do *blockchain* não é de todo segura, havendo risco de invasão, roubo de identidade, fraude, cyberclones, além da necessidade de aceitação de quem possua a tecnologia, podendo ocasionar uso indevido dos dados sensíveis do refugiado para fins ilícitos.

De toda sorte, apresentou-se ao mundo um novo modelo de negócios em que o pagamento é realizado em troca da privacidade dos dados mais sensíveis de um ser humano, sendo esses dados a condição de uso ou mesmo a própria moeda de troca, sendo inerente a sua própria natureza.

Apropriando-se da crítica à tecnologia de Tapscott⁵⁴, enumeram-se muitos obstáculos a serem superados, como o fato de o valor equivalente a dinheiro não poder ser cedido mais de uma vez, como ocorreria com outros bens de informação ou propriedade intelectual, tal qual uma fotografia. Além disso, muitas vezes os poderes centrais de governo se sobrepõem à questão da coleta de informações, que estão além de meros dados econômicos, podendo não configurar um controle financeiro, mas sim de dados pessoais.

⁵² THE NATIONAL FUTURE. *How blockchain technology has changed the game for Syrian refugees in Jordan*. Abu Dhabi, 2019. Disponível em: <https://www.thenational.ae/arts-culture/how-blockchain-technology-has-changed-the-game-for-syrian-refugees-in-jordan-1.932432>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁵³ BARBOSA, Daniel Cunha. *Os mistérios da Dark Web*. descubra o que essa rede tem a oferecer e por que pode ser tão perigosa. São Paulo: Eset Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.welivesecurity.com/br/2019/05/17/os-misterios-da-dark-web-descubra-o-que-essa-rede-tem-a-oferecer-e-por-que-pode-ser-tao-perigosa/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁵⁴ TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution*. São Paulo: SENAI-SP, 2016. p. 3-39.

Dessa forma, a informação emerge não apenas como uma classe de produto, sujeita a novas transações comerciais, como também sua apropriação ilícita⁵⁵ ou contrária a ética e aos direitos humanos, devendo ser disciplinada pelo direito, considerando-se não apenas os aspectos da grande disruptura que provocou nos modos de realizar negócios ou gerir informações pessoais, ou pela questão do grande gasto de energia e poder computacional que demanda, o que demandaria um alto custo de capital inicial, mas sim o debate sobre a natureza e finalidade desse objeto, para que se possa ser disciplinado como bem jurídico tutelado, de modo a cumprir os interesses que envolvem e permeiam os direitos humanos, essencialmente no que tange à ética da utilização das informações sobre direitos de personalidade, bem como à segurança jurídica.

Outro problema a ser ponderado é o fato da confirmação das informações fornecidas pelos refugiados, quando da situação de não haverem como comprovar quem são ou seus dados mais básicos, enfrentando-se assim o risco de registro de falsidade ideológica.

Os pontos acima analisados devem ser considerados e discutidos como fatos jurídicos, capazes de gerar reconhecimento e disciplina pelo direito internacional, de maneira a garantir a efetividade, finalidade e a promoção dos direitos humanos, essencialmente no caso de refugiados, que se encontram em posição de vulnerabilidade e poderão enfrentar sérios problemas em outros países, como a xenofobia ou alguma forma de controle invasivo e excludente, a partir da posse de seus dados.

Isso porque devem-se considerar os riscos originados do uso da tecnologia essencialmente face à ausência de *guidelines*, ou linhas gerais a serem seguidas para utilização do *blockchain* em relação à organização ou tentativa de facilitação dos direitos dos refugiados, salientando que quando da aplicação de recursos tecnológicos, há de se ter ciência de quem será o provedor, quem mantém, como é o sigilo, como é o respeito aos direitos fundamentais expostas a isso, como cumprir os princípios básicos dos direitos dos refugiados. São pontuações que devem ser obrigatoriamente satisfeitas para que se possa pensar e uma principiologia fortalecida e protegida.

De fato, apesar dos riscos, há possibilidades a serem cogitadas acerca dos aspectos positivos do uso do

blockchain para além do PMA, mas como reflexões sobre a oferta de efetiva proteção a refugiados de outras ocasiões, como o importante tema da proteção dos refugiados indígenas, de modo a ser uma forma de salvaguardar suas especificidades culturais e as derivadas de suas terras tradicionais⁵⁶.

Assim, poder-se-ia aplicar essa tecnologia como forma a salvaguardar a identidade cultural no processo de perda do elo com sua cultura logo que são forçados a sair de seu país de origem, em uma situação de perda, de choque, de ruptura. O *blockchain* poderia assim ser uma forma de guardar a cultura e ancestralidade dessa pessoa para protegê-la e defendê-la dentro de suas origens.

Dessa forma, poderia-se salvaguardar a tutela da pessoa humana, evitando-se danos à sua existência e aos seus projetos de vida, já que, quando forçada a uma adaptação cultural por não ter outra opção, muitas vezes lhe é usurpada a viabilidade de condições de realizar sua própria cultura e acabar por evitar erosões, já que até mesmo a alimentação é uma questão cultural⁵⁷.

A tecnologia pode trazer grandes vantagens assim como grandes riscos – justificando-se assim a necessidade da criação de padrões de conduta – *guidelines* dentro do direito internacional, mais especificadamente direcionado a essas populações que se encontram em situação de sobreposição de vulnerabilidades, ou seja, em hipervulnerabilidade.

4 O direito internacional dos refugiados como baliza interpretativa formadora de guidelines para o uso do blockchain

A proteção dos direitos humanos, possui fortes bases filosóficas, essencialmente de matriz kantiana. Face ao Estado, desta forma, compõe-se a temática de sua justificativa política, buscando-se proteger o ser huma-

⁵⁵ DELL. *Underground hacker markets*. Secure Words. Round Rock: Dell, 2014. p. 5

⁵⁶ FIGUEIRA, Rickson Rios. Indigenous refugee and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expression related to traditional land and traditional native languages. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, 2020. p. 441.

⁵⁷ FIGUEIRA, Rickson Rios. Indigenous refugee and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expression related to traditional land and traditional native languages. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, 2020. p. 448.

no da violação de seus direitos mais básicos, evitando, assim, a repetição das atrocidades ocorridas ao longo da história mundial. Essa proteção é atemporal, devendo ser sempre adequada e reinterpretada à luz dos novos riscos.

Com efeito, não apenas as situações de guerra como o contínuo desenvolvimento da sociedade que paulatinamente aumenta seus riscos por atividade predatórias de pessoas de direito público e privado, na exploração das formas de energia, mídias, meios de informação, a industrialização, a padronização de comportamentos e de estilos de vida e atribuição desses próprios métodos de exploração predatória a todo e qualquer empreendimento fizeram com que a pessoa fosse usurpada de sua natureza humana e de sua existência, como se torne totalmente dependente das novas necessidades a ele impostas⁵⁸.

A criação da Organização das Nações Unidas – ONU em 1945, organização intergovernamental de caráter universal e representativa da comunidade internacional, foi direcionada para atuar na manutenção da segurança e da paz internacionais, desenvolver relações amistosas entre os Estados, bem como fomentar a cooperação entre povos, especialmente na sistematização e efetivação dos direitos humanos, além de funcionar como centro harmonizador das ações internacionais, promovendo a internacionalização dos direitos humanos, protegidos mesmo que em situação de ausência de guerras internacionais.

O refúgio, como um dos braços de tutela do direito internacional dos direitos humanos⁵⁹ não trata de um ato discricionário do Estado concessor, pois o reconhecimento do *status* de refugiado está vinculado a diplomas e hipóteses legais bem definidos, regulados pelas normas internacionais, que reconhecem esse direito como inerente ao ser humano.

O refugiado não se confunde com o migrante nem com o estrangeiro residente, possuindo assim fundamento de proteção próprio e normas próprias para sua tutela, corporificado pelo complexo sistema de proteção internacional, não se limitando à Convenção de Genebra, de 1951.

Esse instituto, enquanto estrutura normativa complexa composta por uma pluralidade de normas e modelos jurídicos subordinados a exigências comuns de ordens e princípios superiores, surge no início do século XX, sob o amparo da Liga das Nações, ante a um grande contingente de pessoas perseguidas durante a e após a Segunda Guerra Mundial, tornando inviável a qualificação individual pelo instituto do asilo, demandando-se uma qualificação coletiva que assegurasse proteção internacional dentro de padrões mínimos a serem resguardados, tendo os Estados a faculdade de aumentar o rol de proteção e de hipóteses para o reconhecimento do status de refugiado⁶⁰. Nesse sentido,

a proteção internacional dos refugiados se opera mediante uma estrutura de direitos individuais e responsabilidade estatal que deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte dos princípios de proteção dos refugiados e ao mesmo tempo complementa tal proteção⁶¹.

Conforme Jubilut⁶², Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados apresentam o mesmo objeto - a proteção da pessoa humana na ordem internacional; mesmo método - as regras internacionais assecuratórias; mesmos sujeitos - o ser humano como beneficiário e o Estado como destinatário e obrigado principal do cumprimento das normas; mesmos princípios e finalidades - a dignidade da pessoa humana, a garantia do respeito a esta; e a garantia da não-discriminação, diferindo-se apenas no conteúdo de suas regras, em função de seu âmbito de aplicação.

Sendo uma vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a proteção dos refugiados, base do que se convencionou denominar de “Direito Internacional dos Refugiados” também padece de fundamentos filosóficos consensuais, residindo a força de sua justificativa em bases menos palpáveis, como a filosofia, a moral e a ética, o que, de certo modo, enfraquece a sua efetivação. Assim, por essa razão, foi reconhecida a ne-

⁵⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 111

⁵⁹ JUBILUT, Liliana Lyra *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. p. 42-43.

⁶⁰ JUBILUT, Liliana Lyra *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. p. 43-45.

⁶¹ PIOVESAN, F. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ALMEIDA, G. A. e ARAÚJO, N. *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37.

⁶² JUBILUT, Liliana Lyra *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. p. 60.

cessidade de criação e positivação internacional de um instituto assecuratório específico da proteção a pessoas perseguidas em função de suas liberdades fundamentais, tendo como grande desafio a sua efetivação, a qual depende dos Estados em sua soberania⁶³.

Essa principiologia extraída do Direito Internacional dos Refugiados pauta-se no Princípio da Solidariedade direcionado a um acolhimento e soluções duradouras para aqueles que foram forçados a se deslocar, com condições civis e de cidadania que permita sua locomoção e tentativa de continuidade de seu projeto de vida, acaso possível, ou de um novo projeto, garantindo-se seus interesses existenciais para que possam suprir suas necessidades mais básicas e escolhas em sua história dentro de uma vida digna.

A solidariedade, antes de ser um princípio, é um dos sentimentos encontrados há mais tempo na raça humana, constituindo um dos valores maiores para a construção dos direitos humanos, uma vez que sem ela não há reconhecimento do estado de pessoa e, consequentemente, dos próprios direitos humanos. Sob esse prisma, trata-se do mais profundo fundamento filosófico da concessão de refúgio, uma vez que a proteção do ser humano é de responsabilidade de todos⁶⁴.

Tal solidariedade é justificada dado que o refugiado se encontra em situação de sobreposição de sua vulnerabilidade. A situação de não ter escolha e ter de deixar o próprio país, considerando-se que um grande temor já faz com que a pessoa esteja vulnerável, muitas vezes sem a documentação completa, limitando a possibilidade de abrir e manter contas bancárias, matricular-se em cursos ou matricular seus filhos para exercício do direito à educação.

Muitas vezes, enquanto aguardam a análise dos atributos políticos da condição de refugiados, tendo seu direito de circular restringido, são direcionados a abrigos mantidos por entidades governamentais; e caso sintam-se sem condições de ali permanecer, procuram abrigo em locais vagos ou abandonados ou mesmo vagam em ruas de cidade, expostos a situação de alto risco, e às

vezes acabam ignorados pela sociedade, em um quadro de vulnerabilidades invisíveis⁶⁵.

Isso se deve ao fato de que, muitas vezes, o aumento do tempo de espera pelo reconhecimento ao refúgio nos campos de refugiados materializa um processo de segregação e mesmo exclusão social.

De fato, o refúgio não concede um *status* permanente, mas sim móvel em uma solução duradoura, podendo ser o retorno ao seu país quando da cessação do temor que causou seu pedido de concessão de refúgio, ou mesmo direcionamento para países de acolhimento.

Nesse sentido, o *blockchain* poderia facilitar e mesmo acelerar a conferência dos requisitos legais para concessão do refúgio e regularização da permanência, viabilizando o exercício dos direitos civis mais básicos como saúde, educação, trabalho e mesmo evitar captação de refugiados para fins de tráfico humano, dado que o “passaporte” para os dados pessoais seriam seus dados biométricos.

Pontua-se que não há um padrão que crie uma rotina ou um procedimento determinado acerca de como os países que acolhem deverão proceder, não havendo um sistema próprio que uniformize, por exemplo, a concessão da documentação necessária para o exercício dos direitos inerentes ao refugiado.

Em geral, os países de acolhida buscados pelos que buscam refúgio são os que já têm referência em direitos humanos, ou seja, que ao menos tenham assinado e ratificado as convenções das nações unidas sobre os Direitos dos Refugiados.

Contudo, ainda assim podem ocorrer desvios, como no caso das medidas australianas denominadas “Solução do Pacífico” em 2012, na ocasião em que o país transferiu seus centros de detenção para fora de seu território, não submetidos às leis australianas, e, por meio de um memorando de entendimento com a Papua Nova-Guiné, enviou os solicitantes de refúgio para centros de detenção na Ilha Manus, em troca de vantagens econômicas⁶⁶.

⁶³ JUBILUT, Lílana Lyra *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. p. 62-64.

⁶⁴ JUBILUT, Lílana Lyra *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. p. 67-69.

⁶⁵ FIGUEIRA, Rickson Rios. Indigenous refugee and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expression related to traditional land and traditional native languages. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, 2020. p. 451-454.

⁶⁶ MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frola; MATOS, Ana Caroline Barbosa Pereira. Crônicas de Direito Internacional Público – A política australiana de refúgio e a decisão da suprema corte de Papua

Em publicação do mesmo ano, do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, foram expedidas diretrizes para a detenção de solicitantes de refúgio, em respeito à liberdade de ir e vir e segurança do refugiado, que não pode sofrer com uma detenção arbitrária, sem o devido processo legal e ainda que assim o seja, as condições devem ser humanas e dignas⁶⁷.

Outro exemplo ocorrera no ano de 2016, a respeito de um acordo travado entre União Europeia e Turquia, em que todos os migrantes que fugiam da guerra síria, não ainda oficialmente refugiados, acaso fossem considerados irregulares, quando do desembarque em solo grego, seriam devolvidos ao território turco⁶⁸.

Os Estados-Nações, quando assinam as convenções internacionais como no caso das normas de proteção aos refugiados, convenciam adequarem seus contornos jurídicos ao direito internacional, limitando sua soberania⁶⁹ dentro de um modelo cooperativo, em prol do recrudescimento de políticas humanistas.

Isso porque o Direito Internacional pauta-se na diversidade e no pluralismo, com base na tolerância e na alteridade, fundamentos do Princípio do *non refoulement* – “não devolução” aos seus países de origem sem que seja justificado por um grave e justo motivo, ou mesmo a cessação do risco para o solicitante. Esse princípio é, de acordo com Piovesan, a “pedra angular do direito dos refugiados”⁷⁰.

Com a possibilidade de inserção de dados indevidos, acaso não haja certeza acerca de quem será o hospedeiro desses dados, e, essencialmente, quem terá a responsabilidade pelo sigilo e segurança destes, correm-se sérios riscos essencialmente quando se tenha um Estado tendencioso a não receber refugiados. Exemplificati-

vamente, acaso um algarítimo, programa que utiliza de inteligência artificial para realizar tarefas programadas com ou sem supervisão humana, verificasse nos dados de um refugiado, este já fora vizinho de uma pessoa procurada por atos de terrorismo, poderia aplicar uma lógica enviesada entendendo que aquele que requer refúgio também o seria, negando-lhe seu direito, ao mesmo tempo reforçando o discurso de proteger o território do terrorismo, como não raro se observou como justificativa para negar refúgio.

Da mesma forma, outra elocubração seria acerca do controle de refugiados em períodos de calamidade mundial, tal qual ocorreu a partir da pandemia do COVID19, em que não se poderia jamais pensar no uso da tecnologia para prejudicar refugiados, em um período em que deveria ser observada a efetivação da solidariedade.

Destaca-se que a ideia central é a inserção da própria noção de tolerância como fundamento do Direito Internacional dos Refugiados e mesmo de todos os direitos humanos, enxergando-se o ser humano como uma pessoa histórica e concreta, pondo-se o ser humano como fonte de todos os sistemas jurídicos⁷¹.

O Direito Internacional dos Refugiados deve ser interpretado em consonância com o direito internacional dos direitos humanos, uma vez que a proteção da pessoa humana é devida antes mesmo da condição de refugiado⁷².

Muito se avançou no que tange aos direitos humanos dos refugiados, não obstante diversas denúncias de violações apontam lacunas nos arranjos políticos-administrativos internacionais ou mesmo problemas que devem ser enfrentados pelos países receptores, o que desafia a sinceridade dos valores do país hospedeiro, parecendo meramente uma tolerância condicionada, já que, com estranhamento pelo diferente, ou mesmo mede de perda do mercado de trabalho, gerando uma divisão e um comportamento de não pertencimento por parte da população, provocando indireta e consequentemente, atitudes reprováveis de racismo e xenofobia, em um discurso ideológico entre o bem e o mal⁷³.

Nova Guiné: A ilegalidade do centro de detenção offshore. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017. p. 4.

⁶⁷ ACNUR. *Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção*. Genebra: ACNUR, 2012. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=53d602884> Acesso em 29 abr. 2021.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia Cristina; OLSEN, Ana Carolina Lopes. Tolerância e refúgio: Um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. p. 221.

⁶⁹ TEIXEIRA, Carla Noura. *Por uma nova ordem internacional: Uma proposta de constituição mundial*. 2009, 306 f. Tese (doutorado). Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 104.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia Cristina; OLSEN, Ana Carolina Lopes. Tolerância e refúgio: Um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. p. 216.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia Cristina; OLSEN, Ana Carolina Lopes. Tolerância e refúgio: Um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. p. 218.

⁷² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1. p. 270-271.

⁷³ PIOVESAN, Flávia Cristina; OLSEN, Ana Carolina Lopes. Tol-

Não obstante, a tolerância incondicionada pudesse, de mesmo modo, ser prejudicial, por configurar uma forma de dominação ou mesmo indiferença diante da inevitabilidade do convívio, acarretando exclusão social, dado que não promoveria o diálogo ou a compreensão do outro⁷⁴.

Nesse sentido, poder-se-ia cogitar a viabilidade do *blockchain* como forma de, a partir dos dados pessoais inerentes à pessoa do refugiado, reaproximá-lo de suas origens, não apenas em relação ao espaço, mas em relação a ideologias, política, etnia, religião ou cultura⁷⁵, uma vez que a rede mundial de computadores viabiliza esse extravasamento de fronteiras ao menos de maneira virtual.

Essa reaproximação não deve colidir jamais com a defesa dos direitos humanos, não se admitindo a possibilidade de condicionamento, em prol de uma máxima tolerância para com a figura do outro, não podendo acarretar na violação dos direitos ou devolução diante de entrada irregular, devendo-se direcionar sua interpretação para uma prática de inclusão e respeito como guias mestras, ou *guidelines* para a aplicação da tecnologia, retirando seu máximo proveito em função de garantir uma melhoria na qualidade da vida humana.

Ainda que haja a aceitação da pessoa do refugiado, muitas vezes este não terá outra opção melhor senão aceitar ceder seus dados biométricos, dentre outros, ainda existindo a hipótese de este modificar sua forma física fenotípica, a qual não é mais reconhecida pela tecnologia de reconhecimento, ou desenvolver problemas em suas retinas, inviabilizando a utilização de todos os outros dados que tenha fornecido, por questão de não haver a certeza de outros meios alternativos de resgate das informações codificadas com base naquele dado.

O objetivo dessas *guidelines* deve se direcionar essencialmente à atribuição do poder de gerir e garantir a segurança desses dados, estabelecendo critérios exatos de como tais dados são gravados, de que forma são armazenados, no sentido de firmar um verdadeiro sistema de responsabilidade internacional dentro dos Estados que irão se utilizar dos dados fornecidos pelo *blockchain*,

ainda que com supervisão da ONU e outros órgãos internacionais.

A responsabilidade é o sistema de justiça que garante a razoabilidade e proporcionalidade de um ordenamento, sistema ou microsistema jurídico, inserindo os Estados subscritores das normas internacionais em uma nova ordem de soberania em que prevalecesse a responsabilidade. E, conforme salientado na Conferência de Direitos Humanos de 1993, a verdadeira solidariedade é compartilhar responsabilidades⁷⁶ - Sob essa óptica poderia-se pensar o uso do *blockchain*, de modo a sempre se pensar nos mecanismos de proteção dos direitos dos refugiados enquanto seres humanos.

4 Considerações finais

A tecnologia blockchain, iniciada como um modelo revolucionário não apenas de armazenamento de informações criptografadas e inalteráveis dentro de uma cadeia lógica de informações, foi empiricamente testada em meados do ano de 2017 como parte de um projeto inicial da ONU, como forma de efetivação de seu Plano Mundial de Alimentos, tendo tido aparente êxito sobre a economia, segurança de dados e prevenção de fraudes em campos de refugiados sírios localizados na Jordânia, fugindo dos conflitos ocorridos em sua terra natal.

O entusiasmo sobre o mecanismo de aplicação dessa tecnologia refere-se ao fato de que foi planejada de modo a tornar mais célere transações relacionadas a doações ou à obtenção de alimentos, bem como evitar a corrupção ou desvios de finalidades, além de recebida de modo positivo pelos próprios refugiados que muitas vezes forçosamente deslocado sem nenhum planejamento, em decorrência da guerra civil da Síria, tenham deixado seus documentos de identificação pessoal quando da saída do país, inviabilizando os exercícios mais básicos de seus direitos civis.

Utilizando-se essencialmente da biometria, essa tecnologia coleta e utiliza posteriormente dados pessoais com base na própria anatomia humana, como o escaneamento da íris de uma pessoa, em seu direito de per-

crância e refúgio: Um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. P. 224-225.

⁷⁴ SILVA, Sérgio Gomes da. Direitos Humanos: Entre o princípio da igualdade e tolerância. *Revista Praia Vermelha*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p.79-94 jan-jun 2010, p.90-91.

⁷⁵ RORTY, Richard. *Contingência, Ironia e Solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 315.

⁷⁶ PIOVENSAN, Flávia Cristina. Refugiados sob a perspectiva dos Direitos Humanos: Seminário internacional “Fronteiras em movimento: Deslocamentos e outras dimensões do vivido”. *Diversitas: Núcleo de Estudos das Diversidades, tolerâncias e conflitos*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

sonalidade mais básico que garante sua própria dignidade: seu próprio corpo.

Sem disciplina específica dentro do direito, em um âmbito geral, a tecnologia se desenvolve sem estabelecer parâmetros ou limites em relação ao uso dos dados ou em relação à segurança dos mesmos, ao que pode significar riscos aos direitos dos sujeitos envolvidos, e consequentemente, aos direitos humanos em sua essência de proteção aos vulneráveis, situação agravada em relação aos refugiados, que se encontram em situação de sobreposição de vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade.

Nesse sentido, foi alcançado o primeiro objetivo da pesquisa, acerca de realçar os pontos de vantagens e desvantagens práticas do uso da tecnologia para fins de organização de refugiados, ou mesmo, futuramente, para conservação plena de dados que conservem elementos pessoais referentes à preservação de sua ancestralidade antropológica e cultura de origem;

No âmbito do direito internacional, especificamente no caso dos refugiados, a tecnologia blockchain poderá, sem qualquer disciplina, colocar em risco a integridade física ou psíquica da pessoa do refugiado ou mesmo não ter controle da falsidade de dados que podem ser inseridos de modo inadequado e utilizadas com mau vezo pelo ou contra o mesmo. Isso porque a pessoa do refugiado não terá a absoluta certeza de que seus dados serão unicamente utilizados para lhes fornecer alimento ou direitos básicos, não o sendo para lhe rotular de modo discriminatório ou para outros fins contrários aos direitos humanos.

Dados como estado de saúde, vacinas, grau de escolaridade poderão constar do registro do refugiado, fazendo com que, exemplificativamente, em épocas de uma pandemia, tal qual a iniciada em 2020 em relação ao COVID19, o que poderia servir como uma forma de controle abusivo da liberdade, classificação ou estigmatização entre pessoas que migram, fugindo de determinadas guerras ou focos de doenças.

Assim, para os entusiastas do assunto, o uso da tecnologia poderia ajudar tanto aos refugiados quanto às nações anfitriãs. Mas ressalta-se: o uso da tecnologia de maneira inadequada poderá causar muitos danos, motivo pelo qual se deve necessária e urgentemente discutir e disciplinar o uso da tecnologia blockchain para refugiados, dado constituir objetivo a ser alcançado até

2030, sua utilização em massa em outros casos, ao redor do mundo.

Isso porque a lógica dos direitos humanos não poderá ser jamais a mesma lógica aplicada aos usos das tecnologias. As primeiras possuem uma lógica existencial e humanista, e a última uma lógica numérica, cartesiana, de caráter mais utilitário. Ambas essas lógicas não dialogam de maneira a concretizar os direitos humanos. O elemento humanitário sempre deverá prevalecer.

Por fim, em virtude dessa situação, faz-se necessário o estabelecimento de uma estabilidade regulatória, uma padronização no uso dessa tecnologia para um determinado fim, bem como a disciplina e limites ético-jurídicos de seu uso e da gestão dos riscos que podem surgir de seu uso, de maneira de garantir a plenitude da dignidade da pessoa humana, em qualquer hipótese que possa ser utilizada.

Os Estados que escolherem utilizar da tecnologia ou mesmo de dados referentes à ela deverão, mesmo sob supervisão dos órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos, garantir a transparência dos critérios e mecanismos de inserção e gestão desses dados, bem como sua responsabilidade, explicando eventuais condutas contraditórias, admitindo a possibilidade de flexibilização da soberania – e jamais sua supressão – para a proteção da pessoa humana de modo universal.

Deve-se sempre ter por escopo a garantia de que, por maior que sejam as promessas de melhorias em relação à vida humana, sempre deve vir conjuntamente o conjunto normativo que garanta a eficácia dos direitos humanos, para que, assim como o avião ou a dinamite, não sejam descobertas que possam ter o seu mau uso, no mau vezo do discurso de proteção do ser humano, o qual deverá ser alinhado com a coerência e o compromisso de proteção dos vulneráveis.

Nesse sentido, alcançou-se o segundo objetivo posto inicialmente, direcionando as necessidades da interpretação do uso dessa tecnologia à luz do Direito Internacional dos Refugiados, formando balizas interpretativas – ou guidelines – para garantir os princípios do humanismo ético que permeia os direitos humanos mais básicos dessas pessoas, sendo necessária uma análise sistemática sobre o Direito Internacional dos Refugiados.

Toda a reflexão sobre a utilização do blockchain – hoje tida como uma das tecnologias mais promissoras para o futuro – deverá estar dentro de um sistema se-

guro e protegido com fortes parâmetros de tolerância dirigida ao sujeito concreto, dentro da sua historicidade, existência, cultura e dignidade, garantindo sua permanência enquanto forem satisfeitos os requisitos de direito, promovendo condições para sua dignidade e construção – ou reconstrução – de seu projeto de vida, após a saída forçada de seu país de origem.

Referências

- ACNUR. *Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção*. Genebra: ACNUR, 2012. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=53d602884>. Acesso em: 29 abr. 2021.
- BARBOSA, Daniel Cunha. *Os mistérios da Dark Web*: descubra o que essa rede tem a oferecer e por que pode ser tão perigosa. São Paulo: Eset Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.welivesecurity.com/br/2019/05/17/os-misterios-da-dark-web-descubra-o-que-essa-rede-tem-a-oferecer-e-por-que-pode-ser-tao-perigosa/>. Acesso em: 21 abr. 2021
- BBC. O que é o jihadismo? *News Brasil*: BBC, 2014. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141211_jihadismo_entenda_cc. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *Syrian civil war*. Britannica, 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Syrian-Civil-War>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. 8 ed. Paris: A. Pedone, 2004.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em: 21 abr. 2021.
- DELL. *Underground hacker markets*. Secure Words. Round Rock: Dell, 2014.
- FIGUEIRA, Rickson Rios. Indigenous refugee and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expression related to traditional land and traditional native languages. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3., p. 439-477, 2020.
- GÜNTHER, Hartmut. Pesquisa qualitativa versus pesquisa quantitativa: Esta é a questão? *Psicologia: teoria e pesquisa*, Brasília: Unb, v. 22, n. 2. maio/ago. 2006.
- HÄUSER, Markus. Do robots have rights? The European Parliament addresses artificial intelligence and robotics. *Lexology*: CMS Germany. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8233438f-4ad0-432a-a27e-0018f41468f3>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 1989.
- ID2020. *We need to get digital ID right*. Disponível em: <https://id2020.org/>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- 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.
- IRRERA, Anna. Accenture, Microsoft team up on blockchain-based digital ID network. *Technology News*: Reuters, 2017. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-microsoft-accenture-digitalid/accenture-microsoft-team-up-on-blockchain-based-digital-id-network-idUSKBN19A22B>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- JI-HYOUNG, Son. Tech disruption plays out in WFP humanitarian initiative. *Seul*: The Investor, 2019. Disponível em: <http://www.theinvestor.co.kr/view.php?ud=20190905000902>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007
- JUSKALIAN, Russ. Inside the Jordan refugee camp that runs on blockchain. *Massachusetts*: Mit Technology Review, May/June. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610806/inside-the-jordan-refugee-camp-that-runs-on-blockchain/>. Acesso em: 21 abr. 2021.

- KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther. *The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law*. Cambridge: Cambridge Press University, 2002. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/6195520133A79D7A577B9AFCFC383BB3/S2071832200012153a.pdf/httpwwwcompanyname-suckscom_the_horizontal_effect_of_fundamental_rights_on_private_parties_within_autonomous_internet_law.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.
- LAMOUNIER, Lucas. *A história da tecnologia Blockchain: conheça sua Timeline*. 101Blockchains, 2018. Disponível em: <https://101blockchains.com/pt/historia-da-tecnologia-blockchain/>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- MACHADO, Maira Rocha. Estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede Empírica de Estudos do Direito, 2017.
- MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23898/A%20internet%20das%20coisas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla; VIOLA, Rafael. Novas perspectivas sobre ética e responsabilidade de inteligência artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência artificial e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; MATOS, Ana Caroline Barbosa Pereira. Crônicas de direito internacional público: a política australiana de refúgio e a decisão da suprema corte de Papua Nova Guiné: A ilegalidade do centro de detenção offshore. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017, p. 2-6
- MOORE, Nick. The information Society. In: UNESCO. *World information report 1997/1998*. Paris: Unesco, 2007.
- O'NEAL, Stephen. *DLT in Migration Policy: How Blockchain Can Help Both Refugees and Host Nations*. Cointelegraph, 2018. Disponível em: https://cointelegraph.com/news/dlt-in-migration-policy-how-blockchain-can-help-both-refugees-and-host-nations?_ga=2.157462527.436306420.1587005638-1708324271.1584115364. Acesso em: 21 abr. 2021.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ALMEIDA, G. A.; ARAÚJO, N. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. Refugiados sob a perspectiva dos Direitos Humanos: Seminário internacional "Fronteiras em movimento: Deslocamentos e outras dimensões do vivido". *Diversitas*: Núcleo de Estudos das Diversidades, tolerâncias e conflitos, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. OLSEN, Ana Carolina Lopes. Tolerância e refúgio: um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n.2, 2017, p.215-235.
- RAHMAN, Zara. About me now. *Blog Zababanet*. Disponível em: <https://zararah.net/about/>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.
- RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma. v. 5, n. 19, jul/set. 2004.
- ROSAS, Eduarda Chacon. Alcance resultados, mas não se esqueça dos propósitos: a dignidade, a ética e os elevados fins. In: MALDONALDO, Viviane Nóbrega; FEIGELSON, Bruno. *Advocacia 4.0*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- RORTY, Richard. *Contingência, Ironia e Solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SANTANA, Agatha Gonçalves. *Os direitos fundamentais como limite ao poder privado*. 2009, 125 f. (Dissertação de mestrado). Belém: UFPA, 2009, p. 12. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6750/1/Dissertacao_TutelaDireitosFundamentais.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.
- SANTOS, Regina Cândido Lima e Silva; BRASIL, Deilton Ribeiro. O tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal e o princípio da não criminalização da mobilidade humana. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.17, n. 2, p. 337, 2020.

SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: O espaço virtual e os impactos reais à privacidade. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Sérgio Gomes da. Direitos Humanos: Entre o princípio da igualdade e tolerância. *Revista Praia Vermelha*, Rio de Janeiro, v. 19, n 1, p.79-94 jan./jun. 2010.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso de direito às relações existenciais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution*. São Paulo: SENAI-SP, 2016.

TEIXEIRA, Carla Noura. *Por uma nova ordem internacional: uma proposta de constituição mundial*. 2009, 306 f. Tese (doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

THE NATIONAL FUTURE. *How blockchain technology has changed the game for Syrian refugees in Jordan*. Abu Dhabi, 2019. Disponível em: <https://www.thenational.ae/arts-culture/how-blockchain-technology-has-changed-the-game-for-syrian-refugees-in-jordan-1.932432>. Acesso em: 21 abr. 2021.

UNITED NATIONS. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. UN Platform, 2015. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>. Acesso em: 21 abr. 2021.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O trabalho infantil de migrantes
e refugiados venezuelanos no
Brasil**

**Child labor of migrant and
refugee children in Brazil**

André Viana Custódio
Johana Cabral

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

O trabalho infantil de migrantes e refugiados venezuelanos no Brasil*

Child labor of migrant and refugee children in Brazil

André Viana Custódio**

Johana Cabral***

Resumo

Este artigo trata do trabalho infantil de crianças migrantes. O objetivo geral foi pesquisar a exploração do trabalho de crianças migrantes e em situação de refúgio no Brasil, com base no monitoramento do fluxo migratório venezuelano. Objetivou-se contextualizar a exploração de crianças venezuelanas migrantes e em situação de refúgio no Brasil; analisar a legislação contra a exploração do trabalho infantil e os procedimentos jurídicos aplicáveis às crianças migrantes; e sistematizar os procedimentos a serem adotados pelas políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil de crianças migrantes e refugiadas. Teve-se como problema de pesquisa: quais os procedimentos jurídicos e políticos para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil de crianças venezuelanas migrantes no Brasil? A hipótese foi a de que a exploração pelo trabalho de crianças venezuelanas migrantes no Brasil ocorre de variadas formas, boa parte ligada ao setor informal, dentre atividades que integram as piores formas de trabalho infantil, de maneira que os procedimentos jurídicos e políticos para o enfrentamento das violações, nesses casos, demandam informação, fiscalização das empresas, acompanhamento e inserção social das crianças, e a adoção de políticas públicas. O método de abordagem foi o dedutivo e o de procedimento, monográfico. Foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que há crianças venezuelanas no Brasil exploradas em atividades informais, nas piores formas de trabalho infantil, situação desconsiderada pelas demais pesquisas que abordam o trabalho infantil no Brasil.

Palavras-chave: direitos humanos; criança; migração; refúgio; trabalho infantil.

Abstract

This article focus on child labor of migrant and refugee children in Brazil. The general purpose of the research was to understand how the exploitation of child labor of migrant and refugee children occurs in Brazil, based the monitoring of the Venezuelan migratory flow. The research aimed at contextualizing the exploitation of child labor of migrant and refugee children in Brazil considering the Venezuelan migratory flow; analyzing the regulation against child labor exploitation and the legal proceedings applicable to

* Recebido em 03/09/2020
Aprovado em 19/04/2021

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com pós-doutorado pela Universidade de Sevilha/Espanha. Coordenador Adjunto e Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC) e Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (UNISC). Consultor em políticas públicas.
Email: andreviana.sc@gmail.com

*** Doutoranda no Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa Prosc Capes Modalidade I. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC). Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas pela UNESC. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante-voluntária nos projetos de extensão: Programa de Ensino-Aprendizagem Português como Língua de Acolhimento e Escola de Migrantes, da UNESC.
E-mail: johanacabral712@hotmail.com

the case of migrant and refugee children; and systematizing the proceedings to be adopted by the public policies to prevent and eradicate child labor of migrant and refugee children. The research problem was: “Which legal and political procedures were created to confront child labor exploitation of migrant and refugee children in Brazil, considering the Venezuelan migratory flow?” The main hypothesis was that the exploitation of child labor of migrant and refugee Venezuelan children takes place in several different ways, part of which is linked to the informal sector, among activities listed as the worse forms of child labor, so that legal and political procedures confronting violation situations, in these cases, demand information, inspection of companies, assistance and social integration of children, and the adoption of public policies. The research method used was the deductive, and the procedure was the monographic. The technique used was the bibliographic and the documental research. We get to the conclusion that there are Venezuelan children exploited in informal activities in Brazil, under the worst child labor conditions, a situation notice by other research works about child labor in Brazil.

Keywords: human rights; child; migration; refuge; child labor.

1 Introdução

O trabalho infantil viola os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. É uma exploração, ainda, presente na sociedade brasileira, a despeito de toda regulamentação protetiva aos direitos de crianças e adolescentes, hoje reconhecidos como sujeitos de direitos, titulares de uma proteção diferenciada, especializada e integral. Não obstante o contínuo esforço e o notável avanço para a erradicação do trabalho infantil, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os dados mais recentes, que são do ano de 2019, apontam que existem no Brasil, aproximadamente, 1,8 milhão de crianças e adolescentes, de cinco a dezessete anos, em situação de trabalho infantil. Ou seja, são crianças e adolescentes que realizam atividades que não são permitidas para a idade. A pesquisa aponta, ainda, que, desse total, 706 mil integram as chamadas piores formas de trabalho infantil.¹

¹ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: trabalho

Desde 2016, é expressivo o número de migrantes venezuelanos que chegam ao Brasil, à procura de refúgio e proteção. Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), a República Bolivariana da Venezuela, localizada na costa norte da América do Sul, tem passado por uma profunda crise humanitária, o que motivou o êxodo de aproximadamente quatro milhões de venezuelanos, em busca de proteção em outros países, boa parte nos países sul-americanos, como: Colômbia, Peru, Chile, Equador, Brasil e Argentina.² No Brasil, o ingresso se dá pela fronteira norte, no Estado de Roraima, concentrando-se nos municípios de Pacaraima e Boa Vista. Uma parcela significativa dos venezuelanos é composta por povos originários, das etnias Warao e E’ñepá, destacando-se a presença de mulheres e crianças.³

Para o acolhimento aos migrantes, foi promovida a instalação de onze abrigos oficiais em Boa Vista e dois em Pacaraima. Os abrigos Pintolândia e Janokoïda atendem, exclusivamente, a população indígena. O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) apontou que, entre 2015 e maio de 2019, houve o registro de mais de 178 mil solicitações de refúgio e de residência temporária de migrantes venezuelanos. Embora a região norte, para muitos, seja, apenas, uma região de passagem ou travessia até outros Estados brasileiros ou mesmo em direção à Argentina e outros países, muitos acabam ficando na região de fronteira. Nesse sentido, das mais de 6,3 mil pessoas acolhidas nos abrigos da região, 2,5 mil são crianças e adolescentes.⁴

A pobreza é causa e consequência do trabalho infantil. Assim, considerando-se a situação de extrema vulnerabilidade com que os venezuelanos chegam ao Brasil, bem como a intensificação dos índices de trabalho infantil na região norte, percebe-se que as crianças e os adolescentes migrantes venezuelanos correm grande risco de serem cooptados para o trabalho antes da idade mínima permitida.

de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade 2016-2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

² IOM. *World migration report 2020*. Geneva: IOM, 2019.

³ OTERO, Guilherme; TORELLY, Marcelo; RODRIGUES, Yssysay. A atuação da organização internacional para as migrações no apoio à gestão do fluxo migratório venezuelano no Brasil. In: BAENINGUER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (coord.); VON ZUBEN, Catarina *et al.* (org.). *Migrações venezuelanas*. Campinas: Nepo/Unicamp, 2018. p. 38-44.

⁴ UNICEF. *Crise migratória venezuelana no Brasil: o trabalho do UNICEF para garantir os direitos das crianças venezuelanas migrantes*. 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil>. Acesso em: 1 de abr. 2021.

Em pesquisa da Organização Internacional para as Migrações (OIM), realizada entre maio e junho de 2018, sobreveio a informação de que há crianças e adolescentes venezuelanos vítimas da exploração pelo trabalho no Brasil. Dentre as atividades realizadas, referentes à Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, prevista no Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, estão: ajudante de alvenaria, jardinagem, vendedores ambulantes, tarefas de limpeza, mecânica, dentre outras. O relatório aponta, ainda, que algumas delas sequer recebeu o pagamento esperado e que, de 726 crianças e adolescentes relacionados na coleta de informações, 63,5% estavam fora da escola, situação que alimenta o ciclo intergeracional de pobreza e colabora para o agravamento do fenômeno do trabalho infantil.⁵

Os dados apontados no relatório da OIM motivaram a delimitação da presente pesquisa. A escolha em contemplar os migrantes e refugiados se deu pela constatação de que a política migratória brasileira, embora tenha reconhecido a situação dos venezuelanos como de grave violação dos direitos humanos — motivo que se enquadra no conceito da proteção pelo instituto do refúgio —, tem favorecido a regularização da população proveniente da Venezuela, seja pelo refúgio, seja pela solicitação de residência. Assim, ainda que muitos venezuelanos ingressem com o pedido de refúgio, expressiva quantidade se encontra no país apenas como migrante. A opção da pesquisa no Brasil, por sua vez, se deu pelo fato de o país ser vizinho da Venezuela e, portanto, o destino escolhido por boa parte dos deslocados forçados venezuelanos, por meio do Estado de Roraima, em um movimento que iniciou em 2016, mas que se intensificou sobretudo a partir de 2018. Portanto, o presente artigo tem como objetivo geral pesquisar como se dá a exploração do trabalho de crianças migrantes e em situação de refúgio no Brasil, com base no monitoramento do fluxo migratório venezuelano, com o propósito de fomentar políticas e ações para a erradicação do trabalho infantil e proteção da criança migrante e refugiada. Os objetivos específicos são: contextualizar a exploração do trabalho infantil de crianças migrantes e em situação de refúgio no Brasil no fluxo migratório venezuelano; analisar a legislação de proteção contra a exploração do trabalho infantil e os procedimentos jurídicos aplicáveis nos casos de crianças migrantes ou em condição de refúgio no Brasil; e sistematizar os proce-

dimentos a serem adotados pelas políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil de crianças migrantes e refugiadas.

A pesquisa buscou responder ao seguinte problema: quais os procedimentos jurídicos e políticos para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil de crianças venezuelanas migrantes no Brasil?

Partiu-se da hipótese de que a exploração pelo trabalho de crianças migrantes e em situação de refúgio no Brasil, considerando o monitoramento do fluxo migratório venezuelano, se dá de variadas formas, boa parte ligada ao setor informal, como ajudantes de alvenaria, jardinagem, cozinha, limpeza doméstica ou venda ambulante, situações que violam os direitos de crianças e adolescentes, especialmente por integrarem a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil. Assim, os procedimentos jurídicos e políticos para o enfrentamento das situações de violação, nesses casos, envolvem a informação, a fiscalização, a responsabilização e atuação da empresa ou pessoa que explora, o acompanhamento e a inserção social da criança migrante ou em situação de refúgio e de sua família, além da adoção de políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil de crianças migrantes e refugiadas.

Para fins conceituais neste trabalho, considera-se como trabalho infantil todo trabalho realizado por crianças e adolescentes fora dos limites mínimos previstos no artigo 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal de 1988, quais sejam: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.⁶ Entende-se como migrante, toda pessoa que se desloca para fora de sua residência habitual. A migração pode ser internacional ou interna, voluntária ou forçada. A migração voluntária é a que resulta da vontade da pessoa ou família em mudar-se para outra região ou país — e o seu grande trunfo é o de que, se a pessoa quiser, pode retornar, em segurança, para o seu local de origem. A migração involuntária é aquela em que a pessoa não tem a escolha de poder ficar, de modo que o abandono do local torna-se a única opção de sobrevivência, visando à preservação de sua vida e/ou integridade física. O refúgio integra, portanto, esta modalidade migratória.

⁵ OIM. *Monitoramento do fluxo migratório venezuelano*: com ênfase em crianças e adolescentes DTM N.º 2. Brasília: OIM, 2019.

⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

Assim, entende-se como refugiado toda pessoa que teve de deixar o seu país de origem em virtude de fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social, opinião política, ou, ainda, — considerando-se a ampliação da definição de refugiado pela Declaração de Cartagena de 1984, em razão de conflitos internos, agressão estrangeira, violência generalizada, violação de direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.⁷

A análise teórica do tema se justifica uma vez que é preciso pensar em diretrizes que protejam as crianças migrantes e em situação de refúgio, no Brasil, da exploração pelo trabalho. As crianças migrantes, especialmente aquelas que estão na condição de refugiadas, apresentam uma vulnerabilidade aumentada, que as fazem ser encaminhadas aos processos pela exploração do trabalho. Assim, este artigo dispõe sobre a proteção das crianças migrantes e em situação de refúgio, sistematizando a temática sobre a população de crianças e adolescentes que, embora cada vez mais presentes na sociedade brasileira, são deixadas de lado pelas diretrizes e políticas públicas de proteção aos direitos. Intenta-se alterar essa dinâmica, que viola os direitos de crianças e adolescentes, e promover o aprofundamento dos estudos e das ações que visem à completa eliminação do trabalho infantil, mediante o acompanhamento e a inclusão da criança e da família migrante.

Para o desenvolvimento deste estudo, foram utilizados o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico. Quanto às técnicas de pesquisa, foram utilizadas a bibliográfica e documental. A escolha do método dedutivo deve-se à necessidade de, com base no fenômeno do trabalho infantil no Brasil e da proteção jurídica internacional e nacional contra a exploração do trabalho infantil, compreender os âmbitos de proteção da criança migrante no Brasil, submetida à exploração pelo trabalho. Consoante o entendimento clássico, o método é dedutivo porque parte do geral para o específico, em exercício lógico, de dedução. É aquele que objetiva explicar o conteúdo das premis-

⁷ IPPDH. *Derechos humanos de personas migrantes: manual regional*. Buenos Aires: IPPDH/OIM, 2017.

ACNUR. *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*. Brasília: UNHCR – ACNUR, 2018.

ACNUR. *Declaração de Cartagena*. 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1. Acesso em: 06 abr. 2021.

sas e, para tanto, utiliza o silogismo, a construção lógica para, com base nas premissas, chegar a uma conclusão.⁸ Ou seja, parte-se de uma teoria de base para, então, proceder ao desenvolvimento do raciocínio, com o intuito de, a partir da respectiva Teoria de Base, seja possível responder às problemáticas relacionadas ao objeto de pesquisa, esclarecendo-as.⁹

2 A exploração do trabalho infantil de crianças migrantes e em situação de refúgio no Brasil: o caso do fluxo migratório venezuelano

2.1 Apontamentos iniciais sobre o trabalho infantil no Brasil, no século XXI

O trabalho infantil é um fenômeno complexo, multifacetário, o qual faz parte da história da sociedade brasileira, marcadamente desigual e exploradora. Sua expansão e consolidação está diretamente ligada ao sistema capitalista, o qual elevou a condição ao nível de exploração.¹⁰

Embora existam até hoje muitas causas que conduzem crianças e adolescentes à exploração pelo trabalho, a pobreza continua sendo a principal delas. Desse modo, a exploração da mão de obra dócil e barata de crianças e adolescentes é um movimento que remonta ao colonialismo e tem consequências até hoje, permanecendo desafiadora a missão de eliminar, completamente, o trabalho infantil no país.¹¹

Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), relativos ao ano de 2019, dão conta

⁸ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

⁹ MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰ SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. 2016. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

¹¹ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009.

FREITAS, Higor Neves de; RAMOS, Fernanda Martins. A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil. *Revista Jurídica em Pauta*, Bagé, v. 1, n. 2, p. 111-123, 2019.

da existência de 1,8 milhão de crianças e adolescentes entre cinco e dezessete anos, em situação de trabalho infantil. Com jornadas semanais longas, que variam entre 15 e 24 horas, a pesquisa constatou o predomínio de trabalho infantil entre as crianças pretas e pardas, em comparação às crianças brancas. Dentre as atividades realizadas, foram citadas: agricultura, comércio e reparação, serviços domésticos, e outros.¹²

Ao desagregar os dados do trabalho infantil por grupos etários, o relatório aponta que mais da metade da população de cinco a dezessete anos de idade em situação de trabalho infantil estava no grupo de dezesseis e dezessete anos de idade, correspondendo a 53,7%. Em seguida, tem-se o grupo de quatorze e quinze anos, formado por 25% e o segmento de cinco a treze anos de idade, com 21,3% do total de trabalhadores infantis. Quando avaliada a jornada de trabalho, a pesquisa apontou que 42% das crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil possuíam uma jornada de até 14 horas na semana. No grupo etário de cinco a treze anos de idade, mais de 80% estavam nessa condição de jornada.¹³

Tais dados demonstram a tolerância cultural ao trabalho infantil no Brasil. Existem variados mitos que reforçam a cultura da exploração do trabalho de crianças e adolescentes, como: o mito de que é melhor trabalhar do que roubar; ou o de que o trabalho da criança ajuda a família; ou o de que trabalhar desde cedo acumula experiência; ou, ainda, o de que trabalhar não faz mal a ninguém.¹⁴ Trata-se de discursos perversos, os quais legitimam a exploração, dualizando as situações, para apontar a solução para a criança pobre.

No século XXI, as formas de utilização de crianças e adolescentes no trabalho antes da idade mínima legal são variadas. Há trabalhos facilmente identificáveis, como aqueles situados na indústria, comércio ou na própria agricultura — e aqui cabe o debate sobre a naturalização do trabalho nesta modalidade, pela justificativa da “ajuda” da criança aos pais, diante da ne-

cessidade de superação das precárias condições de vida das famílias residentes no meio rural — mas existem, também, aqueles trabalhos que sequer são identificados socialmente como trabalho infantil, a exemplo: do trabalho infantil no tráfico de drogas, do trabalho infantil indígena ou mesmo do trabalho infantil nos meios de comunicação.¹⁵

O trabalho infantil não somente faz mal, como perpetua o ciclo intergeracional da pobreza, uma vez que afasta crianças e adolescentes do acesso à educação, limitando as oportunidades futuras de acesso a melhores trabalhos.¹⁶ Considerando-se que as consequências e os danos do trabalho infantil são irreparáveis, é preciso, portanto, enfrentar suas causas e estimular uma intervenção mais incisiva para o seu combate¹⁷, nas mais variadas configurações verificadas na atualidade.

2.2 As violações aos direitos de crianças em movimento

As crianças em movimento, especialmente as que realizam os deslocamentos forçados, indocumentados e desacompanhados, ficam expostas a toda sorte de violências e violações de direitos, que as acompanham em todo o trajeto migratório. Cada vez mais, existe a consciência de que não se sabe o suficiente sobre as crianças em deslocamentos. Isso porque acabam invisibilizadas

¹⁵ CUSTÓDIO, André Viana; CABRAL, Maria Eliza Leal. Trabalho infantil na agricultura familiar: uma violação de direitos humanos perpetuada no meio rural. *Revista Jurídica em Pauta*, Bagé, v. 1, n. 2, p. 3-15, 2019.

CUSTÓDIO, André Viana; KERN, Meline Tainah. Os mitos do trabalho infantil no tráfico de drogas: uma análise sob a perspectiva da teoria do etiquetamento da criminologia crítica. *Cognitio Juris*, João Pessoa, v. 10, n. 31, p. 303-326, nov. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana; FREITAS, Higor Neves de. O trabalho infantil indígena no Brasil: um paralelo entre a diversidade cultural e a universalidade dos direitos humanos. *Revista Videre*, Dourados, v. 12, n. 24, p. 275-300, maio/ago. 2020.

REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil nos meios de comunicação*: o espetáculo da violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

¹⁶ CABRAL, Maria Eliza Leal; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A proteção internacional e nacional contra a exploração do trabalho infantil no marco da teoria da proteção integral. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 15., 2018, Santa Cruz do Sul. *Anais...* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2018.

¹⁷ REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil nos meios de comunicação*: o espetáculo da violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

¹² IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: trabalho de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade 2016-2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

¹³ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: trabalho de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade 2016-2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

¹⁴ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas*: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

nos dados e nas políticas, de modo que é preciso uma ação conjunta das nações para a melhoria dos dados, visando ao estabelecimento de políticas e programas para a proteção das crianças em movimento. A investida migratória impacta o desenvolvimento de crianças e adolescentes e pode trazer sérios riscos à vida, em qualquer idade.¹⁸

Nos deslocamentos involuntários ou forçados, dentre os quais está o refúgio, a falta de oportunidades para uma mobilidade segura faz com que famílias e crianças indocumentadas se arrisquem, ao redor do mundo, por caminhos migratórios chamados irregulares, com o objetivo de evitar a detecção por autoridades migratórias de fronteira, no projeto de salvar a própria vida, em busca de uma existência digna, em paz. Essa desproteção deixa crianças e adolescentes à mercê de riscos, violências e violações aos seus direitos. Os riscos são altamente contextuais e recebem o influxo de variados fatores, a depender da rota migratória empreendida. Por exemplo, “[...] aquelas que chegaram à Europa pela rota do Mediterrâneo Central relataram três vezes mais casos de abusos do que aquelas que viajaram pelo Mediterrâneo Oriental.”¹⁹ Desse modo, as violações de direitos sofridas compreendem desde as condições climáticas das travessias à perseguição por contrabandistas e traficantes.²⁰

Ameaças, violência física, violência sexual, tráfico sexual, tráfico para fins de trabalho escravo, discriminação de gênero, homofobia, racismo, xenofobia, discriminação religiosa, são algumas das violações aos direitos das crianças em movimento. Nas situações mais graves, a violação maior é a morte. Somente no ano de 2016, setecentas crianças morreram na rota do Mediterrâneo Central.

Em uma recente pesquisa da Organização Internacional para Migrações (OIM), mais de três quartos das 1.600 crianças com idade entre 14 a 17 anos que foram entrevistadas na chegada à Itália através da rota do Mediterrâneo Central reportaram experiências de estar presas contra a vontade ou serem forçadas a trabalhar para pagar algum trecho da sua viagem. Essas são indicações de que

podem ter sido traficadas ou exploradas de alguma maneira.²¹

A pesquisa aponta, inclusive, que os adolescentes e jovens em movimento pela rota do Mediterrâneo Central enfrentam maiores riscos de abusos do que os adultos: 77% relataram a exploração no trajeto.²² Essas violências e violações de direitos não atingem, apenas, as crianças e os adolescentes que percorrem as rotas em direção à Europa. No fluxo migratório que ocorre entre os países do Triângulo Norte da América Central, que compreende a Guatemala, Honduras e El Salvador, rumo aos Estados Unidos, por rotas terrestres que atravessam o México, as crianças e os adolescentes centro-americanos ficam expostos a todo tipo de riscos e privações no cruzamento das fronteiras: condições climáticas extremas, fome, sede, desgaste físico, psicológico, desidratação, abandono dos coiotes e abusos. Muitas migram à procura de trabalho, de melhores condições de vida.²³ Às vezes, que o trabalho é a causa da migração de crianças e adolescentes, ou seja, está na origem da investida migratória.

Glind e Kou, em pesquisa sobre o trabalho infantil das crianças migrantes, destacam a subnotificação existente no número de crianças em movimento que acabam incorporadas ao trabalho infantil. As crianças trabalhadoras migrantes apresentam pior situação, em termos de condições de trabalho, em comparação às crianças trabalhadoras locais. Elas trabalham mais horas, frequentam menos a escola e ganham menos que as crianças locais em situação de trabalho infantil. Assim, nas Filipinas, em 2005, as crianças migrantes, trabalhadoras no setor manufatureiro, recebiam 20% menos do que as crianças locais. No Cazaquistão, as crianças migrantes trabalhadoras na indústria do tabaco, em 2006, ganhavam de 1,5 a 2 vezes menos que as crianças trabalhadoras locais. Também, em 2006, na Tailândia, as

²¹ UNICEF. *Data brief: children on the move: key facts & figures*. New York: UNICEF, 2018.

²² UNICEF. *Data brief: children on the move: key facts & figures*. New York: UNICEF, 2018.

²³ SILVA QUIROZ, Yolanda; CRUZ PIÑEIRO, Rodolfo. Niñez migrante retornada de Estados Unidos por Tijuana: los riesgos de su movilidad. *Región y Sociedad*, Sonora, v. 25, n. 58, p. 29-56, set./dez. 2016.

RAMÍREZ ROMERO, Silvia Jaquelina; GARCÍA HIDALGO, Jorge O.; MUÑOZ CASTELLANOS, Rocío Gabriela; ENCISO CRUZ, Perla Jazmín. *Mas allá de la frontera, la niñez migrante: son las niñas y niños de todos: estudio exploratorio sobre la protección de la niñez migrante repatriada en la frontera norte*. México: Caminos Posibles S. C., 2009.

¹⁸ IOM. *Fatal journeys: missing migrant children*. Geneva: IOM, 2019. v. 4.

¹⁹ IOM. *Fatal journeys: missing migrant children*. Geneva: IOM, 2019. v. 4. p. 4.

²⁰ IOM. *Fatal journeys: missing migrant children*. Geneva: IOM, 2019. v. 4.

crianças migrantes trabalhadoras domésticas ganhavam cerca de metade do salário das crianças locais em trabalho doméstico. Os autores concluem, portanto, que a falta de acesso à educação e à proteção governamental perpetuam as situações das crianças migrantes no trabalho infantil²⁴.

De maneira geral, “a criança trabalhadora migrante apresenta uma situação de tripla vulnerabilidade, em razão: da condição de criança, da condição de migrante e da condição de exploração no trabalho.”²⁵ Em razão disso, há necessidade de se empreenderem esforços para o mapeamento das rotas migratórias, identificação das violências e explorações de crianças e adolescentes em movimento, visando à adoção de rápidas e significativas medidas de proteção.

2.3 O monitoramento do fluxo migratório venezuelano: a exploração do trabalho infantil de crianças e adolescentes venezuelanos no Brasil

Desde 2016, o Brasil vem recebendo parte do fluxo migratório venezuelano, que deixa a República Bolivariana da Venezuela, em virtude de grave crise política, econômica e social. A situação do país já foi reconhecida como verdadeira crise humanitária, sem precedentes, demandando ação conjunta das nações para uma resposta adequada ao que pode ser considerado o maior êxodo na história recente da região.²⁶ Desemprego, hiperinflação, restrição econômica, escassez de alimentos e de remédios, assistência médica inadequada, fome, ameaças, violências, polarização e perseguição política são situações que atingem, diretamente, a população venezuelana, tornando a vida insustentável no país. Os que conseguem deixar a Venezuela saem com a responsabilidade de amparar e assistir aos familiares e amigos

que não tiveram a mesma oportunidade.²⁷ Essa é uma das razões pelas quais muitos venezuelanos procuram proteção em países latino-americanos, e a razão que faz com que parcela significativa dos que migram para o Brasil permaneça na região norte, local mais próximo para o acesso ao país de origem. Porém, ainda que boa parte permaneça em região fronteiriça para poder retornar à Venezuela, levando alimentos e medicamentos aos familiares e amigos, “[...] na grande maioria dos casos, a permanência também pode ser explicada pelo custo elevado do deslocamento para outros locais do Brasil.”²⁸

No ano de 2019, do total de 82.552 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado por país de origem recebidas pelo Brasil, 53.713 foram de venezuelanos, o que corresponde a 65% do total de solicitações.²⁹ No mês de junho de 2019, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) reconheceu a situação do país venezuelano como de grave e generalizada violação dos direitos humanos. Dessa forma, “[a]s autoridades brasileiras estimam aproximadamente 260 mil venezuelanos vivem atualmente no país. Até julho de 2020, mais de 130 mil solicitações de reconhecimento da condição de refugiado foram registradas por venezuelanos no Brasil”.³⁰

Uma vez que Roraima e Venezuela compartilham uma fronteira em comum, verifica-se o fluxo maciço de venezuelanos para o referido Estado. A cidade roraimense de Pacaraima — a qual faz fronteira com a província de Bolívar/Venezuela, não dispõe de condições favoráveis para acolher a totalidade dos migrantes que

²⁴ GLIND, Hans Van de; KOU, Anne. Migrant children in child labour: a vulnerable group in need of attention. In: IOM. *Children on the move*. Geneva: IOM, 2013. p. 27-43.

²⁵ SOUZA, Ismael Francisco de; CABRAL, Johana. Direitos Humanos e a questão migratória: o trabalho infantil no contexto da migração entre os países do Triângulo Norte da América Central e os Estados Unidos. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 3, n. 2, p. 153-173, jul./dez. 2017. p. 163.

²⁶ UNHCR. *Global trends: forced displacement in 2018*. Geneva: UNHCR, 2019.

MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Júlia. Migração venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, Brasília, v. 13, n. 13, p. 61-82, dez. 2018.

²⁷ FIGUEIRA, Mauro Sérgio. *Desenvolvimento econômico da cadeia global do petróleo: Venezuela e Arábia Saudita em perspectiva sistêmica*. 2017. 177 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

UNHCR. *Death threats and disease drive more venezuelans to flee*. 2019. Disponível em: <http://www.homelandsecuritynewswire.com/dr20190521-death-threats-and-disease-drive-more-venezuelans-to-flee>. Acesso em: 27 jul. 2020.

²⁸ MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Júlia. Migração venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, Brasília, v. 13, n. 13, p. 61-82, dez. 2018. p. 63.

²⁹ SILVA, G. J.; CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T.; MACEDO, M. *Refúgio em números*. 5. ed. Brasília: OBMigra; Ministério da Justiça e Segurança Pública/Comitê Nacional para os Refugiados, 2020. p. 11.

³⁰ ACNUR. *Brasil reconhece mais 7,7 mil venezuelanos como refugiados*. 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/08/28/brasil-reconhece-mais-77-mil-venezuelanos-como-refugiados/#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20refugiada%20no%20Brasil,venezuelanos%20vivem%20atualmente%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em: 01 abr. 2021.

chegam. Assim, boa parte dos venezuelanos seguem em direção à Boa Vista, capital do Estado. Em pouco tempo, Boa Vista esgotou a capacidade de atendimento das políticas públicas locais para a recepção aos migrantes, pressão sentida especialmente pelos serviços de saúde e assistência social.³¹ Ou seja, “nem o estado de Roraima, muito menos seus municípios, possuem condições de receber fluxos migratórios volumosos como os vêm do país vizinho”.³²

The economy of Roraima is unable to generate as many Jobs as necessary to employ all the Venezuelans arriving daily. Through the whole city of Boa Vista, it is possible to see men in the traffic lights holding signs to show that they are looking for a job. Meanwhile, Venezuelan mothers and their children are begging all over the city.³³

A Organização Internacional para as Migrações (OIM), Agência das Nações Unidas para as Migrações, tem atuado em todas as etapas que compreendem a resposta do Estado brasileiro à migração venezuelana, desde o auxílio na regularização migratória, assistência emergencial, inserção socioeconômica, até mesmo nos processos de interiorização voluntária. Como parte do processo de monitoramento do fluxo venezuelano para o Brasil pelo Estado de Roraima, a OIM vem realizando, desde janeiro de 2018, com o apoio de variados financiadores, entrevistas com parcela da população venezuelana, localizada em determinados municípios do Estado de Roraima.

Dentre as rodadas de entrevistas da OIM, a ronda de número 2, que deu origem ao relatório Monitoramento do fluxo migratório venezuelano: com ênfase em crianças e adolescentes DTM N.º 2, contou com o apoio técnico e financeiro do UNICEF, o que permitiu a inclusão de uma seção que buscou identificar as características demográficas, bem como as necessidades e vulnerabilidades das crianças e dos adolescentes venezuelanos. O

referido monitoramento, ocorrido entre maio e junho de 2018, o qual contou com a entrevista de 3.785 pessoas, em locais de trânsito e assentamentos de Boa Vista e Pacaraima, possibilitou coletar informações relativas a 726 crianças e adolescentes e revelou situações de exploração, abuso e maus-tratos. A pesquisa demonstrou que, dentre as 425 pessoas responsáveis por crianças e adolescentes, 16 responderam que, em algum momento, a criança ou o adolescente sob sua responsabilidade trabalhou ou realizou determinada atividade em troca de algum tipo de pagamento.³⁴ Dentre as atividades realizadas por crianças e adolescentes venezuelanos, foram relacionadas as seguintes: 37,5 % como ajudante de alvenaria, jardinagem e cozinha; 18,8% como vendedores ambulantes; 18,8% em tarefas de limpeza; 18,8% em mecânica e 6,1% em outros tipos de trabalho.³⁵

A pesquisa aponta, ainda, que, do total de pais ou responsáveis entrevistados, quando questionados se, desde que chegaram ao Brasil, em algum momento, a criança ou adolescente exerceu algum tipo de atividade sem sequer receber o pagamento esperado, seis deles afirmaram positivamente. Verifica-se então, a existência da exploração da mão de obra gratuita de crianças e adolescentes venezuelanos.³⁶

Remuneradas ou não, tais atividades integram a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil.³⁷ São funções proibidas de serem exercidas antes dos dezoito anos. Outras partes da pesquisa corroboram essa configuração de exploração do trabalho infantil. Quando avaliada a situação laboral dos entrevistados antes da vinda ao Brasil, verificou-se que 35% dos adultos já se encontravam desempregados antes do início da viagem migratória. Com relação à situação laboral no Brasil, nos bairros de Boa Vista e Pacaraima, quase 50% dos entrevistados alegou trabalhar de forma autônoma, ao passo que 45%

³¹ RAFFOUL, Jacqueline Salmen. Crisis in Venezuela: the brazilian response to the massive flow of venezuelans in Roraima. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 17-22, 2018.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. A migração venezuelana no Brasil: crise humanitária, desinformação e os aspectos normativos. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2019.

³² OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. A migração venezuelana no Brasil: crise humanitária, desinformação e os aspectos normativos. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2019. p. 222.

³³ RAFFOUL, Jacqueline Salmen. Crisis in Venezuela: the brazilian response to the massive flow of venezuelans in Roraima. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 17-22, 2018. p. 19.

³⁴ OIM. *Monitoramento do fluxo migratório venezuelano: com ênfase em crianças e adolescentes*. DTM N.º 2. Brasília: OIM, 2019.

³⁵ OIM. *Monitoramento do fluxo migratório venezuelano: com ênfase em crianças e adolescentes*. DTM N.º 2. Brasília: OIM, 2019.

³⁶ OIM. *Monitoramento do fluxo migratório venezuelano: com ênfase em crianças e adolescentes*. DTM N.º 2. Brasília: OIM, 2019.

³⁷ BRASIL. *Decreto n.º 6.481, de 12 de junho de 2008*. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d” e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto n.º 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

relatou estar desempregado. Ao serem questionados se sabiam de casos de discriminação ou abuso desde que chegaram ao Brasil, 31,5% respondeu afirmativamente. Dentre as causas mais recorrentes, estavam a xenofobia: 75%; seguida da exploração laboral: 38,9%. Verifica-se, portanto, que o desemprego, a informalidade e exploração laboral atingem os venezuelanos adultos. Novamente, a pobreza e a restrição econômica familiar são fatores determinantes que conduzem crianças e adolescentes a realizar atividades típicas de adultos. A pesquisa, também, aponta que, do total de crianças e adolescentes relacionados na coleta de dados, 63,5% não frequenta a escola.³⁸ Trata-se, assim, de um claro contexto de privação econômica, desproteção social e educacional, que expõe crianças e adolescentes venezuelanos à exploração pelo trabalho no Brasil.

3 A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil de crianças migrantes ou em condição de refúgio

3.1 A proteção jurídica internacional contra a exploração do trabalho infantil

A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil de crianças e adolescentes se dá com base em instrumentos internacionais e nacionais de proteção aos direitos de crianças e adolescentes. No âmbito internacional, a proteção de crianças e adolescentes, de modo geral, é realizada desde a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924, aprovada pela Liga das Nações, a qual, de natureza eminentemente principiológica, tratou da proteção às crianças, dispondo sobre a sua proteção contra o abandono, a exploração ou qualquer outra emergência.³⁹ “No período pós-Primeira Guerra Mundial, em que se considerava crianças como uma espécie de posse dos adultos, tal reconhecimento foi um avanço importante, embora basicamente restrito à sua condição de dependentes”.⁴⁰ Com a criação da

Organização das Nações Unidas (ONU) em junho de 1945, sobreveio a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no dia 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a qual, no seu artigo XXV, assegurou à maternidade e à infância o direito a cuidados e assistência especiais.⁴¹ Na sequência, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, ratificada pelo Brasil, estabeleceu, em seu princípio 9º, a proteção da criança “contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração”. Referido princípio disciplinou a proibição de empregar a criança “antes da idade mínima conveniente” e asseverou que “de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empregar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.”⁴² Ainda que representasse um marco no reconhecimento de direitos de crianças e adolescentes e verdadeiro embrião da Teoria da Proteção Integral, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 não possuía caráter vinculatório, de modo que o respeito aos seus preceitos ficava sob exclusivo critério dos Estados. Apesar disso, esse instrumento demonstrou

[...] com mais veemência a preocupação da comunidade internacional em proteger a criança de forma especial, devido ao reconhecimento de que esse período de desenvolvimento da vida é peculiar e merecedor de cuidados especiais, com absoluta prioridade.⁴³

Assim, de grande importância para a proteção jurídica internacional contra a exploração do trabalho infantil foi a atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Agência das Nações Unidas especializada nas questões do trabalho. “Historicamente, a OIT tem editado convenções e recomendações aos países membros para ajustarem suas legislações internas como forma de prevenir e erradicar o trabalho infantil, muitos destes

reitos da criança” na Convenção Americana de Direitos Humanos: a história do artigo 19. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 310-323, 2020. p. 313.

⁴¹ ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁴² USP. *Declaração dos Direitos da Criança*. 1959. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁴³ LIMA, Fernanda da Silva. Crise humanitária internacional e os direitos das crianças migrantes ou refugiadas: uma análise da Opinião Consultiva n.º 21 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 87-107, jan./abr. 2017. p. 90.

³⁸ OIM. *Monitoramento do fluxo migratório venezuelano*: com ênfase em crianças e adolescentes. DTM N.º 2. Brasília: OIM, 2019.

³⁹ CABRAL, Johana; SOUZA, Ismael Francisco de. *Políticas públicas de proteção para as crianças na condição de refúgio no Brasil*: limites e possibilidades. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

⁴⁰ PETERKE, Sven; FARIAS, Paloma Leite Diniz. 50 anos dos “di-

ratificados pelo Brasil.⁴⁴ Nesse sentido, há dois instrumentos importantes da OIT, que tutelam a proteção de crianças e adolescentes contra a exploração pelo trabalho. São eles: a Convenção n. 138, que trata da idade mínima para admissão ao trabalho⁴⁵, e a Convenção n. 182, que dispõe sobre as piores formas de trabalho infantil⁴⁶.

As normativas internacionais, especialmente aquelas oriundas das Convenções da Organização Internacional do Trabalho, quando ratificadas pelos Estados nacionais, vinculam os mesmos, tanto no âmbito normativo quanto no âmbito executivo, que envolve a elaboração de programas e ações voltados à consecução do conteúdo das referidas convenções.⁴⁷

A Convenção n.º 138 da OIT dispõe sobre os limites de idade mínima para o trabalho. Ela foi aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada no ano de 1973 em Genebra e vigora, no plano internacional, desde 19 de junho de 1976. O Brasil ratificou a Convenção, apenas, em 2001. Ela foi promulgada com base no Decreto n.º 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, vigendo, no Brasil, desde 28 de junho de 2002.

A Convenção n.º 138 da OIT estabelece a idade mínima para o trabalho, a qual não será inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória ou, em qualquer situação, não inferior a quinze anos. Além disso, compromete os Estados-Partes a implementar uma política nacional que assegure a erradicação do trabalho infantil e à elevação progressiva da idade mínima para o trabalho, com vistas ao pleno desenvolvimento físico e mental.⁴⁸ Essa Convenção foi suplementada pela Recomendação n.º 146 da OIT, que indica as prioridades de ação quando da estruturação da política nacional definida na Convenção, além de outras recomendações,

as quais contribuem para o alcance dos objetivos nela previstos. A Recomendação n.º 146 da OIT destacou que algumas áreas de planejamento e política mereciam especial atenção, como: o firme compromisso com o pleno emprego e com medidas que promovam o desenvolvimento do emprego em zonas rurais e urbanas; a extensão progressiva de medidas econômicas e sociais que atenuem a pobreza e assegurem padrões de vida e renda às famílias, tornando desnecessário o recurso ao trabalho infantil; dentre outras.⁴⁹

Um segundo documento importante para a proteção internacional contra a exploração do trabalho infantil é a Convenção n.º 182 da OIT, que versa sobre as piores formas de trabalho infantil. Contudo, entre a Convenção n.º 138 e a Convenção n.º 182, ambas da OIT, sobreveio outro instrumento internacional extremamente relevante para a proteção aos direitos de crianças e adolescentes, que foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.⁵⁰ Essa Convenção, também ratificada pelo Brasil, disciplinou sobre o cuidado e a proteção assegurados às crianças, além de uma série de direitos e de obrigações dos Estados-Partes em promover-los. Dentre eles, está a proteção contra a exploração pelo trabalho:

Artigo 32

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de ser protegida contra a exploração econômica e contra a realização de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja prejudicial para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.⁵¹

O artigo estabelece, ainda, o compromisso dos Estados em adotar medidas legislativas, sociais e educacionais, que promovam a aplicação deste direito. Para tanto, deverão estabelecer: a idade mínima ou as idades mínimas para a admissão no trabalho; a regulamentação apropriada relativa a horários e condições de trabalho;

⁴⁴ SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. 2016. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016. p. 109.

⁴⁵ OIT. *Convenção n. 138*. Convenção sobre a Idade Mínima. 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235872/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁴⁶ OIT. *Convenção n. 182*. Convenção sobre as Piores Formas do Trabalho Infantil. 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁴⁷ REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil nos meios de comunicação: o espetáculo da violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017. p. 56.

⁴⁸ OIT. *Convenção n. 138*. Convenção sobre a Idade Mínima. 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235872/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁴⁹ OIT. *Recomendação n. 146*. Recomendação sobre Idade Mínima para Admissão a Emprego. 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242723/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁵⁰ UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁵¹ UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 02 ago. 2020.

e as penalidades ou sanções que assegurem o efetivo cumprimento do artigo 32.⁵² Assim, diferentemente da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e de outros documentos internacionais pretéritos, tanto a Convenção n.º 138 da OIT quanto a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 vincularam os Estados, em relação ao pleno respeito e atendimento de suas prescrições.

Quando sobreveio a Convenção n.º 182 da OIT, já havia, portanto, nítido consenso e consolidação normativa internacional a respeito da proibição e da necessidade de proteção de crianças e adolescentes contra o trabalho infantil. Essa Convenção foi adotada no dia 17 de junho de 1999, em decorrência da 87ª reunião da Conferência Geral da OIT, sendo também ratificada pelo Estado brasileiro, promulgada pelo Decreto n.º 3.597, de 12 de setembro de 2000, vigendo, no país, desde 02 de fevereiro de 2001.

A Convenção n.º 182 estabeleceu o compromisso dos Estados que a ela aderirem, com a adoção de medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e eliminação, em caráter de urgência, das piores formas de trabalho infantil. Para tanto, fez três destaques importantes ao tema. O primeiro foi a consagração, no artigo 2º, do conceito de criança adotado pela Convenção: toda pessoa menor de dezoito anos. Ou seja, não há qualquer possibilidade de autorização da realização de atividades que integrem a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, antes dos dezoito anos. O segundo destaque relevante foi feito no artigo 3º, o qual diz respeito à compreensão do alcance da expressão “piores formas de trabalho infantil”. Assim, as piores formas de trabalho infantil compreendem: todas as formas de escravidão ou de práticas análogas como a venda e do tráfico de crianças, a sujeição por dívida, a servidão, o trabalho forçado, ou mesmo o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para fins de conflitos armados; a utilização, demanda ou oferta de crianças para fins de prostituição, produções ou atuações pornográficas; a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para atividades ilícitas, como a produção e o tráfico de entorpecentes; bem como trabalhos que, por sua natureza ou circunstâncias de sua execução, podem prejudicar a saúde, a segurança ou a moral da criança. Por fim, o ter-

ceiro apontamento relevante foi a designação de que os trabalhos suscetíveis de prejudicar a saúde, segurança e moral das crianças sejam definidos em legislação nacional, após consulta com as organizações de empregadores e trabalhadores interessados.⁵³ A Convenção n.º 182 foi suplementada pela Recomendação n.º 190 da OIT, a qual dispõe sobre os programas de ação, trabalho perigoso e aplicação das medidas de proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil.⁵⁴

No Brasil, a regulamentação dos artigos 3º, alínea “d” e 4º da Convenção n.º 182 da OIT foi feita com base no Decreto n.º 6.481, de 12 de junho de 2008, o qual aprova a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil. Sobre a classificação das piores formas de trabalho infantil, cabe a ressalva de que não se trata de um termo permissivo ou indicativo da existência de formas mais toleráveis de trabalho infantil. Apenas um sinalizador de que “[...] algumas formas exigem a adoção, com urgência, de ações imediatas, sob pena de se tornar impossível a reversão dos prejuízos e malefícios decorrentes do trabalho.”⁵⁵

Verifica-se, portanto, a existência de significativos documentos jurídicos, os quais dão conta, no âmbito internacional, de garantir a proteção legal de crianças e adolescentes contra a exploração do trabalho infantil.

3.2 A proteção jurídica nacional contra a exploração do trabalho infantil

O Brasil, além de aderir e ratificar os principais instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos das crianças, como: a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, as

⁵² UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁵³ OIT. *Convenção n. 182*. Convenção sobre as Piores Formas do Trabalho Infantil. 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁵⁴ OIT. *Recomendação n. 190*. Recomendação sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_242762/lang-pt/index.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

⁵⁵ REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil nos meios de comunicação: o espetáculo da violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017. p. 64.

Convenções n.º 138 e n.º 182 da OIT; também regulou, no âmbito interno, normativas de proteção contra a exploração do trabalho infantil.

Pode-se afirmar que o conceito de trabalho infantil é definido a partir dos limites legais de idade mínima para o trabalho. Assim, a proteção jurídica nacional contra a exploração do trabalho infantil é realizada pela Constituição Federal de 1988 nos artigos 227 e 7º, XXXIII, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 60 a 69, pela Consolidação das Leis do Trabalho entre os artigos 402 e 441 e pelo Decreto n.º 6.481, de 12 de junho de 2008, que trata das piores formas de trabalho infantil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou uma nova fase de garantias e proteções sociais no país, reconhecendo, no seu artigo 227, *caput*, as crianças e os adolescentes como sujeitos, titulares de direitos próprios e de proteção especial. Assim, ordenou à família, à sociedade e ao Estado o dever compartilhado de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de conferir a proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão de crianças e adolescentes.⁵⁶

No artigo 7º, que integra o capítulo dos direitos sociais, os limites legais de idade mínima para o trabalho estão previstos no inciso XXXIII, atualizados pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, o qual estabelece a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.”⁵⁷ Portanto, a idade mínima para o trabalho no Brasil não poderá ser inferior a dezesseis anos, exceto nos trabalhos de aprendizagem, os quais podem ser realizados a partir dos quatorze anos de idade.

A partir dos quatorze anos é permitido o trabalho até os dezesseis anos exclusivamente na condição de aprendiz, sendo que, ultrapassando os dezesseis

anos, o adolescente adquire capacidade jurídica para o trabalho como um trabalhador comum. Contudo, a capacidade jurídica plena para o trabalho será adquirida apenas a partir dos dezoito anos. Antes dessa idade, ainda são proibidos os trabalhos considerados como noturnos, perigosos e insalubres e penosos e aqueles considerados prejudiciais ao desenvolvimento dos adolescentes.⁵⁸

A Constituição Federal também estabelece, no artigo 227, § 3º, que o direito à proteção especial abrange a garantia de direitos previdenciários e trabalhistas, além da garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola. Verifica-se, portanto, o atendimento constitucional ao disposto nos documentos internacionais de proteção, especialmente o respeito à Convenção n.º 138 da OIT, no que tange à idade mínima de admissão para o trabalho.

Além da previsão constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 60 a 69, trata, especialmente, sobre o direito à profissionalização e à proteção no trabalho. Além de reforçar a regra prevista na Constituição Federal de 1988, o Estatuto elenca mais algumas proteções importantes, como a disposição de que a proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial; a determinação dos objetivos a serem respeitados pela formação técnico-profissional; a garantia do trabalho protegido ao adolescente com deficiência; a vedação do trabalho noturno, perigoso, insalubre, penoso, realizado em locais prejudiciais à formação e ao desenvolvimento, realizado em horários e locais que não permitam frequência à escola do adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica ou assistido em entidade governamental ou não-governamental; dentre outros. Por fim, no artigo 69, o Estatuto assevera que o direito do adolescente à profissionalização e à proteção no trabalho deve observar o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a capacitação adequada ao mercado de trabalho.⁵⁹

Também a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) normatiza a proteção do trabalho de adolescentes entre

⁵⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁵⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de Previdência Social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, p. 1, c. 1, 16 dez. 1998.

⁵⁸ SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. 2016. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016. p. 120.

⁵⁹ BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

os quatorze e dezoito anos, dispondo, inclusive, sobre o contrato de aprendizagem, um contrato especial, o qual pressupõe anotação na Carteira de Trabalho, que possui um prazo máximo de dois anos de realização e assegura a formação técnico-profissional com atividades teóricas e práticas, organizadas metodicamente em tarefas de complexidade progressiva e a condição obrigatória de matrícula e frequência do aprendiz à escola, consoante disposição do artigo 428 e seguintes.⁶⁰

Por fim, destaca-se o Decreto n.º 6.481, de 12 de junho de 2008, o qual atende à disposição da Convenção n.º 182 da OIT, aprovando a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil. Dentre as piores formas de trabalho infantil, estão: as atividades de agricultura, pecuária, silvicultura e exploração florestal, o que inclui a operação de tratores, colheita do fumo, colheita de cítricos, trabalho em estábulos ou junto a silos de estocagem, extração ou corte de madeira, dentre outros; as atividades de pesca, na cata de mariscos, iscas aquáticas ou quaisquer atividades que exijam mergulho — com ou sem equipamento; as atividades na indústria extrativa como cantarias, preparo de cascalho, extração de pedras, areias, argilas e mármore, dentre outras; as atividades na indústria de transformação como jateamentos em geral, operação industrial de reciclagem, industrialização de fumo e cana de açúcar, tecelagem, produção do carvão vegetal, matadouros, indústrias cerâmicas, indústrias de móveis, fabricação de botões, porcelanas, serralherias, dentre outros; atividades de produção e distribuição de eletricidade, gás e água; atividades de construção; atividades de comércio e reparação de veículos automotores; atividades de transporte e armazenagem; atividades de saúde e serviços sociais; atividades de serviços coletivos, sociais, pessoais e outros como em lavanderias industriais, tinturarias, coleta de lixo, cemitérios, artesanato, cuidado e vigilância de crianças, cuidado de pessoas idosas ou doentes; atividades de serviço doméstico; e outras atividades — como em lavagem de veículos, utilização de instrumentos ou ferramentas perfurocortantes, com levantamento e transporte de pesos, ao ar livre sem a proteção adequada contra a exposição à radiação solar.⁶¹

⁶⁰ BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁶¹ BRASIL. *Decreto n.º 6.481, de 12 de junho de 2008*. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d” e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas

Também integram a lista das piores formas de trabalho infantil os trabalhos prejudiciais à moralidade, a exemplo daqueles realizados em prostíbulos, boates, cabarés, danceterias, casas de massagem, saunas, motéis, salas de jogos de azar, de produção ou comercialização de objetos sexuais, livros ou filmes pornográficos dentre outros, venda de bebidas alcoólicas, bem como qualquer trabalho com exposição a abusos físicos, psicológicos ou sexuais.⁶²

Portanto, abaixo dos quatorze anos, é proibido qualquer trabalho. Entre os quatorze e dezesseis, este é permitido, apenas, na modalidade de aprendizagem. E, ainda, tratando-se de trabalho noturno, insalubre, penoso, prejudicial ao desenvolvimento físico e psicológico, prejudicial à moralidade, realizado em horários e locais que prejudiquem a frequência à escola ou que integram a lista das piores formas de trabalho infantil: é proibido em qualquer idade, antes dos dezoito anos.

3.3 A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil de crianças migrantes ou em condição de refúgio

Crianças e adolescentes migrantes ou em situação de refúgio no Brasil são protegidos por um conjunto de normas, tanto do âmbito internacional de proteção quanto internas. Assim, na esfera internacional, estão amparados: pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; pela Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados e o Protocolo Adicional de 1967; pela Declaração de Cartagena sobre o Direito dos Refugiados de 1984 – do sistema latino-americano de proteção, a qual ampliou o conceito de refugiado para contemplar as situações de grave violação dos direitos humanos, violência generalizada, conflitos internos e

de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto n.º 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁶² BRASIL. *Decreto n.º 6.481, de 12 de junho de 2008*. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d” e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto n.º 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

agressão estrangeira; pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989;⁶³ e pelas Convenções n.º 138 e n.º 182 da OIT, todas ratificadas pelo Estado brasileiro.

Quanto às crianças na condição de refúgio, importa destacar o disposto no artigo 22 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989:

Artigo 22

1. Os Estados Partes devem adotar medidas adequadas para assegurar que a criança que tenta obter a condição de refugiada, ou que seja considerada refugiada, de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, estando sozinha ou acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas para que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário com os quais os citados Estados estejam comprometidos.

2. Para tanto, os Estados Partes devem cooperar, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não governamentais que cooperam com as Nações Unidas, para proteger e ajudar a criança refugiada; e para localizar seus pais ou outros membros de sua família, [...]. Caso não seja possível localizar nenhum dos pais ou dos membros da família, deverá ser concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança que esteja permanente ou temporariamente privada de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme estabelecido na presente Convenção.⁶⁴

Verifica-se que o Estado brasileiro está comprometido internacionalmente, não apenas em proteger e ajudar a criança refugiada, mas também em cooperar com as demais organizações que atuam junto à ONU. Portanto, deve trabalhar em parceria e cooperação com a OIM, com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e, inclusive, com a OIT. Logo, conforme a previsão do instrumento acima, as crianças refugiadas, bem como as solicitantes do reconhecimento do *status* de refúgio — que aguardam a decisão do CONARE acerca da proteção pelo instituto do refúgio no país — devem receber do Estado brasileiro a prote-

ção e assistência humanitária adequadas, independentemente da sua condição migratória.

Internamente, as crianças e os adolescentes migrantes, bem como aqueles que estão no Brasil na condição de refugiados, são protegidos, essencialmente, pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo Estatuto dos Refugiados, Lei n.º 9.474, de 22 de Julho de 1997 e pela Lei de Migração, Lei n.º 13.445 de 24 de maio de 2017, a qual dispõe sobre os direitos e deveres do migrante e do visitante e estabelece os princípios e diretrizes que regem a política migratória brasileira, dentre os quais encontra-se, no artigo 3º, inciso XVII: “a proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante.”⁶⁵

Legalmente, as crianças e os adolescentes migrantes e as crianças e os adolescentes em situação de refúgio no Brasil possuem os mesmos direitos que as crianças e os adolescentes brasileiros, o que compreende tanto os direitos fundamentais previstos no artigo 227, *caput* da Constituição, quanto os limites da idade mínima para o trabalho, a proteção contra a exploração do trabalho infantil e, especialmente, a proteção contra as piores formas de trabalho infantil.

Vale destacar que a Recomendação n.º 146 da OIT, a qual suplementa a Convenção n.º 138 ao elencar determinadas áreas de planejamento e de política que mereciam especial atenção dos Estados, destacou, no número 3 do item I:

3. Deveriam ser objeto de especial atenção as necessidades de crianças e adolescentes sem família ou que não vivam com suas próprias famílias, e de crianças e adolescentes migrantes que vivem e viajam com suas famílias. Medidas tomadas nesse sentido deveriam incluir a concessão de bolsas de estudo e de formação profissional.⁶⁶

Portanto, no Brasil, as crianças migrantes ou em situação de refúgio devem ter todos os direitos — assegurados constitucional e estatutariamente — garantidos, o que inclui a proteção contra o trabalho infantil. A condição de criança deve prevalecer sobre a condição migratória. Além do mais, por apresentarem-se em si-

⁶³ CABRAL, Johana; SOUZA, Ismael Francisco de. *Políticas públicas de proteção para as crianças na condição de refúgio no Brasil: limites e possibilidades*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

⁶⁴ UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brasil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁶⁵ BRASIL. *Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13445.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁶⁶ OIT. *Recomendação n. 146*. Recomendação sobre Idade Mínima para Admissão a Emprego. 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242723/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

tuação de vulnerabilidade aumentada, considerando-se todos os riscos e as violações suportados ao longo do processo migratório e as barreiras a serem enfrentadas no processo de integração local, devem receber uma atenção diferenciada, que se atente ao seu melhor interesse e promova a proteção integral.

Desse modo, e por tais fundamentos, a situação de trabalho de crianças e adolescentes migrantes venezuelanos, identificada pelos órgãos das Nações Unidas na região norte do país, indica que crianças e adolescentes migrantes no Brasil encontram-se com seus direitos violados, o que demanda do governo brasileiro maiores esforços, em razão de ter firmado o compromisso de erradicar o trabalho infantil e combater as suas piores formas.

4 As políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil para crianças migrantes ou em condição de refúgio

4.1 Políticas públicas para as crianças migrantes ou em situação de refúgio no Brasil

Os direitos humanos impactam os cenários locais. Não se restringe a uma experiência metafísica, mas sim, consiste em verdadeiro fenômeno, com consequências materiais para a vida diária das pessoas em todo o mundo.⁶⁷ A satisfação dos direitos humanos — previstos em tratados e convenções internacionais — e dos direitos fundamentais — constitucionalmente assegurados, somente é possível pela ação do Estado. Ou seja, demanda que o Estado aja no sentido de adotar medidas, implementar ações que consolidem os direitos juridicamente assegurados. Nesse mesmo sentido, a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes como os direitos à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer e de ser protegido contra todas as formas de violência ou exploração requerem do Estado a atuação administrativa, positiva,

⁶⁷ SOUZA, Ismael Francisco de; LEME, Luciana Rocha; SCHERF, Erick da Luz. Creating bridges between international relations theory and international human rights law: constructivism and the role of Brazil in the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 178-197, 2018.

no sentido da tradução das previsões constitucionais em direitos reais, concretos.

As políticas públicas realizam essa tarefa, de satisfação dos direitos fundamentais, dos direitos sociais da população. Embora não haja um conceito preciso, muitos autores costumam relacionar as políticas públicas com a resolução de problemas coletivos, uma forma de trabalhar com as questões públicas e com os dilemas sociais. As políticas públicas constituem uma série de ações ou decisões coerentes, tomadas por diferentes atores, os quais podem ser públicos ou não públicos, “[...] a fim de resolver de maneira pontual um problema politicamente definido como coletivo.”⁶⁸ Sob outra perspectiva, as políticas públicas consistem em identificar problemas e aplicar soluções: “[...] envolvem a articulação de objetivos políticos por meio de deliberações e discursos, além do uso de instrumentos políticos (*policy tools*), numa tentativa de atingir esses objetivos.”⁶⁹ Outros autores consideram as políticas públicas como “[...] instrumentos de ordem político-administrativa a serviço da população que visam aprimorar ou melhorar a sua qualidade de vida de modo geral.”⁷⁰ Ainda, destaca-se que as políticas públicas “configuram uma modalidade recente de atendimento de demandas sociais, uma forma tardia de cuidar do que é público.”⁷¹

A gestão dos processos migratórios também demanda a tomada de ações pelo governo, no sentido de assegurar a adequada integração e dignidade da pessoa humana em deslocamento. Trata-se de uma temática que deve ingressar, com agilidade e plena atenção, na agenda estatal. Isso porque “[...] a inclusão da população migrante e refugiada nas políticas públicas pensadas em uma perspectiva integral e transversal favorece a integração e a prevenção de violações de direitos.”⁷² A Lei

⁶⁸ SUBIRATS-HUMET, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2008. p. 36, tradução livre.

⁶⁹ HOWLETT, Michael; RAMESCH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 5-6.

⁷⁰ LIMA, Fernanda da Silva; SALEH, Nicole Martignago. A transversalidade nas políticas públicas de igualdade racial no município de Criciúma/SC e a garantia de direitos de crianças e adolescentes negros. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13., 2016, Santa Cruz do Sul. *Anais...* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. p. 9.

⁷¹ SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. p. 121.

⁷² LUSSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e

de Migração instituiu que a política migratória brasileira rege-se por princípios e diretrizes, elencados no artigo 3º, dentre os quais, estão: a “X – inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas” e o “XI – acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social.” A legislação também assegura ao migrante, no artigo 4º, direito aos serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, sem discriminação.⁷³ Com relação ao refúgio, o Estatuto dos Refugiados dispôs como de competência do CONARE, a orientação e coordenação das ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e do apoio jurídico aos refugiados.⁷⁴

Verifica-se que os migrantes e refugiados no Brasil, além do acesso às políticas públicas gerais — que são aquelas políticas destinadas a todos os brasileiros natos ou naturalizados — são titulares de políticas específicas, próprias às suas condições de inclusão, a partir de deliberação do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e também do CONARE. As crianças e os adolescentes migrantes ou em situação de refúgio no Brasil, por possuírem os mesmos direitos que as crianças nacionais, têm direito, ainda, às políticas públicas dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente nos níveis nacional, estadual e municipal. São políticas formuladas por meio das Conferências, Fóruns e dos Planos de Direitos. Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente têm natureza deliberativa e, portanto, vinculam-se à administração pública, em relação ao atendimento de suas deliberações.

Contudo, boa parte das políticas públicas nacionais para os migrantes e os refugiados no Brasil destinam-se aos adultos. São políticas para revalidação de diplomas, para o ensino da língua portuguesa ou o ingresso no ensino superior, políticas para a capacitação profissional e inclusão socioeconômica, dentre outras. De modo geral, as crianças e os adolescentes migrantes acabam relegados ao segundo plano na ação governamental, “[...] uma vez que compõem um número menor dentro do

total global de refugiados e de solicitações de refúgio.”⁷⁵ O Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, documento importante, o qual constitui-se como o principal planejamento público das políticas públicas para crianças e adolescentes, não reservou nenhum objetivo e nenhuma diretriz especialmente destinados às crianças e aos adolescentes migrantes ou em situação de refúgio no Brasil.⁷⁶ Portanto,

[a]s políticas que existem, ocorrem de maneira local, a partir da ação dos gestores públicos estaduais e municipais ou da articulação de organizações da sociedade civil, que atuam no atendimento direto a migrantes. Considerando a teoria da proteção integral, tem-se que a criança acaba desprotegida, porque não há uma garantia ampla da política. Por isso a importância de que os temas ligados à migração e ao refúgio sejam incorporados pelo Plano Decenal dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente.⁷⁷

Embora seja de extrema importância a instituição de políticas públicas especializadas, considerando-se a vulnerabilidade aumentada e a necessidade de proteção, promoção e restabelecimento dos direitos, não há, no Brasil, uma política nacional de proteção às crianças migrantes ou em situação de refúgio. Desse modo, cabe, essencialmente aos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, incluir, nos planos e programas destinados à infância e adolescência, políticas públicas específicas para as crianças e os adolescentes migrantes ou em situação de refúgio no Brasil. Políticas que contemplem suas necessidades urgentes, as barreiras ao processo de inclusão local, além da proteção contra violações de direitos, como a exploração do trabalho infantil.

4.2 O III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)

Para consolidar os compromissos estabelecidos de proteção aos direitos de crianças e adolescentes e erradicação do trabalho infantil, especialmente daqueles

refúgio. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 136-144, 2015. p. 136.

⁷³ BRASIL. *Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁷⁴ BRASIL. *Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁷⁵ SANTOS, Isabelle Dias Carneiro. As políticas públicas de proteção e inclusão das crianças refugiadas no Brasil. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 88-107, jul./dez. 2015. p. 91.

⁷⁶ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Construindo a Política Nacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes e o Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes 2011-2020*. Documento preliminar para consulta pública. Brasília, 2010.

⁷⁷ CABRAL, Johana; SOUZA, Ismael Francisco de. *Políticas públicas de proteção para as crianças na condição de refúgio no Brasil: limites e possibilidades*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. p. 213.

que integram a lista das piores formas, o Ministério do Trabalho, extinto em 1º de janeiro de 2019, instituiu, por meio da Portaria n.º 952, de 08 de julho de 2003, a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI). Trata-se de um órgão cuja composição contemplava representantes do poder público, empregadores, trabalhadores, sociedade civil organizada, bem como organismos internacionais.⁷⁸ A CONAETI surge, então, com o objetivo de consolidar as disposições das Convenções n.º 138 e 182 da OIT, viabilizando a elaboração e o acompanhamento da execução do Plano. Os esforços vão ao encontro, também, da meta 8.7 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), a qual busca, até 2025, eliminar o trabalho infantil em todas as suas formas.⁷⁹

Assim, o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador encontra-se em sua terceira edição, fruto do trabalho da Subcomissão de Erradicação do Trabalho Infantil, a qual realizou a revisão dos dois planos anteriores — com a identificação dos entraves e desafios a serem superados na prevenção e eliminação do trabalho infantil no Brasil, bem como a construção do atual plano, cujo período de execução vai de 2019 até o ano de 2022.

O resultado dessa avaliação demonstrou que do total de 97 ações propostas, 57 foram realizadas e 17 foram parcialmente realizadas — o que significa uma execução de aproximadamente 60% do II Plano. Dentre as ações realizadas, podemos destacar: I) a implementação de políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador (inclusive quanto aos aspectos da previsão orçamentária, e execução física e financeira); (II) o reordenamento do Serviço de Convivência e redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, e (III) a organização de seminários e congressos para discussão do tema trabalho infantil e proteção ao

adolescente trabalhador com a sociedade e o poder público.⁸⁰

A partir desse balanço, bem como do diagnóstico situacional estatístico, a Subcomissão de Erradicação do Trabalho Infantil pôde, então, identificar o problema central, criar a situação-objetivo para 2022 e estabelecer os eixos estratégicos, definindo os objetivos de cada eixo e as ações de cada objetivo, as quais podem ser de curto, médio e longo prazo. Portanto, diante da constatação da permanente violação dos direitos de crianças e adolescentes concretizada na exploração do trabalho infantil, problema central, definiu-se a aceleração da eliminação do trabalho infantil, mediante a implementação de ações que alcancem todas as faixas etárias, nas atividades agrícolas e não agrícolas, além da garantia do acesso à escola de qualidade, inclusive para os adolescentes em trabalho de aprendizagem. O plano traz, também, a matriz operacional e os procedimentos de monitoramento e avaliação.⁸¹

O III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador compõe-se de sete eixos estratégicos, os quais são:

a) priorização da prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador nas agendas políticas e sociais; b) promoção de ações de comunicação e mobilização social; c) criação, aperfeiçoamento e implementação de mecanismos de prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador, com destaque para as piores formas; d) promoção e fortalecimento da família na perspectiva de sua emancipação e inclusão social; e) garantia de educação pública de qualidade para todas as crianças e os adolescentes; f) proteção da saúde de crianças e adolescentes contra a exposição aos riscos do trabalho; g) fomento à geração de conhecimento sobre a realidade do trabalho infantil no Brasil, com destaque para as suas piores formas.⁸²

⁷⁸ Em abril de 2019, o Presidente da República extinguiu a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI), restituindo-a, a partir do Decreto n.º 10.574/2020, dois dias antes da divulgação dos novos dados do IBGE sobre o trabalho infantil no Brasil. Pelo novo decreto, o Ministério Público do Trabalho (MPT), assim como as entidades da sociedade civil e os organismos internacionais, foram excluídos da composição da CONAETI.

⁷⁹ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)*. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalversosite.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁸⁰ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)*. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalversosite.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁸¹ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)*. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalversosite.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁸² BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Hu-

Dentre as ações, estão as de: disseminar entre as empresas conceitos, práticas, políticas e ferramentas de responsabilidade social; articular o monitoramento das políticas setoriais para a prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador; construir estratégias de combate ao trabalho infantil na agricultura familiar; sugerir inclusão da obrigação de cumprimento do Plano no PPA; manter e atualizar as mídias sociais dos Direitos da Criança e do Adolescente incluindo informações sobre o Trabalho Infantil; incentivar que os espaços de participação de adolescentes pautem a temática do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador; priorizar a fiscalização nas piores formas de trabalho infantil; ampliar o número de Auditores Fiscais do Trabalho designados a combater o trabalho infantil; garantir a efetiva existência de equipes de fiscalização móvel do trabalho infantil; atuar perante os municípios e estados para formulação e implementação de políticas públicas de qualificação das famílias para acesso ao mundo do trabalho; incluir as famílias em condição de pobreza e extrema pobreza em situação de trabalho infantil nos programas de transferência de renda; ampliar a marcação de trabalho infantil no Cadastro Único; fortalecer a gestão municipal para enfrentamento do trabalho infantil, dentre outras.⁸³

O III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho e Proteção ao Adolescente Trabalhador revela-se um importante instrumento político para a erradicação do trabalho infantil visando proteção aos direitos de crianças e adolescentes. Tal como o Plano Decenal de Direitos Humanos, não contempla qualquer medida relacionada com a proteção de crianças e adolescentes migrantes, em condição de refúgio, bem como de suas famílias. No ano em que foi elaborado o III Plano pela Subcomissão de Erradicação do Trabalho Infantil, em 2018, o Brasil já registrava o expressivo ingresso de famílias venezuelanas, tratando-se do mesmo

manos. *III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)*. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalversosite.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁸³ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)*. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalversosite.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

ano de monitoramento da OIM e identificação da existência de trabalho infantil por crianças e adolescentes venezuelanos. Portanto, a ausência de ações de trabalho para com crianças e adolescentes migrantes e suas famílias revela a desarticulação da política migratória com a política de proteção aos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Indica, também, que as crianças e os adolescentes migrantes ou na condição de refúgio não ingressam na agenda de proteção à infância e adolescência do modo como deveria, considerando-se o compromisso do Estado brasileiro com a proteção integral de crianças e adolescentes em deslocamentos.

Embora ainda não haja um relatório avaliativo ou informativo do CONAETI acerca da implementação do III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022) — o que, certamente, será feito ao final do período de execução do presente plano, ainda em vigor —, verifica-se intensa atuação dos órgãos designados na matriz operacional do Plano, em ações, campanhas e trabalhos de fiscalização, informação e combate ao trabalho infantil.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), por exemplo, responsável pela ação elencada no Eixo Estratégico 1 do III Plano, de “construir estratégias de combate ao trabalho infantil na agricultura familiar”, divulga, em seu sítio eletrônico, algumas ações importantes, como a construção do folder intitulado “Proteção infanto-juvenil no campo: uma colheita para o futuro”; apoio e participação na campanha “Covid-19: agora mais do que nunca, protejam crianças e adolescentes do trabalho infantil”, realizada em 12 de junho de 2020, por iniciativa do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPE-TI), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), do Ministério Público do Trabalho (MPT) e Justiça do Trabalho; dentre outras.⁸⁴

Outro órgão atuante é o Ministério Público do Trabalho (MPT), o qual, em seu sítio eletrônico, têm divul-

⁸⁴ CONTAG. *Proteção infanto-juvenil no campo: uma colheita para o futuro*. Disponível em: http://www.contag.org.br/imagens/f369Folder_Protecao_Infanto-juvenil.pdf. Acesso em: 07 abr. 2021.

CONTAG. *12 de junho: Dia Nacional e Mundial de Combate ao Trabalho Infantil*. 12 jun. 2020. Disponível em: <http://www.contag.org.br/index.php?modulo=portal&acao=interna&codpag=101&id=14001&mt=1&nw=1>. Acesso em: 07 abr. 2021.

gado algumas ações, como a campanha “Atletas Adolescentes – Dignidade é Nosso Esporte”, realizada em 23 de fevereiro de 2021, pela Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente, juntamente à campanha #ChegadaTrabalhoInfantil, com o intuito de conscientizar atletas adolescentes, bem como suas famílias e organizações esportivas, sobre os riscos e o trabalho infantil no esporte. O MPT também realizou em 2021 a abertura de 3 mil vagas para o curso EAD “MPT NA ESCOLA – Capacitação para o Enfrentamento ao Trabalho Infantil pelas Redes Pública e Privada de Ensino – Turma 2/2021”, com carga de 20 horas, destinado a professoras, professores, educadoras e educadores das redes pública e privada de ensino, visando o protagonismo da comunidade escolar na construção de uma sociedade livre do trabalho infantil, em consonância com a ação contida no Eixo Estratégico 3 do Plano, de “promover cursos de capacitação e atividades sobre os direitos da criança e do adolescente”.⁸⁵

Ainda, cabe destacar a atuação dos auditores fiscais do Trabalho, os quais, entre os anos de 2017 e 2020, realizaram 2.438 fiscalizações, as quais resultaram na identificação de 6.093 crianças e adolescentes em trabalho infantil. A Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), órgão da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, noticia a realização de campanha para prevenção e combate ao trabalho infantil, como a campanha “Denuncie o Trabalho Infantil”, divulgada no dia 16 de junho de 2020, em todos os canais oficiais da Secretaria: Facebook, Instagram, Twitter e YouTube. A campanha visou explicar as formas mais comuns de trabalho infantil e reforçar os canais de denúncia.⁸⁶

⁸⁵ MPT. *Campanha pelos direitos de atletas adolescentes é lançada pelo Ministério Público do Trabalho*. 25 fev. 2021. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/campanha-pelos-direitos-de-atletas-adolescentes-e-lancada-pelo-ministerio-publico-do-trabalho>. Acesso em: 07 abr. 2021.

MPT. *Prorrogadas até o dia 26 de março as inscrições do curso EAD MPT na Escola: capacitação para o enfrentamento ao trabalho infantil*. 22 mar. 2021. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/prorrogadas-ate-o-dia-26-de-marco-as-inscricoes-do-curso-ead-mpt-na-escola-capacitacao-para-o-enfrentamento-ao-trabalho-infantil>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Economia. *Fiscalizações retiram 20 crianças e adolescentes do trabalho infantil em indústrias cerâmicas e olarias*. 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/trabalho/julho/fiscalizacoes-retiram-20-criancas-e-adolescentes-do-trabalho-infantil-em-industrias-ceramicas-e-olarias>. Acesso em: 07 abr. 2021.

Por fim, em consulta ao sítio eletrônico “odsbrasil.gov.br”, operado conjuntamente pelo IBGE e pela Secretaria Especial de Articulação Social, o qual traz os “Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”, verifica-se que o objetivo 8.7.1, relativo à “proporção e número de crianças de 5-17 anos envolvidos no trabalho infantil, por sexo e idade” ainda está sinalizado como “em análise/construção”.⁸⁷ Verifica-se que, a despeito da situação pandêmica vivenciada pelo novo coronavírus, a qual atingiu o Brasil e o mundo no ano de 2020, o III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador está sendo implementado.

4.3 Estratégias para a prevenção e erradicação do trabalho infantil de crianças migrantes ou na condição de refugiadas

Considerando-se a existência de exploração do trabalho infantil de crianças e adolescentes venezuelanos localizados nos municípios de Pacaraima e Boa Vista, em atividades de ajudante de alvenaria, jardinagem, cozinha, venda ambulante, serviços de limpeza e mecânica, bem como a não disposição, pelo III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022), de objetivos ou ações para o combate ao trabalho infantil de crianças e adolescentes migrantes no Brasil, é necessário pensar estratégias que possam e devam ser adotadas pelo governo brasileiro e pelos órgãos de proteção aos direitos da criança e do adolescente, visando à erradicação do trabalho infantil.

A primeira estratégia diz respeito à fiscalização e ao enfrentamento do trabalho infantil em regiões de fronteira. Essa ação é extremamente necessária, pois é preciso o real diagnóstico da dimensão desta violação de direito que atinge as famílias migrantes que ingressam na região norte, mormente do fluxo migratório proveniente da Venezuela, o qual revela-se o maior, na atualidade, dentre os demais fluxos para o território brasileiro. A identificação realizada pela OIM foi feita por amos-

BRASIL. Ministério da Economia. *Campanha contra o trabalho infantil marca data nacional de conscientização*. 12 jun. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/junho/campanha-contra-o-trabalho-infantil-marca-data-nacional-de-conscientizacao>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁸⁷ BRASIL. Secretaria de Governo. Secretaria Especial de Articulação Social. *Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*.

tagem. Portanto, há de se considerar a probabilidade desse número ser ainda maior, considerando o total de migrantes residentes no Estado de Roraima.

Com a identificação adequada das crianças e dos adolescentes venezuelanos que estão em situação de trabalho infantil no Brasil — especialmente dos que se encontram submetidos às piores formas, é preciso promover a imediata inserção social da família, mediante a retirada da criança ou do adolescente trabalhador dos postos de trabalho infantil, seguida de sua pronta inclusão nos serviços de convivência e fortalecimento de vínculos do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). A restrição econômica está na base dos deslocamentos forçados, e revela-se a motivação principal do encaminhamento de crianças e adolescentes ao trabalho infantil. Assim,

combater o trabalho infantil não implica somente o mero afastamento da criança ou do adolescente do trabalho. Questionar o trabalho precoce, representa uma tentativa de superação do *status quo*. Se a pobreza familiar consiste no principal fator determinante do trabalho precoce, é imprescindível uma política pública comprometida com a melhoria da renda familiar e a promoção do desenvolvimento local integrado e sustentável.⁸⁸

Outra estratégia indispensável à proteção de crianças e adolescentes migrantes contra a exploração do trabalho infantil diz respeito à desburocratização ou facilitação do ingresso de crianças e adolescentes migrantes à escola. Isso porque, muitas famílias migrantes, mormente aquelas que realizam a chamada migração involuntária, a exemplo das famílias refugiadas, não dispõem da documentação relativa à identificação, formação e/ou histórico escolar do país de origem. Muitas famílias migram, apenas, com alguns mantimentos indispensáveis à travessia. Esta situação não pode passar batida pelo governo brasileiro. A educação é uma ação central para a erradicação do trabalho infantil. Revela-se como a principal forma para o rompimento do ciclo intergeracional de pobreza. Por esse motivo, é preciso maiores esforços, inclusive das escolas, para a garantia do acesso à educação de crianças e adolescentes migrantes e refugiados.

A ausência de documentação interfere não apenas no acesso à escola, como também na realização do registro de nascimento ou de documentos de identifica-

ção. Muitas vezes os custos para a renovação ou emissão de segunda via dos documentos de identificação no país de origem são elevados e inacessíveis às famílias migrantes ou refugiadas. Sobre isso, Oliveira e Martin asseveram que “o acesso a uma certidão de nascimento é norteador pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não devendo a criança ser privada de tal direito apenas porque seus pais não têm condições de renovar seus documentos de identificação.”⁸⁹ Além do mais,

essa situação aumenta a vulnerabilidade da criança em situação de refúgio, em variadas frentes. A certidão de nascimento protege a criança do trabalho infantil e do recrutamento militar prematuro pois, com o registro, pode facilmente demonstrar ou comprovar a sua idade. Ainda, a certidão protege a criança, especialmente as que se localizam em região de fronteira, do tráfico de pessoas. Isso porque as vítimas do tráfico são, geralmente, aquelas difíceis de serem rastreadas, de modo que a certidão, portanto, inibe a ação dos traficantes.⁹⁰

Outras ações estratégicas envolvem o combate à xenofobia, ao mito do valor pelo trabalho, bem como a outros mitos do trabalho infantil, a responsabilização das empresas ou pessoas que exploram, a adequada informação às crianças e aos adolescentes migrantes sobre o trabalho infantil, considerando também a barreira da linguagem, além de maior governança para a promoção de migrações seguras, ordenadas e regulares. Como visto, o trabalho infantil afeta as crianças e os adolescentes migrantes desde as travessias e, às vezes, assombram-nas ao longo de todo o deslocamento migratório. Por isso, o Estado brasileiro deve contribuir com o estabelecimento de políticas que permitam a migração protegida. Vale uma ressalva: é preciso parar de pensar em políticas públicas para migrantes e pensar em políticas públicas com os migrantes. Políticas que estimulem a participação e o protagonismo dos migrantes e refugiados. “Uma criança refugiada sabe dizer melhor quais são suas demandas de proteção do que um político, um trabalhador humanitário ou um acadêmico.”⁹¹

⁸⁹ OLIVEIRA, Aline Passuelo de; MARTIN, Cássio Nardão. O acesso ao registro de nascimento de filhos de imigrantes. In: GAIRE. Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (org). *Múltiplos olhares: migração e refúgio a partir da extensão universitária*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2016. p. 9-19. p. 16.

⁹⁰ CABRAL, Johana; SOUZA, Ismael Francisco de. *Políticas públicas de proteção para as crianças na condição de refúgio no Brasil: limites e possibilidades*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. p. 221.

⁹¹ MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. A proteção brasileira para crianças refugiadas e suas consequências. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, v. 21, n. 42, p. 281-285, jan./jun. 2014. p. 284.

⁸⁸ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil*. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 231-232.

Portanto, as crianças migrantes e em situação de refúgio no Brasil precisam integrar os fóruns de discussão sobre os direitos de crianças e adolescentes, para que suas reais necessidades sejam identificadas e levadas em consideração quando da estruturação das políticas públicas.

5 Considerações finais

No presente artigo, buscou-se analisar o trabalho infantil de crianças migrantes e na condição de refúgio no Brasil, com base no monitoramento do fluxo migratório venezuelano. Em pesquisa realizada nos meses de maio e junho de 2018, com uma amostra de 3.785 migrantes venezuelanos, em locais de trânsito e assentamentos nas cidades de Boa Vista e Pacaraima, a Organização Internacional para as Migrações (OIM), de acordo com o relatório Monitoramento do fluxo migratório venezuelano: com ênfase em crianças e adolescentes DTM N.º 2, identificou a incorporação de crianças e adolescentes venezuelanos ao trabalho infantil, nas atividades de jardinagem, ajudante de alvenaria, venda ambulante, tarefas de limpezas, mecânica, dentre outras.⁹² Trata-se de uma situação que viola o compromisso brasileiro com as Convenções n.º 138 e 182 da OIT, bem como o direito à proteção integral de crianças e adolescentes migrantes e em situação de refúgio no Brasil.

A primeira parte da pesquisa abordou a exploração do trabalho infantil de crianças migrantes e em situação de refúgio no Brasil considerando-se o fluxo migratório venezuelano. Com base em apontamentos iniciais sobre o trabalho infantil no Brasil, verificou-se que o trabalho infantil consiste em fenômeno complexo, presente desde a colonização, e que subsiste até hoje, em virtude, dentre outras causas, de forte tolerância cultural. Em seguida, tratou-se das diversas violações aos direitos de crianças e adolescentes em movimento, mormente das que realizam os deslocamentos forçados, as quais, quando não migram à procura de trabalho, acabam sendo incorporadas ao trabalho infantil ao longo do percurso migratório. No caso das crianças e dos adolescentes venezuelanos que se encontram nas cidades de Boa Vista e Pacaraima, a OIM identificou a exploração do trabalho infantil, em atividades que integram a lista das pio-

res formas, as quais sinalizam a violação aos direitos de crianças e adolescentes migrantes no Brasil.

No segundo momento, trabalhou-se a proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil de crianças migrantes ou em condição de refúgio. Da proteção internacional, depreende-se a existência de diversos instrumentos que dispõem sobre a proteção de crianças. De grande importância, são as Convenções n.º 138 e 182 da OIT, que tratam dos limites de idade mínima para o trabalho e das Piores Formas de Trabalho Infantil, respectivamente. No plano interno, a proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil é realizada pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Decreto n.º 6.481/2008. Quanto à proteção jurídica de crianças migrantes ou em condição de refúgio no Brasil, ela é feita com base em um conjunto de normas, internacionais e internas. As crianças e os adolescentes migrantes possuem os mesmos direitos legalmente assegurados às crianças brasileiras, o que inclui a proteção contra a exploração do trabalho infantil.

Por fim, foram abordadas as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil para crianças migrantes ou em condição de refúgio. A terceira parte refere-se à análise dos conceitos de políticas públicas, seguida do estudo sobre as políticas públicas para as crianças e os adolescentes migrantes ou em situação de refúgio no Brasil. Em seguida, fez-se uma breve apresentação do III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022), passando-se, então, à proposição de estratégias de prevenção e erradicação do trabalho infantil de crianças e adolescentes migrantes no Brasil.

Para a realização do presente trabalho, delimitou-se o seguinte problema de pesquisa: quais os procedimentos jurídicos e políticos para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil de crianças venezuelanas migrantes no Brasil? Obteve-se, ao final, a confirmação da hipótese de pesquisa, no sentido de que a exploração do trabalho infantil de crianças e adolescentes migrantes e em situação de refúgio no Brasil é identificada em atividades que variam entre limpeza doméstica, venda ambulante, alvenaria, jardinagem e cozinha, funções que acontecem na informalidade e de forma bastante prejudicial às crianças e aos adolescentes, visto que integram as chamadas piores formas. Para além da prote-

⁹² OIM. *Monitoramento do fluxo migratório venezuelano: com ênfase em crianças e adolescentes*. DTM N.º 2. Brasília: OIM, 2019.

ção legal, os procedimentos jurídicos e políticos para o enfrentamento ao trabalho infantil de crianças migrantes no Brasil contemplam: a informação, fiscalização e responsabilização da empresa ou pessoa exploradora, previstas em lei e no III Plano; a adoção de políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil das crianças migrantes; além do acompanhamento e inclusão social da criança migrante e de sua família. Além destas, outras conclusões foram possíveis, como: a adoção de estratégia que promova a fiscalização e o enfrentamento do trabalho infantil em regiões de fronteira; a desburocratização ou facilitação documental no ingresso de crianças e adolescentes migrantes à escola; a facilitação na realização do registro de nascimento ou de documentos de identificação das crianças e dos adolescentes migrantes; o combate à xenofobia, ao mito do valor pelo trabalho, além de maior governança para o estímulo às migrações seguras.

A presente pesquisa apresenta algumas limitações, como um diagnóstico pequeno, a partir de fonte documental – pesquisa da OIM realizada em Boa Vista e Pacaraima-RR. Nesse sentido, seria interessante também avaliar a situação da exploração do trabalho de crianças e adolescentes migrantes venezuelanos em outras regiões do país, especialmente aquelas que participam do processo de interiorização e acolhem as famílias que ingressam pela fronteira ao norte como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, e outros Estados. Seria relevante, ainda, que a identificação desse tipo de violação contemplasse as crianças e os adolescentes migrantes e na condição de refúgio pertencentes às demais nacionalidades, visando à compreensão da real dimensão do trabalho infantil na vida de crianças e adolescentes migrantes no Brasil, bem como a maior adequação de políticas públicas e ações que assegurem ou restabeçam seus direitos. Assim, estudos futuros podem aprofundar esta temática, trazendo outras perspectivas e problematizações, como se existe, de fato, ou, por quais modos ocorrem a materialização do direito de igualdade de tratamento, formalmente assegurado às crianças e aos adolescentes migrantes no Brasil; ou de que forma os espaços de discussão e participação sociais têm incluído e abordado a temática migratória em seus debates e formulações; ou, as ações das escolas brasileiras na identificação do trabalho infantil e orientação à criança e família migrante, dentre outras análises que contribuam com a promoção

da proteção integral de crianças e adolescentes, migrantes ou em situação de refúgio, no Brasil.

Referências

ACNUR. *Brasil reconhece mais 7,7 mil venezuelanos como refugiados*. 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/08/28/brasil-reconhece-mais-77-mil-venezuelanos-como-refugiados/#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20refugiada%20no%20Brasil,venezuelanos%20viverem%20atualmente%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em: 01 abr. 2021.

ACNUR. *Declaração de Cartagena*. 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1. Acesso em: 06 abr. 2021.

ACNUR. *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*. Brasília: UNHCR – ACNUR, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto n.º 6.481, de 12 de junho de 2008*. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d” e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto n.º 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-5452compilado.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de Previdência Social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, p. 1, c. 1, 16 dez. 1998.

- BRASIL. *Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Campanha contra o trabalho infantil marca data nacional de conscientização*. 12 jun. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/junho/campanha-contra-o-trabalho-infantil-marca-data-nacional-de-conscientizacao>. Acesso em: 07 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Fiscalizações retiram 20 crianças e adolescentes do trabalho infantil em indústrias cerâmicas e olarias*. 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/trabalho/julho/fiscalizacoes-retiram-20-criancas-e-adolescentes-do-trabalho-infantil-em-industrias-ceramicas-e-olarias>. Acesso em: 07 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)*. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalversosite.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Construindo a Política Nacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes e o Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes 2011-2020*. Documento preliminar para consulta pública. Brasília, 2010.
- CABRAL, Johana; SOUZA, Ismael Francisco de. *Políticas públicas de proteção para as crianças na condição de refúgio no Brasil: limites e possibilidades*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.
- CABRAL, Maria Eliza Leal; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A proteção internacional e nacional contra a exploração do trabalho infantil no marco da teoria da proteção integral. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 15., 2018, Santa Cruz do Sul. *Anais...* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2018.
- CONTAG. *12 de junho: Dia Nacional e Mundial de Combate ao Trabalho Infantil*. 12 jun. 2020. Disponível em: <http://www.contag.org.br/index.php?modulo=portal&acao=interna&codpag=101&id=14001&mt=1&nw=1>. Acesso em: 07 abr. 2021.
- CONTAG. *Proteção infanto-juvenil no campo: uma colheita para o futuro*. Disponível em: http://www.contag.org.br/imagens/f369Folder_Protecao_Infanto-juvenil.pdf. Acesso em: 07 abr. 2021.
- CUSTÓDIO, André Viana; CABRAL, Maria Eliza Leal. Trabalho infantil na agricultura familiar: uma violação de direitos humanos perpetuada no meio rural. *Revista Jurídica em Pauta*, Bagé, v. 1, n. 2, p. 3-15, 2019.
- CUSTÓDIO, André Viana; FREITAS, Higor Neves de. O trabalho infantil indígena no Brasil: um paralelo entre a diversidade cultural e a universalidade dos direitos humanos. *Revista Videre*, Dourados, v. 12, n. 24, p. 275-300, maio/ago. 2020.
- CUSTÓDIO, André Viana; KERN, Meline Tainah. Os mitos do trabalho infantil no tráfico de drogas: uma análise sob a perspectiva da teoria do etiquetamento da criminologia crítica. *Cognitio Juris*, João Pessoa, v. 10, n. 31, p. 303-326, nov. 2020.
- CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009.
- CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil*. Florianópolis: OAB/SC, 2007.
- FIGUEIRA, Mauro Sérgio. *Desenvolvimento econômico da cadeia global do petróleo: Venezuela e Arábia Saudita em perspectiva sistêmica*. 2017. 177 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- FREITAS, Higor Neves de; RAMOS, Fernanda Martins. A proteção jurídica contra a exploração do trabalho

- ho infantil. *Revista Jurídica em Pauta*, Bagé, v. 1, n. 2, p. 111-123, 2019.
- GLIND, Hans Van de; KOU, Anne. Migrant children in child labour: a vulnerable group in need of attention. In: IOM. *Children on the move*. Geneva: IOM, 2013. p. 27-43.
- HOWLETT, Michael; RAMESCH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: trabalho de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade 2016-2019*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.
- IOM. *Fatal journeys: missing migrant children*. Geneva: IOM, 2019. v. 4.
- IOM. *World migration report 2020*. Geneva: IOM, 2019.
- IPPDH. *Derechos humanos de personas migrantes: manual regional*. Buenos Aires: IPPDH/OIM, 2017.
- LIMA, Fernanda da Silva. Crise humanitária internacional e os direitos das crianças migrantes ou refugiadas: uma análise da Opinião Consultiva n.º 21 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 87-107, jan./abr. 2017.
- LIMA, Fernanda da Silva; SALEH, Nicole Martignago. A transversalidade nas políticas públicas de igualdade racial no município de Criciúma/SC e a garantia de direitos de crianças e adolescentes negros. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13., 2016, Santa Cruz do Sul. *Anais...* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016.
- LUSSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 136-144, 2015.
- MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. A proteção brasileira para crianças refugiadas e suas consequências. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, v. 21, n. 42, p. 281-285, jan./jun. 2014.
- MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Júlia. Migração venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, Brasília, v. 13, n. 13, p. 61-82, dez. 2018.
- MPT. *Campanha pelos direitos de atletas adolescentes é lançada pelo Ministério Público do Trabalho*. 25 fev. 2021. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/campanha-pelos-direitos-de-atletas-adolescentes-e-lancada-pelo-ministerio-publico-do-trabalho>. Acesso em: 07 abr. 2021.
- MPT. *Prorrogadas até o dia 26 de março as inscrições do curso EAD MPT na Escola: capacitação para o enfrentamento ao trabalho infantil*. 22 mar. 2021. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/prorrogadas-ate-o-dia-26-de-marco-as-inscricoes-do-curso-ead-mpt-na-escola-capacitacao-para-o-enfrentamento-ao-trabalho-infantil>. Acesso em: 07 abr. 2021.
- OIM. *Monitoramento do fluxo migratório venezuelano: com ênfase em crianças e adolescentes*. DTM N.º 2. Brasília: OIM, 2019.
- OIT. *Convenção n. 138*. Convenção sobre a Idade Mínima. 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235872/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.
- OIT. *Convenção n. 182*. Convenção sobre as Piores Formas do Trabalho Infantil. 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.
- OIT. *Recomendação n. 146*. Recomendação sobre Idade Mínima para Admissão a Emprego. 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242723/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.
- OIT. *Recomendação n. 190*. Recomendação sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_242762/lang-pt/index.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.
- OLIVEIRA, Aline Passuelo de; MARTIN, Cássio Nardão. O acesso ao registro de nascimento de filhos de imigrantes. In: GAIRE. Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (org.). *Múltiplos olhares: migração e refúgio a partir da extensão universitária*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2016. p. 9-19.
- OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. A migração venezuelana no Brasil: crise humanitária, desinformação e os aspectos normativos. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2019.

- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2020.
- OTERO, Guilherme; TORELLY, Marcelo; RODRIGUES, Yssysay. A atuação da organização internacional para as migrações no apoio à gestão do fluxo migratório venezuelano no Brasil. In: BAENINGUER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (coord.); VON ZUBEN, Catarina *et al.* (org.). *Migrações venezuelanas*. Campinas: Nepo/Unicamp, 2018. p. 38-44.
- PETERKE, Sven; FARIAS, Paloma Leite Diniz. 50 anos dos “direitos da criança” na Convenção Americana de Direitos Humanos: a história do artigo 19. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 310-323, 2020.
- PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.
- RAFFOUL, Jacqueline Salmen. Crisis in Venezuela: the brazilian response to the massive flow of venezuelans in Roraima. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 17-22, 2018.
- RAMÍREZ ROMERO, Silvia Jaquelina; GARCÍA HIDALGO, Jorge O.; MUÑOZ CASTELLANOS, Rocío Gabriela; ENCISO CRUZ, Perla Jazmín. *Mas allá de la frontera, la niñez migrante: son las niñas y niños de todos: estudio exploratorio sobre la protección de la niñez migrante repatriada en la frontera norte*. México: Caminos Posibles S. C., 2009.
- REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil nos meios de comunicação: o espetáculo da violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.
- SANTOS, Isabelle Dias Carneiro. As políticas públicas de proteção e inclusão das crianças refugiadas no Brasil. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 88-107, jul./dez. 2015.
- SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018.
- SILVA QUIROZ, Yolanda; CRUZ PIÑEIRO, Rodolfo. Niñez migrante retornada de Estados Unidos por Tijuana: los riesgos de su movilidad. *Región y Sociedad*, Sonora, v. 25, n. 58, p. 29-56, set./dez. 2016.
- SILVA, G. J.; CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T.; MACEDO, M. *Refúgio em números*. 5. ed. Brasília: OBMigra; Ministério da Justiça e Segurança Pública/Comitê Nacional para os Refugiados, 2020.
- SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. 2016. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.
- SOUZA, Ismael Francisco de; CABRAL, Johana. Direitos Humanos e a questão migratória: o trabalho infantil no contexto da migração entre os países do Triângulo Norte da América Central e os Estados Unidos. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 3, n. 2, p. 153-173, jul./dez. 2017.
- SOUZA, Ismael Francisco de; LEME, Luciana Rocha; SCHERF, Erick da Luz. Creating bridges between international relations theory and international human rights law: constructivism and the role of Brazil in the inter-american system of human rights. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 178-197, 2018.
- SUBIRATS-HUMET, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2008.
- UNHCR. *Death threats and disease drive more venezuelans to flee*. 2019. Disponível em: <http://www.homelandsecuritynewswire.com/dr20190521-death-threats-and-disease-drive-more-venezuelans-to-flee>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- UNHCR. *Global trends: forced displacement in 2018*. Geneva: UNHCR, 2019.
- UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 02 ago. 2020.
- UNICEF. *Crise migratória venezuelana no Brasil: o trabalho do UNICEF para garantir os direitos das crianças venezuelanas migrantes*. 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil>. Acesso em: 19 jul. 2020.

UNICEF. *Data brief: children on the move: key facts & figures*. New York: UNICEF, 2018.

USP. *Declaração dos Direitos da Criança*. 1959. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 02 ago. 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The new brazilian anti-trafficking law: challenges and opportunities to cover the normative lack

A nova Lei Brasileira de Combate ao Tráfico: desafios e oportunidades para suprir a lacuna normativa

Waldimeiry Correa da Silva

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES

The new brazilian anti-trafficking law: challenges and opportunities to cover the normative lack*

A nova Lei Brasileira de Combate ao Tráfico: desafios e oportunidades para suprir a lacuna normativa

Waldimeiry Correa da Silva**

Abstract

This study is based on the assumption that Brazilian counter-trafficking in persons law enforcement has given rise to a complex, deficient, confusing anti-trafficking system that presents legal obstacles. Derived from this lack of harmonization in the Brazilian context, there were different ways of interpreting what trafficking was, which has also generated a confusing framework regarding the interpretation of the concept itself. Hence, the new anti-trafficking law in Brazil (13.344/2016) was approved in order to cover this normative vacuum and to act as a useful and proactive instrument in tackling human trafficking in Brazil that would comply with the due diligence. The purpose of the article is to analyse whether the irrelevance of consent to crimes of trafficking in persons in the new anti-trafficking law in Brazil complies with the requirements of international law on the matter. For these purposes, we apply a descriptive qualitative methodology, consisting of the review and analysis of the legal regulations, jurisprudence, doctrine and legal bibliography. The procedure to access the information from secondary sources has been carried out through the following search engines and bibliographic databases: Web of Science, Scopus and Google Scholar. In turn, the various Brazilian and United Nations repositories, databases and specialized studies on the subject were used. The conclusions of this study contribute to the area in that they show that, to comply with the due diligence, it is necessary to meet the requirement of the international standard on the irrelevance of consent. Thus, favouring a multidirectional action that safeguards the human rights of victims-survivors.

Key Words: Trafficking in persons. Brazilian law enforcement. Dual Diligence. Human Rights. Irrelevance of consent.

Resumo

Este estudo se fundamenta no pressuposto de que o combate ao tráfico de pessoas no Brasil deu origem a um regime antitráfico complexo, deficiente, impreciso, e que apresenta obstáculos legais. Derivado dessa falta de harmonização com o normativo internacional havia diferentes formas de inter-

* Recebido em 14/09/2020
Aprovado em 19/06/2021

** Profesora do Depto. Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales da Universidad de Sevilla.
Email: wcorrea@uloyola.es

pretar o que era tráfico de pessoas no contexto brasileiro, o que também gerou um quadro ambíguo quanto à interpretação do próprio conceito. Assim, a nova lei antitráfico no Brasil (13.344/2016), foi aprovada com o objetivo de cobrir esse vazio normativo, atuar como um instrumento útil e proativo no enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil e como consequência cumprir a devida diligência. O objetivo do artigo é analisar se a irrelevância do consentimento nos crimes de tráfico de pessoas na nova lei antitráfico no Brasil cumpre com as exigências do direito internacional sobre a matéria. A estes efeitos se utiliza uma metodologia qualitativa, que consiste na revisão e análise de normas jurídicas, jurisprudência, doutrina e literatura jurídica. O procedimento de acesso à informação de fontes secundárias foi realizado através dos seguintes motores de busca e bases de dados bibliográficas: *Web of Science*, *Scopus* e *Google acadêmico*. Por sua vez, foram utilizados os diversos repositórios e bases de dados brasileira e das Nações Unidas e estudos especializados sobre o tema. As conclusões deste estudo contribuem à área na medida em que mostram que para o cumprimento da devida diligência é necessário atender a exigência da norma internacional sobre a irrelevância do consentimento, para conduzir uma ação multidirecional e que resguarde os direitos humanos das vítimas-sobreviventes.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas. Aplicação da lei brasileira. Devida diligência. Direitos Humanos. Irrelevância do consentimento.

1 The internalization of international law: The Multifaceted and Confused Brazilian Structure in the Confrontation of Human Trafficking

Trafficking in persons (TP) is internationally defined by the Palermo Protocol (2000¹), which typifies it as a

¹ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000. Article 3. Use of terms. For the purposes of this Protocol: "(a) "Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person hav-

complex and dynamic crime derived from the conjunction of three interrelated constituent elements: an action; the media; and the purpose of direct or indirect exploitation of the person. This definition externalizes trafficking as a process that includes a movement of people in contexts of vulnerability for the purpose of exploitation. Human mobility generally occurs in contexts of migration (regular or irregular), thus leading to the confusion with other legal categories, such as irregular migration, human trafficking or international refugee².

The concept of human trafficking provided by the Palermo Protocol is not exempt from criticism, both for its complexity, derived from the understanding of trafficking as a process composed of three constituent and related elements, and its wide scope. The Palermo Protocol does not include the behaviors that constitute the modality of trafficking, leaving to the discretion of the States the delimitation and classification of internal behaviors that define trafficking. Even with its lights and shadows, the international legal benchmark has consolidated the structuring of a global regime to confront trafficking in persons that is related to different legal categories (irregular migration, refugee, asylum and trafficking), public and private actors and different approaches (public order / criminal policy, gender and human rights). The diversity of actors, types of regulations, institutions and different legal categories related to trafficking conform a complex international regime³. For these purposes, the United Nations recognize trafficking as a massive violation of Human Rights and its negative synergy with other forms of human rights violations (slavery, servitude, forced labor, violence against women, torture, treatment inhuman and degrading, international illicit and human trafficking).

The recognition of trafficking in persons as a violation of Human Rights generates a commitment to the states-parties of the Palermo Protocol to develop measures aimed at: preventing and educating about tra-

ing control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation".

² SILVA, W. C. da. *Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³ ALTER K. J.; RAUSTIALA, K. The Rise of International Regime Complexity. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 14, n. 1, p. 329-349, 2018; GÓMEZ-MERA, Laura. Regime complexity and global governance: The case of trafficking in persons. *European Journal Of International Relations*, 2016.

fficking, protecting and assisting victims of trafficking, and repressing and prosecuting the crime and punish offenders (Article 2 of the Palermo Protocol). The due diligence of the States aims to protect the victims / survivors of trafficking from human rights abuses by private agents. In this direction, the States must undertake reasonable measures to modify the result and mitigate the damage. As stated by the Inter-American Court (2018)⁴, the States have the obligation and responsibility to guarantee the victims the right to reparation and the exercise of due diligence. The Inter-American Court noted both the existence of due diligence regarding the situation of vulnerability of the trafficking victims⁵ and argued that this special rule applies in the cases in which the integrity of the person is at stake. In this sense, this rule implies a positive obligation to investigate and penalize any act aimed at maintaining a situation analogous to slavery, servitude, forced labor as exploratory behaviors rooted in trafficking in persons.

Brazil was one of the 178 countries that signed (2000) and ratified (2004) the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (Palermo Convention)⁶ and the Palermo Protocol.⁷ Since that ratification, the country has been adapting its internal legislation and promoting public policies to address the objectives established in the regulations for the counter-trafficking. An example of this was the successive modifications to the 1940 Penal regarding human trafficking, 2005, 2009 and 2016 reforms. However, an analysis of the legislation has revealed the need for comprehensive modifications that provide effective legal measures to protect trafficking victims and accomplish the dual diligence about this issue. In particular, the ones referred to the protection of human rights and the achievement of human rights standards relevant to the activity of justice

operators and procedural standards, as dictated by the ICIR (2016)⁸ and ECHR (2005, 2010 y 2012)⁹.

In Brazil, the meaning of human trafficking is rather ambiguous, and its understanding is quite heterogeneous. This is because the discussion was basically directed at trafficking for the purpose of sexual exploitation. But over the last fifteen years (2004-2018), different demands on the agenda of Human Rights in Brazil made them use the language of human trafficking. Until December of 2016, the multiplicity in the ways of understanding the HT is also due to the existence of two legal instruments that served as a framework, but that also generated ambiguity and disagreement among the different actors. The first instrument, the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children (Palermo Protocol, 2000)¹⁰ and the second, the Brazilian Penal Code (BCP). Public debates and public awareness campaigns have shown the trafficking as a political-legal problem, following the Palermo Protocol. Nevertheless, the administrative practices that regulate the trafficking, in the country, follow the Brazilian Penal Code. Hence, the result is a heterogeneous understanding of the same process. This demonstrates both an “uncertain environment” and “institutional barriers”¹¹ in the counter trafficking in Brazil.

This structure has generated, on the one hand, a complex regime¹² of counter human trafficking. Its complexity stems from a diverse, interdependent structure that mixes both a disruptive, reactive and proactive approach counter to human trafficking¹³. On the other

⁴ CORTE IHR. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*. Case de 20 October 2016, párr. 364.

⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR): *Siliadin vs. France*, no. 73316/01. [TEDH, Section II], 26 de July de 2005; *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, no. 25965/04. [ECHR, Section I], 7 January 2010; *C.N. and V. vs. France*, no. 67724/09. [ECHR, Section V], 11 October 2012; *C.N. vs. United Kingdom*, no. 4239/08. [ECHR, Section IV], 13 de November 2012.

⁶ BRAZIL. Decree No. 5.015, dated March 12, 2004.

⁷ BRAZIL. *Decree No. 5.017, dated March 12, 2004*. Retrieved from: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mt_dsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=en

⁸ CORTE IHR. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*. Case de 20 October 2016

⁹ European Court of Human Rights (ECHR): *Siliadin vs. France*, no. 73316/01, 26 de July de 2005; *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, 7 January 2010; *C.N. and V. vs. France*, no. 67724/09, 11 October 2012; *C.N. vs. United Kingdom*, no. 4239/08, 13 November 2012.

¹⁰ Decree No. 5.017, dated 03/12/2004.

¹¹ FARRELL, A.; OWENS, C.; MCDEVITT, J. New laws but few cases: Understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases. *Crime Law & Social Change*, p. 1–13, 2014; MATOS, M.; GONÇALVES, M. & MAIA, A. Understanding the criminal justice process in human trafficking cases in Portugal: factors associated with successful prosecutions. *Crime, Law and Social Change*. 2019. <https://doi.org/10.1007/s10611-019-09834-9>.

¹² ALTER K. J.; RAUSTIALA, K. The Rise of International Regime Complexity. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 14, n. 1, p. 329-349, 2018. p. 331.

¹³ VERHOEVEN, M.; BARBRA, G. Human trafficking and criminal investigation strategies in the Amsterdam Red Light District. *Trends in Organized Crime*. 14. 2011148-164. [10.1007/s12117-011-011-0](https://doi.org/10.1007/s12117-011-011-0)

hand, this institutional regime has created the aforementioned “uncertain legal environment” and “institutional barriers” that makes it difficult to advance on the subject. The new anti-trafficking law is important as a tool to overcome the different perceptions of what trafficking means, only if all actors are involved in specialized training courses from a common framework. The new law draws from a human rights approach to protect the trafficked victims. This measure also intends to overcome the negative attitudes in relation to trafficking victims. The last part of this article analyses the irrelevance of the victims’ consent as a means to guarantee the protection of their rights under this new Brazilian anti-trafficking law.

The evolution of this complex understanding of human trafficking in Brazil has developed in six different stages between 2004 and 2016. The first step was the 2004 signing and ratification of the (Palermo Protocol), a process prompted more by external, supranational and international demands than by local ones.¹⁴ The second phase began with the National Policy for Combating Human Trafficking (the National Policy) in 2006,¹⁵ guided by the triple objective of the Palermo Protocol. The National Policy establishes principles, guidelines and actions that seek to prevent and suppress human trafficking and care for victims to ensure compliance with international anti-trafficking policies based on instruments to protect and promote human rights. A third stage (2008 and 2013) began in 2008 with the approval of Parts I of the National Plan to Combat Human Trafficking (*Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP*)¹⁶ and in February 2013, with the approval

of PNETP II. And, in July 2018 approval of III PNETP¹⁷. The fourth stage comprised the formation of the National Network on Human Trafficking (*Rede Nacional de ETP*),¹⁸ a process of public expression with the participation of different actors from civilian society established by the creation of 15 Centers to Combat Human Trafficking¹⁹ and 9 Advance attention post²⁰. A fifth stage was initiated by the creation of the National Committee to Combat Human Trafficking (*Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CONATRAP*),²¹ which sought to monitor the National Policy and promote the involvement of public and private agencies and entities in the fight against human trafficking (*Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - ETP*). The sixth stage (2005, 2009 and 2016) refers to the legislative changes affecting Brazilian criminal law.

The focus of this article is on the sixth stage and the goal is to respond to that gap in the structure of the Brazilian regime to counter human trafficking. This breach compromises the Brazilian due diligence on the matter. The general purpose of the article is to show that a proactive confrontation to trafficking²² demand a

collaboration between civil society, international organizations and various governmental spheres enabled the development of PNETP II, with broad societal participation for defining its battle plans.

¹⁷ BRASIL. Decree No. 7.901, dated February 4, 2013; Decree No. 9.440, DOU, dated July 03, 2018. Initiated the development of PNETP III (2018-2021).

¹⁸ The group of institutions and organizations were named the National Network on Human Trafficking (*Rede Nacional de ETP - RETP*) and included representatives from the federal government and the Ministry of Justice responsible for the *Coordinated Combat against Human Trafficking* led by the Centers to Combat Human Trafficking and Specialized Centers. The RETP also included the participation of social support and assistance entities such as *CRAS* and *CREAS* and other bodies such as the Ministry of Justice and Public Security, the Ministry of Public Health, foreign embassies and non-governmental organizations (Brazil: SNJ, 2012).

¹⁹ In portuguese: Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – NETP. Retrieved from <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/nucleos-de-enfrentamento>

²⁰ In portuguese: “Postos avançados de Atendimento Humanizado aos Migrantes”. Retrieved from <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/postos-avancados> <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/postos-avancados>

²¹ Decree No. 7.901, dated February 4, 2013 designated 26 members, 7 government representatives, 7 civilian representatives or human trafficking specialists, 1 representative from the NETP and Centers, 1 representative from state committees, and 1 representative from each of the 10 National Councils for Public Policy.

²² FARRELL, A.; OWENS, C.; MCDEVITT, J. New laws but few cases: Understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases. *Crime Law & Social Change*, 2014.

9126-00; UNODC (2008). *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*. New York/Geneva. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/08-58296_tool_5-2.pdf

¹⁴ The first impetus came from the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), the Organization of American States (OAS), the International Labor Organization (ILO) and the United States government.

¹⁵ BRASIL. “*Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*”: Decree No. 5.948, dated 10/26/2006.

¹⁶ BRASIL. “*I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*.” Approved by Decree No. 6.347, dated January 8, which established 100 (one hundred) goals aligned with several priorities. PNETP I sought to respond to the problem of human trafficking in three main areas: prevention, crime suppression and the accountability of its perpetrators, and comprehensive care for victims. According to the report by the Ministry of Justice (*Secretaria Nacional de Justiça/SNJ* [2012]), the PNETP I step enabled collaboration between civil society and various government agencies and international institutions (ILO, UNODC, IOM) for preventive action and helped in the attempt to provide comprehensive care for trafficking victims. This

multidirectional action: one that recognizes the problem, prevents it, trains and educates the responsible actors. This concentration should offer a system that recognizes the role of the victim in the process of trafficking, and from a Human Rights approach, that revalidates the irrelevance of their consent in the criminal proceedings. Thus, ensuring the protection of their rights and that is endowed with specific funds for these purposes.

Regarding the considerations above, this article presents the following key questions: how does this multifaceted vision impact the understanding of human trafficking in Brazil? In other words, how is trafficking in persons understood in the Brazilian context? How is the Brazilian counter trafficking persons regime structured? Does the Brazilian State comply with human rights standards relevant to the activity of justice operators to guarantee protection, reparation and assistance to trafficking victims? To reply these questions, this research is structured in four parts. The introduction to the Brazilian context against trafficking, followed by a second section that examines the lexical-normative structure of Law No. 13.344/2016, the most recent legal instrument addressing human trafficking. The third part offers a technical-legal analysis of the new anti-trafficking law (dated October 6, 2016), leading to the third section, which defends the hypothesis that consent arguments are irrelevant in Human Trafficking crimes. The final section examines the irrelevance of the consent argument in Human Trafficking crimes.

A thematic qualitative text analysis approach was adopted to identify and analyse the changes in the Brazilian system of counter-trafficking. Thereby, the methodology aims to identify actors involved within Brazilian ETP, as well as the content and meaning of the new Brazilian anti-trafficking law. In this sense, this paper is based on a traditional literature review of the results from a bibliographic, doctrinal revision, and a documentary survey of the laws dedicated to the subject.

2 Breach of Due Diligence: The Lack in the Normative Structure of Antitrafficking Law

Human trafficking has been codified in the Brazilian legal system since the 1890 Penal Code of the Republic, as follows: “To induce women to prostitution, whether

by abusing their weakness or misery, or by intimidating or threatening them” (Article 278, 1890).²³ However, this article was modified by Law No. 2.992, dated September 25, 1915, which increased the prison sentence for this crime from 1 to 3 years and made an explicit statement on the issue of consent, considered unnecessary only for minors. In 1940, the current Penal Code was drafted, which incorporated the crime of human trafficking in Article 231 and which persisted until the enactment of Law No. 11.106 in 2005. As such, we can see that from 1890 to 1940, the Brazilian penal codes limited legal protection to the female sex.

Brazil was one of the 178 countries that signed (2000) and ratified (2004) the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (Palermo Convention)²⁴ and the Palermo Protocol.²⁵ Since that ratification, the country has been adapting its internal legislation and promoting public policies to address the objectives established in the regulations for the fight against human trafficking. An example of this was the successive modifications to the 1940 Penal Code and the 2005, 2009 and 2016 reforms regarding human trafficking. However, an analysis of the legislation has revealed the need for comprehensive modifications that provide effective legal measures to protect trafficking victims and hold traffickers accountable.

2.1 The legal concept of trafficking in persons until 2016

Before October 2016, trafficking was defined in Article 231 of the Brazilian Penal Code as “promoting, brokering or facilitating the involvement of persons in prostitution within national borders or the departure of persons to practice prostitution in foreign countries.”²⁶ Article 231 was amended by Law No. 11.106 in 2005, expanding the definition to all genders and ages, and Article 231-A was also added, which further defined domestic human trafficking. In this manner, the definition

²³ Chapter III – “Pimping,” Article 278. BRAZIL. *Penal Code. Decree of Law No. 847*, dated October 11, 1890.

²⁴ BRASIL. Decree No. 5.015, dated March 12, 2004

²⁵ BRASIL. Decree No. 5.017, dated March 12, 2004

²⁶ Law No. 11.106, dated March 28, 2005: “that amends articles 148, 215, 216, 226, 227, 231 and adds article 231-A to Decree of Law No. 2.848 dated December 7, 1940 – Penal Code and includes other measures.”

was expanded to cover all persons and areas but continued to be limited to the issue of sexual exploitation.²⁷

A second amendment to the penal code was enacted by Law No. 12.015 in 2009,²⁸ which modified the wording of the definition of human trafficking by including the following purposes: “international human trafficking for the purpose of sexual exploitation” (Article 231) and “domestic human trafficking for the purpose of sexual exploitation” (Article 231-A). This was added in §1 and §2 of the previous Article 231 of the Penal Code:

§1 The same penalty shall be imposed on the person who recruits, entices or buys the trafficked person, as well as having knowledge of that condition, transports, transfers or hosts the trafficked person.

§2 The penalty shall be increased by half if:

- I. the victim is under 18 (eighteen) years of age;
- II. the victim, due to illness or mental disability, does not have the necessary discernment for the practice of the act;
- III. if the agent is a parent, stepfather, stepmother, brother, stepchild, spouse, companion, tutor or caretaker, teacher or employer of the victim, or assumed, by law or otherwise, an obligation of care, protection or surveillance of the victim; or
- IV. there is violence, serious threat or fraud.

Despite criticism of the failure to extend the protected legal right, since the definition of criminal conduct was limited to human trafficking for sexual exploitation purposes, it can be said that the inclusion of the above-

²⁷ Other updates that are also relevant to combatting organized transnational crime are the update to the crime of money laundering (Law No. 12.683/2012), the concept of a criminal organization (Law No. 12.850/2013), the definition and suppression of terrorism (Law No. 13.260/2016), and expanding the modalities and protection of the Human Trafficking Crime (Law No. 13.344/2016).

²⁸ BRASIL. Law No. 12.015 dated August 7, 2009 “amends Title VI of the Special Section of Decree of Law No. 2.848, dated December 7, 1940 - Penal Code, and Article 1 of Law No. 8.072, dated July 25, 1990, which addresses heinous crimes under the terms of item XLIII of Article 5 of the Federal Constitution and repeals Law No. 2.252 dated July 1, 1954, which addresses the corruption of minors.” This modification resulted from actions by a Joint Parliamentary Committee of Inquiry (JPCI) (JPCI on Sexual Exploitation) commissioned in 2003 and concluded in 2005. All of the information on the activities conducted by this JPCI was found in BRASIL: National Congress. Joint Parliamentary Commission of Inquiry created to investigate situations of violence and networks of sexual exploitation of children and adolescents in Brazil (*Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil*). 2005. Rapporteur: Representative Maria do Rosário. Available at: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/84599>.

-mentioned paragraphs represented a small but nevertheless elementary step forward in the accountability of those involved in this type of trafficking. When the Penal Code equated the conduct of the agent, defrauder or buyer with that of the person who transports, transfers or provides housing to the victim, the severity of the criminal conduct increased as soon as the perpetrator became aware of the trafficking victim’s condition. This provision holds all persons who in some way contributed to the perpetration of the crime criminally responsible, even as a participant. NUCCI²⁹ understood that there was a mistake in the definition of this crime because the act of *selling* the trafficked person was omitted, a situation that was foreseen in Article 231-A, §1. There was already a legal provision for applying financial penalties as well as incarceration for crimes of international and domestic trafficking committed for the purpose of sexual exploitation and motivated by profit or economic advantage.

Therefore, it is important to highlight some of the characteristics of this crime. The heading (*caput*) of Article 231 indicates two actions: *promote* or *facilitate* the entry or departure of someone who comes to practice prostitution or some other form of sexual exploitation within or outside of national borders. GRECO³⁰ alleged that the act of promotion is broadly defined and can even encompass facilitation. The idea of organization evolves from there in the sense of doing everything necessary for (a) a foreigner to enter Brazilian territory or for (b) a Brazilian citizen to enter foreign territory, both for sexual exploitation purposes. The agent, therefore, truly acts as an administrator of the business of sex, of prostitution, in charge of transportation, obtaining a passport visa, finding placement in brothels, in short, doing everything necessary for a victim to pass through the borders of the countries in which she or he will work as a prostitute or will be sexually exploited³¹.

Concerning the consummation of the crime of international human trafficking for the purpose of sexual exploitation, there is a doctrinal controversy; some

²⁹ NUCCI, G. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Forense, 2013. p.1022. Retrieved from <http://www.guilhermenucci.com.br/livros/codigo-penal-comentado>

³⁰ GRECO, R. *Código Penal Comentado*. Niterói. Retrieved from http://www.impetus.com.br/produto/21754/codigo-penal-comentado---rogerio-greco---2019_rogerio-greco (p. 738).

³¹ GRECO, R. *Código Penal Comentado*. Niterói. Retrieved from http://www.impetus.com.br/produto/21754/codigo-penal-comentado---rogerio-greco---2019_rogerio-greco

authors, such as Luiz Regis PRADO³² (2001, p. 292), contended that the crime is formal. In other words, the crime is consummated by the simple act of territorial entry or departure, regardless of whether sexual exploitation occurred. Rogério GRECO³³ and Guilherme NUCCI³⁴ took the opposite view, contending that the crime is material. This implies an indispensable and meticulous verification of events after entering or leaving the territory because the crime entails the effective exercise of prostitution or some other form of sexual exploitation. The position of the body of law on this is also controversial.

In view of the foregoing, it is notable that before October 2016, the legal concept of Human Trafficking that guided the Brazilian criminal justice system was associated exclusively with the intermediation or facilitation of international and domestic movement for the purpose of prostitution or other forms of prostitution or other forms of sexual exploitation (Articles 231 and 231-A of the Penal Code). Here, coercion does not define the crime³⁵.

2.1.1 Phatic-normative gaps and the need to adjust to international regulations

For a comparative interpretation of the international guidelines on the subject, we should refer to other types of crimes that we can deem corollaries or subsidiaries to human trafficking, in the sense that they are committed in parallel or as a means of achieving the ultimate goal of human trafficking and exploitation. We emphasize that trafficking is not a “medium” crime; it is an autonomous crime, and according to NUCCI³⁶,

Common crime (can be perpetrated by anyone); material (requires a naturalistic result, consisting of the effective occurrence of prostitution or some other form of sexual exploitation); free form (can

be committed in any manner); crime of commission (the verbs indicate actions); instantaneous (the moment of consummation happens at a specific moment in time) although there is an element of habitual action leading to consummation; single perpetrator (can be committed by a single person); multiple incidents (requires several acts). Does not admit intent because it is a conditional crime (depends on prostitution or exploitation).³⁷

However, the 2009 modifications left at least four phatic-normative gaps that were foreseen in the Penal Code as corollary crimes: (i) conduct related to trafficking for the purpose of sexual exploitation; (ii) conduct related to the exploitation, organization and protection of work, especially work occurring in conditions analogous to slavery; (iii) conduct related to the exploitation of minors; and (iv) conduct linked to the removal of human organs and tissues.

In fact, the reforms instigated by Law 12.015/2009 did not consider all the exploitation hypotheses identified by the Palermo Protocol. Faced with the lack of such provisions in Articles 231 and 231-A of the Brazilian Penal Code (BPC), a comprehensive reading and a systematic interpretation of the BPC were necessary to identify other possible forms of exploitation pertaining to the crime of trafficking. For this, an extended reading should be made of other devices that allow framing this behavior within other crimes.³⁸ In this regard, we refer to the provisions regarding behaviors such as involvement in lascivious behaviors toward others (Article 227, BPC), practicing prostitution or other forms of sexual exploitation (Article 228, BPC), brothels (Article 229, BPC) and pimping (Article 230, BPC).

A second omission was the failure to foresee the second most well-known form of trafficking, the exploitation of labor,³⁹ which in Brazil is related to forced and/or slave labor. The Brazilian legal system considers the crime of subjugation to be analogous to slavery, which, according to the provisions of Article 149 of the BPC, comprises

³⁷ Free translation.

³⁸ Brazilian legislation related to/associated with the crime of Human Trafficking (see the Palermo definition and note the types of crime not explicitly recognized but implicitly present): (1) aiding and abetting sexual exploitation, (2) work-related, (3) related to illegal adoption – minors, (4) removal of human organs and tissues.

³⁹ There is a possibility of significant overlap between the behaviors described in Article 149 and that of article 231 of the BPC because the former crime would be consummated by the movement of the victim and the latter crime by the effective use of the victim for the for-profit exploitation of their work.

³² PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: parte especial. São Paulo: RT, 2011. p. 292. Retrieved from <https://www.saraiva.com.br/curso-de-direito-penal-brasileiro-vol-3-parte-especial-arts-250-a-359-h--7-ed-3380805.html>.

³³ GRECO, R. *Código Penal Comentado*. Niterói. Retrieved from https://www.impetus.com.br/produto/21754/codigo-penal-comentado--rogerio-greco--2019_rogerio-greco.

³⁴ NUCCI, G. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Forense, 2013. p. 1021.

³⁵ “Tribunal Regional Federal da 1ª. Região - Criminal Appeal N° 2005.35.00.023131-6 – GO; “5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás”: Case 2009.35.00018434-2.

³⁶ NUCCI, G. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Forense, 2013. p. 1021.

[...] reducing someone to a condition analogous to slavery, either by subjecting him to forced labor, or an exhaustive work day, or to degrading work conditions, or restricting, by any means, his mobility due to debt owed to the employer or imposed.⁴⁰

This modality has been fleshed out by the inclusion of crimes related to labor organizations, such as recruitment for emigration purposes (Article 206, BPC); preparing workers in one location to work in another within the country (Article 207, BPC); deprivation of rights ensured by labor law (209, *caput*, BPC); and attacking the freedom to work (Article 197, I, BPC).

The third area of neglect is related to the purposes of the exploitation of children and adolescents, which can occur for the purpose of illegal adoption in two cases: first, the crime of giving over a minor child to unsavory people (Article 245, BPC) and, second, the crime of sending a child or adolescent abroad for the purpose of obtaining profit or without complying with legal requirements (Article 239, Statute on Children and Adolescence). Likewise, criminal conduct related to the sexual exploitation of minors, as passive subjects, is covered in the ECA section on subjecting children or adolescents to sexual exploitation (Article 244 -A, ECA).

The fourth area of neglect by the legislature in 2009 is related to the criminal act of the removal of organs, tissues or parts of the human body for the following purposes: (1) to receive payment or for another terrible reason (Article 14, §1, Law No. 9.434/1997); (2) purchase or sale of tissues, organs or human body parts (Article 15, Law No. 9.434/1997) and (3) act of collecting, transporting, storing or distributing tissues, organs or human body parts knowing that they have been obtained illegally (Article 17, Law No. 9.434/1997).

2.1.2 The parliamentary contribution for the normative reviewing of trafficking in persons the Brazilian context

In view of the aforementioned areas of neglect hindering a comprehensive attack on human trafficking in Brazil, in 2011, the Congress of Representatives requested a Parliamentary Investigative Commission (PIC, RCP No. 3/2011) with the objective of “investigating human trafficking in Brazil, its causes, consequences and

those responsible from 2002 to 2011.”⁴¹ The PIC of the Congressional Representatives confirmed that Brazilian laws do not effectively address the triple objective defined by the Palermo Protocol (Article 2): the prevention of crime, protection of and assistance to victims, and the detention and punishment of offenders. In addition, the law was remiss in limiting the purposes of trafficking to sexual exploitation only. The Parliamentary Investigative Commission also noted that Brazil should review its legislation and define the base form of the crime of trafficking, with subtypes that vary according to the purpose of the exploitation and not according to the type of victim, thus conforming to the Palermo Protocol (proposed Law No. 6.934/2013).

The Federal Senate also presented an Institutional Requirement (RQS, No. 226/2011) to establish a CPI-TRAFPE to investigate domestic and international human trafficking in Brazil.⁴² In December 2012, after twenty months of work, the final report of the Senate Parliamentary Investigative Commission was approved, which highlighted the different forms of trafficking within Brazilian borders and the international trafficking of Brazilians. This led to the conclusion that changes were needed in legislation addressing criminal human trafficking to meet, at a minimum, the modalities in Article 3 of the Palermo Protocol. The final report also included proposed Law No. 7.370/2014,⁴³ which modified the Brazilian Penal Code by revoking Articles 231 and 231-A and creating a new article defining all of the forms of the crime of human trafficking.⁴⁴

⁴¹ Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=849397&filename=RCP+3/2011

⁴² The PCI on “Domestic and International Human Trafficking in Brazil” (CPI-TRAFPE, its acronym in Portuguese) undertook the investigation of allegations of human trafficking as well as further research on the subject and in the end, presented recommendations for reducing the incidence of this crime. See BRASIL. Senado Federal. *Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico nacional e internacional de pessoas no Brasil, suas causas, consequências, rotas e responsáveis, no período de 2003 e 2011, compreendido na vigência da Convenção de Palermo: relatório final*. Available at: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/infograficos/2012/12/info-trafico-de-pessoas>.

⁴³ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 7.370 (Draft of Law No. 7.370)*, dated April 4, 2014. Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1242133&filename=PL+7370/2014.

⁴⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.934 (Draft of Law No. 6.934)*, dated December 11, 2013. Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1208864&filename=PL+6934/2013.

⁴⁰ Free translation of the text of Article 149 of Law No. 10.803 dated December 11, 2003.

According to the rapporteur of the draft Parliamentary Investigative Commission, the classification of the crime would be equivalent to drug and arms trafficking. In addition, human trafficking would be considered a crime against the dignity of a person, not just against sexual dignity.

The draft legislation resulting from the respective reports of the Parliamentary Investigative Commission of the Congressional Representatives (No. 6,934/2013) and the Federal Senate (No. 7,370/2014) were processed jointly to comprise proposed legislation for stricter anti-trafficking laws in Brazil. This lexical-normative update, which also affects Brazilian criminal law, goes hand-in-hand with Law 13.344/2016, dated October 6, 2016, which presented at least six innovative points: (1) added an article to the Brazilian Penal Code to include human trafficking modalities classified by purpose of exploitation, as suggested by Article 3 of the Palermo Protocol; (2) conferred more power to judiciary police and the Ministry of Justice, enabling them to obtain information from victims or suspects from public entities or private companies; (3) created a comprehensive policy of protection for victims, Brazilian or foreign, with legal, social, labor, employment and health care assistance; (4) allowed the granting of a visa for foreign victims to stay in the country, with the possibility of extension for the entire family; (5) created a national database with unified data collection procedures; and (6) allowed for the advance seizure of assets belonging to the defendant or accused.

The publication of Law No. 13.344, dated October 6, 2016 (effective as of November 21, 2016) extended criminal coverage by prescribing penalties for the different forms of human trafficking (such as organ removal, modern slavery, irregular adoption, and forced marriage) and by modifying the Penal Code's Criminal Procedure Regulation within the Statute on Foreigners, aimed at supporting the combat of human trafficking through the internal legal system and meeting the international commitments that Brazil assumed with the signing and ratification of the Palermo Convention and its additional protocols.

3 Analysis of New Brazilian Antitrafficking Law through the Palermo Protocol

Following the guidelines provided by the Palermo Protocol (Article 2), Law No. 13.344, dated October 6, 2016, incorporated both the demands of civilian society (based on the monitoring and evaluation of the national ETP policy) and Brazil's international obligations on the matter. Thus, the law was structured around the following axis points: (I) Principles of Human Rights, (II) Prevention of Trafficking, (III) Suppression of the Crime, (IV) Protection of and Assistance to Victims, (V) Procedural Regulations and (VI) Measures to Raise Awareness of ETP (Chapters I to VI). The law established new and important principles for public policies such as the mainstreaming of gender, sexual orientation, ethnic or social origin, place of origin, race, age group, and no discrimination for any reason.

Articles 231 and 231-A of the BPC were explicitly repealed by Article 16 of Law No. 13.344, and their content was incorporated into a new article, 149-A, thus avoiding the retroactive vacating of any prior convictions (*abolito criminis*). This is an incidence of the principle of normative-typical continuity because the behavior remains defined as a crime although there was a feature change in the type of crime.

The new legal instrument innovates in at least four ways: first, it expands the modalities of criminal behavior to conform to the Palermo Protocol guidelines but at the same time limits these to five specific types; second, it confirms the scope of application to all events, regardless of location; third, it acknowledges all victims regardless of nationality⁴⁵; and fourth, it includes the needs of civilian society by providing in Article 6 for various forms of protection, personal attention and assistance (legal, social, labor and employment, and health care).⁴⁶

⁴⁵ Recognition of the foreigner's rights to a large part of the protections that the Brazilian state confers on its citizens to guarantee the principle of human dignity.

⁴⁶ "Article 6 Protection and care for the direct or indirect victim of human trafficking includes:

I. legal, social, work and employment and health care assistance; II. shelter and temporary shelter; III. attention to their personal needs, especially regarding gender, sexual orientation, ethnic or social origin, place of origin, nationality, race, religion, age group, immigration status, professional activity, cultural diversity, language, social and family ties or other status; IV. protection of privacy and identity;

The new legislation (*novatio legis*) added the new Article 149-A to the BPC that defined a unique and specific type of crime covered by the penal code regarding human trafficking and included the following:

Article 149A. Perpetrate, attract, recruit, transport, transfer, procure, house or shelter a person, through serious threat, violence, coercion, fraud or abuse, to:

I. remove organs, tissues or body parts; II. force people to work in conditions comparable to slavery; III. force people into any type of servitude; IV. illegal adoption; or V. sexual exploitation.

Penalty- imprisonment, from 4 (four) to 8 (eight) years, and a fine.

§1 – The penalty is increased by one-third up to one-half when:

I. The crime is committed by a public official while performing his functions or under the pretext of performing these functions;

II. or the crime is committed against a child, adolescent or elderly person or person with a disability;

III. The perpetrator is in a position of authority due to family, domestic arrangements, cohabitation, hospitality, and economic dependence relationships, or authority or hierarchical superiority inherent to the exercise of employment, position or function; or

IV. The victim of human trafficking is removed from Brazilian territory.

§2. The penalty is reduced by one- to two-thirds if the perpetrator is a first-time offender and is not part of a criminal organization.⁴⁷

As seen, the article presents a mix of alternatives. A crime with multiple counts of different types can be perpetrated by any of the above-cited acts performed in a single crime. However, there are acts that indicate duration, such as the acts of “transfer and shelter,” which may be perpetrated over a prolonged period. The subjective guiding element of the core behaviors for this type of crime is deception, as observed in the free will to perform any of them and in the knowledge that the trafficking victim has of the purposes presented in the five paragraphs that accompany the *caput* for Article 149-A.

V. prevention against re-victimization while in custody and during investigative and judicial procedures; VI. humanized care; VII. information on administrative and judicial procedures.”

⁴⁷ Article 149-A of the Brazilian Penal Code was translated by the author from Portuguese to English.

a) Typical conducts identified

To provide more descriptive detail of the crime, the typical type of trafficking crimes perpetrated can be defined from eight different conducts⁴⁸. The definitions of the trafficking acts are as follows: a) to *perpetrate* connotes representing or doing business on behalf of another, serving as a connection; b) to *prepare* means attracting or seducing, obtaining the person to participate unwittingly in a criminal endeavor; c) to *recruit* is to gather, select, or summon people for a specific purpose; d) to *transport* is to take or drive people from one place to another; e) to *transfer* connotes displacing a person, moving from a place or domicile; f) to *procure* means buying, bribing or corrupting someone arduously; g) to *house* means offering to the people who will be alleged victims accommodation, shelter or installation in a certain location; and h) to *shelter* connotes offering hospitality, protection or physical comfort.

Trafficking is a crime shaped by linked elements. The different ways to commit the crime of trafficking exhibit the means used to achieve its purpose, classified as fraudulent or coercive. That is, the perpetrator must commit the crime using serious threat, violence, coercion, fraud or abuse (Article 149-A). In effect, the victim does not act voluntarily once she is subjected to the perpetrators’ means of committing the crime. There are several normative elements of the typical crime: a) the *threat* must be serious enough to eliminate the victim’s capacity to want (desire). This threat can be directed at the victim (direct threat) or at a person connected by family ties, friendship or love (indirect threat). b) *Violence* is the physical act against the victim to overcome his or her resistance (*vis absoluta*, absolute force). Violence may be direct or immediate when used against the owner of the protected legal asset or indirect or eventual when used against third parties linked to the victim. This type of violence against a person connected to the victim by family ties or friendship can be considered a serious threat. c) *Coercion* is compelling or forcing the victim to do something against his or her will and eliminates or diminishes the coerced person’s freedom of choice. Coercion is generally performed using violence (physical) or serious threat (mental).⁴⁹ d) *Fraud* is the incentive,

⁴⁸ CUNHA consider that the basic text of “any form of coercion” should have been used. See note 46. CUNHA, R. S.; BATISTA PINTO, R. Tráfico de Pessoas - Lei 13.344/16 comentada por artigos. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁴⁹ BITENCOURT, C. R. A Nova E Equivocada Tipificação Do

attraction, decoy, or trap in which the victim is defrauded or cheated. Generally, fraud is the method used by the perpetrator to deceive the victim so that the latter acts based on a false reality. In this sense, it is essential that the fraudulent behavior lead to the deception of the victim and consequently lead the victim to do something he or she would not otherwise do in the absence of the fraud.⁵⁰ e) *Abuse* is the inappropriate, excessive or illegitimate use of power that, in the absence of other specifications, may occur in public or private life. For example, abuse may come from the police or a person with family authority over the victim. The perpetrator takes advantage of fear or respect for authority to force the victim to do or stop doing something against his or her will. One must remember that the absence of these behaviors prevents their categorization. In addition, as Cezar Bitencourt stated, “The aforementioned forms or modes of committing the crime are categorical and do not permit an analogical or broad interpretation because this would violate the principles of legal typification and reservation”⁵¹

b) The specific purposes

The subjective element (the specific purposes) of the human trafficking crime is the element of deception in the willing participation in any of the acts included in the definition of the crime and using the aforementioned means (serious threat, violence, coercion, fraud or abuse). Still required is a specific subjective element (purpose) that is manifested in the crime’s various modalities: “I) removal of their organs, tissues or body parts⁵²; II) forcible labor in conditions analogous to sla-

very⁵³; III) forcible servitude of any kind⁵⁴; IV) irregular adoption⁵⁵; or V) sexual exploitation”⁵⁶ (Art. 149-A).

also in cases of *brain death*. For further information on this type of trafficking in the Brazilian legal system see , W. Correa da.; SOUZA, C. H. Ferreira de. O Tráfico de órgãos no Brasil e a lei N° 9.434/97. In: SANTIAGO, N.E.A.; BORGES, P.C.C.; SOUZA, C.M. *Direito penal, processo penal e constituição*. Florianópolis; FUNJAP, 2014. v. 1. p. 262-291.

⁵³ Considered to be a *de facto* situation and not a legal one. The objective of the perpetrator is to subject the will of the victim to the *de facto* power of another person who can subordinate, dominate and exercise power over the victim. These are the attributes of property rights over another person, or *de facto* slavery. This act is internally codified by Article 149 of the BPC. For more information, see SILVA, W. C. da; GÓES, K. *Proteção Contra As Formas Contemporâneas De Escravidão: Uma Garantia Constitucional. Brasileira- Journal for Brazilian Studies*, v. 2, n. 2, p. 289–312, 2013. <https://doi.org/10.25160/v2.i2/d12>. According to Cezar BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 16-17, in this form of trafficking, “Another, connected crime is generated, where there are strict parameters as to the modes of commission, which are connected (and not to the means, which remain independent in article 149 and therefore, limited to the crime of human trafficking.” This attorney warned that “there will be much debate on the doctrine and jurisprudence regarding the modes or means of human trafficking and whether its purpose is forcible labor similar to slavery.” Therefore, he believed that “the provisions of Article 149-A and references to the preceding article present many pitfalls, and in the end, will this article be equally linked to the means of commission foreseen in the previous article, or will it allow independence from the means of commission, thus violating the principle of legal typicality?”

⁵⁴ When the victim is forced to work for someone but does not become a situation comparable to slavery.

⁵⁵ It is a blank criminal norm because the adoption of minors is regulated by the Statute on Children and Adolescents (ECA). Regulated by Law No. 8.069, dated July 13, 1990 (especially Article 39). Available at: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm. Furthermore, the adoption of people above the age of majority depends on the effective assistance of the civil law and pertinent legal decisions (Article 1619 of the Brazilian Civil Code) and only secondarily applying the ECA regulations. The ECA protects the freedom and the integrity of minors and penalizes two types of crime that do not have the same legal name as this type of crime. Article 238 of the ECA criminalizes the act of “Promise or effect the delivery of a child or student to a third party, for payment or reward: Penalty - imprisonment from 1 (one) to 4 (four) years and fine.” Article 239 typifies this as a *common crime* and states “Promote or assist the performance of an act intended to send children or adolescents abroad without complying with legal formalities for the profit-making purposes.”

⁵⁶ As previously explained, sexual exploitation comprises acts foreseen in Articles 231 and 231-A of the BPC (repealed by Law No. 13.344/2016). It is understood that sexual exploitation is an activity in which the perpetrator seeks profit by the use of sexuality. It refers to the selling of one’s own body by a man or woman. From a criminal policy perspective, prostitution, in itself, is an atypical *de facto* practice. Nevertheless, the law punishes anyone who subjects, induces, attracts or facilitates prostitution as well as anyone who prevents or hinders someone from leaving prostitution. For Cezar Bitencourt (2016, p. 21), Law No. 13.344/2016 “has been terse in

Crime De Tráfico De Pessoas. *Revista Paradigma*, v. 25, p. 2–26, 2016. Retrieved from <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2-26>: argued that “this method or form of committing the crime is absolutely unnecessary, innocuous and redundant, since it is already incorporated by the violence and by the threat, already provided for in the legal text.” In this vein, CUNHA consider that the basic text of “any form of coercion” should have been used. See note 46. CUNHA, R. S.; BATISTA PINTO, R. *Tráfico de Pessoas - Lei 13.344/16 comentada por artigos*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 144.

⁵⁰ In this sense, fraud can be perpetrated through artifice (material means such as barter or concealment), ruse (mental means, such as cunning and trickery), silence by someone responsible for alerting or testifying so that the victim is not coerced or detained in error.

⁵¹ BITENCOURT, C. R. A Nova E Equivocada Tipificação Do Crime De Tráfico De Pessoas. *Revista Paradigma*, v. 25, p. 11, 2016.

⁵² Law No. 9.434/1997 is the standard that regulates the modality “provides for the removal of organs, tissues, and parts of the human body for transplantation, treatment and other measures.” This legal document provides for the removal of organs in some scenarios, such as for *post-mortems*, for transplant or treatment, and

These five paragraphs included in Article 149-A are the elements of the type of crime addressing the specific purpose or deceitful intent. Therefore, the crime of human trafficking will only be considered consummated if the perpetrator has any of the legally foreseen purposes, regardless of whether the crime was in fact committed (Article 20, *caput*, BPC). Likewise, and mostly in cases of illegal adoption, the issue of unavoidable error may arise (Article 21, *caput*, BPC)⁵⁷ from the fact that the perpetrator acted as if the act were allowed, thus obviating awareness of the illegality and, consequently, the guilt of the perpetrator.

According to Cezar Bitencourt, “the structure of the present crime type creates difficulty in interpreting how it is typified, insofar as it transforms the essence of legal prohibition, which should be the core of the type, into the special purpose that is represented in its five paragraphs”⁵⁸. He added that these purposes “constitute blank criminal norms, requiring one to resort to other legal provisions”⁵⁹ for the prosecution of the crime of trafficking. The previously discussed corollary crimes do not, in this case, absorb one type of crime in place of another although there is overlapping content.

c) Protected legal assets

The legal right protected by the crime of trafficking becomes a rule that protects individual freedom, which consists of free will to do something or not to do something. The legal right thus shifts from sexual dignity (in the repealed Article 231 of the BPC) to individual freedom, understood both in its ethical-social aspect, which harms the principle of human dignity, and in the freedom of movement, the integrity of being. No special conditions are required of the active and passive parties, that is, of the perpetrator and the victim of the crime;

invoking the element of ‘sexual exploration,’ adopting the definition provided by Article 229 of the BPC, which includes all and any kind of sexual exploitation, including prostitution and pedophilia.” For more information on the modalities of sexual exploitation in Brazil, see SILVA, W. C. da. “O impacto do enfrentamento internacional contra o tráfico de pessoas na legislação brasileira”; In: QUINTAO, M.S.; CARDOSO de Souza, M. (org.) *A interface dos direitos humanos com o direito internacional*. Belo Horizonte: FORUM, 2015. Tomo I. v. 1. p. 369-396.

⁵⁷ Article 21, BPC: “Mistake of fact”

⁵⁸ BITENCOURT, C. R. A Nova E Equivocada Tipificação Do Do Crime De Tráfico De Pessoas. *Revista Paradigma*, v. 25, p. 2–26, 2016. p. 10.

⁵⁹ BITENCOURT, C. R. A Nova E Equivocada Tipificação Do Do Crime De Tráfico De Pessoas. *Revista Paradigma*, v. 25, p. 2–26, 2016. p. 14.

and the crime may be committed by a man or a woman, regardless of any personal condition. This indicates that the trafficking can be for the perpetrator himself or for a third party, who will be a participant in the crime. It may be that the trafficker himself is going to sexually exploit the victim or subject him to forced labor, or he may be trafficking on behalf of another person, who participates in the crime as his leader, facilitator, or financier, among other forms of participation.

d) Doctrinal arrangement

As stated, human trafficking is a crime type with mixed alternatives and multiple acts that can be committed with any of the corresponding behaviors. This indicates, for example, that if the perpetrator deceives, attracts and also transfers the victim for exploitation, acts performed in the same phatic context, there is only one crime. These acts touch upon the same legal right - individual freedom. Although human trafficking encroaches on more than one legal right of the victim, there is only one crime. In this case, only individual freedom is violated. There remains no violation of another legal right, which will depend on committing the crime for which the victim was (later) trafficked. In effect, even if the victim is trafficked using any of the five modalities, there is only one instance of the crime of human trafficking.

However, once the subsequent (corollary) offenses are effectively committed, there will be content overlap between them (Article 69 of the BPC). The offenses are diverse behaviors that address various legal rights of the victim. For these purposes, the subsequent crime against the victim will also be imputed to the trafficker (Article 69 of the BPC). Thus, in the event that a person has been a victim of forced sex, the trafficker will also be liable for the crime of statutory rape (Article 213 of the BPC). Similarly, the same will occur when the victim is forced to work in degrading conditions, characterizing the crime of degradation as analogous to that of slavery (Article 149 BPC).

The application of overlapping norms between human trafficking and subsequent imputed crimes is justified given the independence of the crimes; they are committed in different factual situations and committed more than once. The crime of human trafficking is formal and is consummated when the act is committed, regardless of any subsequent results. In the event that it in fact occurs, the crime is not vacated, but rather a new

violation of legal rights occurs, resulting in the material accumulation of penalties.

Even if the trafficking victim is a third party, the offender will be held responsible for the subsequent crime. From the moment the crime of trafficking is committed with the intent of achieving a certain result, a psychological link ensues that is necessary to assign responsibility (Article 29 of the BPC). Therefore, the perpetrator, applying serious threat, could transport a person for the removal of one of his or her kidneys. Following the removal of this organ from the victim, the trafficker will be assigned responsibility for the subsequent crime (bodily injury⁶⁰), being considered a participant. Furthermore, if the presence of the psychological link for the commission of the subsequent crime has not been demonstrated, responsibility cannot be assigned because it lacks the essential element.

For the perfect use of typification verbs, these verbs should be used in connection with the crime modalities and considering the purposes established in the regulation. According to the principle of legality, if some of the elements are missing, the factor is atypical. As Cezar Bitencourt argued,

The special purpose of the act that is included in certain definitions of crimes, conditions or substantiates the illegality of the act, thus constituting a subjective element of the type of crime, autonomously and independently of the deception. Therefore, the correct term is a special subjective element of the crime type or a special subjective element of the injustice, which are equivalent because they belong to the illegal condition and its corresponding crime type⁶¹.

These acts can be committed for the purpose of domestic trafficking (in national territory) or international trafficking (for exit from, transit through or entry into Brazilian territory). In this sense, the crime type is omitted,⁶² and the theory of ubiquity is applied as directed by Article 6 of the BPC⁶³. For example, it will be considered a crime when the victim is captured abroad

using fraudulent means and then transported to Brazilian territory to be exploited (for example, in a textile industry). It is also a crime when the recruitment by threat occurs in Brazil and the victim is transferred abroad for the purpose of sexual exploitation.

Thus, there are various types of crime involved in trafficking. A *common* crime is one that can be committed by anyone. A *multi-count* crime is generally committed in multiple acts. A crime of *commission* is the result of the unlawful conduct of “perpetration,” “attraction,” “recruitment,” “transportation,” “procurement,” “housing” and “sheltering.” A crime *committed by omission*, although rare, is when the crime should have been prevented by the guardians (Article 13, §2, of the BPC). A crime committed in a *linked manner* was committed using the means foreseen in the crime type definition: serious threat, violence, coercion, deception or abuse. A *formal* crime is consummated without producing the most natural result, comprising the effective removal of organs from the victim or any other outcome resulting from the purposes identified in the crime type. An *instantaneous* crime is finished once it is consummated; the consummation is not prolonged. A *singular* crime can be committed by a single perpetrator. In a crime of *deception*, there is no advance recognition of a crime. A *transitory* crime is committed in a manner that leaves no traces and with no mandatory requirement for expert evidence.

e) Causes for penalty increases

Regarding the causes of penalty increases, the new legislation made the penalties stricter (4 to 8 years). In the context of *lex gravior* (the law most prejudicial to the defendant), retroactivity of the law cannot be applied to harm the defendant. Section 1 anticipates certain aggravating circumstances of the offense.

§1. The penalty is increased by one-third up to one-half when:

I. The crime is committed by a public official while performing his functions or under the pretext of performing these functions;

II. or the crime is committed against a child, adolescent or elderly person or person with a disability;

III. The perpetrator is in a position of authority due to family, domestic arrangements, cohabitation, hospitality, and economic dependence relationships, or authority or hierarchical superiority inherent to the exercise of employment, position or function; or

⁶⁰ Bodily injury, according to the terms of Article 129 of the BPC, means “Offending the bodily integrity or health of others.”

⁶¹ BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1, p. 365.

⁶² The previous wording of Article 231 of the BPC did mention the facilitation of entry or exit from the country.

⁶³ The crime is considered to be committed in the place in which the action or omission occurred, in whole or in part, as well as where the result was or should be produced (BRASIL, Law No. 7.209, 7/11/1984).

IV. The victim of human trafficking is removed from Brazilian territory.

The penalty also increases if the perpetrator committed the crime against a family member such as a descendant, sibling or spouse; generic aggravating circumstances cannot be applied to the same victims (Article 61, II.e, BPC) so as not to apply the same charge twice to the offender because the act is already considered to be a special cause of sentence increase.

No special quality or condition is required for defining the perpetrator. However, if it is a public official⁶⁴ committing the act while performing official duties, this could be considered a crime of abuse of authority (Law No. 4.898/1965).⁶⁵ That is, the public official is performing his function or is using the function as a pretext. In the first case, the perpetrator is effectively performing a public function; in the second, the perpetrator does not exercise the function. In the latter case, the crime becomes more serious when it is committed by someone deviating from his functions. This is because there is an existing situation analogous to a “master” and “slave” relationship, a situation dominated by the “lord” and lost freedom.

When the trafficking victim is taken out of Brazil (§1-IV, Article 149-A), the act is even more serious because it makes it even more difficult for the Brazilian state to protect the victim. In this case, the corresponding penalty is increased. These aggravating factors require mandatory penalty increases, and it is not up to the judge to decide whether to apply a penalty increase. The legal mandate is rigorous. This warrants a criticism because international human trafficking, instead of constituting a crime in itself, is treated as an aggravating circumstance resulting in heavier sentencing. The problem is that the legislation only considers the removal of the victim from the country as an aggravating circumstance, disregarding the victim’s placement in national territory.⁶⁶

According to Cezar BITENCOURT⁶⁷ the new superior punishment is illusory because it has left out the special aggravating provisions contained in Paragraphs III and IV of Article 234-A, which increased the penalty only for repeated infractions of VI Title of the Special Part of the BPC. “The omission of all those special causes of increases (both those in the repealed articles as well as those in the general provisions), not anticipated by Law No. 13.344/2016, in the end makes the *new* criminal offense less serious compared to the repealed instruments. The reduced punishment results not only from the ‘oversight’ of these aggravating factors but also from the adoption of aggravating factors with lighter penalties, and from the inclusion of the mitigating paragraph §2, which allows for reduced penalties for first-time offenders that are not members of criminal organizations”⁶⁸.

Considering the above, one can see a move to harsher sentences (4-8 years). Conversely, by repealing Articles 231 and 231-A, the legislation is wrong in omitting the causes of penalty increases contained in paragraph §2 of the previously repealed norm, which were applied when (I) the victim is under eighteen years of age; (II) the victim, due to illness or mental disability, does not have the necessary discernment to perform the act; and (III) if the perpetrator is a parent, stepfather, stepmother, brother, stepchild, spouse, companion, guardian or caretaker, teacher or employer of the victim or has legally or otherwise assumed an obligation to care, protect or watch over the victim.⁶⁹

f) Causes for sentence reductions

In addition to the causes of sentence increases that are mandatory when identified, paragraph §2 also provides causes for sentence reductions, again mandatory when identified, that reduce the penalty by one-third when the perpetrator is a first-time offender⁷⁰ and

⁶⁴ The concept of a public official is defined in Article 327 of the BPC.

⁶⁵ Law No. 4.898, dated December 9, 1965. “Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade”. See Articles 3 and 4.

⁶⁶ Rogerio Sanchez criticized the legislation considering that “the Law punishes in a major way the removal of the trafficking victim from our territory, but not the entry of the victim for the same purpose, obviously provided that the behavior of the perpetrator adheres to one of the core verbs, with respect to the principle of legal-

ity” CUNHA, R. S.; PINTO, R. B., *Tráfico de pessoas — Lei 13.344/16 comentada por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2016. pp.235-236.

⁶⁷ BITENCOURT, C. R. A Nova E Equivocada Tipificação Do Crime De Tráfico De Pessoas. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 1, p. 2-26, jan./jun. 2016. p. 5.

⁶⁸ BITENCOURT, C. R. A Nova E Equivocada Tipificação Do Crime De Tráfico De Pessoas. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 1, p. 2-26, jan./jun. 2016. p. 6.

⁶⁹ Literal translation of repealed Article 231, paragraph §2 of Law No. 12.015, dated August 7, 2009

⁷⁰ A first-time offender is one who is not a repeat offender. Repeat offenses are considered in Articles 63 and 64 of the BPC.

does not belong to a criminal organization.⁷¹ These are cumulative requirements; that is, they must be first-time offenders and not belong to a criminal organization (Article 149, §2).

Thus, there is a punitive softening: if the acts described in Article 149-A of the BPC were not performed using one of the means indicated in the crime type (serious threat, violence, coercion, deception or abuse), the deed is atypical of the crime. If, on the one hand, there is a sentence reduction related to the crime type, the opposite occurs in relation to the secondary precept (penalty). In its simple form and without considering the causes of sentence increases, the penalty is 4 to 8 years of incarceration.

A curious fact about the crime type in Article 149-A is that the national legislature opted not to consider it a heinous crime, as did the Senate and Congressional Representatives in the 2012 final PIC report that equates it to drug or arms trafficking. Classifying human trafficking as a heinous crime would have numerous effects, such as breaking up the normal case processing sequence by assigning it processing priority. The legislature chose to limit itself to applying the requirement that 2/3 of the sentence must be served prior to conditional release.

g) Criminal prosecution and criminal investigation

As a point of reference for the prosecution of crimes in Brazil, if the criminal proceeding is completely public, the presentation of charges to initiate the criminal proceeding is not reliant on any condition or derivation. By law, jurisdiction belongs to the state courts, and the “Civil Police” (judicial police) are responsible for investigation, unless there are inter-state or international repercussions (Article 144, paragraph §1 of the federal constitution), in which case the investigation will be assigned to the federal police. Because by law, jurisdiction belongs to the state courts, the crime must have international characteristics (Article 109, Section V of the federal constitution) for the federal authorities to intervene. If the crime is international and there is

an international treaty governing its punishment,⁷² any signatory country involved can apply its own laws under the principle of universal jurisdiction.⁷³ In addition, when the criminal acts occur in one country and the consequences occur in another, the Federal Justice system assumes responsibility for legal proceedings (Article 109, Section V of the federal constitution).

The Brazilian legislation that typifies international human trafficking can in no way confer the protected object, in the field of protection, less value than that conferred in the international scope of the ratified norm. The exegesis would result in a reductionist activity in the State’s field of action, which is undesirable in the area of human rights⁷⁴. The interpretation of the expression “abuse”, understanding it according to the Palermo Protocol ratified by Brazil, is not a new obligation, but a figure that comes to clarify an already existing obligation providing the content and specificity⁷⁵.

In the same vein, there have been significant changes in criminal proceedings that allow the judge to determine bail bonds or financial collateral related to assets, rights or financial securities belonging to the defendant or accused that are instruments for, proceeds from or benefits of the crime of human trafficking (Article 8 of Brazil’s Criminal Procedure Code - CPC).⁷⁶ Information systems based on research procedures have also been authorized to enable data collection and management for suppressing human trafficking.

This change in Brazil’s Criminal Procedure Code (CPC) strengthens and facilitates the criminal investigation by extending the legal requisitioning power of police inspectors, allowing the latter and the Ministry of Justice to use two new instruments: Articles 13-A and 13-B. Those entities now have the power to require

⁷² Like the Palermo Convention (note 13), ratified by Brazil in 2004.

⁷³ The jurisdictional terminology used here is based on the decision-making capacity of a state with regard to addressing conflicts presented to its judicial bodies and hand down valid decisions on these. CRYER, CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., & WILMSHURST, E. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge University Press. 2014, pp. 37-38.

⁷⁴ CEIA, E. M.. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Rev EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./fev./mar. 2013

⁷⁵ ICHR. “*Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil*”. 20 outubro de 2016. Retrieved from: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_318_esp.pdf

⁷⁶ Chapter V: Procedural provisions in Articles 8 to 13 in Law 13,344, dated October 6, 2016.

⁷¹ Law No. 12.850/2013 defines a criminal organization in Article 1, Paragraph §1: “A criminal organization is an association of four (4) or more persons structurally organized and characterized by a division of labor, albeit informally, to obtain, directly or indirectly, an advantage of any kind, through the commission of criminal offenses with maximum penalties greater than four (4) years, or that are transnational in nature.”

telecommunication and/or telematics service providers to make available the appropriate technical means for accessing telephone or telematics data to locate victims and/or suspects of the crime.⁷⁷

Another measure established was to give members of the Public Prosecutor's Office and Judicial Police Inspectors the power to require any public or private entity to deliver within 24 hours any data and demographic information⁷⁸ on victims and suspects (Article 13-A⁷⁹). This enables the provision of data to information systems, the development of an investigative network and its availability for use in future investigations.

The new Article 13-B of the Code of Criminal Procedure allows investigative bodies to request telecommunication and telematics service providers, through court order or prior notification in the event of court inertia, to immediately make available appropriate technical measures for locating victims and suspects (Article 13-B, §1). As provided in paragraph §4 of Article 13-B, "There being no court action within a period of 12 (twelve) hours, the appropriate authority shall requisition the telecommunication/telematics service companies to immediately provide the appropriate technical means - signals, information and other - that enable the location of the victim or suspects of the current crime, with immediate communication to the judge." It

is a temporary jurisdiction reserve clause because the measure is initially posited to the court, and only in the case of a failure by the court to act quickly is the request for information sent directly to the telephony operator.

Another fact that draws attention to the procedural provisions of Law No. 13.344/2016 is Article 9,⁸⁰ which allows the subsidiary use of the provisions of Law No. 12.850/2013 for human trafficking cases. This indicates the possibility of using the normative provisions of one law in another in cases of unintended gaps in the law, that is, when one provision has been omitted and another is compatible. Thus, it can be intuited that procedural rules pertaining to the Law on Organized Crime is used, including for extraordinary methods of obtaining evidence.⁸¹ This practice facilitates criminal investigations by relying on the support of the most agile legal mechanisms.

If a criminal organization is involved (Article 1, §1 of Law 12.850/2013),⁸² the use of new mechanisms for obtaining evidence is essential to render investigations feasible and even to enable addressing the structure of the criminal network⁸³. The use of methods for obtaining evidence, as provided in Article 9, has caused controversy by revealing a nationwide lack of basis, structure and/or instruction. In this regard, it is essential to remember that because not all cases of trafficking occur

⁷⁷ This change has caused certain legal controversy related to the unconstitutionality of the flexibility of such an institute because the surrender of telematics or telephone data to locate crime victims or suspects contravenes a person's right to privacy and the privacy of personal information. Therefore, Law 13.344 is currently subject to a Direct Action of Unconstitutionality (ADI No. 5642, dated January 17, 2017), which has been filed by the National Association of Mobile Operators-ACEL (its acronym in Portuguese) and because of its impact, has been provoking debates on the inviolability of the secrecy of and access to demographic data of users of all types of communication media.

⁷⁸ Of note is that obtaining demographic data related to investigations already has legal support through the provisions of Article 15 of the "Law on Organized Crime" (Law 12.850/2013) and through Article 17-A of Law 9.613/1998, "Law on Money Laundering."

⁷⁹ According to Article 13-A, "In the crimes foreseen in Articles 148, 149 and 149-A, in Paragraph 3 of Article 158 and in Article 159 of Decree of Law No. 2.848, dated December 7, 1940 (Criminal Code), and in Article 239 of Law No. 8.069, dated July 13, 1990 (Statute on Children and Adolescents), a member of the Public Prosecutor's Office or the chief police officer may request from any public or private entity data and information on the victim or suspects (Law No. 13.344/2016, sole paragraph). The request, which will be answered within 24 (twenty-four) hours, will contain: I. the name of the requesting authority; II. the number of the police case; and III. identification of the police unit responsible for the investigation."

⁸⁰ Article 9: "The provisions of Law No. 12.850, dated August 2, 2013, shall apply in subsidiary form, as applicable."

⁸¹ Law No. 12.850, dated August 2, 2013 (defines a criminal organization and includes provisions on criminal investigations, the means of obtaining evidence, corollary criminal offenses and criminal procedure). Article 3: "At any stage of the criminal prosecution, the following means of obtaining evidence will be allowed, without prejudice to others already provided for by law: I. judicial collaboration; II. environmental capture of electromagnetic, optical or acoustic signals; III. controlled action; IV. access to telephone and telematics records, to demographic data contained in public or private databases and to electoral or commercial information; V. interception of telephone and telematics communications, in accordance with specific legislation; VI. suspension of financial, banking and fiscal secrecy, in accordance with specific legislation; VII. infiltration by police for investigations, as permitted by Article 11; VIII. cooperation between federal, district, state and municipal institutions and agencies in the search for evidence and information of interest in criminal investigations or procedures."

⁸² Article 11 see footnote on page 46.

⁸³ Therefore, the need to also develop all the necessary mechanisms for the implementation of international cooperation on the matter as one of the commitments of the States. See: MACHADO, Bruno Amaral; VIEIRA, Priscilla Brito Silva. "O controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional". *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 484-503, 2016.

through a “criminal organization,” one cannot always employ the same methods of obtaining evidence. That could lead to the elimination of the fundamental rights of the alleged criminal.

4 Overcoming the Legal Barrier of the Relevance of Consent and Moving Towards the Protection of Victims

The notion of vulnerability is expressed in different international human rights instruments.⁸⁴ The concept of vulnerability is directly related to the position of the victims and has been central to the development of the Palermo Protocol⁸⁵, in which the “situation of vulnerability” becomes one of the resources used by the perpetrators to obtain consent⁸⁶. This is the direction provided by Article 9.4 of the Palermo Protocol, indicating some factors that render people particularly vulnerable to trafficking, such as poverty, underdevelopment and unequal opportunity. Along the same lines, the 2019 UN Rapporteur on Trafficking in Persons⁸⁷ highlights

⁸⁴ The first document that clearly expressed this concept was the *Vienna Declaration and Programme of Action*, adopted by the World Conference on Human Rights on June 25, 1993. Paragraph 24 of this document stated, “Great importance must be given to the promotion and protection of the human rights of persons belonging to groups which have been rendered vulnerable, including migrant workers, the elimination of all forms of discrimination against them, and the strengthening and more effective implementation of existing human rights instruments. States have an obligation to create and maintain adequate measures at the national level, in particular in the fields of education, health and social support, for the promotion and protection of the rights of persons in vulnerable sectors of their populations and to ensure the participation of those among them who are interested in finding a solution to their own problems.” Available at: http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

⁸⁵ UNODC. *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*. UNITED NATIONS New York, 2008. Retrieved from: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf

⁸⁶ UNODC. *Issue paper: The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of research findings and reflection on issues raised*. Viena, 2018, p. 10; UNODC. *An Introduction to Human Trafficking*. UN. New York, 2014, p. 23; UNODC. *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*. UNITED NATIONS New York, 2008.

⁸⁷ HUMAN RIGHTS COUNCIL. A/ HRC /41/46, April 23, 2019. Trafficking in persons, especially women and children Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children. Retrieved from: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/112/06/PDF/G1911206.pdf?OpenElement>.

that trafficking is the opposite of social exclusion, which pushes possible victims of trafficking into contexts of vulnerability. Therefore, the UN Rapporteur insisted that it is part of the obligations of the States to act proactive and promote innovative and transformative solutions.

The structure of Law No. 13.344, dated October 6, 2016, demonstrates that Brazil seeks to comply with international treaties by enacting laws that safeguard people, particularly those in vulnerable situations. In this sense, Articles 6 and 7 of Law 13.344/2016 provide guidance on measures to protect and assist victims and mention the need to provide humanized assistance to these people, such as accompanying the victims and offering specialized and skilled assistance to the multiple dimensions of human trafficking and the different contexts in which it occurs.

4.1 Recognized categories in the context of vulnerability

The crime-related legislation considers at least three categories or situations in which victims may find themselves vulnerable⁸⁸: individuals under the age of 18, adults over the age of 60, and disabled persons. As established by the Statute on Children and Adolescents (ECA, Article 2), a child is a person under twelve years of age, and adolescents are between twelve and eighteen years old. As established by the “Statute on the Elderly,”⁸⁹ these are adults over the age of 60. A person with a disability is considered to be a person with a long-term physical, mental, intellectual or sensory disability, which, when interacting with one or more obstacles, may impede their full and effective participation in

⁸⁸ Although we agree with the use of the expression “people in vulnerable circumstances,” the Brazilian Penal Code defines “vulnerable persons” as “exploitation of prostitution or other type of sexual exploitation of children, adolescents or vulnerable people (wording provided in Law No. 12.978/2014, Article 218-B). Submitting, inducing or attracting to prostitution or any other form of sexual exploitation any minor under 18 (eighteen) years old, or any person who, due to infirmity or mental disability, does not have necessary judgment to the performance of the act, facilitating it or hindering or preventing from its abandonment: (Included by Law No. 12.015/2009) Penalty - imprisonment from 4 (four) to 10 (ten) years.”

⁸⁹ Intended to regulate the assured rights of people 60 (sixty) years old or older. As provided for in Article 1 of Law No. 10.741, dated October 1, 2003.

society as much as other people in the same conditions” (Article 2 of Law No. 13.146, dated July 6, 2015⁹⁰).

Immigrants with irregular administrative situations must be added to the three categories of vulnerability. To this end, Law 13.344/2016 includes an unusual feature, the modification of the Statute on the Foreigner (Law No. 6.815 dated 08/19/1980⁹¹). This feature introduces the granting of indefinite stay or residence rights to trafficking victims and their relatives (Article 18-A, §1) who do not remain subject to any conditions of the immigration process and exempts them from any administrative fee (Article 18-A).⁹² However, a certain degree of discretion is proffered when the Ministry of Justice is given the capacity to procedurally grant indefinite stays or residence to victims and their relatives without requiring legal proceedings (Article 18-B⁹³). The objective was to provide legal support so that foreigners are not deported (Article 42-A).⁹⁴

However, the question of the victim’s status and her vulnerability merits some discussion regarding consent. It should be remembered that the final Parliamentary Inquired report (2012) decided not to consider consent relevant, following the guidance of the Palermo Protocol. This reasoning was based on the understanding that consent stemming from the concept of vulnerability is irrelevant⁹⁵ because there can be no consent by the victim in any trafficking situation, thus proposing that all conceptual constructs and all efforts to combat this crime should be focused on victim assistance and protection of rights. In this regard, Elliott argues that:

“In stating that consent to exploitation is irrelevant where the ‘means’ have been employed, the wording of the definition clearly recognizes the potential for consensual exploitation to take place.

⁹⁰ “Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disabilities”: Law No. 13.146, dated July 6, 2015. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>

⁹¹ Repealed by Law No. 13.445, dated May 24, 2017

⁹² Article 18A of Law No. 13.344/2016. “Permanent residency will be granted to victims of human trafficking in the national territory, regardless of their immigration situation or their collaboration in administrative, police or judicial proceedings.”

⁹³ Article 18B of Law No. 13.344/2016: “Act of the Minister for Justice and Citizenship shall establish the procedures for granting permanent residence referred to in Article 18A.”

⁹⁴ Article 42-A of Law No. 13.344/2016: “The foreigner shall maintain legitimate status in the country while pursuing a request of immigration normalization.”

⁹⁵ UNODC. *Issue paper: The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of research findings and reflection on issues raised*. Vienna, 2018. p. 9.

[...] an individual can consent to being exploited, and essentially argues that the ‘lack of consent’ requirement creates a false dichotomy between consent and coercion and that this, along with the effect of economic coercion, creates a grey area category of persons who fall somewhere on the spectrum between trafficked and smuggled.”⁹⁶

Human Trafficking always occurs in the context of human mobility, hence the need to view trafficking as a process, in which abuse and exploitation often occur. The irrelevance of consent (Palermo Protocol) has a pivotal role to determine who is or who is not a victim of human trafficking. Consequently, the States are obliged to defend the victims’ rights and their protection. In this context, the new Brazilian legislation does not observe the flexibility of the concept of consent and the multiple forms that can be manifested in a context of vulnerability.

4.2 Consent in Brazilian legal practice

Law No. 13.344/2016 has been remiss in this case because it does not directly refer to victim consent, which may have a negative effect on the suppression of this crime consistent with victim protection. Given this omission, one should consider the provisions of Decree No. 5.017 (2004) ratifying the Palermo Protocol: “the consent of the offended party is irrelevant to the composition of the crime because the protected legal right is missing and linked to the community as a whole.” Therefore, the perspective that places the victim in a leading role must be incorporated. Such a perspective views the victim as a person to be heard and respected and the focus of measures to minimize harm. This view also has conditions for reducing the effects of primary victimization, thus avoiding relegating the victim to a “peripheral position”⁹⁷.

Based on this approach, some scholars advocate for the exclusion of the typicity of the act in cases in which the perpetrator did not act with violence or deception, acknowledging once again the victim’s condition of

⁹⁶ ELLIOTT, J. *The Role of Consent in Human Trafficking*. London/ New York: Routledge, 2015.

⁹⁷ CASTILHO, E. W. V. de. “A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero?”. *Cadernos Pagu*, v. 31, p. 101–123, 2008. <https://doi.org/10.1590/S0104-8332008000200006>

having rights⁹⁸. Thus, the need to analyze the behavior of the victim in the alleged criminal act is established because in cases of people who freely and spontaneously agree with their trafficking, the valid consent of the offended will prevent the *de facto* inclusion of the crime type discussed here. However, Renato SILVEIRA⁹⁹ contended that consent is considered valid as long as it does not exceed the parameters of criminal protection based on the principle of human dignity. It is understood that the victim's consent does not nullify the responsibility of the perpetrator because the protected legal right - individual freedom as an element of human dignity - is missing.

As seen, the new law contains some ambiguity¹⁰⁰. A question that may arise is whether the crime type can be applied to cases in which there is consent by the alleged victim. The Brazilian legal system adopted the thesis that consent is valid if there is no serious threat, violence, coercion, deception, or abuse of authority.¹⁰¹ Nor is the consent valid if the offended party who consents is vulnerable or if this act is performed for some form of remuneration. Another uncertainty arises regarding the interpretation of vulnerability, which increases the risk of becoming a trafficking victim, although the lessons learned in combatting trafficking support strengthening the concept of vulnerable subjects in this type of crime. This situation recalls Article 5 of the Brazilian Constitution, which establishes that "the penal code will not retreat except to benefit the accused" (Federal Constitution, 1988). In this domain, any leeway regarding consent proffered by Law No. 13.344/2016 benefits the

accused, rendering it advantageous to reverse course to fulfill past events.

Law No. 13.344/2016 omits vacating the issue as one of the hypotheses for invalidating consent. This may cause diverging interpretations and become a point of weakness for the new legal instrument by not directly recognizing the condition of vulnerability of the offended and by granting the state the right to challenge the issue in an authoritarian manner, thus criminalizing the victims themselves. Consequently, consent incapacitates people in trafficking situations, denying them the right to citizenship in addition to promoting a lack of harmony between official institutions and civilian society.

It is true that the interpretation of the concept "situation of vulnerability" can be somewhat complex because of the potential elasticity of the term. However, it is argued that we cannot consent to actions that violate human dignity. Consent could be effective for excluding typicity only for those crimes in which the legal right involved is available to its owner¹⁰². The crime of human trafficking cannot be one of these crimes because the protected legal right here is personal freedom. Trafficking is a qualified violation because it specifically affects human dignity, which in a trafficking situation is reduced to an object or instrument. Freedom, in its the fullest sense, is choosing a life plan in which the person continues to be a consideration and sanctioning actions that lead to exploitation and/or situations analogous to slavery. In this context, it cannot mean an option that abolishes one's freedom or limits it to extents not tolerated by the Rule of Law¹⁰³.

This is the understanding of UNODC's Human Trafficking and Migrant Smuggling Section (2014). In 2010, UNODC initiated a series of "thematic documents" to clarify some problematic concepts ("abuse of a situation of vulnerability," "consent," "exploitation") regarding the definition of "trafficking" in the Trafficking in Persons Protocol, which may elicit broad or limited concepts. In this regard, the UNODC (2014) determined that the Trafficking in Persons Protocol stipulated that consent given by the trafficking victim for a planned exploitation will not be considered when obtaining

⁹⁸ See: DOEZEMA, J. "Who gets to choose? Coercion, consent and the UN Trafficking Protocol". *Gender and Development*, v. 10, n. 1, 2002; ABRAMSON, K. "Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol". *Harvard International Law Journal*, p. 44-473, 2003; BALOS, B. "The Wrong Way to Equality: Privileging Consent in the Trafficking of Women for Sexual Exploitation". *Harvard Women's Law Journal*, p. 27-137, 2004.

⁹⁹ SILVEIRA, R. de M. et al. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2008. p. 224.

¹⁰⁰ See: Habeas Corpus nº 0005382-97.2015.4.04.0000/RS; Apelação Criminal nº 5004784-67.2016.4.04.7002/PR.

¹⁰¹ In this regard, SILVEIRA explained that in the event that the alleged victim acquiesces to the act of the aggressor, the act becomes acceptable and tolerable and outside of the ambit of criminal law. It is thus an atypical behavior. As such, consent must be demonstrated or be part of the type structure, or the type must mention the need for consent or dissent SILVEIRA, R. de M. et al. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2008. p. 223-227.

¹⁰² JESCHECK, H.; WEIGEND, E. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 2003 Retrieved from <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-002E-4DE5-C>. p. 337-338.

¹⁰³ DECAUX, E. *Les formes contemporaines de l'esclavage*. Collected courses of The Hague Academy of International Law. (Tome 336). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

such consent involves any of the stated “means.” The UNODC therefore definitively declared the irrelevance of consent when any of these means have been used:

The Trafficking in Persons Protocol statement is clear: consent is always irrelevant to determining whether the crime of human trafficking has occurred. In the case of adult trafficking, consent is irrelevant, whether means like force or abduction are used, or whether more subtle means such as “abuse of a position of vulnerability” are used. In the case of children, consent is irrelevant regardless of whether any means were used. However, in practice, considerations regarding consent can nevertheless assume a role, as seen in the country surveys conducted.

[...] The Trafficking in Persons Protocol unequivocally rejects the relevance of consent to the offence of trafficking in children. Trafficking in children is established by the fact of an “act” and exploitative “purpose,” without “means” required as an element of the offense¹⁰⁴.

Despite the hermeneutical fissures of the various local jurisdictions consulted by the UNODC (2014), the interpretation of the consent argument within the framework of the Trafficking in Persons Protocol and within the Brazilian context must be based on two assertions that comprise the hypothesis for its irrelevance. (1) The consent argument in cases of adult trafficking is irrelevant when “means” are used. In other words, the argument is irrelevant if that acquiescence was obtained and continues as soon as there was threat or use of force or other forms of coercion, abduction, fraud, deception, abuse of power, a situation of vulnerability or submission, receipt of payment or benefits to obtain the consent of a person who has authority over another. (2) Consent is always irrelevant in cases of child trafficking. This hypothesis must be adopted because of the legal scope of the Palermo Protocol, which in the Brazilian constitutional system has a supralegal and infra-constitutional nature.

According to the Supreme Federal Court, because it is an International Treaty on Human Rights and therefore subordinate to the Constitution but superior to domestic legislation, the infra-constitutional legislation that adjoins the Palermo Protocol is inapplicable, either before or after its accession by Brazil.¹⁰⁵ In the Brazilian

context, there are two divergent positions in the Federal Supreme Court (STF) regarding the Treaties as a formal source of non-Brazilian criminal law. On the one hand, the favorable position of international conventions as an immediate formal source of criminal law¹⁰⁶. On the other, the opposite position to consider the Treaties as an immediate formal source¹⁰⁷. Since the predominant position is the second, the Treaties cannot be immediate formal sources of law. Thus, the need for the norm to be reproduced in the text of the law, in the case of the anti-trafficking law, as a sanctioning norm endowed with a secondary precept.

The anti-trafficking law of 2016 clarifies the international obligation in matters of trafficking and provides content and specificity. In addition, it cannot confer less protection on the protected object than that provided in the Palermo Protocol and convention. On the contrary, it would imply a reductionist behavior and would be subject to conventionality control. In this line of interpretation of the new Article 149-A of the CPB, the term “abuse” should be understood in a broad sense in order to avoid any possibility of reducing the protection of the victim. Any interpretation that does not consider the “abuse of vulnerability” in a broad sense, can be seen as suppressing valid consent. In this regard, the TRF 1ª Região ruled on considering that the initial consent given by the victim does not exclude the guilt of the exploiter¹⁰⁸.

Until October 2016, the law did not contain an express element on the consent of the victim for the clas-

and Political Rights (Article 11) and the American Convention on Human Rights - Pact of San José, Costa Rica (Article 7, p.7), there is no longer any legal basis for civil arrest of the negligent bailee, since the special nature of these international human rights instruments enjoy a specific place in the legal system, being subordinate to the Constitution, but superior to domestic legislation. The supralegal normative status of the international human rights treaties ratified by Brazil, in this way, renders inapplicable any conflicting infra-constitutional legislation, be it before or after the act of ratification.” This occurred with Article 1.287 of the 1916 CC and DL 911/1969, as well as Article 652 of the new CC (Law No. 10.406/2002).

¹⁰⁶ STF, Inq. 2786, RJ, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 9 de Junho de 2011. DJE-113 Divulgação 13/06/2011, publicação 14/06/2011.

¹⁰⁷ STF – HC: 96007 SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-027 DIVULG 07-02-2013 Publicação 08-02-2013.

¹⁰⁸ Tribunal Regional Federal (TRF) 1ª. Região, Apelação Criminal nº 2005.35.00.023131-6 – GO. Julgamento 3 de Abril de 2007. 25/04/2007 DJ p.17. <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2211542/apelacao-criminal-acr-23131-go-20053500023131-6/inteiro-teor-100720107?ref=juris-tabs>

¹⁰⁴ UNODC. *Issue Paper: The Role Of ‘Consent’ in The Trafficking In Persons Protocol*. UN. Viena. 2014.

¹⁰⁵ RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009: “[...] since the unconditional ratification by Brazil in 1992 of the International Covenant on Civil

sification of the crime. In other words, to configure the crime, it was enough to carry out the actions with the purpose of exploitation (sexual until 2009). The vice of consent did not influence the classification of the crime, it was considered an aggravating cause of the penalty. In this sense, until the anti-trafficking law (Law N. 13.344 / 2016), the consent of the victim was not sought. As of the entry into force of the Anti-trafficking Law, located in the CPB Title “Crimes against individual liberty”, Section I “Crimes against Personal liberty”, the aspect of individual liberty and the individual’s capacity for self-determination prevails over more subjective aspects. What is inferred in the new law is that the consent of the victim is considered relevant, and thus, it withdraws from the sphere of the Criminal Law the conducts with the described purposes, provided that they are the result of a valid choice, not flawed¹⁰⁹.

However, for the figures that punish the direct explorer, the consent of the victim remains irrelevant, as in the crimes of ruffianism (art. 230 CPB), in favor of prostitution or another form of sexual exploitation (Art. 228 CPB), and in the case of reduction to a condition analogous to slavery (Art. 149). Therefore, there is a fundamental contradiction in the set of provisions of the Brazilian law, in that it admits that the explored individual consists of the practice of prohibited figures for the explorer, and that, on the other hand, punishes the explorer for promoting activities that are said to be legal¹¹⁰.

The law No. 13.334 / 2016 circumscribed the important elements “fraud, coercion, threat or abuse” that implies the necessary criminal investigation to determine consent and characterize the typicality of the conduct. The legal controversy arises because the new law excludes the crime in the hypotheses in which a valid consent of the passive subject is verified. Based on this understanding, the wording of the international standard, the Palermo Protocol, is reduced. And therefore, it can lead to a breach of due diligence in matters of human rights. In addition to may constitute a barrier

to safeguarding the rights of victims and an obstacle to effective prosecutions against the crime and traffickers.

However, this legislative reform should be accompanied by measures, such as the training and education of the actors involved in the ETP, since the “negative attitudes” towards the victim credibility¹¹¹ are still a reality, as shown by the last diagnostic on HT in Brazil (2017), which shows that the system is prejudiced against the victim.

5 Closing remarks

Given the above, progress on anti-trafficking in Brazil is clear. The internalization (Decree No. 5.017 dated 12/03/2004) of the Palermo Protocol initiated a normative deployment on the matter, with important political, legal and social consequences. All this has led to the structuring of a national counter-trafficking regimen through the development of a National ETP Policy (2006), the three National counter-trafficking Plans (2008, 2013 and 2018), the creation of a National Counter-trafficking Committee (2014) and the structuring of a National Counter-trafficking Network comprising complex regimen with public and private institutions. This organization has rendered it possible to advance in the fight against trafficking, creating public policies and promoting a series of coordinated actions aimed at preventing the crime, protecting and assisting victims, and prosecuting and punishing criminals.

For the harmonization of criminal law with the Palermo Protocol, the Brazilian State has made various attempts at internally recognizing the crime of human trafficking. Upon facing internal demands and to live up to its international commitments, more extensive changes have been observed, both regarding the modalities (purposes of trafficking, *caput* 149-A) and regarding the legal rights pertaining to individual freedom that are protected. In typifying these behaviors, the intention of the legislature has been to protect the freedom of self-determination - the exercise, the will and the right to freely come and go with the intention of ensuring the full manifestation of the right to freedom. In this sense,

¹⁰⁹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF) 1ª Região, Apelação Criminal nº 2005.35.00.023131-6 – GO. Julgamento 3 de Abril de 2007. 25/04/2007 DJ p.17.

¹¹⁰ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF) 3ª Região, São Paulo - Criminal, SP. (GUARDIA, M. A. Operação Garina). Processo nº 0003031-36.2013.4.03.6181. 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Sentença, 15 jan. 2018.

¹¹¹ FARRELL, A., OWENS, C., and MCDEVITT, J. New laws but few cases: Understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases. *Crime Law & Social Change*, p.159, 2014.

it is considered that novel anti trafficking law promoted significant progress in the treatment of crime. However, it compromises the protection of the victims' human rights when considering the relevance of consent.

These advances open the possibility of overcoming a great challenge for Brazil: the harmonization of the definition of human trafficking for the different actors involved in the Counter-trafficking. As explained, actors in the criminal justice institutions apply the concepts of the Penal Code while the society's civic institutions that assist and protect victims follow the concepts of the National Policy (which are identical to those in the Palermo Protocol). Furthermore, inspectors from the Ministry of Labor use a definition of work analogous to slavery (Article 149) even though many cases are of trafficking for the purpose of labor exploitation. In this regard, it is essential to conduct training on the new legal framework that modified the definition of trafficking and expanded the forms of exploitation and procedural provisions.

Trafficking in persons affects freedom, integrity and dignity, but it also emerges from a context of vulnerability generated by social exclusion. Hence, the Palermo Protocol starts from the concern of a minimum that is to consider the consent irrelevant, which takes into consideration the context of vulnerability. In this regard, the new Brazilian law does not correspond with the international standard. The article has exposed the legal controversy of the changes in the Brazilian context, the advances and shortcomings, in order to offer a legal type that complies with international obligations on the matter.

Despite the progress and progressive signs of the new anti-trafficking law, it also presents challenges. The first of them is directly related to the context of its entry into force: a moment of crisis (political, economic, social and legal) that connects it in a political context of fiscal and economic adjustment, followed by a dismantling of public policies¹¹². This leads to a second obstacle to compliance with public policies oriented to the objectives of the anti-trafficking law, which directly im-

pacts two objectives of the Law: crime prevention and comprehensive care for victims (art. 4º). The absence of material provisions, including budgetary and institutional, also prevents the new law enforcement. Likewise, the application of the anti-trafficking law suggests a mobilization of criminal control that tends to generate selective actions that affect the guarantee of protection of the rights of people in the context of trafficking. For this reason, the political reality is far from the precepts of both the PNETP and the internationally assumed commitments on the matter.¹¹³

Following the argument set forth by UNODC's (2014), the interpretation of consent within the Trafficking in Persons Protocol must be based on two principles that establish the irrelevancy of the argument of consent. (1) The consent argument in cases of adult trafficking will be irrelevant when "means" are used. In other words, the argument is irrelevant if that acquiescence was obtained and continued as soon as there was threat or use of force or other forms of coercion, abduction, fraud, deception, abuse of power, a situation of vulnerability or submission, or receipt of payments or benefits to obtain the consent of a person who has authority over another. This is because use of such means negates the consent of the person or suspends their autonomy. (2) Consent is always irrelevant in cases of child trafficking. This hypothesis must be adopted because of the legal scope of the Palermo Protocol, which in the Brazilian constitutional system has a supra-legal and infra-constitutional nature.

Thereby, the contributions of the new anti-trafficking law have not been followed with policy measures. Since the adoption of this new framework (October/2016), Brazil has been suffering a step backwards in terms of Human Rights and other social rights, with the reduction of budget allocation and other cuts that affect the development of the measures foreseen in the framework of the III PNETP¹¹⁴ (2018). Based on the analysis presented in this paper, we conclude that to safeguard the values of justice and equality, in the context of Brazil's new Anti-Trafficking Law, it is essential to protect the moral imperative of respecting human dignity to allow people to determine their own course

¹¹² Adoption of: 1. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Retrieved from: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm; DECRETO Nº 9.759, de 11 de abril de 2019. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9759.htm; and systematic clipping in public education, including research (56% in 4 years).

¹¹³ Article 7 of Decree 9.440, 3 July 2018, which establishes the III National Plan to Combat Trafficking in Persons.

¹¹⁴ BRAZIL. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP). Decree 9.440, 3 July 2018.

without compromising the comprehensive respect for their dignity.

References

- ALRABE, K. *et al. Building Trust: Perspectives on a Victim-Centered approach to Human Trafficking investigations in Los Angeles County*. UC Berkeley, 2017. Available in: <https://humanrights.berkeley.edu/publications/building-trust-perspectives-victim-centered-approach-human-trafficking-investigations>.
- ALTER K. J.; RAUSTIALA, K. The Rise of International Regime Complexity. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 14, n. 1, p. 329-349, 2018.
- ANJOS, et al. *Tráfico de Pessoas*. Uma abordagem para os direitos humanos. Brasília: SNJ, 2013.
- BITENCOURT, C. R. A Nova E Equivocada Tipificação Do Crime De Tráfico De Pessoas. *Revista Paradigma*, v. 25, p. 2–26, 2016. Retrieved from <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2-26>
- BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1
- BRASIL. *ADI 5642 (2017)*. Retrieved from <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5117846>
- BRASIL. Câmara dos Deputados. (2011). *Requerimento de Comissão Parlamentar n. 03*. Retrieved from https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=849397&filename=RCP+3/2011
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei N. 6943/2013 (2013)*. Brasil. Retrieved from https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=386F7AF4CC602D52D48497A7BB14A9D8.proposicoesWebExterno1?codteor=1208864&filename=PL+6934/2013
- BRASIL. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico de pessoas no Brasil, suas causas, consequências e responsáveis no período de 2003 a 2011, compreendido na vigência da C. de P. PL 6934/2013 (2013). *PL 6934/2013*. Retrieved from <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604107>
- BRASIL. Congresso Nacional, & Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “com a finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil.”* Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Serviços Gráficos. Retrieved from <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/84599>
- BRASIL. *Decree N° 9.440, DOU, dated July 03, 2018*. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9440.htm
- BRASIL. *Decree N° 2.848, dated December 7, 1940 (1940)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm
- BRASIL. *Decree N° 5.015, dated March 12, 2004 (2004)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm
- BRASIL. *Decree N° 5.017, dated March 12, 2004 (2004)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm
- BRASIL. *Decree N° 7.903, dated february, 2013. (2013)*. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7901.htm
- BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (2002)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm
- BRASIL. *Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003 (2003)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.803.htm
- BRASIL. *Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005 (2005)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm
- BRASIL. *Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009 (2009)*. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm
- BRASIL. *Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012 (2012)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm
- BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013 (2013)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm

- BRASIL. *Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (2015)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm
- BRASIL. *Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016 (2016)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm
- BRASIL. *Lei n. 13.344, de 6 de outubro de 2016 (2016)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm
- BRASIL. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017 (2017)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm
- BRASIL. *Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954 (1954)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L2252.htm
- BRASIL. *Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. (1998)*. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm
- BRASIL. *Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984 (1984)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm
- BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (1990)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm
- BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (1990)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm
- BRASIL. *Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998 (1998)*. Brasil. Retrieved from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613compilado.htm
- BRASIL. *Relatório Nacional Sobre O Tráfico De Pessoas: Dados 2014 A 2016*. Brasília, dezembro de 2017.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 7370/2014 (2014)*. Retrieved from https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1242133&filename=PL+7370/2014
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC: 96007 SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 Publicação 08-02-2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq. 2786, RJ*. Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 9 de Junho de 2011. DJe-113 Divulgação 13/06/2011, publicação 14/06/2011
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466343 (2008)*. Retrieved from <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>
- CASTILHO, E. W. V. de. “A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero?”. *Cadernos Pagu*, v. 31, p. 101–123, 2008. <https://doi.org/10.1590/S0104-83332008000200006>
- CEIA, E. M. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Rev. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, 2013. Retrieved from: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf
- CRYER, R.; FRIMAN, H.; ROBINSON, D.; WILMSHURST, E. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: University Press, 2014. Retrieved from <https://doi.org/10.1017/CBO9781107588707>
- CUNHA, R. S.; BATISTA PINTO, R. *Tráfico de Pessoas - Lei 13.344/16 comentada por artigos*. Salvador: Juspodivm. 2016. Retrieved from <https://www.editorajuspodivm.com.br/trafico-de-pessoas-lei-1334416-comentada-por-artigos-2018>
- DAVID, F. Prosecuting trafficking in persons: Known issues, emerging responses. *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice*, v. 358, p. 1–6, 2008.
- DECAUX, E. *Les formes contemporaines de l'esclavage*. Collected courses of The Hague Academy of International Law (Tome 336). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- ELLIOTT, J. *The Role of Consent in Human Trafficking*. London/New York: Routledge, 2015.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *Siliadin vs. France*, N°. 73316/01, 26 de July de 2005.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *C.N. and V. vs. France*, N°. 67724/09, 11 October 2012.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *C.N. vs. United Kingdom*, N°. 4239/08, 13 November 2012.

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, N°. 25965/04, 7 January 2010.
- FARRELL, A.; OWENS, C.; MCDEVITT, J. New laws but few cases: Understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases. *Crime Law & Social Change*, p. 1–13, 2014.
- GALLAGHER, A.; HOLMES, P. Developing an effective criminal justice response to human trafficking lessons from the front line. *International criminal justice review*, v. 18, n. 3, p. 318–343, 2008.
- GÓMEZ-MERA, Laura. Regime complexity and global governance: The case of trafficking in persons. *European Journal Of International Relations*, 2016.
- GRECO, A. O. P. “Delegacia da mulher, vitimodogmática, autocolocação da vítima em risco e consentimento do ofendido”. In: REALE JÚNIOR, M.; PASCHOAL, J. (coord.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRECO, R. *Código Penal Comentado*. Niterói, 2012. Retrieved from https://www.impetus.com.br/produto/21754/codigo-penal-comentado---rogerio-greco---2019_rogerio-greco
- HUMAN RIGHTS COUNCIL. *A/ HRC /41/46*, April 23, 2019. Trafficking in persons, especially women and children Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children. Retrieved from: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/112/06/PDF/G1911206.pdf?OpenElement>
- ICHR. *Caso Tralhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil*. Sentencia de 20 octubre de 2016.
- JESCHECK, H.; WEIGEND, E. *Tratado de Derecho Penal: Parte General. 2003* Retrieved from <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-002E-4DE5-C>
- MACHADO, B. A.; VIEIRA, P.B.S. “O controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 484-503, 2016.
- MATOS, M.; GONÇALVES, M.; MAIA, A. Understanding the criminal justice process in human trafficking cases in Portugal: factors associated with successful prosecutions. *Crime, Law and Social Change*, 2019. Retrieved from: <https://doi.org/10.1007/s10611-019-09834-9>
- MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 1998. Retrieved from https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/23551/manual_direito_penal_mirabete_31.ed.pdf
- NICHOLS, A. J.; HEIL, E. C. Challenges to identifying and prosecuting sex trafficking cases in the Midwest United States. *Feminist Criminology*, v. 10, n. 1, p. 1–29, 2014.
- NUCCI, G. de S. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. 2019
- NUCCI, G. de S. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Forense. 2013. Retrieved from <http://www.guilhermenucci.com.br/livros/codigo-penal-comentado>
- OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). Declaración y Programa de Acción de Viena (extractos). *Revista Internacional de La Cruz Roja*, v. 18, n. 118, 201, p. 351. <https://doi.org/10.1017/s0250569x00017015>
- OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking*. 2010. Available in: <https://doi.org/10.18356/fb81f1a6-en>
- PALERMO, D.; ARNALDO JORDY, D. (n.d.). *CD142455375347* CÂMARA DOS DEPUTADOS CPI-TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DESTINADA A INVESTIGAR O TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL, SUAS CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS E RESPONSÁVEIS NO PERÍODO DE 2003 A 2011, COMPREENDIDO NA VIGÊNCIA D. Retrieved from <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/54a-legislatura/cpi-trafficode-pessoas-no-brasil/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao>
- PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. São Paulo: RT, 2011. Retrieved from <https://www.saraiva.com.br/curso-de-direito-penal-brasileiro-vol-3-parte-especial-arts-250-a-359-h--7-ed-3380805.html>
- SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Tráfico de Pessoas Uma Abordagem Para Os Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça. 2013. Retrieved from <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/traficodepessoas/>

publicacoes/anexos/cartilha_ traficodepessoas_uma_ abordagem_direitos_humanos.pdf

SILVA, W. C. da. “O Impacto do Enfrentamento Internacional Contra o Tráfico de Pessoas na Legislação Brasileira”. 2015. p. 369–396. Retrieved from <http://hdl.handle.net/20.500.12412/425>

SILVA, W. C. da. *Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, W. C. da; GÓES, K. Proteção Contra As Formas Contemporâneas De Escravidão: Uma Garantia Constitucional. *Brasiliana- Journal for Brazilian Studies*, v. 2, n. 2, p. 289–312, 2013. <https://doi.org/10.25160/v2.i2/d12>

SILVA, W. Correa da.; SOUZA, C. H. Ferreira de. “O Tráfico De Órgãos No Brasil E A Lei n. 9.434/97”. Retrieved from <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0064f599ed0adb58>

SILVEIRA, R. de M. et al. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2008.

SPOHN, C. “The non-prosecution of human trafficking cases: An illustration of the challenges of implementing legal reforms”. *Crime Law & Social Change*, v. 61, p. 169–178, 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF) 1ª Região, *Apelação Criminal nº 2005.35.00.023131-6 – GO*. Julgamento 3 de Abril de 2007. 25/04/2007 DJ p.17. Retrieved from: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2211542/apelacao-criminal-acr-23131-go-20053500023131-6/inteiro-teor-100720107?ref=juris-tabs>

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF) 3ª Região, São Paulo - Criminal, SP. (GUARDIA, M. A. Operação Garina). *Processo nº 0003031-36.2013.4.03.6181*. 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Sentença, 15 jan. 2018. Retrieved from: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/54895377/processo-n-0007109-3920144036181-do-trf-3>

UNODC. *An Introduction to Human Trafficking*. UN. New York. 2014. Retrieved from: https://www.unodc.org/documents/humantrafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf

UNODC. *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*. UNITED NATIONS New York,

2008. Retrieved from: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf

UNODC. *Issue paper: The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of research findings and reflection on issues raised*. Viena, 2018. Retrieved from https://www.unodc.org/documents/humantrafficking/2018/Issue_Paper_International_Definition_TIP.pdf

UNODC. *Issue Paper: The Role Of ‘Consent’ in The Trafficking In Persons Protocol*. UN. Viena, 2014. retrieved from https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent.pdf

UNODC. *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*. New York/Geneva, 2008. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/08-58296_tool_5-2.pdf

USA/OVCTTAC. *Human Trafficking Task Force e-Guide. Strengthening Collaborative Responses*. 2011. retrieved from: <https://www.ovcttac.gov/taskforceguide/eguide/5-building-strong-cases/52-taking-a-proactive-approach/>

VERHOEVEN, M. and BARBRA, G, Human trafficking and criminal investigation strategies in the Amsterdam Red Light District. *Trends in Organized Crime*. 14. 2011148-164. 10.1007/s12117-011-9126-0.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

¿Son parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales de derechos humanos de la OEA en Chile?: avances en base a la doctrina, normativa y jurisprudência

Are the international human rights treaties of the OAS in Chile part of the constitutionality block?: advances based on doctrine, positive text, and jurisprudence

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

¿Son parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales de derechos humanos de la OEA en Chile?: avances en base a la doctrina, normativa y jurisprudencia*

Are the international human rights treaties of the OAS in Chile part of the constitutionality block?: advances based on doctrine, positive text, and jurisprudence

Juan Pablo Díaz Fuenzalida**

Resumen

El presente trabajo estudia si los principales tratados internacionales de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA) son parte del bloque de constitucionalidad en Chile. Para responder a aquella interrogante se sintetizan los principales argumentos doctrinarios para aplicar los tratados sobre derechos humanos en Chile; se analiza la normativa constitucional chilena para considerar los tratados referidos; y, finalmente se comprueba si los tratados citados son utilizados en los máximos tribunales de justicia. Se desarrolla cada punto anterior con doctrina, normativa nacional e internacional y con jurisprudencia. La investigación cristaliza al evidenciar que desde todos los prismas son aplicables cada uno de los tratados revisados en Chile. Las conclusiones son que los principales tratados sobre derechos de la OEA son parte del bloque de constitucionalidad en Chile, tanto en el texto positivo como en la práctica en los tribunales de justicia, abriendo un abanico de derechos fundamentales para todos los habitantes. Sin embargo, también se hace el llamado de atención en que hay algunos que todavía hace falta incorporar y sobre aquellos que han sido ratificados, pero con algunas declaraciones o reservas que están íntimamente relacionados con derechos humanos elementales.

Palabras clave: Bloque de constitucionalidad. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos (OEA).

Abstract

This paper studies whether the main international human rights treaties of the Organization of American States (OAS) are part of the constitutionality block in Chile. To answer that question, the main doctrinal arguments for applying human rights treaties in Chile are synthesized; Chilean constitutional regulations are analyzed to consider the treaties; and, finally, it is checked whether the treaties are used in the highest courts of justice. Each

* Recibido em 13/10/2020

Aprovado em 30/03/2021

“El presente artículo forma parte del proyecto de investigación, Fondecyt de Postdoctorado N° 3200477, titulado “Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH): Evaluación de sus 10 años de protección y promoción de los derechos humanos en los tribunales de justicia en Chile”.

** Doctor en Derecho, Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, ambos por la Universidad Autónoma de Madrid; Magister en Docencia Universitaria, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, ambos por la Universidad Autónoma de Chile; profesor de Derecho Constitucional e investigador adscrito al Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile; Editor alterno de la Revista Justicia y Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 425, Providencia, Santiago de Chile Email: juanpablo.diaz@uaautonoma.cl

point above is developed with doctrine, national and international regulations, and jurisprudence. The research crystallizes by showing that each of the revised treaties in Chile are applicable from all perspectives. The conclusions are that the main treaties on rights of the OAS are part of the constitutionality block in Chile, both in the positive text and in practice in the courts of justice, opening a range of fundamental rights for all inhabitants. However, there is also a call for attention that there are some that still need to be incorporated and those that have been ratified, but with some declarations or reservations that are intimately related to elementary human rights.

Keywords: Constitutionality block. International Treaties of Human Rights. Organization of American States (OAS).

1 Introducción: el objeto de la investigación

Aplicar la Constitución en Chile es más que el mero texto normativo aprobado en el 1980 o bien, por el constituyente derivado del 2005 con todas las modificaciones hasta la fecha. Hoy en día se habla de “bloque de constitucionalidad” que contendría una serie de normas relacionadas a la Carta Fundamental. Así, por ejemplo, para el caso colombiano, y, en general, se sigue así en los demás países, se ha dicho que el bloque de constitucionalidad está conformado: “no sólo por el articulado de la Constitución, sino que, entre otros, por los tratados internacionales que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias”.¹ Ello tiene vital importancia en la promoción y protección de los derechos humanos en los tribunales de justicia, evidenciándose incluso en los resultados de acciones y recursos en favor de las personas, ya sea citando expresamente los tratados o considerando sus criterios.² Además es positivo para el transjudicialismo,³ en el sentido que no

se sobrecargarán los máximos tribunales, especialmente internacionales con casos que pueden ser resueltos en pro de los derechos humanos a nivel nacional.

Esta temática, que ya es compleja de ser revisada por las interacciones y diálogos entre derecho nacional e internacional y sus actores,⁴ (o como se verá en el transcurso del presente trabajo, que para el caso chileno se conforma un único sistema que, inclusive, da prevalencia al derecho internacional de los derechos humanos por sobre su soberanía, o bien, en virtud de su soberanía se autolimita al respecto), se suma que cada vez es más difícil tener un manejo de la normativa que debe aplicarse. Dicho fenómeno es un acontecer que Natalino Irti estudió hace cerca de treinta años, pero lamentablemente se ha acrecentado aún más su diagnóstico. Irti en los años 80-90 explicaba como las instituciones de derecho civil italiano se iban expandiendo a otros cuerpos normativos, distintos del Código Civil, siendo la especialidad un factor a considerar para cada caso concreto.⁵ Ocurre exactamente lo mismo al dilucidar cuál es el bloque de constitucionalidad, la normativa que hay que considerar no sólo es de ley orgánica que desarrolle a las Cartas Fundamentales, sino que hoy hay que revisar si son o no aplicables una serie de tratados internacionales relacionados con el Derecho Constitucional.

En efecto, entre otras normas relevantes que podrían ser parte del bloque de constitucionalidad en un país, especialmente considerando al caso de Chile, son los tratados sobre derechos humanos creados a propósito de la Organización de Estados Americanos (OEA). Todo esto comienza con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la IX Conferencia Internacional Americana.⁶ Es similar a lo ocurrido en el contexto de Naciones Unidas (ONU) con la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁷ Sólo ocho países se abstuvieron de votar y ninguna nación votó

dicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 169-199, 2020.

⁴ VARELLA, Marcelo. D. Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, p. 1-5, 2012.

⁵ IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. España: J. M. Bosch Editor, 1992.

⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁷ NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948*. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> Acceso en: 26 oct. 2020.

¹ MORALES, Alejandra Virginia Morales; ODIMBA ON ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, Bogotá, v. 12, n. 27, p. 135-14, ene./jun. 2011.

² DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Expulsion of aliens: the application of International Law by Chilean Superior Courts. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 308-330, 2020.

³ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transju-

en contra. Así, por primera vez las naciones del mundo se ponían de acuerdo en un texto que reconociera los Derechos Fundamentales de las personas.⁸ No siendo obligatoria la resolución, es una verdadera hoja de ruta que marca el camino a seguir en materia de Derechos Humanos.⁹ Y, en el contexto regional, como decíamos entramos a la Declaración citada, conocida como Carta Magna del sistema interamericano. Fue concebida como un instrumento no vinculante. Surgió como un manifiesto político, nos recuerda Paúl Díaz.¹⁰ Y, ha tenido una especial repercusión en tal sentido por los tratados sobre derechos humanos que posteriormente se han creado en el contexto de la OEA.

De manera que es de suma importancia establecer si para un país son o no parte de su bloque de constitucionalidad, pues ello abre un abanico de derechos fundamentales para sus habitantes, que, sólo en cuantía (si lo evaluamos desde el número de páginas) a lo menos duplica el catálogo de derechos esenciales para los ciudadanos o bien profundiza en cada uno de ellos. Y, además para el caso particular de Chile son aún más relevantes por el actual proceso constituyente que está pasando. En efecto, el 25 de octubre se preguntó a la ciudadanía si aprueba o rechaza redactar un nuevo texto constitucional, ganando la opción apruebo. Podría pensarse que es una especie de hoja en blanco. Sin embargo, el acuerdo político y normativa que regula el proceso, concretamente en el artículo 135 de la Constitución Política chilena,¹¹ considera a los tratados internacionales como límite en la redacción del nuevo texto constitucio-

nal, concretamente, que deben respetarse.¹² La norma es amplia dado que consagra a tratados internacionales de toda especie. En este punto, es preciso delimitar que para efectos de esta investigación se estudiarán aquellos relacionados con derechos humanos y no otros que puedan ser parte de la OEA pero que estén llamados a regular otras materias.

Con todo, la presente investigación se plantea como objetivo general determinar si son parte o no del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales sobre derechos humanos de la OEA en el Estado de Chile. Para ello, es menester determinar objetivos específicos que tributen al objetivo general. Estos objetivos particulares son:

1. Sintetizar los principales argumentos doctrinarios para aplicar los tratados sobre derechos humanos en Chile.
2. Revisar la normativa aplicable sobre cada tratado concreto de la OEA para aplicarlos en Chile.
3. Comprobar que los tratados revisados sean aplicados en los máximos tribunales de justicia en Chile.

Así, metodológicamente se evidenciará con doctrina, normativa y jurisprudencia relacionada a cada uno de los objetivos específicos. Se utilizará metodología que se ha considerado en otros artículos como se ha hecho con normativa de la ONU,¹³ pero es preciso estudiar aquellos tratados de derechos humanos de la OEA, lo que es un valor agregado al respecto y factor diferenciador con otros trabajos. Con el desarrollo de cada uno de los objetivos se podrá responder claramente si los tratados internacionales sobre derechos humanos de la OEA son o no parte del bloque de constitucionalidad en Chile. Y, de esta manera dilucidar puntos a favor y aspectos que mejorar hacia el futuro siendo siempre propositivo en la promoción y protección de los derechos humanos.

⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Una visión de la tutela judicial a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 1217-1260.

⁹ NACIONES UNIDAS. *Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml> Acceso en: 26 oct. 2020.

¹⁰ PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 47, p. 361-395, 2016.

IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. España: J. M. Bosch Editor, 1992.

¹¹ CHILE. *Decreto 100*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 26 oct. 2020.

¹² En el inciso pertinente, el artículo 135 consagra: “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

¹³ DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 1, p. 153-172, 2019.

2 Argumentos doctrinarios y normativos para incluir a los tratados sobre derechos humanos de la OEA en el bloque de constitucionalidad chileno.

En el año 1989 se realiza una reforma constitucional en Chile que modifica el inciso segundo del artículo 5 de la Carta Fundamental. En efecto, en su antigua redacción, se consagraba que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Ello traía complejidades en la interpretación *¿Cuáles eran aquellos derechos?* Y es así como, en virtud de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989,¹⁴ que se agregó una parte, dando mayor certeza, encuadrando los derechos esenciales de la naturaleza humana en aquellos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Hoy, dicha redacción sigue intacta.

La redacción de la reforma del año 1989 de la Constitución chilena, tan explícita haciendo referencia a los tratados internacionales no era sólo por certeza jurídica, sino que era necesaria para la aplicación de los tratados en tribunales de justicia. En tal sentido, nos recuerda el profesor Francisco Cumplido Cereceda que, de forma esporádica los Juzgados y Cortes aplicaban directamente las normas de la Constitución y, respecto de los tratados exigían frecuentemente una legislación que recepcionara lo convenido.¹⁵ Es decir, una ley que los pusiera en práctica o desarrollo a pesar de ya haber sido ratificados por el país. Y, adiciona el profesor que durante el periodo de 1973 a 1989, como no se había publicado ciertos tratados en el Diario Oficial, los tribunales se excusaban de que no estaban aún vigentes para Chile.¹⁶ Un ejemplo de esto último son el Pacto de Derechos

Civiles y Políticos promulgado en 1976, y publicado trece años después, sólo en abril de 1989, o, como con el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, ratificado en 1976 y promulgado y publicado el 27 de mayo de 1989.

Ahora bien, desde dicha reforma, tendremos de todas maneras que incluir en el bloque de constitucionalidad a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos. Ello, como muy bien explicaba el profesor Humberto Nogueira Alcalá, con la modificación que se hizo al texto constitucional del artículo 5 en el año 1989,¹⁷ que reza lo que sigue:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

De ello podemos afirmar que el límite de la soberanía son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, es decir, de los derechos humanos. Según Nogueira Alcalá, estos derechos serían:

- a) los que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad en el artículo 19^o,¹⁸
- b) los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*; los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho humanitario y los que asegura el derecho internacional consuetudinario.
- c) Los derechos esenciales implícitos que puedan desarrollarse en el futuro, respecto de los cuales no hay reconocimiento aún a través de las diversas fuentes del derecho interno o internacional.¹⁹

Además, no sólo son obligatorios los tratados sobre derechos humanos por las normas constituciona-

¹⁴ CHILE. *Ley de reforma constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989*. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44169/2/HLArt5CPR.pdf> Acceso en: 26 oct. 2020.

¹⁵ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. *Doctrina y Jurisprudencia. Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n 1, p. 365-374, 2003.

¹⁶ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. *Doctrina y Jurisprudencia. Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n 1, p. 365-374, 2003.

¹⁷ CHILE. *Decreto 100*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 26 oct. 2020.

¹⁸ Para el lector no familiarizado con la Constitución chilena, vale informar que en el artículo 19 se encuentra una serie de garantías constitucionales, incluidas en 26 numerales, en que se desarrollan las libertades y derechos fundamentales tales como, la vida, la igualdad ante la ley, la privacidad, protección de datos personales, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derecho de propiedad, protección del trabajo, seguridad social, derecho a la salud, derecho a la educación, libertad de enseñanza, libertad de conciencia, entre otros.

¹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n. 1, p. 403-466, 2003.

les chilenas, también lo son por asuntos de observancia internacional. En efecto, Gozaíni al analizar la obligatoriedad de determinados tratados internacionales que afectan a los países latinoamericanos y europeos, nos recuerda a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados²⁰. En efecto, el artículo 26 consagra al respecto al “*Pacta sunt servanda*”, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Es decir, lo pactado obliga, pero además debe ser cumplido, de forma efectiva para que lo suscrito y ratificado no sea una mera ilusión. Y, además, el artículo 27 que expresa que, “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.²¹ Mayor fuerza aún, es decir, ni siquiera con derecho interno se puede obstaculizar la aplicación de un tratado internacional. Este último tratado, es decir, la Convención de Viena, ha entrado en vigor internacional en enero de 1980,²² y Chile lo ha ratificado en el año 1981.²³ Por lo que desde ese punto de vista los tratados que haya ratificado le son aplicables.

A mayor abundamiento, Chile ha mostrado un real interés en estar al día en materia de derechos esenciales, lo que se ha cristalizado en la suscripción y ratificación de tratados sobre derechos humanos. Así, Díaz Tolosa nos recuerda que:

La tradición en Chile ha sido respetar las normas del Derecho internacional; además forma parte de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos y uno de los pilares fundamentales de su sistema político democrático es la protección a la dignidad humana.²⁴

²⁰ GOZAÍNÍ, Osvaldo. *Derecho Procesal Transnacional: los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Tirant lo Blanch, 2014.

²¹ NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Resolución A/CONF.39/27, de 23 de mayo de 1969*. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf Acceso en: 26 oct. 2020.

²² NACIONES UNIDAS. *Status of Treaties: Chapter XXIII. Law of Treaties. 1. Vienna Convention on the Law of Treaties*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf> Acceso en: 26 oct. 2020.

²³ CHILE. *Decreto Supremo 381*. Promulga la Convención sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=12889&idParte=0&idVersion=> Acceso en: 26 oct. 2020.

²⁴ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Aplicación judicial en Chile del “*ius cogens*” como manifestación de la internacionalización del

Así, ya es posible afirma que:

1. Los principales tratados sobre derechos humanos de la OEA son parte del bloque de constitucionalidad por contener normas de *IUS COGENS*.
2. En caso de no seguir doctrinas *ius naturalistas* o ser más formalistas exigiendo una norma o acuerdo internacional, los principales tratados sobre derechos humanos de la OEA son parte del bloque de constitucionalidad, siempre y cuando estén ratificados por Chile y estos se encuentren vigentes, aplicando el Tratado de Viena (en concreto el *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe de los tratados).
3. En caso de no seguir doctrinas *ius naturalista*, y si se le quiere dar mayor fuerza obligatoria a la soberanía nacional (normas constitucionales) que, a los acuerdos entre partes internacionales, los principales tratados sobre derechos humanos de la OEA son parte del bloque de constitucionalidad, siempre y cuando estén ratificados por Chile y estos se encuentren vigentes, aplicando el artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena.

Ello deviene incluso, como se decía, del Derecho Internacional, que debe tener una especial preocupación por los tratados de derechos humanos, incluso, haciendo necesario que el poder judicial garantice la aplicación de estos instrumentos. Es más, se ha dicho que los derechos humanos reconocidos en las Convenciones y tratados, entre otros, tienen por objeto ampliar la gama de derechos fundamentales y no a reemplazarlos.²⁵ O, incluso desde libertades económicas se pueden incluir una serie de derechos fundamentales que están incluidos en los tratados internacionales. Así, para el caso chileno, se garantiza constitucionalmente poder realizar actividades económicas, lo que viene acompañado por libertades y derechos como el de asociación, personalidad jurídica, entre otras.²⁶

Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 40, p. 393-417, 2013.

²⁵ TOMÉ DA MATA, Edilney; GOMEZ CORREIO, Eduardo Bianchi. Responsabilidad Internacional del Estado frente a lucha contra la discriminación racial y étnica en España. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 13, n. 1, p. 347-363, 2016.

²⁶ DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo; VILLAMIL RODRÍGUEZ,

Más aún, es menester agregar que los tratados han ido más allá del bloque de constitucionalidad, o, podría afirmarse que forjan su estructura. Así, el artículo 135, inciso final de la Constitución Política de Chile,²⁷ se refiere a los límites que debiera considerar la Convención que podría redactar una Nueva Constitución:

Artículo 135. Disposiciones especiales.

El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Como se constata, la Convención tiene una especie de hoja en blanco, pero que en realidad es un croquis con un entramado se base o sustento, en que se incluye a los tratados internacionales. Ello encuadra perfectamente con el artículo 5, inciso segundo de la Constitución, es decir, con los límites de la soberanía. De manera que ni la redacción ni la ratificación de los ciudadanos respecto de una Nueva Constitución debiera ir en contra de los tratados internacionales, especialmente si tratan sobre derechos humanos.

3 Revisión de normativa aplicable por tratado internacional de derechos humanos de la OEA en Chile: ¿Cuáles cumplen con todos los requisitos doctrinarios-normativos?

Del punto anterior, podemos sintetizar que, serían parte del bloque de constitucionalidad aquellos tratados internacionales de la OEA que Chile ha suscrito, ratificado, y, que estos se encuentren en vigor, referido en esencia a su vigencia internacional. En adelante, se pasa a revisar la normativa que otorga estos requisitos de una serie de tratados internacionales de derechos humanos de la OEA, que, valga la redundancia, desde lo normativo, son parte del bloque de constitucionalidad chileno.

Juan Sebastián. La otra cara de la moneda: protección constitucional de la empresa, el emprendimiento y la libre competencia en Chile y Colombia. *Revista de Derecho Internacional*, Brasilia, Brasil, v. 17, n. 1, p. 230-256, 2020.

²⁷ CHILE. *Decreto 100*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 26 oct. 2020.

En primer lugar, encontramos a la Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer. Adoptada en Bogotá, se creó por la Resolución A-44 de la OEA, de 2 de mayo de 1948.²⁸ Y, Chile ha ratificado el tratado, en 1975, según consta en el Decreto Supremo 309, de 26 de mayo de 1975.²⁹

En segundo lugar, encontramos a la Convención interamericana sobre la concesión de derechos civiles a la mujer. Adoptada en Bogotá, se creó por la Resolución A-45 de la OEA, de 2 de mayo de 1948.³⁰ Y, Chile ha ratificado el tratado, en 1975, según consta en el Decreto Supremo 310, de 26 de mayo de 1975.³¹

En tercer lugar, encontramos a la Convención americana sobre derechos humanos. Adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, se creó por la Resolución B-32 de la OEA y con vigencia internacional desde el 18 de julio de 1978.³² Y, Chile ha ratificado el tratado, en 1990, según consta en el Decreto Supremo 873, de 5 de enero de 1991,³³ aunque con la siguiente declaración:

a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención.

²⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer. *Resolución A-44, de 2 de mayo de 1948*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-44.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

²⁹ CHILE. *Decreto Supremo 309, de 26 de mayo de 1975*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=400857> Acceso en: 26 oct. 2020.

³⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer. *Resolución A-45, de 2 de mayo de 1948*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-45.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

³¹ CHILE. *Decreto Supremo 310, de 26 de mayo de 1975*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=400628> Acceso en: 26 oct. 2020.

³² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención americana sobre derechos humanos. *Resolución B-32, de 22 de noviembre de 1969*. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm Acceso en: 26 oct. 2020.

³³ CHILE. *Decreto Supremo 873, de 5 de enero de 1991*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16022> Acceso en: 26 oct. 2020.

b) El gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62.

Al formular las mencionadas Declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención, no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona.

En cuarto lugar, encontramos a la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Adoptada en Cartagena de Indias, el 9 de diciembre de 1985, se creó por la Resolución A-51 de la OEA y con vigencia internacional desde el 28 de febrero de 1987.³⁴ Y, Chile ha ratificado el tratado, en 1988, según consta en el Decreto Supremo 809, de 26 de noviembre de 1988,³⁵ aunque con algunas reservas, como sigue:

a) Al artículo 4º, en cuanto modifica el principio de la “obediencia reflexiva” consagrado en la legislación interna chilena, en el sentido de que el Gobierno de Chile aplicará lo dispuesto en dicha norma internacional al personal sujeto al Código de Justicia Militar, respecto a los subalternos, siempre que la orden, notoriamente tendiente a la perpetración de los actos indicados en el artículo 2º, no sea insistida por el superior ante la representación del subalterno.

b) Al inciso final del artículo 13, en razón del carácter discrecional y subjetivo en que está redactada la norma.

c) El Gobierno de Chile declara que en sus relaciones con los Países Americanos que sean Partes en la presente Convención, aplicará esta Convención en los casos en que existan incompatibilidades entre sus dis-

posiciones y las de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, adoptada por las Naciones Unidas en 1984.

d) Al inciso tercero del artículo 8º, en cuanto un caso sólo podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada expresamente por el Estado de Chile.

En quinto lugar, encontramos al Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativos a la abolición de la pena de muerte. Adoptada en Asunción, el 8 de junio de 1990, se creó por la Resolución A-53 de la OEA y con vigencia internacional desde para los Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él, a partir del depósito del correspondiente instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.³⁶ Y, Chile ha ratificado el tratado, en 2008, según consta en el Decreto Supremo 252, de 16 de diciembre de 2008,³⁷ aunque con la siguiente reserva:

El Estado de Chile formula la reserva autorizada por el Artículo 2, párrafo 1, del Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y, en consecuencia, podrá aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al Derecho Internacional por delitos sumamente graves de carácter militar.

En sexto lugar, encontramos a la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. Adoptada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, se creó por la Resolución A-60 de la OEA y con vigencia internacional desde el 28 de marzo de 1996.³⁸ Y, Chile ha ratificado el tratado, en 2010, según consta en el Decreto Supremo 12, de 24 de febrero de 2010.³⁹

En séptimo lugar, encontramos a la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la

³⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. *Resolución A-51, de 9 de diciembre de 1985*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

³⁵ CHILE. *Decreto Supremo 809, de 26 de noviembre de 1988*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=15728&idArte=0&idVersion=> Acceso en: 26 oct. 2020.

³⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativos a la abolición de la pena de muerte. *Resolución A-53, de 8 de junio de 1990*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-53.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

³⁷ CHILE. *Decreto Supremo 252, de 16 de diciembre de 2008*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=283525> Acceso en: 26 oct. 2020.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. *Resolución A-60, de 9 de junio de 1994*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

³⁹ CHILE. *Decreto Supremo 12, de 24 de febrero de 2010*. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1011251> Acceso en: 26 oct. 2020.

violencia en contra de la mujer. Adoptada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, se creó por la Resolución A-61 de la OEA y con vigencia internacional desde el 5 de marzo de 1995.⁴⁰ Y, Chile ha ratificado el tratado, en 1998, según consta en el Decreto Supremo 1640, de 11 de noviembre de 1998.⁴¹

En octavo lugar, encontramos a Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Adoptada en Ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999, se creó por la Resolución A-65 de la OEA y con vigencia internacional desde el 14 de septiembre de 2001.⁴² Y, Chile ha ratificado el tratado, en 2001, según consta en el Decreto Supremo 99, de 20 de junio de 2002.⁴³

En noveno lugar, encontramos a Convención interamericana contra el terrorismo. Adoptada en Bridgetown, el 3 de junio de 2002, se creó por la Resolución A-66 de la OEA y con vigencia internacional desde el 10 de julio de 2003.⁴⁴ Y, Chile ha ratificado el tratado, en 2004, según consta en el Decreto Supremo 263, publicado el 10 de febrero de 2005,⁴⁵ aunque con una declaración, como sigue:

El Gobierno de Chile, sin perjuicio de reiterar su condena a todos los actos, métodos y prácticas del terrorismo, cualesquiera sea su motivación, forma o manifestación, y de expresar que continuará adoptando todas las medidas pertinentes que sean necesarias en la lucha contra dichos actos, viene en manifestar que la disposición del artículo 13 de la

Convención, no menoscaba el derecho del Estado asilante de calificar, en conformidad con el derecho internacional, la naturaleza del hecho que origina la solicitud de asilo.

En décimo lugar, encontramos a la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Adoptada en Washington, D.C., el 15 de junio de 2015, se creó por la Resolución A-70 de la OEA y con vigencia internacional desde el 11 de enero de 2017.⁴⁶ Y, Chile ha ratificado el tratado, en 2017, según consta en el Decreto Supremo 162, publicado el 7 de octubre de 2017,⁴⁷ aunque con algunas declaraciones, como sigue:

La República de Chile declara que el enfoque de curso de vida será entendido como el continuo de la vida de la persona, desde el inicio de su existencia hasta la última etapa de su vida, que, condicionada por diversos factores, como el familiar, social, económico, ambiental y/o cultural, configuran su situación vital, siendo el Estado el encargado de desarrollar este enfoque en sus políticas públicas, planes y programas, con especial énfasis en la vejez.

La República de Chile declara que la identidad de género a que alude la presente Convención será entendida en armonía con lo dispuesto en su legislación nacional.

La República de Chile declara que los Artículos 5 y 18, inciso segundo, ambos en relación con el Artículo 2 de la misma Convención, no impiden, de ninguna forma, la adopción de medidas legítimas, razonables y proporcionadas, como son las que, fundadas en las exigencias ya sea del funcionamiento de una institución, o en las propias de la naturaleza del cargo o función, establecen límites de edad para desempeñar ciertos cargos o funciones públicas, por lo que no podrán considerarse como constitutivas de un acto de discriminación.

La República de Chile declara, en relación con el Artículo 11 de la Convención, que el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud al que ella se refiere deberá ser prestado en conformidad a los requisitos tanto formales como sustantivos y a todas las demás disposiciones aplicables en la materia vigentes en el ordenamiento jurídico chileno.

Con todo, desde el punto de vista normativo se cumple con el requisito para que los tratados referidos

⁴⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer. *Resolución A-61, de 9 de junio de 1994*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁴¹ CHILE. *Decreto Supremo 1640, de 11 de noviembre de 1998*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=127037> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁴² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. *Resolución A-65, de 7 de junio de 1999*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁴³ CHILE. *Decreto Supremo 99, de 25 marzo de 2002*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=199523> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁴⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana contra el terrorismo. *Resolución A-66, de 3 de junio de 2002*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-66.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁴⁵ CHILE. *Decreto Supremo 263, publicado el 10 de febrero de 2005*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=235395> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁴⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. *Resolución A-70, de 15 de junio de 2015*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Acceso en: 26 oct. 2020.

⁴⁷ CHILE. *Decreto Supremo 162, publicado el 7 de octubre de 2017*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108819> Acceso en: 26 oct. 2020.

sean parte del bloque de constitucionalidad en Chile. Todos tratan sobre derechos humanos, es decir, pactos que reconocen, crean o desarrollan derechos esenciales de la naturaleza humana. Como tratados internacionales ratificados se deben aplicar por el *pacta sunt servanda* y/o sumado a ello, por aplicación el artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena, pues han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes. Incluso, es posible afirmar que se trata de una verdadera política de Estado incluir a los tratados de la OEA como parte del bloque de constitucionalidad chileno. En efecto, como se pudo advertir, desde las ratificaciones de los años setenta en adelante han pasado diversos jefes de Estado y, todos mandan a cumplir con estos, cuando han sido ratificados. Sin embargo, varios de estos se han ratificado con algunas declaraciones y reservas, lo que es preciso revisar con los estándares actuales de promoción y protección los derechos humanos.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta los tratados que Chile aún no ha ratificado y que versen sobre derechos humanos creados a propósito de la OEA. Ello, para tener en consideración propuestas de futuro y que son parte de hallazgos de investigación, que serán revisados sucintamente por la extensión y objeto de este trabajo. En efecto, entre estos, encontramos:

Por un lado, al Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, se creó por la Resolución A-52 de la OEA y con vigencia internacional desde el 16 de noviembre de 1999. Chile solo ha suscrito el tratado el 5 de junio de 2001.⁴⁸

Además, a la Convención americana para facilitar la asistencia en casos de desastre. Adoptada en Santiago de Chile, el 7 de junio de 1991, se creó por la Resolución A-54 de la OEA y con vigencia internacional desde el 16 de noviembre de 1996. A pesar de ser adoptada en Chile, no ha sido firmada y menos ratificada por dicho país.⁴⁹

⁴⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Resolución A-52, de 17 de noviembre de 1988*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁴⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención americana para facilitar la asistencia en casos de desastre. *Resolución A-54, de 16 de noviembre de 1996*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-54.html> Acceso en: 26

Por otro lado, a la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia. Adoptada en La Antigua, Guatemala, el 5 de mayo de 2013, se creó por la Resolución A-68 de la OEA, entrando en vigor el 11 de noviembre de 2017. Chile solo ha firmado el tratado el 22 de octubre de 2015.⁵⁰

Y, finalmente a la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Adoptada en La Antigua, Guatemala, el 5 de mayo de 2013, se creó por la Resolución A-69 de la OEA, entrando en vigor el 20 de febrero de 2020. Chile solo ha firmado el tratado el 22 de octubre de 2015.⁵¹

4 De la teoría a la práctica: inclusión de los tratados sobre derechos humanos de la OEA en el bloque de constitucionalidad chileno: su aplicación en los máximos tribunales

El día 1 de marzo de 2018 se inauguraba el año judicial. El excelentísimo Ministro y Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito Cruz daba cuenta de la gestión del Poder Judicial exponiendo de cómo se ha cumplido el mandato y por otro lado, señalaba lo que debería hacerse para mejorar la administración de justicia. En efecto, hubo una serie de reflexiones y estadísticas relevantes para todo estudiante, litigante o académico que se dedique al Derecho. Una muy significativa, el gran número de porcentaje de causas que conoce el máximo tribunal que tratan sobre derechos humanos, ya sea provenientes del recurso de amparo, del recurso de protección, del recurso de nulidad en materia penal o por medios de impugnación originados en tutela de derechos fundamentales en el contexto de las relaciones laborales. En concreto, expresaba lo siguiente:⁵²

oct. 2020.

⁵⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia. *Resolución A-68*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp Acceso en: 26 oct. 2020.

⁵¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. *Resolución A-69*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp Acceso en: 26 oct. 2020.

⁵² CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Cuenta*

Dejando a un lado las apelaciones de los recursos de protección contra Isapres, que siguen su tendencia histórica y representan un importante número de casos -más del 70% del total-, cabe también preguntarse qué asuntos conoce este tribunal. La respuesta es significativa: desarrollamos un rol orientado a la aplicación directa de la Constitución, ya que más de un tercio de lo que conocemos tiene como origen una acción constitucional, tales como el recurso de amparo (20%) o de protección (16%), sin considerar los recursos en lo penal que se fundamentan en normas de esta clase, ni las acciones de tutela de derechos fundamentales en lo laboral.

Aquello significa que la administración de justicia necesita estar al día en materia de derechos humanos. Es así como no sólo magistrados y funcionarios del poder judicial deben considerar normas protectoras de derechos fundamentales, sino que también, uno de los principales auxiliares de justicia, los abogados, pueden y deben utilizarlas en sus argumentaciones para una mejor resolución del caso. El mismo Presidente de la Excelentísima Corte en su discurso inaugural de 2018 indicaba que se propone incorporar como política la perspectiva de derechos humanos en la resolución de los asuntos.⁵³

Entonces, como política de administración de justicia se considera aplicar la normativa sobre derechos humanos en las resoluciones judiciales. En los siguientes párrafos se dan muestras de la aplicación de cada uno de los tratados internacionales referidos en el punto anterior para determinar que si son o no parte del bloque de constitucionalidad en Chile. Es decir, veremos como del texto positivo trascienden a la aplicación práctica en tribunales de justicia.

Así, en primer y segundo lugar, se analiza lo pertinente en relación con la Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer, y, la Convención interamericana sobre la concesión de derechos civiles a la mujer. Haciendo una búsqueda exhaustiva en el portal del Poder Judicial⁵⁴ y en otros

medios electrónicos, no se encontró jurisprudencia que cite expresamente a estos tratados. Sin embargo, ello no quiere decir que los derechos y principios consignados en estos no se tengan en consideración. De hecho, la normativa se ha ido modificando en atención a estos y así sigue haciéndose inclusive al 2020 (como con la Ley 21264, de 11 de septiembre de 2020,⁵⁵ que suprime un impedimento de rango legal para contraer segundas nupcias a mujeres en determinados casos, restricción que no tenía el marido). No obstante, a lo anterior, los tribunales sí han considerado expresamente en sus resoluciones a la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer, como se revisará más adelante, que es un tratado afín con los dos citados.

En tercer lugar, revisemos entonces un caso sobre la aplicación de la Convención americana sobre derechos humanos. Se presenta un recurso de amparo en contra del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago y en contra de Policía de Investigaciones de Chile. Se reclama sobre la dictación y mantención en vigencia de la resolución del tribunal en 2008,⁵⁶ en la cual se dispuso orden de arresto y arraigo, en contra del eventual afectado, con motivo al impago de obligaciones previsionales (imposiciones, cotizaciones). La deuda asciende a \$1.146.505.

Se rechaza el amparo en primera instancia, por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago,⁵⁷ y se acoge en segunda instancia, por la Excelentísima Corte Suprema.⁵⁸ Se establece por el máximo tribunal que, no puede equipararse la obligación de pago de cotizaciones a deberes alimenticios. Así, teniendo presente que el artículo 7 número 7 del Pacto de San José de Costa Rica, concretamente que “Nadie será detenido por deuda. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de

Pública Presidencia Corte Suprema 2018: discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito Cruz. 2018. Disponible en: <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/04/06/42025/01/1370510.pdf> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁵³ CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Cuenta Pública Presidencia Corte Suprema 2018*: discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito Cruz. 2018. Disponible en: <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/04/06/42025/01/1370510.pdf> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁵⁴ CHILE. Poder Judicial. *Bases jurisprudenciales*. Disponible en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁵⁵ CHILE. *Ley 21.264, de 11 de septiembre de 2020*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1149335&tipoVersion=0> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁵⁶ CHILE. *Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, RIT: A-11407-2006, Ejec. Previsional Antiguo, Resolución de 7 de abril de 2008*. Disponible en: <https://cobranza.pjud.cl/SITCOPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁵⁷ CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1447-2018, Amparo, Sentencia de 21 de junio de 2018*. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁵⁸ CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 15023-2018, Apelación Amparo, Sentencia de 28 de junio de 2018*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

los deberes alimentarios”, contiene una regla general, no constituyéndose en la excepción el caso, por lo que procede dejar en libertad al afecto.

La sentencia fue acordada contra el voto de dos Ministros, confirmando por los propios fundamentos de la resolución apelada.⁵⁹ Ello, pues la orden de arresto reclamada ha sido expedida por autoridad facultada por la ley para hacerlo, en uno de los casos previstos en la ley, con sujeción a las formalidades que la misma establece, y habiendo mérito bastante que la justifica (se desprende que subsiste una deuda por cotizaciones previsionales a pagar por el amparado, y no habría certeza de que éstas hayan sido pagadas totalmente a la fecha) debe desestimarse el amparo.

En cuarto lugar, revisemos entonces un caso sobre la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. En una causa seguida ante un Tribunal Oral en Lo Penal se dictó sentencia definitiva,⁶⁰ condenándose a dos personas a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más accesorias, como autores del delito de homicidio.

En contra la sentencia, la defensa de los condenados interpusieron recursos de nulidad. Ambos recursos, son similares, pero coinciden, en general, sobre el siguiente motivo de nulidad que es de relevancia para el presente trabajo. En efecto, reclaman en relación con lo contemplado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, porque tanto durante la tramitación del juicio como en el pronunciamiento de la sentencia se infringieron sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Carta Fundamental y los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile (entre otros citan precisamente a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura). Así, en concreto, las defensas alegaron haberse ejercido apremios ilegítimos, consistentes en una permanencia de más de 8 horas en dependencias de la policía, tiempo durante el cual se interrogó reiteradamente a los detenidos, se les prohibió comunicarse tanto entre ellos, familiares y como con terceros. Además, se los mantuvo mirando hacia un

muro mientras no eran interrogados. Y, que los policías guiaron y ordenaron las declaraciones de familiares de los detenidos.

Se rechaza el recurso de nulidad.⁶¹ El tribunal establece que el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal dispone que,

Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando en la tramitación o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes.

Norma de la que se infiere que el recurso de nulidad no puede prosperar cuando los vicios denunciados han tenido lugar antes de la apertura del juicio oral, como ocurre en este caso. Es decir, tiene presente a los tratados, pero ante vulneraciones habría que utilizar las herramientas procesales acorde al estado y oportunidad del proceso.

En quinto lugar, revisemos un caso sobre la aplicación del Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativos a la abolición de la pena de muerte. Haciendo una búsqueda exhaustiva en el portal del Poder Judicial⁶² y en otros medios electrónicos, no se encontró jurisprudencia que cite expresamente a estos tratados. Sin embargo, ello no quiere decir que los derechos y principios consignados en estos no se tengan en consideración. De hecho, la normativa que contemplaba la pena de muerte ha sido derogada, según dispone la Ley 19734, de 5 de junio 2001.⁶³ Sin embargo, aún queda vigente en la legislación la pena capital del Código de Justicia Militar, concretamente en los artículos 235 y siguientes.⁶⁴ Sin embargo, afortunadamente no ha tenido que ser aplicada por los tribunales chilenos al menos de forma posterior a la ratificación del tratado.

En sexto lugar, revisemos entonces un caso sobre la aplicación de la Convención interamericana sobre de-

⁶¹ CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 3-2005, Criminal, Sentencia de 14 de abril de 2005*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SIT-SUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁶² CHILE. Poder Judicial. *Bases jurisprudenciales*. Disponible en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁶³ CHILE. *Ley 19734, de 5 de junio 2001*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=186161> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁶⁴ CHILE. *Código de Justicia Militar, de 19 de diciembre de 1944*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=18914> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁵⁹ CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 15023-2018, Apelación Amparo, Sentencia de 28 de junio de 2018*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SIT-SUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁶⁰ CHILE. *Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT: 45-2004, Sentencia de 16 de diciembre de 2004*. Disponible en: <https://reformaprocesal.pjud.cl/ConsultaCausas.jsfWeb/page/panelConsultaCausas.jsf> Acceso en: 26 oct. 2020.

saparición forzada de personas. Un grupo de mujeres demandan al Fisco de Chile por el pago de una indemnización por el daño moral sufrido. Ellas son la cónyuge e hijas de una persona detenida en el año 1978 en una Comisaría de Carabineros, cuando intentaba asilarse en la Embajada de un país extranjero en Chile. En efecto, la persona detenida fue trasladada a la Dirección de Inteligencia del Ejército, permaneciendo desaparecida hasta el presente. Así, el juez *a quo* rechaza la demanda, acogiendo excepción de prescripción. Ante ello, se presenta recurso de apelación con el que es acogida la acción, afirmándose que las conductas acreditadas en autos son imprescriptibles, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos, ratificados y vigentes en Chile. Consecuencia de ello, la excepción de prescripción debe rechazarse.⁶⁵ Por ello, el Fisco presenta recurso de casación en el fondo.

Se acoge el recurso de casación en el fondo, por lo que se rechaza la demanda.⁶⁶ Se establece que en los autos se ha ejercido una acción de contenido patrimonial cuya finalidad es hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que cabe aplicar las normas del Código Civil. Asimismo, que no existe norma internacional incorporada a Chile que establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado. Sin embargo, hubo dos votos en contra, por los que se rechaza el recurso de casación.⁶⁷ Así, la disidencia establece que los jueces de la instancia no han incurrido en error de derecho al no dar aplicación a las normas del Código Civil, sino a las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Chile que regulan el tema de la responsabilidad estatal. Ello, pues afirmar que las únicas reglas que existen en nuestro país para regular la responsabilidad del Estado son las contenidas en el Código Civil, importa negar validez y eficacia a normas jurídicas de carácter constitucional, administrativo e internacional que ya han sido aplicadas por los tribunales en materia de violación de derechos humanos.

En séptimo lugar, revisemos entonces un caso sobre la aplicación de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer. Se presenta un recurso de protección por una persona en contra de controladores de una revista digital por vulnerar su vida privada e imagen. Ello, por haberse publicado en un portal electrónico un reportaje sobre distintos episodios de violencia sufridos por mujeres, en el que el recurrente aparecería como responsable. La recurrida hace valer antecedentes sobre el recurso, pidiendo su rechazo, básicamente porque el reportaje cuestionado es sobre un asunto de interés público. Agrega que el recurrente tuvo oportunidad de efectuar su derecho a réplica al mencionado reportaje y no lo hizo; además, refiere que registra dos denuncias en el Ministerio Público, por maltrato habitual, abuso sexual y violación.

Se rechaza el recurso de protección por la ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago,⁶⁸ lo que es confirmado por la Excelentísima Corte Suprema.⁶⁹ Se establece que la publicación aludida no invade un aspecto de la vida privada del recurrente, pues implicaría ignorar el avance y logro que ha tenido la tutela efectiva de la comunidad internacional en el reconocimiento de derechos en favor de la mujer que otrora estaban vedados, en cuanto al maltrato, violencia doméstica y otras conductas vejatorias, en el plano privado. Así, por ejemplo, Chile ha suscrito determinados instrumentos internacionales (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en 1996, comúnmente conocida como la “Convención de Belém Do Pará”, efectuada en Brasil). Por ello, la publicación está resguardada con el legítimo ejercicio del periodismo.

Por otra parte, se determina además que lo anterior no significa desatender la garantía del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República (honra de la persona, privacidad, datos personales y jurisprudencialmente derecho a la imagen). Sólo que existen en la legislación otras formas de hacer efectiva su tutela, habida cuenta de la situación de conflicto de garantías que

⁶⁵ CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago*, Rol 3319-2007.

⁶⁶ CHILE. *Excelentísima Corte Suprema*, Rol 8593-2009, *Casación Fondo*, Sentencia de 21 de agosto de 2009. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁶⁷ CHILE. *Excelentísima Corte Suprema*, Rol 8593-2009, *Casación Fondo*, Sentencia de 21 de agosto de 2009. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁶⁸ CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago*, Rol 79039-2017, *Protección*, Sentencia de 5 de febrero de 2018. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁶⁹ CHILE. *Excelentísima Corte Suprema*, Rol 3019-2018, *Apelación Protección*, Sentencia de 27 de marzo de 2018. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

presenta este caso. La contracara se da especialmente en relación con el 19 N° 12, libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

En octavo lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Se presenta una demanda en virtud de la ley 20.422, que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, en contra del Metro de Santiago. El objeto de la litis radicaba en que si al 19 de mayo 2016 la actora, quien representaba una discapacidad física del 70% (debía movilizarse en silla de ruedas eléctrica), fue objeto de un trato discriminatorio a raíz de que la estación de Metro Santa Isabel no contaba con medidas de accesibilidad apropiadas. Así, en el día indicado, ante la presencia de un supuesto artefacto explosivo, los pasajeros fueron evacuados del tren y de la estación citada, pero la actora fue tratada en forma distinta de los demás, porque atendida su discapacidad, debió permanecer en el lugar durante una hora hasta que se restituyó el servicio, debido a que la estación no contaba con salva escaleras.

Se rechaza la demanda en Primera Instancia (29° Juzgado Civil de Santiago)⁷⁰ y se confirma en alzada (Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago).⁷¹ Se establece que la obligación consagrada en el artículo 28 de la Ley 20.422, no era exigible a la época de ocurrencia de los hechos, pues la modificación a la ley fue publicada el 23 de mayo de 2018.

Sin embargo, se presenta recurso de casación, lo que dio oportunidad para invalidar de oficio la sentencia recurrida y se redacta una sentencia de reemplazo por la Excelentísima Corte Suprema.⁷² Se afirma que el caso también era posible resolverlo con normativa vigente al momento de los hechos, o más bien, de la propia Ley 19.284, y se recurrió a la disposición más restrictiva, la de la actual ley, siendo pertinente la más antigua. En la

misma idea a preceptos internacionales como los de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de 20 de junio de 2002. Por ello, al demostrarse y reconocerse en autos una serie de irregularidades quedan de manifiesto discriminaciones arbitrarias en contra de la actora.

En noveno lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención interamericana contra el terrorismo. Una persona recurre de protección en contra de un Banco por cerrar unilateralmente su cuenta corriente de la que es titular, reclamando que se vulneraría las garantías de los numerales 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. A su turno, la institución financiera alude a que hizo ejercicio de facultades que le otorga la legislación, concretamente ya que va en contra de sus políticas internas, que son consecuencia de las directrices de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financiera, contenidas en el Capítulo 1-14, sobre prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo (así, encuadrarían los movimientos de la cuenta bancaria en operaciones inusuales o sospechosas, como aquellas que “carecen de justificación económica o jurídica aparente”). Además, a que el contrato de cuenta corriente es de naturaleza “*intuitu personae*”, lo que habilita a ambos contratantes a ponerle término unilateralmente.

Ante ello, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechaza el recurso,⁷³ estableciendo que no es la magistratura indicada para conocer de la controversia, ya que no se vislumbra la existencia de un acto ilegal o arbitrario que sea vulneratorio de derechos fundamentales, toda vez que lo disputado se refiere a la acreditación de los supuestos que habilitan a una de las partes a resolver un contrato, materia que por ser de lato conocimiento está entregada a los tribunales con competencia civil y que da cuenta que el derecho que invoca el recurrente no reviste el carácter de indubitado. Por ello, se apela del fallo por el recurrente.

Así, la excelentísima Corte Suprema reproduce la sentencia recurrida, con excepción de sus considerandos que conforman la *ratio decidendi* del fallo.⁷⁴ En efecto,

⁷⁰ CHILE. *Décimo Noveno Juzgado Civil de Santiago, Rol C-20679-2016, Sentencia de 13 de marzo de 2017*. Disponible en: <https://civil.pjud.cl/CIVILPORWEB/> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁷¹ CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 5022-2017, Civil, Sentencia de 31 de agosto de 2017*. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁷² CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 41388-2017, Casación Fondo, Sentencia de 25 de julio de 2018*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁷³ CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 20700-2017, Protección, Sentencia de 21 de abril de 2017*. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁷⁴ CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 18161-2017, Apelación Protección, Sentencia de 6 de julio de 2017*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en:

resuelve rechazar el recurso de protección, puesto que no se vislumbra acto ilegal o arbitrario, sino simplemente el ejercicio por parte del recurrido (el banco) de las facultades que le son propias en el desarrollo de su actividad.

En décimo lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Se interpone un recurso de protección en contra del ministro en visita extraordinaria don Mario Carroza Espinosa, para que se deje sin efecto resolución de 11 de septiembre de 2017, que incidiría en los autos Rol 85-2010, caratulado “Episodio Leandro Arratia Reyes”. En dichos autos, se condena por homicidio calificado, pena que se cumple en el centro penitenciario Punta Peuco. Posteriormente, se solicitó al juez de primer grado el cumplimiento de la pena privativa de libertad en el domicilio particular del condenado (persona mayor de edad, 71 años), lo que fue negado y no apelado por el recurrente.

Se rechaza el recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago,⁷⁵ lo que es confirmado por la Excelentísima Corte Suprema.⁷⁶ Por un lado, en cuanto a la forma, habiendo tutela judicial en el caso (Rol 85-2010), debió reclamar conforme al artículo 74 bis del Código de Procedimiento Penal, siendo la vía idónea el recurso de apelación. Por otro lado, en cuanto al fondo, debe negarse la acción, puesto que no hay normas imperativas (nacionales) o estándares internacionales (como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores) que establezcan que el simple paso del tiempo o la vejez autorice a que las personas condenadas a penas privativas de libertad puedan cumplir la pena impuesta en régimen domiciliario bajo la tutela familiar.

26 oct. 2020.

⁷⁵ CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 70074-2017, Protección, Sentencia de 21 de diciembre de 2017*. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.

⁷⁶ CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 843-2018, Apelación Protección, Sentencia de 19 de marzo de 2018*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

Sin embargo, se redacta un voto particular suscrito por dos Ministros.⁷⁷ Se hace imprescindible traer a colación los instrumentos jurídicos existentes como tratados y convenios, que tratan el tema en materia de derechos humanos de las personas mayores y de los cuales Chile es parte, buscando la armonía con el derecho interno. Sin embargo, siendo partidarios de acoger el recurso, pero sólo a contar de los 75 años cumplidos (teniendo como referencias los textos normativos relacionados con la edad avanzada de las personas). De lo contrario, implica innovar en una materia sobre la cual no existe por ahora remedio legislativo.

5 Conclusiones: Hasta dónde se ha avanzado y qué queda por hacer

Ya se ha hecho el recorrido haciéndose preciso recordar el objetivo general del presente trabajo, al preguntarse si son parte o no del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales sobre derechos humanos de la OEA en el Estado de Chile. En efecto, la respuesta es un sí categórico. Ello, según como se ha respaldado con el desarrollo de los objetivos específicos del presente texto. Es decir, hay argumentos de doctrina, normativa y jurisprudencia que avala la postura del bloque de constitucionalidad. Es positivo, dado que abre un abanico de derechos fundamentales para los habitantes de la Nación. Si están en el texto positivo es un aporte, pero sí además se aplican en tribunales de justicia es un avance también en el fortalecimiento del Estado de Derecho chileno. Además, ello toma especial relevancia para el proceso constituyente que está viviendo Chile, en el sentido de considerar estos tratados, este bloque de constitucionalidad como un límite, pero al mismo tiempo una guía en la redacción de una Nueva Constitución. Es decir, el mismo poder constituyente se autolimita para no afectar derechos humanos, inclusive ante la posibilidad de refundación del Estado.

Sin embargo, hay tratados que aún no han sido ratificados y algunos ni siquiera firmados por Chile que ver-

⁷⁷ CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 843-2018, Apelación Protección, Sentencia de 19 de marzo de 2018*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.

san sobre derechos humanos y que han sido creados a propósito de la OEA. Son pocos, aunque en cierta forma algunos de estos pueden ser suplidos en cierto grado por otros, como aquellos que versan sobre no discriminación. Por ejemplo, tanto en la Constitución chilena y en los tratados que ha firmado y ratificado encontramos diversas normas y principios en favor de la igualdad y prohibición de la discriminación. No obstante, a ello, hay tratados que hace falta incorporar, dado que desarrollan otros derechos que difícilmente se sustituyen o reemplazan, estos se encuentran en el tratado denominado Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador, que Chile aún no ha ratificado, o, a lo menos integrarlo con alguna declaración o reserva como se ha hecho con otros tratados, siempre y cuando no se afecte con la esencia de la normativa internacional de derechos humanos.

Asimismo, para mejorar el bloque de constitucionalidad a propósito de los tratados de la OEA que ha ratificado Chile y que se encuentran vigentes, que se han estudiado y evidenciado con aplicación de jurisprudencia, es preciso que se revise aquellos que han sido integrados con declaraciones o reservas. Algunas están íntimamente relacionadas con derechos humanos elementales, como con la aplicación excepcional de pena de muerte, que es menester eliminar para así robustecer aún más la promoción y protección de los derechos humanos en Chile. Si bien, no se ha aplicado la pena de muerte desde que entró en vigor y ratificada la normativa internacional, es un acto de promoción de los derechos humanos que es menester realizar. Con ello se va profundizando en una perspectiva de derechos humanos y, especialmente, la visión y el compromiso como país hacia con estos derechos, que puede aportar a nivel regional, inclusive a nivel global en favor con los derechos esenciales, generando buenas prácticas al efecto.

No obstante, a todo lo anterior, y, a pesar de la comprobación del bloque de constitucionalidad chileno sumando a los principales tratados de la OEA, se evidencia que en ciertos casos su aplicación no es uniforme en los tribunales de justicia, generando votos de mayoría y disidentes. En ocasiones con mayoría a favor del recurrente y en la misma línea de aplicación del tratado y viceversa. Este punto es relevante para un efectivo bloque de constitucionalidad que incorpore los tratados internacionales. Ello, en el sentido de no obstaculizar

su aplicación utilizando derecho interno, especialmente cuando se basa en normas de rango legal y no constitucional. En otras palabras, es preciso acentuar como política en la administración de justicia la perspectiva de derechos humanos en la resolución de los casos, tal como indicaba el Presidente de la Excelentísima Corte Suprema en 2018. Ello cobra gran importancia cuando los tribunales conocen por distintas vías y materias en un rol orientado a la aplicación directa de la Constitución.

Referencias

CHILE. *Código de Justicia Militar, de 19 de diciembre de 1944*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=18914> Acceso en: 26 oct. 2020.

CHILE. *Décimo Noveno Juzgado Civil de Santiago, Rol C-20679-2016, Sentencia de 13 de marzo de 2017*. Disponible en: <https://civil.pjud.cl/CIVILPORWEB/> Acceso en: 26 oct. 2020.

CHILE. *Decreto 100*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 26 oct. 2020.

CHILE. *Decreto Supremo 12, de 24 de febrero de 2010*. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1011251> Acceso en: 26 oct. 2020.

CHILE. *Decreto Supremo 162, publicado el 7 de octubre de 2017*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108819> Acceso en: 26 oct. 2020.

CHILE. *Decreto Supremo 1640, de 11 de noviembre de 1998*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=127037> Acceso en: 26 oct. 2020.

CHILE. *Decreto Supremo 252, de 16 de diciembre de 2008*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=283525> Acceso en: 26 oct. 2020.

CHILE. *Decreto Supremo 263, publicado el 10 de febrero de 2005*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=235395> Acceso en: 26 oct. 2020.

CHILE. *Decreto Supremo 309, de 26 de mayo de 1975*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=400857> Acceso en: 26 oct. 2020.

- CHILE. *Decreto Supremo 310, de 26 de mayo de 1975*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=400628> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Decreto Supremo 381*. Promulga la Convención sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=12889&idParte=0&idVersion=> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Decreto Supremo 809, de 26 de noviembre de 1988*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=15728&idParte=0&idVersion=> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Decreto Supremo 873, de 5 de enero de 1991*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16022> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Decreto Supremo 99, de 25 marzo de 2002*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=199523> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 15023-2018, Apelación Amparo, Sentencia de 28 de junio de 2018*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 18161-2017, Apelación Protección, Sentencia de 6 de julio de 2017*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 3019-2018, Apelación Protección, Sentencia de 27 de marzo de 2018*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 3-2005, Criminal, Sentencia de 14 de abril de 2005*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 41388-2017, Casación Fondo, Sentencia de 25 de julio de 2018*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 843-2018, Apelación Protección, Sentencia de 19 de marzo de 2018*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Excelentísima Corte Suprema, Rol 8593-2009, Casación Fondo, Sentencia de 21 de agosto de 2009*. Disponible en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Historia de la Ley: Constitución Política de la República de Chile de 1980*. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44169/2/HLArt5CPR.pdf> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 20700-2017, Protección, Sentencia de 21 de abril de 2017*. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1447-2018, Amparo, Sentencia de 21 de junio de 2018*. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3319-2007*.
- CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 5022-2017, Civil, Sentencia de 31 de agosto de 2017*. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 70074-2017, Protección, Sentencia de 21 de diciembre de 2017*. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 79039-2017, Protección, Sentencia de 5 de febrero de 2018*. Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, RIT: A-11407-2006, Ejec. Previsional Antiguo, Resolución de 7 de abril de 2008*. Disponible en: <https://cobranza.pjud.cl/SITCOPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Ley 19734, de 5 de junio 2001*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=186161> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Ley 21.264, de 11 de septiembre de 2020*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1149335&tipoVersion=0> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Cuenta Pública Presidencia Corte Suprema 2018*: di-

- curso del Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito Cruz. 2018. Disponible en: <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/04/06/42025/01/1370510.pdf> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. Poder Judicial. *Bases jurisprudenciales*. Disponible en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CHILE. *Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT: 45-2004, Sentencia de 16 de diciembre de 2004*. Disponible en: <https://reformaprocesal.pjud.cl/ConsultaCausasjsfWeb/page/panelConsultaCausas.jsf> Acceso en: 26 oct. 2020.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. *Doctrina y Jurisprudencia. Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n. 1, p. 365-374, 2003.
- DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 1, p. 153-172, 2019.
- DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo; VILLAMIL RODRÍGUEZ, Juan Sebastián. La otra cara de la moneda: protección constitucional de la empresa, el emprendimiento y la libre competencia en Chile y Colombia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, Brasil, v. 17, n. 1, p. 230-256, 2020.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Aplicación judicial en Chile del “ius cogens” como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 40, p. 393-417, 2013.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Expulsion of aliens: the application of International Law by Chilean Superior Courts. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 308-330, 2020.
- GOZAÍNI, Osvaldo. *Derecho Procesal Transnacional: los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Tirant lo Blanch, 2014.
- IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. España: J. M. Bosch Editor, 1992.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Una visión de la tutela judicial a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 1217-1260.
- MORALES, Alejandra Virginia Morales; ODIMBA ON ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, Bogotá, v. 12, n. 27, p. 135-14, ene./jun. 2011.
- NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Resolución A/CONF.39/27, de 23 de mayo de 1969*. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf Acceso en: 26 oct. 2020.
- NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948*. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> Acceso en: 26 oct. 2020.
- NACIONES UNIDAS. *Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml> Acceso en: 26 oct. 2020.
- NACIONES UNIDAS. *Status of Treaties: Chapter XXIII. Law of Treaties. 1. Vienna Convention on the Law of Treaties*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf> Acceso en: 26 oct. 2020.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n. 1, p. 403-466, 2003.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención americana para facilitar la asistencia en casos de desastre. Resolución A-54, de 16 de noviembre de 1996*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-54.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención americana sobre derechos humanos. *Resolución B-32, de 22 de noviembre de 1969*. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia. *Resolución A-68*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. *Resolución A-69*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. *Resolución A-51, de 9 de diciembre de 1985*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer. *Resolución A-44, de 2 de mayo de 1948*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-44.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer. *Resolución A-45, de 2 de mayo de 1948*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-45.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. *Resolución A-60, de 9 de junio de 1994*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer. *Resolución A-61, de 9 de junio de 1994*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. *Resolución A-65, de 7 de junio de 1999*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana contra el terrorismo. *Resolución A-66, de 3 de junio de 2002*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-66.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. *Resolución A-70, de 15 de junio de 2015*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativos a la abolición de la pena de muerte. *Resolución A-53, de 8 de junio de 1990*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-53.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Resolución A-52, de 17 de noviembre de 1988*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> Acceso en: 26 oct. 2020.

PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 47, p. 361-395, 2016.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 169-199, 2020.

TOMÉ DA MATA, Edilney; GOMEZ CORREIO, Eduardo Bianchi. Responsabilidad Internacional del Estado frente a lucha contra la discriminación racial y étnica en España. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 347-363, 2016.

VARELLA, Marcelo. D. Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, p. 1-5, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O Tratado de Saint-Germain-en-Laye e os efeitos do instituto da "opção" sobre a condição jurídica dos descendentes de cidadãos austríacos trentino-tirolêses

The Treaty of Saint-Germain-en-Laye and the effects of the "option" institute on the legal condition of the descendants of trentino-tyrolean austrian citizens

Arno Dal Ri Jr.
Andrey José Taffner Fraga

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

O Tratado de Saint-Germain-en-Laye e os efeitos do instituto da “opção” sobre a condição jurídica dos descendentes de cidadãos austríacos trentino-tirolêses*

The Treaty of Saint-Germain-en-Laye and the effects of the “option” institute on the legal condition of the descendants of trentino-tyrolean austrian citizens

Arno Dal Ri Jr.**

Andrey José Taffner Fraga***

Resumo

O processo de nacionalização dos habitantes de territórios anexados pela Itália antes pertencentes ao Império austro-húngaro tem como premissa o instituto da “opção”, que se encontra regulamentado nos artigos 70 a 82 do Tratado de Saint-Germain-en-Laye, um dos documentos que encerrou a Primeira Guerra Mundial. Neste, subsistia a necessidade de realização — no prazo de um ano —, de manifestação explícita em favor da manutenção da nacionalidade austríaca para os que residiam nos territórios anexados e possuíam a “*pertinenza/heimatrecht*” nos termos do Tratado, e, na possibilidade de opção pela nacionalidade italiana, aos que haviam emigrado de tais territórios ainda como austríacos. O presente estudo, por meio dos métodos de análise empírica e de historiografia jurídica e de técnicas de pesquisa sobretudo bibliográficas, examinará aspectos da condição jurídica dos descendentes de emigrantes originários de tais territórios e que não realizaram a “opção”, assim como as consequências jurídicas de sua ausência, em particular a isenção de responsabilidade internacional do Estado italiano e do nascente Estado republicano austríaco no que concerne a tais indivíduos. Conclui-se que os descendentes desses emigrados foram privados do reconhecimento de ambas as nacionalidades por meio do critério do *ius sanguinis*, permanecendo na condição jurídica de estrangeiros em relação a ambos os países até a emanção da Lei italiana n.º 379, de 2000. Este trabalho, assim, contribui para a compreensão de institutos de interesse (e pouco debatidos) para grande parcela da população brasileira, visto que a colonização trentino-tirolesa foi expressiva no país.

Palavras-chave: Tratado de Saint-Germain-en-Laye. Imigração trentino-tirolesa. Cidadania italiana. Nacionalidade.

* Recebido em 19/11/2020
Aprovado em 30/03/2021

** Doutor em Direito Internacional pela Università Luigi Bocconi de Milão, na Itália, com pós-doutorado pela Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), na França, e pela Universiteit Gent, na Bélgica. Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università degli studi di Padova. Professor de Teoria e História do Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: arnodalri@gmail.com.

*** Mestrando em Teoria e História do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista (pós-graduado) em Direito Público Constitucional e Administrativo, pela UNIVALI, e em Direito Empresarial e Tributário, pelo INPG. Advogado. E-mail: andreytaffner@gmail.com.

Abstract

The nationalization process of the inhabitants of territories annexed by Italy previously belonging to the Austro-Hungarian Empire has as its premise the institute of “option”, which is regulated in articles 70 to 82 of the Treaty of Saint-Germain-en-Laye, one of the documents that ended the First World War. Such document stated the need to carry out - within one year - an explicit demonstration in favor of maintaining Austrian nationality for those who resided in the annexed territories and who possessed “*pertinenz/heimatrecht*” under the terms of the Treaty, and the possibility of option, by Italian nationality, for those who had emigrated from such territories as yet Austrians. The present study, through the methods of empirical analysis and legal historiography and mainly bibliographic research techniques, will examine aspects of the legal status of descendants of emigrants from these territories who did not capitalize on the “option”, as well as the legal consequences of this absence, in particular the exemption from international liability of the Italian State and the nascent Austrian Republican State regarding these individuals. It is concluded that the descendants of these emigrants were deprived of recognition of both nationalities based on the criterion of *ius sanguinis*, remaining in the legal status of foreigners to both countries until the enactment of Italian Law n.º 379, of 2000. The study thus contributes to the understanding of institutes of interest (and little discussed) for a large portion of the Brazilian population, since the trentino-tyrolean colonization was significant in the country.

Keywords: Treaty of Saint-Germain-en-Laye. Trentino-tyrolean immigration. Italian citizenship. Nationality.

1 Introdução

Muito pouco lido, mas bastante citado na doutrina que, nas últimas três décadas, se formou tendo por objeto a condição jurídica dos cidadãos austríacos trentino-tirolozes que deixaram a terra natal antes de 1920 e de seus descendentes, o Tratado de Saint-Germain-en-Laye acabou por se revestir de uma conotação bastante negativa no universo jurídico que se dedica ao tema da nacionalidade devido às normas draconianas que continha ao prever o instituto da “opção”. Por décadas, foi uma das normas que poderiam incidir nos processos de

aquisição das nacionalidades austríaca e italiana, limitando o reconhecimento de ambas no caso dos imigrantes trentino-tirolozes que não haviam feito a “opção” nos termos do Tratado.

Assinado pela Áustria e pelas potências aliadas — Estados Unidos, Reino Unido, França e Itália —, em 10 de setembro de 1919, o tratado colocou, juntamente àquele assinado em Versalhes, fim à Primeira Guerra Mundial, dividindo territórios do então já dissolvido Império Austro-Húngaro. Entre esses encontrava-se o Tirol, terra que nasce autônoma, como condado principesco, mas que, desde o ano de 1363, encontrava-se sob o domínio da Casa dos Habsburgo, sendo, portanto, parte da Áustria. Do ponto de vista geográfico, o Tirol se dividia em duas grandes áreas, a Setentrional, cuja capital era Innsbruck, e a Meridional, cuja capital era Trento¹. Terra trilingue, na primeira área habitavam — e ainda habitam — germanófonos, na segunda, habitavam os germanófonos de Bozen (Bolzano) e de Brixen (Bressanone), uma pequena minoria de língua reto-romanche (ladino) e, sobretudo, os italianófonos de Trento. É por esse motivo que os velhos emigrados, que partiram antes de 1920 de Trento e seus vales, diziam, orgulhosamente, ser do “*Tirol italiano*”, ou seja, austríacos por nascimento.

Passadas algumas décadas, já no final o século XX, os destinatários do dispositivo da “opção” previsto no Tratado de Saint Germain que tinham emigrado antes de 1920 e não optaram pela cidadania italiana no prazo fixado, assim como os seus descendentes, viram-se excluídos dos generosos termos da Lei italiana n.º 91/1992, que regulamenta a aquisição da nacionalidade e reitera o “*ius sanguinis*” amplo como critério principal. Somente *a posteriori*, tornaram-se destinatários de uma normativa *ad hoc*, a Lei italiana n.º 379/2000, prevendo a abertura de novo prazo para realizar a “opção” por parte dos descendentes.

¹ A porção de Trento (o “*Tirol italiano*”) manteve, de 1363 a 1806, uma relação feudal de vassalagem com os condes do Tirol, ao mesmo tempo que, institucionalmente e juridicamente, detinha uma soberania derivada do próprio Sacro Império Romano Germânico (CORSINI, Umberto. Problemi politico-amministrativi del Trentino nel nesso provinciale tirolese, 1815-1918. In: VALSECCHI, Franco; WANDRUSZKA, Adam (a cura di). *Austria e province italiane 1815-1918: potere centrale e amministrazioni locali*. Bologna: Il Mulino, 1977. p. 214). Com a queda do Sacro Império, após as turbulentas guerras napoleônicas, o Tirol italiano, no contexto da reorganização dos Estados europeus de 1814-1815 manteve-se com a Áustria, até sua anexação pela Itália.

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar o impacto das normas do tratado de Saint Germain-en-Laye sobre a condição jurídica dos emigrantes trentino-tiroleses de nacionalidade austríaca e de seus descendentes, assim como a isenção de responsabilidade internacional do Estado italiano e do neonato Estado republicano austríaco em relação a tais indivíduos, derivada dos termos do referido tratado. Para tanto, se iniciará pela análise do contexto político que conduziu à assinatura do Tratado e a inserção nele do instituto da “opção”, assim como as consequências jurídicas de tal instituto no que concerne aos emigrados trentinos-tiroleses que deixaram sua terra antes de 10 outubro de 1920, data de entrada em vigor do Tratado.

A hipótese a ser verificada é a de que referido Tratado, respeitado o prazo de um ano previsto na “opção” pela nacionalidade italiana, isenta de responsabilidade internacional o Estado italiano e o Estado austríaco no que concerne os cidadãos austríacos trentinos-tiroleses emigrados — e, conseqüentemente, seus descendentes — que deixaram de fazer a “opção”, os quais figurariam na condição de estrangeiros frente as normas que regem a aquisição da nacionalidade nos ordenamentos jurídicos de ambos os Estados.

2 Os bastidores do Tratado de Saint-Germain-en-Laye

Ainda em plena guerra, em 26 de abril de 1915, os governos dos países que compunham a Tríplice Entente — Reino Unido, França e Rússia — assinaram com a Itália, na capital inglesa, o Tratado de Londres², acordo que deveria ser mantido em segredo, mas que foi revelado ao mundo pela Rússia logo após a revolução bolchevique. Por meio desse instrumento, era sacramentada a entrada da Itália na guerra ao lado da Entente. Como

² Também conhecido como “Pacto de Londres”, o documento era composto por dezesseis artigos. Além do Tirol Meridional, a Itália receberia para a anexação a Veneza Júlia, com os planaltos cársicos e a península istriana, um terço da Dalmácia, com as cidades de Zara e Sebenica, parte da Albânia e a bacia carbonífera de Adália, na Turquia, assim como a confirmação da soberania sobre a Líbia e sobre as ilhas de Dodecaneso, na Grécia. No caso de repartição das colônias alemãs na África, a Itália ainda receberia compensações territoriais aumentando as suas próprias colônias na Líbia, Eritreia e Somália. Disponível em: RENZI, William A. *In the shadow of the sword: Italy's neutrality and entrance into the Great War, 1914-1915*. New York: Peter Lang, 1987.

recompensa ao Estado italiano, o tratado trazia o compromisso de, ao final da guerra e em caso de vitória, legitimar a anexação de territórios até então pertencentes ao Império Austro-húngaro há muito ambicionados pelo governo de Roma. Nesse sentido, a cláusula quarta do referido Tratado previa que:

sob o tratado de paz a Itália obterá o Trentino, o Tirol cisalpino com a sua fronteira geográfica e natural, o Brennero, a cidade de Trieste e os seus arredores, o condado de Gorizia e Gradisca, toda a Ístria até Quarnero, compreendida nessa Volosca, e as ilhas istrianas de Cherso e Lussino, assim como as pequenas ilhas de Plauno, Unie, Canidole, Palazuoli, São Pedro dos Nembí, Asinello e Gruica com as ilhotas dos seus arredores.³

Em novembro de 1919, com o fim da Guerra e a vitória da Tríplice Entente, as tropas italianas ocuparam todo o território do Tirol, tomando Innsbruck e alcançando Kufstein, ponto final de fronteira com a Alemanha. A intenção era, sem dúvida, forçar a renegociação dos termos do Tratado de Londres e anexar todo o antigo condado. Nos palácios do governo italiano, Ettore Tolomei⁴, inclusive, sugeria, oficialmente, denominar a “nova província” a ser anexada de “Enaponte”⁵, uma grosseira italianização do nome da capital tirolesa.

Nas negociações que levaram ao texto final do Tratado de Saint-Germain-en-Laye, britânicos e franceses colocaram limites às pretensões italianas. Vittorio Emanuele Orlando, primeiro-ministro italiano e chefe da delegação na conferência de Saint-Germain-en-Layé, sofreu um grande revés, com o comando aliado man-

³ TRATADO de Londres = Treaty of London. Reino Unido, 26 abr. 1915. In: GREAT BRITAIN. *Parliamentary Papers*. London: LI Cmd. 671, Miscellaneous, n. 7, p. 2-7, 1920.

⁴ Disponível em: FERRANDI, Maurizio. *Ettore Tolomei: l'uomo che inventò l'Alto Adige*. Trento: Publilux, 1986. No que concerne especificamente aos mecanismos de repressão institucionalizados pelo regime fascista no Tirol Meridional: REUT-NICOLUSSI, Eduard. *Tyrol under the axe of Italian fascism*. London: Allen & Unwin Limited, 1930.

⁵ A Teoria de Tolomei, apresentada sem nenhuma base histórica, afirmava que a população autóctone era herdeira de uma legião romana que teria desaparecido entre as montanhas do Tirol Meridional e teria batizado Innsbruck de Enaponte. Conforme dizia o próprio Tolomei, sua iniciativa buscava “*restituire [...] nell'uso le voci originarie latine od italiane, quasi irricoscibili in molti casi sotto la secolare deformazione tedesca, e talora sostituire alcuni nomi, ed anche crearne [...] apparecchiare una completa nomenclatura italiana [...] [ed imprimere] fino all'ultimo casolare, il sigillo perenne del nazionale dominio*”. In: KRAMER, Johannes. *La toponomastica altoatesina nel contesto europeo*. Archivio per l'Alto Adige, 2003. v. 4. p. 282. Ainda a respeito das tentativas de Tolomei de italianizar o Tirol: GRUBER, Alfons. *Storia del sudtirolo: eventi cruciali del XX secolo*. Bolzano: Athesia, 2010. p. 33 ss.

dando as tropas italianas se retirarem do Tirol Setentrional. E, com isso, foi apresentada a proposta, temida pelos italianos, mas também pelos tirolezes, de unir todos os povos alemães da Áustria em um único Estado com a Alemanha⁶. Em outros termos, seguiam o que dizia o presidente americano, Woodrow Wilson: as futuras fronteiras italianas deveriam ser traçadas “ao longo de linhas claramente reconhecíveis de nacionalidade”.⁷

Inconformada, a Itália, porém, não se deu por vencida. Sem a possibilidade de anexar “Enaponte” e, com isso, todo o Tirol, concentrou-se em anexar Bozen e Trento, conforme previsto originalmente no Tratado de Londres, de 1915. A autorização para anexar Trento era dada por certa. Sem compreender a complexidade da história local e tentando a todo custo desmontar a estrutura territorial do ex Império Austro-húngaro, os vencedores utilizaram, no caso de Trento, a língua comum italiana para legitimar a anexação. Com Bozen e Brixen, por sua vez, a situação era bem mais complexa. Por mais que o Tratado de Londres tivesse previsto, explicitamente, a anexação do Tirol Meridional, os fatores linguístico e cultural eram um obstáculo significativo à medida que o mencionado presidente Wilson tinha determinado que as fronteiras da Itália deveriam seguir critérios de nacionalidade.

Vittorio Emanuele Orlando e sua delegação, contradizendo todos os pressupostos teóricos que Pasquale Stanislao Mancini⁸ elaborou para justificar a criação

do Estado italiano⁹, assim como aqueles que eram usados à favor da anexação de Trento e de Trieste (o “*irredentismo*”)¹⁰, ou seja, de que as Nações deveriam ser

da Instrução Pública (1862), da Justiça (1876) e dos Negócios Exteriores (1881) do Reino da Itália. Publica, em 1873, o livro “*Diritto internazionale*”, no qual apresenta a sua teoria sobre a nacionalidade. Sobre Mancini: DAL RI JR., Arno. A nação contra o Estado: a ciência do direito internacional no “Risorgimento” italiano. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 6, p. 6, 2011. p. 69 ss.; STORTI, Claudia. Pasquale Stanislao Mancini. In: BIROCHI, Italo; CORTESE, Ennio; MATTONE, Antonello; MILETTI, Marco Nicola (a cura di). *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani: XII - XX secolo*. Bologna: Il Mulino, 2013. v. 2. p. 1244 ss.; VIDARI, Gian Savino Pene. La prolusione di Pasquale Stanislao Mancini sul principio di nazionalità (1851). In: CAZZETTA, Giovanni (a cura di). *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*. Bologna: Il Mulino, 2013. 117 ss.; e, a introdução escrita por Tito Ballarino à obra MANCINI, Pasquale S. *Diritto internazionale*. Ijuí: Unijuí, 2003.

⁹ Baluarte da teoria elaborada por Mancini, o Princípio das Nacionalidades tinha por base uma concepção bastante romantizada de “Nação”, típica do século XIX, que dizia que somente eram italianos aqueles de língua, cultura e tradições típicas, ligados também por vínculos étnicos, pela “*razza*”. Somente poderia ser membro da “Nação” italiana, portanto, o filho de um italiano. Os elementos dessa concepção receberam um primeiro delineamento em um universo eminentemente político, em que correntes de matriz nacionalista tentavam legitimar a independência de determinados territórios europeus — como a Itália, a Polônia ou a Hungria — submetidos de modo integral ou fragmentário à soberania de Estados terceiros. Tal fenômeno pode ser facilmente observado ao longo da primeira metade do século XIX, sobretudo na cultura jurídico-política italiana e francesa. Entre os italianos que aderiram a esse movimento, se destacam juristas importantes do período, tais como Pellegrino Rossi, Gian Domenico Romagnosi, Giuseppe Mazzini, Luigi Taparelli D’Azeglio, Giacomo Durando e Vincenzo Pagano. Elementos que vão compor os conceitos de “Nações” e “Nacionalidade” e que influenciar o *Risorgimento* podem ser encontrados em ROMAGNOSI, Gian Domenico. *La scienza delle costituzioni*. Firenze: A Spese Degli Editori, 1850.; MAZZINI, Giuseppe. *Nazionalità: qualche idea su una costituzione nazionale*. In: *Edizione nazionale degli scritti di Giuseppe Mazzini*. Imola: Galeati, 1908. v. 6.; D’AZEGLIO, Luigi Taparelli. *Della nazionalità*. Genova: Ponthenier, 1847.; DURANDO, Giacomo. *Della nazionalità italiana: saggio politico-militare*. Losanna: Bonamici, 1846.; PAGANO, Vincenzo. *Del diritto della nazionalità italiana*. Napoli: Rondinella, 1861. A respeito, DAL RI JR., Arno. A nação contra o Estado: a ciência do direito internacional no “Risorgimento” italiano. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 6, p. 6, 2011. p. 69 ss. Sobre o impacto dessa doutrina na América do Sul: DAL RI JR., Arno. Mancini in the Platine Basin: the reception of the Principle of Nationalities in Argentina, Uruguay and Brazil. *Forum Historiae Iuris*. Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte in Europa. 2018. Disponível em: <https://forhistiur.de/en/2018-12-dal-ri-jr/abstract/?l=en>. Acesso em: 06 nov. 2020.

¹⁰ Trata-se de movimento que reivindicava o caráter nacional italiano das porções territoriais que, apesar de povoadas por populações de língua e cultura italianas, não pertenciam ao Reino da Itália. Em meados do século XIX, tal movimento tomou proporções maiores na porção sul do Tirol (atual Trentino), apesar de a população estar claramente dividida: grande parte das elites intelectuais urbanas defendia o nacionalismo italiano, ao passo que a grande massa da população camponesa permanecia fiel à casa real dos Habsburg, es-

⁶ A proposta foi amplamente debatida no período, tendo como principal artífice o ministro dos negócios exteriores austríaco, Otto Bauer, parte do governo provisório de matriz socialdemocrata que tomou posse em Viena logo após o final da guerra. Teve como efeito direto o fato de os vencedores, para evitar a concretização dessa hipótese, inserirem no artigo 88 do tratado a proibição explícita da união entre a nascente República da Áustria com qualquer outro Estado: “*the independence of Austria is inalienable otherwise than with the consent of the Council of the League of Nations. Consequently Austria undertakes in the absence of the consent of the said Council to abstain from any act which might directly or indirectly or by any means whatever compromise her independence, particularly, and until her admission to membership of the League of Nations, by participation in the affairs of another Power*”. Disponível em: HAAS, Hanns. Österreich und die Alliierten 1918–1919. In: ACKERL, Isabella (hrsg.). *Saint-Germain 1919: Protokoll des Symposiums am 29. und 30. Mai 1979 in Wien*. Wien: Geschichte und Politik, 1989.; e, HANISCH, Ernst. *Der große Illusionist: Otto Bauer (1881–1938)*. Wien: Böhlau, 2011.

⁷ KNIPPENBERG, Hans; MARKUSSE, Jan. *Nationalising and De-nationalising European Border Regions, 1800–2000: views from Geography and History*. Berlin: Springer Science, 2012. p. 134.

⁸ Político, jurista e professor nas Régias Universidades de Nápoles, de Roma e de Turim, Pasquale Stanislao Mancini nasceu em Castel Baronia, em 1817, e morreu em Nápoles, em 1888. Foi Ministro

agregações de indivíduos com uma mesma língua, cultura e raça, utilizaram um questionável critério geográfico para anexar, além do “*Tirol italiano*”, também a parte do Tirol Meridional que falava alemão e reto-romanche, sem nenhum vínculo histórico e cultural com a Itália. Além disso, as pretensões italianas também colidiam com os critérios do Presidente Wilson. O lema da delegação italiana na espera de finalmente obter o botim nos Alpes, diversas vezes afirmado por Orlando, era, por sua vez, que a fronteira da Itália deveria “coincidir com a fronteira natural que Deus lhe deu”¹¹. Como a passagem do Brennero era o ponto mais alto dos Alpes entre Itália e Áustria sendo, portanto, fronteira natural, tudo o que estivesse ao sul era projeção da península e deveria ser italiano.

Orlando ilustra essa pretensão em um discurso proferido em março de 1919, enquanto primeiro-ministro, na Câmara dos Deputados do reino italiano, em que afirma que a Itália:

[...] não pede a mais, mas não poderia admitir menos do que isso: reunir consigo terras e gentes de gloriosa tradição italiana, e se fechar, para a sua integridade e para a sua defesa, dentro das fronteiras que a própria natureza lhe deu, tornando-se ao mesmo tempo o País mais claramente configurado e o povo etnicamente mais coeso entre os países e povos que a Europa compreende.¹²

Da questão geográfica advinha uma segunda, muito mais significativa. Tomar por inteiro o território do Tirol Meridional até a passagem do Brennero era assumir o controle da principal porta de entrada que as tropas alemãs eventualmente poderiam tentar utilizar em uma futura invasão. A preocupação com a instabilidade política europeia do pós-guerra e com a possibilidade de um novo conflito armado evidenciava a complexidade

dessa questão, que era explorada inclusive pela imprensa italiana:

o valor estratégico do Alto Ádige sempre foi reconhecido. No vale superior do Ádige se encontra o nó de todas as estradas para a invasão alemã na Itália. Quando a Itália tem Trento, os alemães ainda teriam lá em cima a porta da Itália nas próprias mãos. É necessário que a Itália, além de Bolzano, chegue também à Bressanone para que os alemães, com o cruzamento das duas ferrovias que passam nos Alpes, em Brennero e em Dobbiaco, não se tornem todavia patrões do lado italiano. Um general austríaco, Kuhn, deixou escrito: “Os italianos devem conquistar o Tirol Meridional até o Brennero se querem defender Veneza”.¹³

Com a assinatura do Tratado de Saint Germain-en-Layé, foi sacramentada a anexação do Tirol Meridional para a Itália, o que representou um incremento de 250.000 habitantes em termos populacionais, a conquista de posições territoriais estratégicas na fronteira norte e de um importante potencial hidrelétrico¹⁴. O fim da Primeira Guerra e a assinatura do Tratado de Saint Germain-en-Laye também significaram o esfacelamento de seu antigo inimigo, o Império Austro-húngaro¹⁵.

¹³ LE REIVINDICAZIONI italiane illustrate alla Conferenza di Parigi: il memoriale dell’On. Barzilai. *Il Messaggero*, Roma, 12 mar. 1919.

¹⁴ FENET, Alain. *La question du Tyrol du Sud: un problème de droit international*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968. p. 32.

¹⁵ Esfacelamento que pode ser resumido na famosa (apesar de nunca confirmada) frase que teria sido dita quando da convenção do Tratado de Saint Germain por Georges Clemenceau, primeiro ministro francês, ao se referir à definição territorial da nova República da Áustria pós-Tratado: “*Ce qui reste, l’est l’Autriche*” – “Isso que sobrou, é a Áustria” (SCHÜSSEL, Wolfgang. *Federalism in a changing world, learning from each other: scientific background, proceedings, and plenaries of the International Conference on Federalism 2002*. In: BLINDENBACHER, Raoul; KOLLER, Arnold (org.). *International Conference on Federalism*. University of St. Gallen, 2002. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2003. p. 567-570. p. 567). O desmantelamento do Império colocava fim a uma rivalidade entre Itália e Áustria que remontava às discussões sobre fronteiras do período final das guerras napoleônicas, quando, em 1809, mesmo ano da famosa revolta tirolêsa comandada por Andreas Hofer contra o domínio bávaro sobre o Tirol (ZIEGER, Antonio. *Storia della Regione Trentina*. 2. ed. Trento: Dolomia, 1981. p. 302-303), a porção meridional do território tirolês foi consignada ao Reino da Itália, por ocasião do acordo de paz de Schönbrunn. O império austríaco, porém, reverteu essa situação e, já nos anos de 1814-1815, durante o Congresso de Viena, reintegrou todo o Tirol ao seu território, além de estender seu domínio às regiões do Vêneto e da Lombardia (BOLLER, Daiana. *Welschtirol: il territorio trentino nell’impero asburgico*. Bolzano: Athesia, 2014. p. 22). A Itália nunca se conformou com essa situação e, mesmo depois de englobar o Vêneto e a Lombardia em seus domínios, continuou almejando outras anexações. Conforme Alain Fenet (FENET, Alain. *La question du Tyrol*

pecialmente após a breve experiência de anexação ao Reino da Itália durante as invasões napoleônicas, na qual se experimentou aumento de impostos, convocações para guerra e uma base política mais liberal, maçônica e anticlerical (SCHOBER, Richard. *Il Trentino durante il periodo di unione al Tirol: 1815-1918*. In: VALSECCHI, Franco; WANDRUSZKA, Adam (org.). *Austria e province italiane 1815-1918: potere centrale e amministrazioni locali*. Bologna: Il Mulino, 1977. p. 185). O *irredentismo* se manifestou também (e principalmente) por meio das “sociedades patrióticas” — Società Pro Patria, Lega Nazionale, Dante Alighieri — que buscavam difundir a língua e cultura italianas na região (ZIEGER, Antonio. *Storia della Regione Trentina*. 2. ed. Trento: Dolomia, 1981. p. 378-379).

¹¹ “coincidere con la frontiera naturale che Dio le ha dato”.

¹² Intervento del Presidente del Consiglio dei ministri, Vittorio Emanuele Orlando, seduta del 1º marzo 1919. In: ITALIA. *Atti Parlamentari*. Camera dei Deputati. XXIV *Legislatura*. 1. sessione. Roma: Camera dei Deputati, 1919. p. 18077.

Nos territórios anexados, a consternação¹⁶ e mesmo o estado de negação eram grandes¹⁷. Abria-se um capítulo de conflitos e desentendimentos que, malgrado o passar dos anos, não encontrou plena solução.

du Sud: un problème de droit international. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968. p. 32), o Tratado de Saint Germain e a dissolução do império austro-húngaro representaram, para a Itália, a derrota de um inimigo secular.

¹⁶ A capa da edição do jornal “Bozner Nachrichten”, publicada em 12 de outubro de 1920, dois dias após a entrada em vigor do tratado e da consequente anexação, reporta a reação da população na capital do Tirol, Innsbruck: “*Der gestrige sonnige Oktobertag war der Tag der Trauer und des Abschiedes. Die schwarzen Fahnen in den Straßen der Stadt bannten den Blick und ließen ihn nicht hinausgehen ins tiefe Blau des Herbsthimmels. Den ganzen Tag über blieben die Glocken der Kirchen unserer Stadt still. Kein Mittagsläuten vernahm man und man dachte an das deutsche Land im Süden, in dem an diesem Tage ebenfalls alle Glocken schwiegen, zum Zeichen der Trauer um die ins Grab gesunkene Vergangenheit. Um 9 Uhr fand in der Pfarrkirche St. Jakob ein Trauergottesdienst statt, dem im Landhause eine gemeinsame Sitzung des Landesrates und der Landesregierung folgte. Der Gemeinderat und die Handels- und Gewerbekammer hielten ebenfalls Trauersitzungen ab*”. Logo após, na segunda página do mesmo jornal, vinha narrada a situação na cidade de Bolzano, agora parte do território italiano: “*Der gestrige Sonntag verlief in Bozen ernst und ruhig. Es wurde keinerlei Vergnügungen abgehalten und nachmittags erweckte die fast menschenleeren Straßen den Eindruck, als ob sie Stadt ausgestorben wäre*”.

¹⁷ São emblemáticas desse contexto as atitudes do então prefeito de Bolzano, Julius Perathoner, que se recusou a remover os símbolos da dinastia dos Habsburg dos edifícios públicos, a saudar o rei da Itália em idioma italiano durante a visita de 1921 (GROTE, Georg. *The South Tyrol question, 1866-2010: from national rage to regional state*. Bern: Peter Lang International Academic Publishers, 2012. p. 31) e, como narrado por Thomas Sinha (SINHA, Thomas. *Il sindaco di Bolzano scrive al sindaco di Trento*: Historegio. Ufficio comune dell’EUEREGIO Tirolo - Alto Adige – Trentino. Disponível em: https://historegio.europaregion.info/it/settimana-attuale-100-annifa.asp?news_action=4&news_article_id=644028#accept-cookies. Acesso em: 15 out. 2020.), remeteu carta ao prefeito de Trento, em resposta ao convite para participar das festividades alusivas à anexação, na qual dizia: “*è un vecchio proverbio tedesco: Chi ha il danno non ha bisogno di occuparsi delle beffe. E non è altro che una beffa da parte della Signoria Vostra l’invitarmi ad una festa destinata a celebrare la pace di sopraffazione di S. Germano in forza della quale la città di Bolzano, insieme col resto del ‘Südtirol’ tedesco – ad onta di tutte le proteste contro la violazione del diritto di autodeterminazione messo dal presidente a base della pace, violazione che grida vendetta al cielo – venne separata e incorporata in uno stato di lingua straniera*”. A Itália, por sua vez, passou a exercer soberania sobre uma população e cultura que lhe eram absolutamente estranhas. Não foram poucos os episódios de graves desentendimentos e choques. Georg Grote (GROTE, Georg. *The South Tyrol question, 1866-2010: from national rage to regional state*. Bern: Peter Lang International Academic Publishers, 2012. p. 33) narra, por exemplo, os acontecimentos envolvendo as celebrações da noite de São João, comemoradas com fogueiras e disparos de armas de fogo no Tirol do Sul. Tal episódio, resultou na prisão de vários participantes sob a acusação de “atos violentos”. Os envolvidos foram levados acorrentados para Trento onde foram julgados e condenados.

3 O instituto da “opção” no Tratado de Saint-Germain-en-Laye

O modo como foi implementada a anexação dos territórios até então pertencentes ao Império Austro-Húngaro pelo Estado italiano foi incomum para a própria Itália. Ao longo de quase uma década durante a segunda metade do século XIX, a unificação foi realizada incorporando os pequenos e centenários Estados então existentes à península por meio de plebiscitos em que a população masculina residente sobretudo nas cidades era consultada¹⁸. Aparentemente democrático e mais adequado a um mundo de “nações civilizadas”, o instituto do plebiscito foi o principal instrumento de legitimação da unificação italiana, sendo já considerado na práxis, e também pela doutrina, como consolidado devido, também, ao seu uso em outros casos envolvendo a França e a Áustria¹⁹.

O processo que culminou na anexação dos territórios que pertenciam ao Império Austro-Húngaro seguiu uma outra linha em relação àquela adotada na unificação italiana devido, sobretudo, à forte presença de minorias linguísticas diferentes das neolatinas que compõem o tronco itálico — comuns entre todos os territórios que passaram a fazer parte da Itália com a unificação, entre 1861 e 1866. Essa heterogeneidade linguística e cultural reforçou a ideia de que a “opção” seria o instituto apropriado ao contexto, em detrimento do “plebiscito”. Em outros termos, a presença de realidades étnicas, linguísticas e culturais, muito diferentes da italiana, passaria a exigir um confirmação individual de cada cidadão residente nos territórios anexados acerca da adesão ao ordenamento jurídico e à realidade cultural aos quais pretendia pertencer, entre antigo e novo, tendo como consequência imediata a definição da sua própria nacionalidade.

A consequência concreta de tal contexto impunha ao indivíduo residente nesses territórios a nacionalização como italiano não apenas do ponto de vista jurídico,

¹⁸ CAPUZZO, Ester. Dalla pertinenza austriaca alla cittadinanza italiana. *Atti della Accademia Roveretana degli Agiati di Scienze Lettere ed Arti*, Rovereto, Itália, s. 8, v. 10, n. 2, atti A, 2010. Disponível em: <https://agiati.org/atti-a-2010-ii>. Acesso em: 05 set. 2020. p. 66.

¹⁹ É o caso, entre outros, dos tratados assinados entre Prússia e Áustria, em 28 de outubro de 1866; entre a França e a Suécia, em 25 de março de 1878; entre Perú e Chile, em 20 de outubro de 1883. Sobre uso dos plebiscitos no direito internacional do século XIX: STOERK, Félix. *Option und Plebiscit bei Eroberungen tend Gebietsces-sionen*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1879.

mas também cultural e linguístico, se quisesse ali permanecer. Como relata Paolo Cova, nesse sentido, “qualquer pessoa que não falasse a língua do Estado-nação no qual ele estava após o acordo de paz poderia, se quisesse, mudar-se para o estado de sua própria raça, onde a mesma língua era falada”²⁰. A previsão do instituto da “opção” demonstra, portanto, como no âmbito do tratado “[...] o princípio da supremacia do estado-nacional monoétnico ainda determina claramente os direitos das pessoas de residir em seu local de nascimento”²¹.

3.1 Delineamentos da “opção” precedentes ao Tratado de Saint-Germain-en-Laye

O processo de integração disposto com a firma do Tratado de Saint-Germain-en-Laye, em 10 de setembro de 1919, não previa o plebiscito como procedimento de assimilação. Os aliados, ao contrário, abençoaram a anexação pela Itália dos territórios do Tirol Meridional, constituído por populações de língua alemã, reto-romanche e italiana, sem dispor sobre a necessidade de realização de uma consulta ou plebiscito²². Para amenizar o problema, no campo diplomático, tentaram-se

²⁰ COVA, Paolo. *Der große Betrug*: das optiondrama der deutschsprachigen Inseln im Trentino. Palai en Bersntol: Istituto Culturale Mocheno, 2014. p. 31.

²¹ COVA, Paolo. *Der große Betrug*: das optiondrama der deutschsprachigen Inseln im Trentino. Palai en Bersntol: Istituto Culturale Mocheno, 2014. p. 31.

²² As razões para tal atitude poderiam ser assim resumidas: 1) as novas fronteiras do Estado italiano não estavam obedecendo os critérios de nacionalidade fixados nos famosos 14 pontos do programa de paz do presidente estadunidense Woodrow Wilson, tendo em vista que, como mencionado, a Itália englobou territórios de população de língua alemã, reto-romanche, eslava e croata; 2) o temor das consequências que a inclusão das minorias étnico-linguísticas poderiam representar à unidade do Estado italiano; e, 3) a suposta necessidade de se estabelecer a dita “fronteira natural” do norte da Itália nos alpes, por razões de defesa militar (CAPUZZO, Ester. Dalla pertinenza austriaca alla cittadinanza italiana. *Atti della Accademia Roveretana degli Agiati di Scienze Lettere ed Arti*, Rovereto, Italia, s. 8, v. 10, n. 2, atti A, 2010. Disponível em: <https://agiati.org/atti-a-2010-ii>. Acesso em: 05 set. 2020. p. 66-67). Além dessas razões, poderiam, também, ser citados os argumentos que Henri Bonfils esgrimava no âmbito doutrinário: “le principe du plébiscite, une fois adopté, entraînerait à de graves et dangereuses conséquences. Admettez-vous la nécessité du suffrage populaire dans le cas d’une cession spontanée ou imposée d’une province à un autre État, vous ne pouvez repousser la prétention qu’élèverait une partie d’un État à se séparer absolument des autres parties à se donner à un autre État, ou à se constituer en État indépendant. Comment contraindre à l’Union nationale telle fraction dont la volonté a changé, dès que ce changement de volonté peut être constaté par le suffrage des citoyens? Si le plébiscite a seul le pouvoir efficace de dissoudre les liens politiques, il doit être aussi seul suffisant pour cette oeuvre”. BONFILS, Henri. *Manuel de droit international public*. Paris: A. Rousseau, 1905. p. 325.

estabelecer critérios para que a população pudesse ao menos optar pela nacionalidade italiana ou austríaca. Tais critérios foram inseridos, justamente, nos artigos 70 a 82 da Seção VI (Cláusulas relativas à cidadania) do tratado.

O instituto da “opção” não representava na época uma novidade no campo do direito internacional. Teve, de fato, uso em diversos contextos do século XIX, uma vez que era concebido e aplicado, principalmente, em situações envolvendo populações de territórios anexados. Na doutrina, a “opção” é descrita por Théophile Funck-Brentano e Albert Sorel como um instituto jurídico em que “o Estado cedente cumpria um dever para com os seus antigos súditos, o Estado cessionário cumpria um dever em relação aos seus novos súditos, estipulando no tratado para os habitantes do território cedido, o direito de optar entre a nacionalidade que possuíam antes do tratado e aquela que o tratado lhes atribui”²³. Para os autores, na época, as condições em que esse direito poderia ser exercido “[...] são mais ou menos liberais, conforme o Estado cessionário está mais ou menos convencido da facilidade com a qual se realizará a assimilação dos habitantes do território cedido com os habitantes da sua nova pátria [...]”²⁴. Logo a seguir são listados alguns requisitos que os tratados de cessão do território devem observar quando regulamentam a “opção”. Em outros termos, o tratado determina²⁵:

[...] as condições nas quais a opção pode ser feita; fixa o tempo em que o direito de opção pode ser feito; regulamenta a situação das pessoas originárias do território cedido que nesse não se encontram na época da cessão; regulamenta igualmente os direitos dos menores; estipula em geral franquias aduaneiras para os móveis e os efeitos para os habitantes que querem mudar seu domicílio para fora do território, e para aquelas pessoas originárias do território que o deixaram e que desejam a ele retornar.

A aplicação clássica desse instituto estava prevista, por exemplo, no Tratado de Turim, por meio do qual se dava a anexação da Savoia e do condado de Nice pela França, assinado em 24 de março de 1860, cujo artigo 6 dispunha:

os súditos sardos, originários da Savoia e dos arredores de Nice, ou domiciliados atualmente

²³ FUNCK-BRENTANO, Théophile; SOREL, Albert. *Précis du droit des gens*. Paris: E. Plon, 1877. p. 503.

²⁴ FUNCK-BRENTANO, Théophile; SOREL, Albert. *Précis du droit des gens*. Paris: E. Plon, 1877. p. 503.

²⁵ FUNCK-BRENTANO, Théophile; SOREL, Albert. *Précis du droit des gens*. Paris: E. Plon, 1877. p. 503.

nessas províncias, que entenderem conservar a nacionalidade sarda, gozarão, durante o espaço de um ano à partir da troca das ratificações e, por meio de uma declaração prévia feita à autoridade competente, da faculdade de mover seu domicílio para a Itália, e de ali se fixar, caso no qual será mantida a qualidade de cidadão sardo²⁶.

Com o passar dos anos, a doutrina não somente analisava questões de ordem técnica, mas também passou a legitimar a utilização da “opção” nos tratados de anexação, salientando a necessidade de respeitar questões éticas que até pouco preocupavam os Estados. Nesse sentido, o jurista belga Ernest Nys, em 1892, afirmava

os habitantes do território cedido devem consentir a alienação? Se o consentimento deles não é necessário, devem ter o direito de opção, ou seja, a escolha entre a conservação da sua nacionalidade original e a aquisição da nacionalidade nova? Um sábio historiador do direito afirma que no século XIV e no começo do século XV, existia uma regra geralmente admitida que nenhuma anexação poderia ser pronunciada sem o consentimento do povo e dos notáveis²⁷.

Essa mesma preocupação de cunho ético levou Carlo Bisocchi a identificar uma alteração na perspectiva com que o instituto tinha sido aplicado no que concerne, em particular, aos efeitos secundários que poderia ter sobre os indivíduos por ela atingidos e seus respectivos patrimônios, afirmando que, se de um lado, tinha se tornado uma “[...] prática constante dos Estados realizar após cada modificação territorial uma modificação correspondente também na nacionalidade da população dos territórios anexados²⁸”, por outro, o fenômeno colidia com os “princípios solenemente proclamados nesses últimos tempos por quase todos os povos civilizados, em matéria de direitos individuais²⁹”, situação que acabava por salientar “[...] uma certa contradição de tal sistema com tais direitos³⁰”. Essa contradição, por sua vez, fez com que emergisse a compreensão de que “se é justo que toda anexação produza *ipso facto* uma mutação de soberania, não é, porém, justo que esta circunstância produza *ipso facto* também uma mutação de nacionali-

dade na população³¹”. O posicionamento de Bisocchi quanto ao tema era muito claro, ou seja, os direitos individuais dos habitantes das áreas anexadas deveriam ser respeitados, fazendo com que as necessidades dos Estados devessem “ser conciliadas com os direitos dos indivíduos³²”, uma vez que a conservação ou mudança de cidadania “é reconhecida quase em todos os lugares, em via geral, como um direito pessoal, assim é lógico que no próprio caso de uma naturalização coletiva o elemento da vontade tenha deva ocupar aquele lugar que lhe diz respeito em toda esta matéria³³”.

Do ponto de vista prático, o artigo segundo do Tratado de Frankfurt, firmado em 10 de maio de 1871 e que encerrava a guerra franco-alemã com a anexação da Alsácia e da Lorena pela Alemanha, comprovava a tese de Bisocchi, por ter apresentado no seu texto parte dessas preocupações:

os súditos franceses, originários dos territórios cedidos, domiciliados atualmente nesse território, que entenderem conservar a nacionalidade francesa, gozarão até 1. de outubro de 1872, e por meio de uma declaração prévia feita à autoridade competente, da faculdade de mudar seu domicílio na França e de ali se fixar, sem que esse direito possa ser alterado pelas leis sobre o serviço militar, caso no qual será mantida a qualidade de cidadão francês³⁴.

A segunda parte desse mesmo dispositivo, porém, seguindo o que posteriormente iria aludir Carlo Bisocchi, acrescenta duas novas perspectivas acessórias bastante significativas para a “opção”, ou seja, prevê, explicitamente, que ela não gerará efeitos sobre o patrimônio em território anexado do cidadão que optou por conti-

³¹ BISOCCHI, Carlo. *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*. Milano: Hoepli, 1907. p. 346.

³² BISOCCHI, Carlo. *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*. Milano: Hoepli, 1907. p. 346.

³³ BISOCCHI, Carlo. *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*. Milano: Hoepli, 1907. p. 346.

³⁴ Em 30 de março de 1872, Jules Dufaure, ministro da justiça da França, publicou uma circular confirmando a interpretação do tratado e indicando que “[...] tous ceux qui sont nés dans les territoires cédés, quels que soient leur âge, leur sexe et leur domicile, sont, tenus de faire une déclaration, s'ils entendent conserver la qualité de Français; — qu'à défaut de cette déclaration dans les délais prescrits, il seront considérés comme Allemands; et qu'au contraire, tous ceux qui ne sont pas nés dans ces territoires n'ont aucune déclaration à faire: et sont Français de plein droit”. ARNOULD, L. *De l'option des alsaciens-lorrains pour la nationalité française*. Paris: Berger-Levrault, 1879. p. 7 ss. Vide, ainda, Ainda sobre o tema: WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Sirey, 1914. p. 174 ss., e mais recentemente, WAHL, Alfred. *L'option et l'émigration des Alsaciens-Lorrains: 1871-1872*. Paris: Ophrys, 1974.

²⁶ Sobre o assunto: WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Sirey, 1914. p. 174 ss., e BONFILS, Henri. *Manuel de droit international public*. Paris: A. Rousseau, 1905. p. 232 ss.

²⁷ NYS, Ernest. *Le droit international: les principes, les théories, les faits*. Bruxelles: Moens, 1912. t. 2. p. 18.

²⁸ BISOCCHI, Carlo. *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*. Milano: Hoepli, 1907. p. 346.

²⁹ BISOCCHI, Carlo. *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*. Milano: Hoepli, 1907. p. 346.

³⁰ BISOCCHI, Carlo. *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*. Milano: Hoepli, 1907. p. 346.

nuar com a nacionalidade original, independentemente de onde ele se encontre, e que “nenhum habitante do territórios cedidos poderá ser processado, assediado, ou procurado na sua pessoa ou em seus bens devido aos seus atos políticos ou militares durante a guerra”.

Também o Estado brasileiro se valeu, no século XIX, do instituto da “opção”, mas em um contexto completamente diferente daqueles até aqui citados³⁵. Nesse sentido, o dispositivo previsto no âmbito do artigo primeiro do decreto n.º 58-A, de 14 de dezembro de 1889, emanado pelo governo neorrepblicano realizou a “grande naturalização” com base, justamente, na possibilidade de utilização da “opção” por parte dos imigrantes que aqui se encontravam naquela data:

são considerados cidadãos brasileiros todos os estrangeiros que já residiam no Brasil no dia 15 de novembro de 1889, salvo declaração em contrario feita perante a respectiva municipalidade, no prazo de seis meses da publicação deste decreto³⁶.

A regra previa a manifestação a respeito da manutenção da nacionalidade de origem, com a consequente perda dela em caso de silêncio por parte do estrangeiro. Do ponto de vista do direito adjetivo, o quarto artigo do decreto regulamentava o procedimento previsto no artigo primeiro. A esse fim, tratava do registro do ato volitivo a ser expressamente manifestado pelo imigrante com o objetivo de manter a cidadania de origem, continuando, desse modo, na condição jurídica de estrangeiro e declinando da concessão feita pelo governo neorrepblicano³⁷.

³⁵ Disponível em: DAL RI JR., Arno. El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la “gran naturalización” de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945). In: PALCHETTI, Paolo; MECCARELLI, Massimo (eds.). *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*. Madrid: Dykinson, 2015. p. 113 ss.

³⁶ O texto do artigo segundo do mesmo decreto vai em direção similar, quando afirma que: “todos os estrangeiros que tiverem residência no país durante dois anos, desde a data do presente decreto, serão considerados brasileiros, salvo os que se excluem desse direito mediante a declaração de que trata o art. 1º”.

³⁷ “A declaração a que se referem os arts. 1º e 2º, será tomada perante o secretário da municipalidade ou corporação que provisoriamente a substitua, em livro especialmente destinado a tal fim, e assignada pelo declarante e pelo mesmo secretário ou representante da alludida corporação”. O decreto do governo brasileiro não dispunha sobre manifestação de ato volitivo por parte do imigrante com a finalidade de aquisição da nacionalidade brasileira, mas impunha ao mesmo a necessidade de se manifestar expressamente no sentido de continuar a manter o vínculo com a esfera jurídica de origem. Aqueles que não a fizessem no prazo prescrito por lei restava somente a hipótese da nacionalização tácita com a consequente perda também tácita da cidadania original, uma vez que o Estado brasileiro impunha

3.2 Configurações da “opção” no articulado do Tratado de Saint-Germain-en-Laye

Os artigos do Tratado de Saint Germain-en-Laye que regem o instituto da “opção” partem da caracterização dos indivíduos que poderão exercê-la. O primeiro requisito encontra-se previsto no artigo 70³⁸, estar de posse da “*pertinenza*” (*heimrecht*), instituto típico da legislação austríaca de então: os indivíduos que tivessem a “*pertinenza*” em relação a alguma comuna dos territórios anexados obteriam a nacionalidade do país que passasse a exercer a soberania sobre tal território, em exclusão da cidadania austríaca.

A “opção” propriamente dita surge no texto da lei como exceção à regra do mencionado artigo 70. Contida no artigo 78 do mesmo tratado, previa que:

as pessoas com mais de 18 anos que perderem sua nacionalidade austríaca e obterem *ipso facto* uma nova nacionalidade segundo o artigo 70, terão direito no prazo de um ano a partir da entrada em vigor do presente Tratado para optar pela nacionalidade do

ha a exclusividade no que concerne a manutenção da nacionalidade brasileira. Sendo até então os maiores fornecedores de imigrantes ao Brasil, os governos da Itália, de Portugal, da Espanha e do Império Austro-Húngaro se manifestaram de modo incisivo contrariamente à “grande naturalização” através de nota coletiva no qual vinha afirmado que o decreto brasileiro era “[...] contraire aux principes généralement acceptés de droit international” e sem fundamento jurídico do momento em que “[...] vise à établir, en la fondant sur le silence du citoyen étranger, une présomption gratuite, c’est-à-dire la présomption de la volonté de ce dernier de choisir la nationalité brésilienne”, se concluiu com a afirmação de que “[...] le Potenze firmatarie, protestando contro l’adozione del decreto, auspicavano un riesame della materia” e, no caso em que o Brasil tivesse persistido na sua posição, as mesmas potências teriam considerado o decreto 58-A como “[...] nul et non avenu”, conformando a conduta destas aos “[...] principes du droit international et aux intérêts de ses ressortissants”. O governo italiano reiterou seus protestos emanando em 1 de outubro do mesmo ano um memorandum enviado às representações diplomáticas do Brasil e dos demais Estados que tinham levantado protestos, afirmando que a “[...] faculté qu’a le Brésil, en tant qu’état souverain de regler les questions ayant trait à la naturalisation des étrangers, n’exclut pas évidemment le droit et le devoir, qu’a le gouvernement italien de provoquer des mesures conformes à l’équité et aux intérêts de ses ressortissants” e que o “[...] le décret brésilien [...] n’offre pas la nationalité brésilienne aux étrangers, il la leur impose, puisque après deux ans il les considère déjà comme ayant acquis la nationalité brésilienne, ou bien les oblige a y renoncer formellement”. A respeito, PANZERA, Antonio Filippo. *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*. Napoli: Jovene, 1984. p. 229.

³⁸ “Every person possessing rights of citizenship (*pertinenza*) in territory which formed part of the territories of the former Austro-Hungarian Monarchy shall obtain *ipso facto* to the exclusion of Austrian nationality the nationality of the State exercising sovereignty over such territory”.

Estado em que possuía direitos de cidadania antes de adquirir tais direitos no território transferido.

Embora a versão em inglês do tratado utilize, no artigo 70, o conceito de *pertinenza/heimatrecht* como traduzível por “cidadania”, razões históricas e jurídicas impedem a aproximação dos dois conceitos. Nesse sentido, conforme explica Ester Capuzzo³⁹, “*pertinenza*” ou “*heimatrecht*”, em alemão, se refere à ligação do indivíduo sobretudo com uma comuna específica do território do império⁴⁰. A aquisição se dava por meio do nascimento na comuna em questão, pelo *ius sanguinis* via paterna, pelo casamento com alguém que tivesse a *pertinenza* com a comuna, ou, por conta de relações institucionais especiais com a localidade. Por fim, requisito essencial para a aquisição e manutenção da *pertinenza* era a posse de cidadania austríaca⁴¹. Muito provavelmente a escolha desse instituto como elemento caracterizador dos indivíduos que passariam a ser nacionais dos Estados que sucediam territorialmente o império, no âmbito do artigo 70, se deu em razão do efetivo vínculo com os territórios que estavam sendo objeto de anexação⁴², algo que a posse da mera cidadania austríaca não poderia certificar. A corroborar essa hipótese encontra-se o texto do artigo 71, que versa, especificamente, sobre as limitações à aquisição da nacionalidade italiana:

mão obstante as disposições do artigo 70, a nacionalidade italiana não deve, no caso de território transferido para a Itália, ser adquirida *ipso facto*: (1) por pessoas que possuem direitos de cidadania em tal território que não nasceram lá; (2) por pessoas que adquiriram seus direitos de cidadania em tal território após 24 de maio de 1915, ou que o adquiriram apenas em razão de sua posição oficial.

³⁹ CAPUZZO, Ester. Dalla pertinenza austriaca alla cittadinanza italiana. *Atti della Accademia Roveretana degli Agiati di Scienze Lettere ed Arti*, Rovereto, Itália, s. 8, v. 10, n. 2, atti A, 2010. Disponível em: <https://agiati.org/atti-a-2010-ii>. Acesso em: 05 set. 2020. p. 68.

⁴⁰ Sobre o assunto: PETRI, Rolf. Cittadinanza, dimora, espulsione. In: OBERMAIR, Hannes; RISSE, Stephanie; ROMEO Carlo (hrsg. von / a cura di). *Regionale Zivilgesellschaft in Bewegung*: cittadini innanzi tutto. Festschrift für / Scritti in onore di Hans Heiss. Wien: Folio, 2012. p. 37 ss.

⁴¹ Emerge nesse contexto uma significativa colisão entre diferentes culturas jurídicas: enquanto na Itália existia, apenas, o vínculo com o Estado nacional por meio da nacionalidade, no império austríaco, além desse vínculo nacional, subsistia, ainda, um vínculo específico com a cidade (a comuna) por meio da *pertinenza*, fenômeno que se materializava em direitos e em deveres específicos, além de uma visão de ordenamento mais local do que nacional.

⁴² CAPUZZO, Ester. Dalla pertinenza austriaca alla cittadinanza italiana. *Atti della Accademia Roveretana degli Agiati di Scienze Lettere ed Arti*, Rovereto, Itália, s. 8, v. 10, n. 2, atti A, 2010. Disponível em: <https://agiati.org/atti-a-2010-ii>. Acesso em: 05 set. 2020. p. 69.

Logo após a anexação da Áustria pelo Terceiro Reich, com o *Anschluss*, a “opção” prevista no Tratado de Saint Germain-en-Laye voltou a ser objeto de debates, com o processo que culminou na emanação da Lei italiana n.º 1.241, de 21 de agosto de 1939. Fruto do latente descontentamento com a anexação do pós-Primeira Guerra por parte de setores da sociedade germanófona da província de Bolzano⁴³ e do novo contexto político envolvendo a Alemanha, a norma previa a possibilidade de indivíduos pertencentes ao grupo étnico-linguístico alemão que tinham adquirido a nacionalidade italiana nos termos do Tratado de Saint Germain, renunciarem a ela para, na sequência, solicitarem a cidadania alemã⁴⁴. Não se tratava, propriamente, de uma inovação legislativa, à medida que o artigo 8⁴⁵ da Lei italiana n.º 555/1912

⁴³ O descontentamento tirolês com a anexação se acirrou a partir de 1921, quando ocorreu o episódio que ficou conhecido como “Bozner Blutsonntag” (Domingo sangrento de Bolzano), no qual partidários do movimento fascista atacaram participantes de uma tradicional procissão da cidade, sob a cumplicidade das forças de segurança (GROTE, Georg. *The South Tyrol question, 1866-2010*: from national rage to regional state. Bern: Peter Lang International Academic Publishers, 2012. p. 15-16). Após a ascensão de Mussolini ao poder, Ettore Tolomei, com o aval do regime fascista, colocou em prática em 1923 o programa conhecido como “Provvedimenti per l’Alto Adige”, que pretendia substituir os traços étnicos alemães locais por italianos, inclusive com alterações de nomes e modificações de fachadas e construções (GROTE, Georg. *The South Tyrol question, 1866-2010*: from national rage to regional state. Bern: Peter Lang International Academic Publishers, 2012. p. 17).

⁴⁴ A emanação da norma foi negociada entre governo italiano e o III Reich, sendo publicada pouco mais de um ano da anexação da Áustria, agora mera província do Estado alemão. Mesmo tendo descartado a anexação do território de Bolzano à “Grande Alemanha” (FENET, Alain. *La question du Tyrol du Sud: un problème de droit international*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968. p. 50-51), o acordo buscava alcançar aquela população de etnia alemã disposta a emigrar. O artigo primeiro da lei italiana previa que: “le persone di origine e di lingua tedesca, domiciliate nei comuni dell’Alto Adige, anche se residenti altrove, le quali hanno acquistato la cittadinanza italiana in applicazione del trattato di San Germano, annesso alla legge 26 settembre 1920, n. 1322, e delle norme emanate in esecuzione del trattato stesso, che intendano trasferirsi in Germania ed acquistare la cittadinanza germanica, devono dichiarare di rinunciare alla cittadinanza italiana prima del trasferimento. La presente disposizione si applica, altresì, ai discendenti, cittadini italiani, delle persone indicate nel comma precedente”. Sobre o tema: SCROCCARO, Mauro. *Dall’Aquila bicipite alla croce uncinata*: L’Italia e le opzioni nelle nuove provincie. Trentino, Sudtirolo, Val Canale (1919-1939). Trento: Museo Storico in Trento, 2000.

⁴⁵ “Perde la cittadinanza: 1. chi spontaneamente acquista una cittadinanza straniera e stabilisce o ha stabilito all’estero la propria residenza; 2. chi, avendo acquistata senza concorso di volontà propria una cittadinanza straniera, dichiara di rinunciare alla cittadinanza italiana e stabilisce o abbia stabilito all’estero la propria residenza. Può il Governo nei casi indicati ai nn. 1 e 2 dispensare dalla condizione del trasferimento dalla residenza all’estero; [...]”.

já previa a possibilidade de aquisição de uma cidadania estrangeira, em detrimento da italiana⁴⁶.

4 O impacto das normas sobre nacionalidade do Tratado de Saint Germain-en-Laye nos emigrados trentino-tiroleses antes de 1920

Seguindo aquilo que já em 1877 sugeriram Théophile Funck-Brentano e Albert Sorel⁴⁷ acerca dos direitos dos cidadãos emigrados, o texto do Tratado de Saint Germain-en-Laye parece trazer normas claras e inequívocas em favor deles. É o que diz, em primeira análise, o artigo 72 da norma internacional:

As pessoas referidas no artigo 71, bem como aquelas que: (a) anteriormente possuíam direitos de cidadania nos territórios transferidos para a Itália, ou cujo pai, ou mãe, se o pai for desconhecido, possuíam direitos de cidadania nesses territórios [...] podem reivindicar a nacionalidade italiana sujeita às condições previstas no artigo 78.

Em síntese, aqueles que haviam emigrado dos respectivos territórios antes da anexação — situação de grande parte dos emigrantes trentino-tiroleses que partiram para o Brasil — deveriam se atentar ao que estava previsto no artigo 72, ou seja, a possibilidade de “opção” pela nacionalidade italiana nos termos do artigo 78. É de particular interesse, nesse contexto, o fato de a referência ao artigo 72 flexionar o verbo no passado: em outras palavras, aqueles que tiveram a *pertinenza* em territórios transferidos para a Itália.

Trata-se de um detalhe importante à medida que os termos do tratado desconheciam o fato de os emigrantes e seus filhos estarem sujeitos à perda automática do vínculo da cidadania austríaca após a emigração, con-

forme tinha sido disposto pelo parágrafo segundo do “Decreto relativo à emigração e à ausência ilegítima do estado dos súditos austríacos”, emanado em 24 de março de 1832⁴⁸: “quem quer emigrar deve pedir ao Governo local por meio da Superioridade local e da Capitania do Círculo ou à Delegação a qual pertence o seu domicílio, de ser desvinculado da sua cidadania austríaca do Estado”. A perda da condição jurídica vinha reiterada no parágrafo nono da mesma norma: “aqueles que emigram com autorização perdem a qualidade de súditos, e em todas as relações civis e políticas são contemplados como estrangeiros”⁴⁹.

Após mais de uma década da entrada em vigor do tratado, o jurista italiano Manlio Udina⁵⁰ publicou um artigo em que analisa, com base nos termos dos dispositivos do mencionado tratado, a condição jurídica dos descendentes de emigrados citados no texto do tratado. Em particular, Udina chamava a atenção para a distinção entre os termos utilizados nos artigos 72 e 80, ou seja, a possibilidade de eleger uma nacionalidade (*facoltà di elezione*) seria diferente do direito de “opção”. Do modo como foi redigida, a norma dispõe, claramente, sobre um direito de “opção” que, uma vez exercido, deve ser respeitado/acatado pelo Estado envolvido. A possibilidade dada aos cidadãos de eleger determinada nacionalidade permanece, ao contrário, como uma faculdade a qual o Estado envolvido não é necessariamente obrigado a acolher.

O texto do artigo 72, aplicável em relação àqueles que haviam emigrado, poderia, nesse caso, ser enquadrado como uma “eleição”. Inclusive, o subsequente artigo 73⁵¹ prevê que o requerimento pode não ser aco-

⁴⁶ Após o término da Segunda Guerra, segundo relata Edio Vallini (VALLINI, Edio. *La questione dell'Alto Adige*. Firenze: Parenti, 1961. p. 153), mais de cem mil alto atesinos tinham renunciado à cidadania italiana para obter a alemã. A Itália, porém, nos termos do Tratado de Paris de 1947 (Anexo IV, item 3, “a”), comprometeu-se a analisar, atentamente, a questão daqueles que, arrependidos, desejassem permanecer em sua terra natal (com a cidadania italiana, portanto). Essas pessoas ficaram conhecidas como os “reoptantes”. Em 02 de fevereiro de 1948, seria editado o Decreto n.º 23, possibilitando a manutenção da cidadania italiana para os alto atesinos que, tendo optado pela cidadania alemã, não obtiveram o certificado de naturalização, ou não fixaram residência na Alemanha.

⁴⁷ FUNCK-BRENTANO, Théophile; SOREL, Albert. *Précis du droit des gens*. Paris: E. Plon, 1877. p. 503.

⁴⁸ “Patent über die Auswanderung und unbefugte Abwesenheit österreichischer Unterthanen” ou, em italiano, “Patente relativa all'emigrazione ed all'assenza illegittima dallo stato dei sudditi austriaci”. Disponível em: ADORNO, Vincenzo (a cura di). *Guida alle fonti sull'emigrazione conservate presso l'Archivio Storico del Comune di Trento*: fondo ordinamento austriaco (1815-1918). Trento: Provincia Autonoma di Trento, 1998. p. 151-187; e SCHOPF, Franz Joseph. *Das gesetzliche Verfahren in Auswanderungsfällen*: aus dem allerhöchsten Patente vom 24. März 1832 und den früher erlassenen Verordnungen, wie auch den Paßvorschriften. Wien: Sollinger, 1834.

⁴⁹ Sobre as possibilidades de impacto da ausência do súdito do território estatal na sua própria condição jurídica, no âmbito dos estados pré-unitários italianos: STORTI, Claudia. *Ricerche sulla condizione giuridica dello straniero in Italia dal tardo diritto comune all'età preunitaria*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 194 ss.

⁵⁰ UDINA, Manlio. Sull'acquisto della cittadinanza italiana di pieno diritto in base al Trattato di pace di St. Germain. *Rivista di Diritto Internazionale*, anno 24, s. 3, v. 11, p. 102-106, 1932. p. 105-106.

⁵¹ “The claim to Italian nationality by the persons referred to in

lhido pela autoridade competente. Ainda, conforme as observações do jurista italiano⁵², a eleição da nacionalidade é indicada com os termos “*potranno eleggere*”, ou “*pourront réclamer*” (poderão eleger ou solicitar), ao passo que a opção pela nacionalidade (austríaca ou italiana) é indicada como “*diritto d’opzione*” ou “*droit d’option*” (direito de opção). Essa distinção entre o direito de “opção” e a faculdade de “eleição” seria fundamental para que as categorias jurídicas envolvidas no Tratado de Saint Germain-en-Laye possam ser compreendidas.⁵³

No que se refere à população de língua italiana, presente sobretudo na Província de Trento — o antigo *Tirol italiano* —, o maior problema em termos de nacionalidade curiosamente se observaria somente décadas depois, na situação vivida pelos descendentes daqueles que haviam emigrado para outros continentes antes de 1920⁵⁴. Nessa época, praticamente sem contato com os consulados da Áustria e da Itália, esses emigrantes não tiveram oportunidade para fazer a opção prevista no Tratado. Tecnicamente passariam a ser considerados apátridas, o que, nos anos vinte do século passado, poderia significar raras possibilidades de tutela jurídica em qualquer lugar que estivessem⁵⁵.

Article 72 may in individual cases be refused by the competent Italian authority”.

⁵² UDINA, Manlio. Sull’acquisto della cittadinanza italiana di pieno diritto in base al Trattato di pace di St. Germain. *Rivista di Diritto Internazionale*, anno 24, s. 3, v. 11, p. 102-106, 1932. p. 106.

⁵³ Essa mesma sistemática posteriormente foi utilizada no artigo 19 do Tratado de Paris, de 1947, ao dispor sobre a cidadania para os habitantes de territórios italianos anexados pela Iugoslávia, e no artigo 3 do Tratado de Osimo, ao dispor sobre a restituição de território à Itália por parte da Iugoslávia.

⁵⁴ Na segunda metade do século XIX, mais especificamente a partir do ano de 1875, muitos camponeses trentino-tirolozes emigraram, fugindo de condições socioeconômicas desfavoráveis. Segundo estudos de Renzo Grosselli (GROSSELLI, Renzo Maria. Trentamila tirolozes in Brasile: dal racconto di una “tragica epopee” alla scoperta di una emigrazione riuscita. In: GROSSELLI, Renzo Maria (a cura di). *Trentamila Tiroloesi in Brasile: storia, cultura, cooperazione allo sviluppo*. Trento: Regione Trentino-Alto Adige, 2005. p. 39), mais de 30.000 trentino-tirolozes emigraram para o Brasil. A colonização trentino-tirolesa no Brasil, inaugurada com a expedição Tabacchi para o Espírito Santo (GROSSELLI, Renzo Maria. *Vincere o morire: contadini trentini (veneti e lombardi) nelle foreste brasiliane*. A cura della Provincia Autonoma di Trento. Trento: Lit. EFFE, 1986. p. 82-83), foi seguida pelo desenvolvimento de colônias em Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo. Tais Estados concentram, ainda hoje, grande contingente de descendentes destes imigrantes.

⁵⁵ Se o desfecho da Primeira Guerra Mundial trouxe maus augúrios para os emigrados, o início da República brasileira, acontecido poucos anos antes garantiu-lhes uma nova condição jurídica — aquela de nacionais brasileiros —, rendendo a eles mais alguns anos de relativa tranquilidade. A naturalização em massa decretada no Rio

5 A responsabilidade internacional acerca dos cidadãos austríacos trentino-tirolozes emigrados

Em meio a todo esse complexo contexto em que normas de direito internacional público e de direito internacional privado se entrecruzam, encontra-se a questão da responsabilidade internacional dos dois Estados envolvidos, o italiano e o austríaco, sobre esses indivíduos que emigraram antes de 1920 e seus descendentes.

No que concerne ao Estado austríaco, a possibilidade de responsabilização internacional desaparece perante as normas que constam no decreto imperial de 24 de março de 1832, que determinava a perda da nacionalidade a todo cidadão austríaco que, tendo emigrado, permanecesse no exterior por tempo superior há um ano. Agravando ainda mais a situação, o parágrafo 15 da Lei austríaca de 3 de dezembro de 1863⁵⁶, intitulada “sobre a regulamentação das condições da pertinência”, determinava que “quem perde a cidadania, terá como consequência a perda de seu direito à pertinência”⁵⁷. O impacto das normas do Tratado de Saint Germain-en-Laye sobre a condição jurídica dos cidadãos austríacos trentino-tirolozes que tinham emigrado há mais de um ano era, portanto, quase inexistente à medida que o próprio ordenamento austríaco, por meio das normas de 1832 e de 1863⁵⁸, já tinha determinado a perda da nacionalidade.

de Janeiro, em 14 de dezembro de 1889, cujos dispositivos já foram objeto de análise no âmbito desse artigo, foi, justamente, a norma de direito internacional privado que os poupou da tão temida apatridia. Mas, se não se tornaram apátridas por conta das normativas brasileiras, é certo que, em relação ao ordenamento italiano, não adquiriram qualquer direito. Eram estrangeiros no mais, como quaisquer outros estrangeiros.

⁵⁶ Gesetz vom 3. December 1863, “Betreffend die Regelung der Heimatverhältnisse”.

⁵⁷ Com a emanação da Lei Fundamental do Império Austro-Húngaro de 1867 essa situação deveria ter sido alterada, à medida que o seu artigo quarto concedia a liberdade de emigração, salvo em caso de obrigações militares. Todavia, tendo em vista que o respectivo artigo primeiro previa a edição de uma lei específica concernente à cidadania e, considerando que tal lei nunca foi emanada, prevaleceu o entendimento de que a normativa válida relativa à cidadania continuava sendo o decreto imperial de 1832. Disponível em: ADORNO, Vincenzo (a cura di). *Guida alle fonti sull’emigrazione conservate presso l’Archivio Storico del Comune di Trento*: fondo ordinamento austriaco (1815-1918). Trento: Provincia Autonoma di Trento, 1998. p. 25.

⁵⁸ A reforma à matéria levada a cabo pela lei austríaca de dezembro de 1896 deixou inalterada a situação da perda da nacionalidade por emigração.

O Estado italiano, por sua vez, até a emanação da Lei 379/2000, em nenhum momento de sua história, deteve algum tipo de responsabilidade internacional em relação aos cidadãos austríacos trentino-tiroleses que emigraram antes de 1920 e aos seus descendentes. A ausência da “opção” por parte desses indivíduos, portanto, isenta a República Italiana de qualquer responsabilidade internacional. Em outros termos, a partir da conclusão do prazo previsto pelo tratado para a realização da “opção”, os imigrantes que deixaram o Tirol Meridional antes de 1920, assim como seus descendentes, continuaram a configurar como estrangeiros⁵⁹ em relação ao ordenamento italiano, sem qualquer laço jurídico e, portanto, sem que subsista responsabilidade internacional da Itália em relação a eles, salvo no caso em que se encontrassem legalizados permanentemente em outras partes do território italiano como estrangeiros, sendo essa última condição jurídica, a esse ponto, não mais modificável. No caso dos imigrantes e de seus descendentes que se encontravam fora do território italiano e não fizeram a opção, restou, portanto, somente a condição de alienígena em relação ao ordenamento do Reino da Itália, inexistindo a possibilidade de modificar a sua situação jurídica. Para esses descendentes era impossível o reconhecimento da nacionalidade italiana por meio do critério *ius sanguinis*, conforme previa a Lei n.º 555, de 1912, e conforme ainda hoje prevê a Lei n.º 91, de 1992. Para eles, a aquisição da nacionalidade italiana passou a se materializar somente com a emanação da Lei n.º 379, de 2000⁶⁰, uma normativa *ad hoc* e que

representou verdadeira concessão por parte do Estado italiano, que, em nenhum momento, foi protagonista de responsabilidade internacional acerca dos indivíduos na condição aqui analisada: imigrantes de nacionalidade austríaca nascidos no Tirol Meridional e seus descendentes espalhados pelo mundo.

6 Considerações finais

Vários fatos ligados ao processo de anexação dos territórios que pertenceram ao Império Austro-Húngaro por parte da Itália geraram polêmicas consideráveis na sociedade local e na doutrina jurídica de então, em particular no que se refere à ausência de consulta às po-

trada em vigor do Tratado de Saint Germain-en-Laye, adquirissem a nacionalidade italiana. A medida incidia diretamente sobre indivíduos com vínculos de ascendência com o “Tirol italiano” ou, também, “Welschtírol”. Referida Lei, em que pese ser composta por apenas dois artigos, mostrou-se de uma aplicação bastante complexa, dentre outros fatores, por fazer menção a um território pluriétnico (os territórios que pertenceram à monarquia austro-húngara anexados pela Itália incluíam população de etnia alemã, italiana, reto-romanche, eslovena, croata, dentre outras). Estabeleceu-se uma “Comissão Interministerial” em Roma, no âmbito do Ministério do Interior, composta por membros dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores e do próprio Ministério do Interior, bem como alguns especialistas no tema oriundos da Universidade Sapienza, de Roma. O objetivo era direcionar a essa comissão os requerimentos feitos com base na referida Lei, para análise e, se cumpridos os requisitos, posterior concessão. Ademais, o Ministério do Interior, em 24 de dezembro de 2001, expediu a Circolare K78, cujo objetivo seria “regulamentar” a Lei n.º 379, estabelecendo parâmetros para sua aplicação. O sucesso na aprovação da Lei n.º 379 deve-se sobretudo ao movimento ocorrido entre as instituições como o governo da Província Autônoma de Trento e a Universidade de Trento, a Associação Trentini nel Mondo, o jornal “L’Adige” e várias outras ONGs, patronatos, cooperativas e sindicatos de trabalhadores no exterior que iniciaram a pressão junto aos parlamentares trentinos e ao governo italiano pela emanação de uma norma que garantisse o direito à nacionalidade italiana aos descendentes de trentino-tiroleses emigrados. Sobre a lei e aquisição da nacionalidade italiana por meio do critério “*ius sanguinis*”: BALLARINO, Tito. Cidadania e nacionalidade. In: DAL RI JR., Arno; OLIVEIRA, Odete M. *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 85-93; CLERICI, Roberta. Cidadania plúrima e status pessoal. In: DAL RI JR., Arno; OLIVEIRA, Odete M. *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 95-101.; CLERICI, Roberta. *La cittadinanza nell’ordinamento giuridico italiano*. Padova: Cedam, 1993.; CLERICI, Roberta. L’acquisto della cittadinanza. In: BONILINI, Giovanni (diretto da). *Trattato di diritto di famiglia*. Torino: UTET, 2016. v. 1. p. 763-787; CLERICI, Roberta. Commento agli artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 14, 26 della l. 5 febbraio 1992 n. 91. In: ZACCARIA, Alessio (a cura di). *Commentario breve al diritto di famiglia*. 4. ed. Padova: Cedam, 2020. p. 2205-2228.

⁵⁹ A própria Lei italiana n.º 91/92, em seu art. 18, fazendo referência ao art. 9, I, “a”, equiparou a situação das pessoas que nasceram no antigo império austro-húngaro, e seus descendentes, a de estrangeiros.

⁶⁰ A partir da promulgação em 1992 da Lei italiana n.º 91, que versava sobre a aquisição da nacionalidade em particular através do critério “*ius sanguinis*”, mas não contemplava os descendentes de trentino-tiroleses, teve início uma série de movimentos entre as instituições políticas e culturais trentinas em busca de uma via legal que permitisse também a esses a aquisição da nacionalidade italiana. Um primeiro projeto discutido e votado em 1998, que buscava a equiparação da província trentina às demais províncias italianas em termos de nacionalidade — o que possibilitaria aos descendentes serem tutelados pela Lei n.º 91/92 —, não foi aceito pelo parlamento. Uma nova proposta foi então apresentada: a emanação de uma norma *ad hoc* para encaminhar uma solução aos descendentes de trentino-tiroleses. Foi assim que surgiu a Lei n.º 379, de iniciativa do parlamentar trentino Sandro Schmid. Em 14 de dezembro de 2000, com a promulgação dessa última, a República Italiana, em um ato de direito internacional privado, abriu a possibilidade para que os nascidos nos territórios da monarquia austro-húngara anexados pela Itália e seus descendentes, incluídos os emigrados antes da en-

pulações locais sobre o evento, assim como acerca da condição jurídica atribuída aos indivíduos que as compunham a partir da data de entrada em vigor do tratado.

No que concerne ao primeiro caso, como demonstrado ao longo do artigo, não foi dada voz à população desses territórios por meio da previsão pela norma internacional do instituto do “plebiscito”, fenômeno que agravou o já existente descontentamento com a violação das fronteiras culturais e linguísticas, hipótese inicialmente negada pelas potências aliadas e que limitava as ambições da Itália aos territórios habitados por populações de língua italiana. O instituto da “opção” surge no texto pactício, então, como uma solução bastante frágil na tentativa de definir a condição jurídica dos habitantes daqueles territórios, buscando amenizar, concomitantemente, os efeitos colaterais da violação das fronteiras étnicas e linguísticas e da ausência da previsão de “plebiscito”. A inserção no texto do instituto da “opção” era, porém, bastante coerente com as lógicas que defendiam a ideia de homogeneidade cultural e linguística próprias dos estados-nação. O instituto do “plebiscito”, ao contrário, tendo sido frequente nos demais casos do processo de unificação italiana, poderia ter fornecido dados sobre o real apoio da população à anexação.

Pode-se inferir, de todo modo, que as percepções quanto a esta ocorrência foram bastante diferentes entre a população de língua italiana e a de língua alemã. Para esses últimos, como visto nos exemplos mencionados, o sentimento em relação ao previsto no tratado foi de violação de princípios internacionais e de aculturação forçada. A grande adesão à lei que incentivava a aquisição da nacionalidade alemã alguns anos depois, em 1939, pode ser tomada como um claro indicativo da baixa aceitação que as disposições pactícias tiveram em meio àquela população.

Na ciência do direito internacional, ao contrário, as análises acerca do uso da “opção”, demonstraram não somente o aceite, mas também salientaram o seu uso frequente em situações análogas. Em termos estritamente jurídicos, os instrumentos utilizados eram válidos, consolidados pela teoria e pela prática, o que assegurou certa estabilidade ao processo de anexação. O uso da “opção” tutelaria os interesses do estado-nação à medida que os descontentes teriam a possibilidade de emigrar para a Áustria, deixando na Itália somente aqueles “disponíveis” à vinculação jurídica e cultural

à nova realidade estatal. As críticas mais significativas emergiam, portanto, no seio da própria população, notadamente aquela de língua alemã, o que acarretou conflitos nas décadas de 1960/70⁶¹ e, até o presente, fortes questionamentos, atenuados pela concessão de autonomia administrativa e financeira por parte da Itália, sob a tutela da Áustria.

O segundo ponto objeto de análise trata do impacto das normas do Tratado de Saint Germain-en-Layé sobre, justamente, a condição jurídica dos habitantes de tais territórios, regulada através do instituto da “opção”, como previsto nos artigos 70 a 78, com efeitos sobretudo no que concerne aos descendentes de indivíduos emigrados antes de 1920. O artigo 72, nessa perspectiva, aplicável aos que haviam emigrado, classificando o exercício do instituto como uma mera “possibilidade”, que poderia ou não ser acatada pela autoridade competente. Não era, portanto, efetivamente um direito. A questão é relevante à medida que ao longo dos anos surgiram inúmeros questionamentos quanto à responsabilidade internacional por parte da Itália, assim como da Áustria, em relação a esses emigrados que, na grande maioria das vezes se encontravam em locais distantes ou até mesmo inacessíveis, muitos no interior do continente americano, sem acesso às representações consulares, não tendo com isso efetivo acesso à “opção” prevista no tratado⁶².

⁶¹ Sobre o assunto: ITALIA. *Relazioni sull'inchiesta condotta su episodi di terrorismo in Alto Adige presentate rispettivamente dai senatori Boato e Bertoldi*. X Legislatura. Doc. 23, n. 52. Roma: Senato della Repubblica; Camera dei Deputati, 1992. Disponível em: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/909972.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.; ainda sobre o assunto: GROTE, Georg. *The South Tyrol question, 1866-2010: from national rage to regional state*. Bern: Peter Lang International Academic Publishers, 2012. p. 99 ss.

⁶² Como já mencionado, os maiores questionamentos surgiram a partir de 1992, ano em que foi promulgada a lei de cidadania italiana n.º 91, que não incluiu os descendentes de imigrantes trentino-tirolêses em seus vantajosos termos (PISONI, Ferruccio. *Un solco lungo 50 anni: l'Associazione Trentini nel Mondo dal 1957 al 2007*. Trento: Grafiche Dalpiaz, 2007. p. 141). As associações de representação das comunidades trentinas existentes em vários países passaram a argumentar que tais imigrantes não realizaram a “opção”, perdendo o direito à cidadania italiana, por razões que eram alheias à sua vontade. O parlamentar italo-trentino Sandro Schmid resumiu a questão da seguinte forma ao justificar o projeto de lei A.C. 4541/98, que pretendia equiparar os descendentes de imigrantes trentinos aos descendentes de imigrantes das demais províncias italianas: “*Si tratta di una questione antica di forte contenuto umano, prima ancora che sociale e politica. Una discriminazione ingiusta verso i trentini-altoatesini costretti in quell'epoca all'emigrazione, discriminazione mai sanata [...] È noto come a seguito delle correnti migratorie italiane [...] si sono create comunità assai dinamiche che a tutt'oggi si dichiarano di origine italiana, conservano costumi e tradizioni italiani e usano correttamente la vecchia lingua dialettale. Tali correnti provenivano anche da territori allora sotto la sovranità austro-ungarica per*

Os parágrafos 4º, 9º e 10º do Decreto imperial austríaco de 1832, que preveem a perda da nacionalidade para os emigrantes, eliminam de imediato a possibilidade de responsabilização da Áustria. Tais indivíduos, consequentemente, estavam excluídos das relações envolvendo Itália e Áustria nos termos do tratado. Para eles, restou uma concessão residual lhes permitindo optar pela cidadania italiana dentro do prazo de um ano a partir da vigência do Tratado.

A imputação de responsabilidade internacional à Itália no que concerne àqueles que não realizaram a “opção”, por sua vez, também deve ser eliminada. As obrigações fixadas para o estado italiano na Conferência de Saint Germain-en-Lay se referiam, exclusivamente, aos cidadãos austríacos que residiam nos territórios por ela anexados. Aqueles que haviam emigrado, já tendo os laços cortados em relação à Áustria devido à perda da nacionalidade disposta pela norma de 1832, nenhum direito poderiam exigir em relação à Itália. A única possibilidade que lhes restava, mais uma vez, era tão somente utilizarem-se da “opção” dentro do prazo previsto, nos termos do artigo 72. Consequentemente, cumprido o prazo de um ano para se realizar a “opção”, não haveria como estabelecer qualquer vínculo entre a Itália e os emigrados dos territórios anexados que não optaram pela cidadania italiana.

Aqueles que haviam emigrado antes de 1920, data da eficácia internacional do tratado, portanto, já não possuíam vínculo com a Áustria, pois a perda da cidadania austríaca era consequência da emigração, assim como não possuíam qualquer vínculo com a Itália. Os descendentes desses indivíduos não receberiam a transmissão de direito à nacionalidade austríaca ou italiana através do critério do “*ius sanguinis*”, devendo esperar a realização de uma concessão graciosa do Estado italiano, consubstanciada na normativa *ad hoc* Lei n.º 379/2000, que permitiu aos originários dos antigos territórios do império austro-húngaro anexados pela Itália, e seus des-

cui la cittadinanza italiana, riconosciuta jure sanguinis agli oriundi italiani, non viene riconosciuta a coloro che erano emigrati prima del trattato di Saint Germain (10 settembre 1919), salvo specifica opzione da esercitare entro un anno dall'entrata in vigore del trattato. Purtroppo tale opzione non è stata formulata. Le associazioni degli emigrati, in base alla loro attiva presenza fra queste comunità, ritengono che la mancata opzione sia dovuta in primo luogo all'assenza di informazione in merito ed alle grandi difficoltà se non alla vera e propria impossibilità materiale di accedere alle autorità consolari” (ITALIA. Proposta di legge d’iniziativa del deputato Schmid. n. 4541. Atti parlamentari. Camera dei Deputati. XIII Legislatura. Roma: Camera dei Deputati, 1998. Disponível em: http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/4541.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020).

cedentes, a aquisição da cidadania italiana. Até então, a condição jurídica dos filhos, netos, bisnetos e trinotos de emigrados trentinos-tirolezes antes de 1920 era de “estrangeiro” perante o ordenamento italiano, com todas as consequências advindas de tal situação.

Referências

ADORNO, Vincenzo (a cura di). *Guida alle fonti sull'emigrazione conservate presso l'Archivio Storico del Comune di Trento*: fondo ordinamento austriaco (1815-1918). Trento: Provincia Autonoma di Trento, 1998.

ARNOULD, L. *De l'option des alsaciens-lorrains pour la nationalité française*. Paris: Berger-Levrault, 1879.

BALLARINO, Tito. Cidadania e nacionalidade. In: DAL RI JR., Arno; OLIVEIRA, Odete M. *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003.

BISOCCHI, Carlo. *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*. Milano: Hoepli, 1907.

BOLLER, Daiana. *Welschtirol: il territorio trentino nell'impero asburgico*. Bolzano: Athesia, 2014.

BONFILS, Henri. *Manuel de droit international public*. Paris: A. Rousseau, 1905.

CAPUZZO, Ester. Dalla pertinenza austriaca alla cittadinanza italiana. *Atti della Accademia Roveretana degli Agiati di Scienze Lettere ed Arti*, Rovereto, Italia, s. 8, v. 10, n. 2, atti A, 2010. Disponível em: <https://agiati.org/atti-a-2010-ii>. Acesso em: 05 set. 2020.

CLERICI, Roberta. Cidadania plúrima e status pessoal. In: DAL RI JR., Arno; OLIVEIRA, Odete M. *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 95-101.

CLERICI, Roberta. Commento agli artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 14, 26 della l. 5 febbraio 1992 n. 91. In: ZACCARIA, Alessio (a cura di). *Commentario breve al diritto di famiglia*. 4. ed. Padova: Cedam, 2020.

CLERICI, Roberta. L'acquisto della cittadinanza. In: BONILINI, Giovanni (diretto da). *Trattato di diritto di famiglia*. Torino: UTET, 2016. v. 1.

CLERICI, Roberta. *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*. Padova: Cedam, 1993.

- CORSINI, Umberto. Problemi politico-amministrativi del Trentino nel nesso provinciale tirolese, 1815-1918. In: VALSECCHI, Franco; WANDRUSZKA, Adam (a cura di). *Austria e province italiane 1815-1918: potere centrale e amministrazioni locali*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- COVA, Paolo. *Der große Betrug: das optiondrama der deutschsprachigen Inseln im Trentino*. Palai en Bersntol: Istituto Culturale Mocheño, 2014.
- D'AZEGLIO, Luigi Taparelli. *Della nazionalità*. Genova: Ponthenier, 1847.
- DAL RI JR., Arno. A nação contra o Estado: a ciência do direito internacional no “Risorgimento” italiano. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 6, p. 6, 2011.
- DAL RI JR., Arno. El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la “gran naturalización” de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945). In: PALCHETTI, Paolo; MECCARELLI, Massimo (eds.). *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*. Madrid: Dykinson, 2015.
- DAL RI JR., Arno. Mancini in the Platine Basin: the reception of the Principle of Nationalities in Argentina, Uruguay and Brazil. *Forum Historiae Iuris*. Inter-Netzzeitschrift für Rechtsgeschichte in Europa. 2018. Disponível em: <https://forhistiur.de/en/2018-12-dal-ri-jr/abstract/?l=en>. Acesso em: 06 nov. 2020.
- DURANDO, Giacomo. *Della nazionalità italiana: saggio politico-militare*. Losanna: Bonamici, 1846.
- FENET, Alain. *La question du Tyrol du Sud: un problème de droit international*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.
- FERRANDI, Maurizio. *Ettore Tolomei: l'uomo che inventò l'Alto Adige*. Trento: Publilux, 1986.
- FUNCK-BRENTANO, Théophile; SOREL, Albert. *Précis du droit des gens*. Paris: E. Plon, 1877.
- GROSSELLI, Renzo Maria. Trentamila tirolese in Brasile: dal racconto di una “tragica epopee” alla scoperta di una emigrazione riuscita. In: GROSSELLI, Renzo Maria (a cura di). *Trentamila Tirolese in Brasile: storia, cultura, cooperazione allo sviluppo*. Trento: Regione Trentino-Alto Adige, 2005.
- GROSSELLI, Renzo Maria. *Vincere o morire: contadini trentini (veneti e lombardi) nelle foreste brasiliane*. A cura della Provincia Autonoma di Trento. Trento: Lit. EFFE, 1986.
- GROTE, Georg. *The South Tyrol question, 1866-2010: from national rage to regional state*. Bern: Peter Lang International Academic Publishers, 2012.
- GRUBER, Alfons. *Storia del sudtirolo: eventi cruciali del XX secolo*. Bolzano: Athesia, 2010.
- HAAS, Hanns. Österreich und die Alliierten 1918–1919. In: ACKERL, Isabella (hrsg.). *Saint-Germain 1919: Protokoll des Symposiums am 29. und 30. Mai 1979 in Wien*. Wien: Geschichte und Politik, 1989.
- HANISCH, Ernst. *Der große Illusionist: Otto Bauer (1881–1938)*. Wien: Böhlau, 2011.
- ITALIA. Atti Parlamentari. Camera dei Deputati. XXIV Legislatura. 1. sessione. Roma: Camera dei Deputati, 1919.
- ITALIA. *Proposta di legge d'iniziativa del deputato Schmid. n. 4541. Atti parlamentari*. Camera dei Deputati. XIII Legislatura. Roma: Camera dei Deputati, 1998. Disponível em: http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/4541.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.
- ITALIA. *Relazioni sull'inchiesta condotta su episodi di terrorismo in Alto Adige presentate rispettivamente dai senatori Boato e Bertoldi*. X Legislatura. Doc. 23, n. 52. Roma: Senato della Repubblica; Camera dei Deputati, 1992. Disponível em: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/909972.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.
- KNIPPENBERG, Hans; MARKUSSE, Jan. *Nationalising and Denationalising European Border Regions, 1800–2000: views from Geography and History*. Berlin: Springer Science, 2012.
- KRAMER, Johannes. *La toponomastica altoatesina nel contesto europeo*. Archivio per l'Alto Adige, 2003. v. 4.
- LE REIVINDICAZIONI italiane illustrate alla Conferenza di Parigi: il memoriale dell'On. Barzilai. *Il Messaggero*, Roma, 12 mar. 1919.
- MANCINI, Pasquale S. *Diritto internazionale*. Ijuí: Unijuí, 2003.
- MAZZINI, Giuseppe. Nazionalità: qualche idea su una costituzione nazionale. In: *Edizione nazionale degli scritti di Giuseppe Mazzini*. Imola: Galeati, 1908. v. 6.
- NYS, Ernest. *Le droit international: les principes, les théories, les faits*. Bruxelles: Moens, 1912. t. 2.

- ÖSTERREICH. Die Trauerfeier in Innsbruck: Heimatliches. *Bozner Nachrichten*, Bolzano, n. 233, ano 28, p. 1-2, 12 out. 1920. Disponível em: <https://digital.tessmann.it/tessmannDigital/Zeitungsbibliothek/Seite/Zeitung/37/1/13.10.1920/130371/1>. Acesso em: 06 nov. 2020.
- PAGANO, Vincenzo. *Del diritto della nazionalità italiana*. Napoli: Rondinella, 1861.
- PANZERA, Antonio Filippo. *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*. Napoli: Jovene, 1984.
- PETRI, Rolf. Cittadinanza, dimora, espulsione. In: OBERMAIR, Hannes; RISSE, Stephanie; ROMEO Carlo (hrsg. von / a cura di). *Regionale Zivilgesellschaft in Bewegung: cittadini innanzi tutto*. Festschrift für / Scritti in onore di Hans Heiss. Wien: Folio, 2012.
- PISONI, Ferruccio. *Un solco lungo 50 anni: l'Associazione Trentini nel Mondo dal 1957 al 2007*. Trento: Grafiche Dalpiaz, 2007.
- RENZI, William A. *In the shadow of the sword: Italy's neutrality and entrance into the Great War, 1914-1915*. New York: Peter Lang, 1987.
- REUT-NICOLUSSI, Eduard. *Tyrol under the axe of Italian fascism*. London: Allen & Unwin Limited, 1930.
- ROMAGNOSI, Gian Domenico. *La scienza delle costituzioni*. Firenze: A Spese Degli Editori, 1850.
- SCHÖBER, Richard. Il Trentino durante il periodo di unione al Tirolo: 1815-1918. In: VALSECCHI, Franco; WANDRUSZKA, Adam (org.). *Austria e province italiane 1815-1918: potere centrale e amministrazioni locali*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- SCHOPF, Franz Joseph. *Das gesetzliche Verfahren in Auswanderungsfällen: aus dem allerhöchsten Patente vom 24. März 1832 und den früher erlassenen Verordnungen, wie auch den Paßvorschriften*. Wien: Sollinger, 1834.
- SCHÜSSEL, Wolfgang. Federalism in a changing world, learning from each other: scientific background, proceedings, and plenaries of the International Conference on Federalism 2002. In: BLINDENBACHER, Raoul; KOLLER, Arnold (org.). *International Conference on Federalism*. University of St. Gallen, 2002. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2003. p. 567-570.
- SCROCCARO, Mauro. *Dall'Aquila bicipite alla croce uncinata: L'Italia e le opzioni nelle nuove provincie*. Trentino, Sudtirolo, Val Canale (1919-1939). Trento: Museo Storico in Trento, 2000.
- SINHA, Thomas. *Il sindaco di Bolzano scrive al sindaco di Trento*: Historegio. Ufficio comune dell'EUREGIO Tirolo - Alto Adige - Trentino. Disponível em: https://historegio.europaregion.info/it/settimana-attuale-100-anni-fa.asp?news_action=4&news_article_id=644028#accept-cookies. Acesso em: 15 out. 2020.
- STOERK, Félix. *Option und Plebiscit bei Eroberungen tend Gebietscessionen*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1879.
- STORTI, Claudia. Pasquale Stanislao Mancini. In: BIROCHI, Italo; CORTESE, Ennio; MATTONE, Antonello; MILETTI, Marco Nicola (a cura di). *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani: XII - XX secolo*. Bologna: Il Mulino, 2013. v. 2.
- STORTI, Claudia. *Ricerche sulla condizione giuridica dello straniero in Italia dal tardo diritto comune all'età preunitaria*. Milano: Giuffrè, 1990.
- TRATADO de Frankfurt = Traité de Francfort. Alemanha, 10 maio 1871. Disponível em: <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1871francfort.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.
- TRATADO de Londres = Treaty of London. Reino Unido, 26 abr. 1915. In: GREAT BRITAIN. *Parliamentary Papers*. London: LI Cmd. 671, Miscellaneous, n. 7, p. 2-7, 1920.
- TRATADO de Osimo = Trattato di Osimo. Itália: 10 nov. 1975. Disponível em: <https://www.unimc.it/maremap/it/data-jus/files-accordi-bilaterali-conclusi-da-italia/accordi-con-la-rsfy-stati-successori-slovenia-croazia-rfy-montenegro/1975OsimoTreaty.pdf/view>. Acesso em: 20 set. 2020.
- TRATADO de Paris = Traité de Paris. França: 10 fev. 1947. Disponível em: https://basedoc.diplomatie.gouv.fr/exl-php/util/documents/accede_document.php?1603132224463. Acesso em: 20 set. 2020.
- TRATADO de Saint-Germain-en-Laye = Traité de Saint-Germain-en-Laye. França: 10 set. 1919. Disponível em: <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1919saintgermain.htm#pr>. Acesso em: 20 set. 2020.
- TRATADO de Turim = Traité de Turin. Itália: 24 mar. 1860. Disponível em: <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1860turin.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

UDINA, Manilo. Sull'acquisto della cittadinanza italiana di pieno diritto in base al Trattato di pace di St. Germain. *Rivista di Diritto Internazionale*, anno 24, s. 3, v. 11, p. 102-106, 1932.

VALLINI, Edio. *La questione dell'Alto Adige*. Firenze: Parenti, 1961.

VIDARI, Gian Savino Pene. La prolusione di Pasquale Stanislao Mancini sul principio di nazionalità (1851). In: CAZZETTA, Giovanni (a cura di). *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*. Bologna: Il Mulino, 2013.

WAHL, Alfred. *L'option et l'émigration des Alsaciens-Lorrains: 1871-1872*. Paris: Ophrys, 1974.

WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Sirey, 1914.

ZIEGER, Antonio. *Storia della Regione Trentina*. 2. ed. Trento: Dolomia, 1981.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Control Judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Programas Masivos de Reparaciones: Hacia un Enfoque más Matizado
Review by the Inter-American Court of Human Rights and domestic reparation programmes

Juan Carlos Ochoa-Sánchez

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

Control Judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Programas Masivos de Reparaciones: Hacia un Enfoque más Matizado*

Review by the Inter-American Court of Human Rights and domestic reparation programmes

Juan Carlos Ochoa-Sánchez**

Resumen

Este artículo aporta nuevas perspectivas a la pregunta: ¿qué tipo de control judicial debe ejercer la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) en casos en contra de un Estado en el cual se ha implementado un programa masivo de reparaciones (PMR)? Particularmente, este contribuye a responder la pregunta: ¿qué tipo de ordenes de reparaciones debe adoptar esta Corte en dichos casos? Con el fin de alcanzar ese objetivo general, este artículo tiene dos objetivos específicos. Primero, este trabajo analiza críticamente el punto de vista según el cual cuando la CtIDH ordena reparaciones en este tipo de casos debe necesariamente centrar su decisión sólo en las violaciones de los derechos humanos encontradas en el caso individual que se le presenta. Segundo, este trabajo propone un enfoque en el que la CtIDH examina las características de los PMR aplicables a los casos individuales presentados ante este Tribunal. Particularmente, la CtIDH debe evaluar si un determinado PMR cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este trabajo utiliza un método cualitativo y cubre la perspectiva analítica, la de derecho internacional, la de derecho constitucional comparado y la normativa. Este artículo demuestra que el argumento de que la CtIDH debe limitarse a un enfoque de caso individual en el tipo de casos analizados es injustificado desde una perspectiva jurídica, analítica y normativa. La práctica internacional en materia de derechos humanos, la propia jurisprudencia de la CtIDH y la práctica constitucional comparada, especialmente respecto a formas generales de control judicial por parte de tribunales de derecho público, proveen los principales fundamentos jurídicos de la tesis expuesta y del enfoque propuesto en este artículo.

Palabras claves: Reparaciones. Programas nacionales de reparación. Justicia transicional. Formas generales de control judicial. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

* Recibido em 23/11/2020
Aprovado em 04/05/2021

** Juan Carlos Ochoa-Sánchez holds a Ph.D. in International Relations, Specialization in International Law, from the University of Geneva, the Graduate Institute of International and Development Studies in Geneva, Switzerland. He holds an LL.M. from Leiden University in the Netherlands. He is an Associate Professor at Universidad Católica de Colombia, Bogotá. He has worked at the University of Oslo (Norway), the International Labour Organization, and the United Nations.
E-mail: juancarlos.ochoasanchez@graduateinstitute.ch

Abstract

This article brings new perspectives to the question of which type of review the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) should adopt for remedies in cases involving a State where a Domestic Reparation Programme (DRP) has been implemented. Particularly, it contributes to answering the question: ¿which type of remedies should adopt this Court in these cases? To meet this general objective, this paper has two specific objectives. First, it critically examines the view that posits that when the IACtHR orders remedies in the examined cases it should focus its decision on only the discrete human rights violations found in an individual case before it. Second, this article proposes an approach where the IACtHR reviews the characteristics of the DRPs applicable to individual cases brought before it. Notably, this Court should evaluate whether a given DRP meets State obligations under the American Convention on Human Rights (ACHR). This paper uses a qualitative method and covers the international law, analytical, comparative constitutional law, and normative perspective. This article demonstrates that the argument that the IACtHR should limit itself to an individual case approach to remedies in the examined cases is unwarranted from a legal, analytical, and normative perspective. International human rights practice, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and comparative constitutional practice, especially on general forms of judicial review by public law courts, provide the main legal bases for the thesis put forward and the approach proposed in this article.

Keywords: Reparations. Domestic reparation programmes. Remedies. Transitional justice. General forms of judicial review. Inter-American Human Rights System

1 Introducción

Los países de América Latina y otras regiones del mundo han adoptado cada vez más programas masivos de reparaciones (PMR), como parte de sus esfuerzos para hacer frente a violaciones de los derechos humanos perpetradas en gran escala durante un conflicto armado o situación de represión. Como lo menciona Fabian Salvioli, el Relator Especial de la Organización

de Naciones Unidas (ONU) sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación, y las garantías de no reparación, las principales características de dichos programas son las siguientes:

Son procesos administrativos establecidos por los Estados con miras a hacer frente a una gran cantidad de víctimas, determinar quién puede alegar ser víctima y qué violaciones deben repararse, y establecer medidas de reparación (beneficios) por los daños sufridos. Están encaminados a velar por que las víctimas sean tratadas en pie de igualdad ... dado que las víctimas que han sufrido el mismo tipo de violación se beneficiarán de las mismas formas de reparación.¹

Adicionalmente, los PMR proporcionan reparaciones mediante un proceso sumario y sin la elevada carga y el estándar de prueba que se requieren en los procesos judiciales.²

Además de las ventajas logísticas que los PMR tienen en comparación con reparaciones ordenadas por cortes nacionales, como se puede ver estos programas tienen un alcance general en dos importantes sentidos: En primer lugar, estos programas cubren a todas las víctimas que cumplen los criterios establecidos en dichos programas. En segundo lugar, estos programas usualmente establecen que deben aplicarse los mismos estándares de reparación a todas las víctimas que se encuentren en la misma situación en el país en cuestión y que estén cubiertas por el PMR específico.³ Dado el alcance general de los PMR, las características que usualmente tienen las sociedades en transición y la importancia de

¹ Fabian Salvioli, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación, y las garantías de no reparación, 11 de julio de 2019, documento de la ONU A/HRC/42/45, párrafo 31 (en adelante ‘Salvioli, doc. de la ONU A/HRC/42/45’).

² Ver por ejemplo SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights* 22, n. 9, p. 1193, 2018. Ver también CORREA, Cristian. ‘Reparations for Victims of Massive Crimes. Making Concrete a Message of Inclusion’. En: *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*. LETSCHERT, Rianne et al. (ed.). Cambridge: Antwerp and Portland: Intersentia, 2011. p. 203; DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, 3 (en adelante ‘informe de Pablo de Greiff de 2014’); GARCÍA-GODOS, Jemima. ‘Victim Reparations in Transitional Justice - What is at Stake and Why’. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 26, n. 2, 2008.

³ Ver por ejemplo, SALVIOLI, Fabian. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación, y las garantías de no reparación, 11 de julio de 2019, documento de la ONU A/HRC/42/45, párrafo 31.

aplicar estándares de reparación iguales a todas las víctimas en la misma situación en el país en cuestión, estos programas son medidas que potencialmente podrían ser muy importantes para proporcionar reparaciones en estas sociedades.⁴ Los contextos de transición usualmente involucran un gran número de violaciones de los derechos humanos y de víctimas, y los gobiernos de estas sociedades se enfrentan a importantes restricciones financieras para satisfacer las numerosas necesidades que dichas sociedades tienen.

Desde junio de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) ha decidido casos relativos a los PMR establecidos en cuatro países de América Latina: Chile, Colombia, Guatemala y Perú.⁵ Ha surgido entonces la pregunta fundamental: ¿qué tipo de control judicial debe ejercer la CtIDH en casos en contra de un Estado en el cual se ha implementado un PMR? Específicamente, ¿qué tipo de ordenes de reparaciones debe adoptar la CtIDH en dichos casos? La mejor manera de ilustrar estas preguntas es con un ejemplo de la vida real. Durante el conflicto armado interno que hubo en Guatemala entre 1980 y 1996, violaciones masivas a los derechos humanos fueron perpetradas.⁶ Según la Comisión de la Verdad de Guatemala, miembros de las Fuerzas Armadas perpetraron 626 masacres durante ese conflicto armado.⁷ En 2003, se estableció en Guatemala un PMR para reparar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos durante ese conflicto.⁸ En 2004, la CtIDH decidió el caso de la masacre de *Plan de Sánchez c. Guatemala*. Se trata de la masacre de aproximadamente 268 personas, la mayoría de ellas miembros del pueblo indígena Maya Achí; y el saqueo y destrucción de las viviendas de los habitantes del pueblo de Plan de Sánchez

y pueblos vecinos, entre otras violaciones a los derechos humanos.⁹ Guatemala solicitó a la CtIDH que esta última se remitiera al PMR de Guatemala en su decisión sobre reparaciones.¹⁰ Este programa establecía reparaciones menos integrales y costosas que las ordenadas usualmente por la CtIDH. La CtIDH determinó que se violaron los derechos a la vida, al trato humano y a la propiedad, entre otros derechos.¹¹

En este tipo de contexto, la CtIDH debe responder preguntas tales como: ¿tiene esta Corte alguna flexibilidad al diseñar y dar ordenes de reparación en este tipo de casos? Concretamente, ¿podría la CtIDH concentrarse primero en evaluar si el PMR, que se aplica a un caso ante esta Corte, cumple con las obligaciones del Estado bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos? Si se cumplen estas obligaciones, ¿podría la CtIDH remitirse a lo que establece un determinado PMR en su decisión sobre reparaciones? Dado que los PMR proporcionan medidas generales de reparación, este tipo de control por parte de la CtIDH tendría un alcance general. Por lo tanto, la CtIDH ejercería lo que en la práctica constitucional comparada se conoce como “una forma general de control judicial.” En formas generales de control judicial, una Corte usa procedimientos que buscan la adopción de medidas generales para resolver problemas que causan un patrón de violaciones a los derechos humanos o abusos repetitivos.¹²

La CtIDH debe abordar una pregunta adicional: cuando este Tribunal ordena reparaciones en este tipo de casos, ¿debe necesariamente centrar su decisión sólo en las violaciones de los derechos humanos encontra-

⁴ Ver por ejemplo SALVIOLI, Fabian. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación, y las garantías de no reparación, 11 de julio de 2019, documento de la ONU A/HRC/42/45, párrafos 31, 32, 34.

⁵ Este artículo analiza abajo las decisiones relevantes de la CtIDH. Ver la sección denominada “Principales enfoques adoptados por la Corte Interamericana.”

⁶ Para un análisis, ver por ejemplo, GARCÍA-GODOS, Jemima; SALVADÓ, Luis Raúl. Guatemala: Truth and memory on trial. En: SKAAR, E.; GARCÍA-GODOS, J.; COLLINS, C. (ed.) *Transitional Justice in Latin America*. Londres: Routledge, 2016.

⁷ GOBIERNO DE GUATEMALA. Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1999). *Guatemala: Memoria del Silencio, Conclusiones y Recomendaciones* (Ciudad de Guatemala: Comisión para el Esclarecimiento Histórico), párrafo 86.

⁸ Este PMR fue creado por un acto jurídico del Ejecutivo – i.e. Acuerdo Gubernativo 258-2003, y ha sido reformado por otros Acuerdos Gubernativos como el 539-2013.

⁹ CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de abril de 2004, párrafo 42.21; CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre de 2004, párrafo 49.4.

¹⁰ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA. COPREDEH, 21 de mayo de 2004, RED-A-28-2004, punto 7, 15.

¹¹ CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de abril de 2004, párrafos 47, 52.

¹² Malcolm Langford describe los principales elementos de formas generales de control judicial. Según este autor, en estas formas de control, un tribunal examina un patrón de violaciones de los derechos humanos o abusos repetitivos causados por problemáticas comunes, y utiliza procedimientos que tienen por objeto adoptar medidas generales para abordar esas problemáticas. Ver LANGFORD, Malcolm. ‘*Social Rights Adjudication. An Interdisciplinary Perspective*’. Tesis (Doctorado) Facultad de Derecho, Universidad de Oslo, 2014. p. 184, 192-304. Ver también RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. *Juicio a La Exclusión: El Impacto de los Tribunales sobre los Derechos Sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo 21 Editora Iberoamericana, 2015.

das en el caso individual que se le presenta? Este enfoque puede denominarse “una forma de control judicial limitada a casos individuales” o “un enfoque de caso individual”. El alcance de esta forma de control judicial es muy diferente al alcance de una forma general de control judicial. Igualmente, como se analizará más adelante, estas dos formas de control judicial llevarían a resultados muy diferentes en términos de derecho internacional y normativos.

En la mayoría de sus decisiones dictadas entre junio de 2013 y noviembre de 2018, la CtIDH ha adoptado un enfoque de caso individual respecto a sus órdenes de reparaciones en este tipo de casos. De igual manera, los trabajos académicos existentes sobre este tema han defendido implícitamente un enfoque de caso individual respecto a las órdenes de reparación que debe dictar la CtIDH en este tipo de casos.¹³ Como se examinará más adelante, el principio de la reparación integral ha sido considerado por la CtIDH y académicos como un fundamento clave para un enfoque de caso individual en el tipo de casos estudiados. Sin embargo, estos trabajos académicos y la CtIDH no han analizado las serias dificultades jurídicas y normativas que plantea un enfoque de caso individual en los casos estudiados.¹⁴ Por ejemplo, un número significativo de expertos internacionales en derechos humanos ha sostenido que el principio de la reparación integral se elaboró partiendo del supuesto de que lo que se pretende es la resolución de casos relativamente aislados, y no de violaciones de los derechos humanos cometidas en gran escala como las que se abordan en contextos de transición.¹⁵

¹³ Ver por ejemplo, SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, p. 1193-1204, 2018. Si bien Geneviève Lessard parece hacer diferenciaciones según la forma de reparación de que se trate, ella defiende implícitamente un enfoque de caso individual de la CtIDH en el tipo de casos examinados, al menos en lo que respecta a indemnización. Ver GENEVIÈVE, Lessard. ‘Preventive Reparations at a Crossroads: The Inter-American Court of Human Rights and Colombia’s Search for Peace’. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1221, 2018. Para un análisis completo de este aspecto, ver abajo la sección “Posiciones adoptadas en estudios existentes.”

¹⁴ Ver SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, 2018; Lessard, ‘Preventive Reparations at a Crossroads’.

¹⁵ Ver por ejemplo, DE GREIFF, Pablo. ‘Justice and Reparations’, en *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 454. Para un análisis completo de esta crítica, ver abajo la

Además, las investigaciones existentes sobre las reparaciones ordenadas por la CtIDH en el tipo de casos examinados no han analizado rigurosamente la posibilidad de que esta Corte evalúe si un PMR, aplicable a un caso que se le presenta, cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁶ Esta omisión es preocupante. En primer lugar, la práctica internacional en materia de derechos humanos, la propia jurisprudencia de la CtIDH y la práctica constitucional comparada demuestran que la CtIDH puede ejercer por lo menos algunas formas generales de control judicial, en particular respecto a ordenes de reparaciones.¹⁷ En segundo lugar, como se analizará más adelante en este artículo, la CtIDH ejercería en el tipo de casos analizados una forma general de control judicial relativamente limitada.

Este artículo busca aportar nuevas perspectivas a la pregunta: ¿qué tipo de control judicial debe ejercer la CtIDH en casos en contra de un Estado en el cual se ha implementado un PMR? Particularmente, este busca contribuir a responder a la pregunta: ¿qué tipo de ordenes de reparaciones debe adoptar la CtIDH en estos casos? Con el fin de alcanzar ese objetivo general, este trabajo tiene dos objetivos específicos. El primero es analizar críticamente el punto de vista según el cual cuando la CtIDH ordena reparaciones en este tipo de casos debe necesariamente centrar su decisión sólo en las violaciones de los derechos humanos encontradas en el caso individual que se le presenta. Este artículo demostrará que el argumento de que la CtIDH debe limitarse a un enfoque de caso individual en el tipo de casos examinados es injustificado desde una perspectiva jurídica, analítica y normativa.

Segundo, este trabajo busca proponer un enfoque más matizado respecto a las órdenes de reparaciones que la CtIDH debe adoptar en el tipo de casos estudiados que el de caso individual y otros enfoques que han

sección titulada “Un enfoque de caso individual: Un análisis crítico”, subsección “¿Debe aplicarse el principio de la reparación integral en contextos de transición?”

¹⁶ Ver SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, 2018; Lessard, ‘Preventive Reparations at a Crossroads’.

¹⁷ Para un análisis completo de este punto, ver abajo la sección titulada “Un enfoque de caso individual: Un análisis crítico”, subsección ‘Limitarse a un enfoque de caso individual en los casos estudiados es injustificado teniendo en cuenta los poderes de la Corte Interamericana.’

sido propuestos. Este propone un enfoque en el que la CtIDH examina las características de los PMR aplicables a los casos individuales presentados ante este Tribunal. En especial, la CtIDH debe evaluar si un determinado PMR cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo demostrará que la práctica internacional de los derechos humanos, la propia jurisprudencia de la CtIDH y la práctica constitucional comparada proveen fundamento para el enfoque que se propone en este trabajo. También demostrará que el enfoque propuesto responde bien a principios normativos relevantes.

Este trabajo utiliza un método cualitativo y cubre la perspectiva analítica, la de derecho internacional, la de derecho constitucional comparado y la normativa. En particular, las principales tesis de este artículo se fundamentarán en aportes analíticos y desarrollos recientes en la práctica internacional en derechos humanos y en la adjudicación comparada en materia de derechos fundamentales, especialmente respecto a formas generales de control judicial por parte de tribunales de derecho público.¹⁸ Estas tesis se basan también en aportes analíticos claves de la literatura sobre reparaciones en contextos de transición, incluyendo en países en donde se han implementado un PMR y la CtIDH ha conocido uno o más casos en contra de uno de dichos países.¹⁹ Debe clarificarse que la perspectiva normativa se refiere a cuestiones más amplias que aquellas recogidas en *lex lata* y que son importantes a la luz de principios democráticos bien establecidos en sistemas democráticos.

En lo que sigue de este artículo, primero se examinarán las principales características de los PMR. Segundo, se analizarán las posiciones sobre la cuestión analizada adoptadas en las investigaciones existentes. Tercero, se estudiarán las principales posiciones adoptadas por la CtIDH sobre la cuestión examinada en su jurisprudencia.

Cuarto, se examinará críticamente el punto de vista según el cual cuando la CtIDH ordena reparaciones en los casos examinados, debe necesariamente adoptar un enfoque de caso individual. Quinto, se propondrá un enfoque alternativo para responder de manera satisfactoria a las dificultades jurídicas y normativas que plantea un enfoque de caso individual. Por último, se presentarán las principales conclusiones y argumentos de este trabajo.

2 Principales características de los PMR

Primero, debe mencionarse que varias de las características generales de los PMR fueron mencionadas previamente en la introducción, tales como su alcance general y que estos proveen medidas de reparación mediante un proceso sumario y sin la elevada carga y el estándar de prueba que se requieren en un entorno judicial. Segundo, debe agregarse que según los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones existen cinco formas de reparación: 1) restitución, 2) indemnización, 3) rehabilitación, 4) satisfacción y 5) garantías de no repetición.²⁰ Tradicionalmente, los PMR se han centrado en indemnización, rehabilitación y restitución.²¹ Sin embargo, algunos PMR adoptados en América Latina en la última década han sido más completos. Además de indemnización, rehabilitación y restitución, abarcan ciertas formas de satisfacción. Específicamente, estos abarcan ciertas medidas de reparación simbólica que están directamente relacionadas con la búsqueda y el reconocimiento de la verdad. Ejemplos de estas medidas son las disculpas oficiales, la creación de museos y parques dedicados a

¹⁸ Ver por ejemplo, Langford, 'Social Rights Adjudication', 184, 192-304; Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco, *Juicio a La Exclusión*; Nino Tsereteli, 'The Role of the European Court of Human Rights in Facilitating Legislative Change in Cases of Long-Term Delays in Implementation', en *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments: Europe and Beyond, Studies on Human Rights Conventions*, eds. Andreas Føllesdal, Geir Ulfstein, y Matthew Saul (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

¹⁹ Ver por ejemplo, MERSKY, Marcie; ROHT-ARRIAZA, Naomi. 'Guatemala'. En: SALAZAR, Katya; ANTKOWIAK, Thomas. (ed.). *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*. Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2007. p. 19-20, 29-30; Pablo de Greiff, 'Justice and Reparations'.

²⁰ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Asamblea General de la ONU, Res. 60/147, 16 de diciembre 2005, doc. de la ONU A/ RES/60/147 (en adelante "Los Principios y directrices básicos de Naciones Unidas sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones").

²¹ Ver informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafos 19, 21.

la memoria de las víctimas, el cambio de nombre de los espacios públicos y la restauración del buen nombre de las víctimas.²² Algunos de estos PMR incluyen también garantías de no repetición. Este es el caso del PMR de Colombia.²³

Tercero, actualmente órganos y expertos internacionales subrayan que las indemnizaciones individuales concedidas como parte de estos programas deben ir acompañadas del reconocimiento de responsabilidad y otras medidas para buscar verdad, justicia y garantías de no repetición.²⁴ La CtIDH ha afirmado este requisito en su jurisprudencia.²⁵ El Relator Especial de las Naciones Unidas, el profesor Salvioli, también ha incluido esto entre los requisitos mínimos que los PMR deben cumplir.²⁶ El fundamento de este requisito es evitar que las indemnizaciones se consideren como un pago a cambio del silencio o la aquiescencia de las víctimas y sus familias.²⁷

Otra característica de estos programas es que las reparaciones individuales que conceden no se basan en el principio de la reparación integral. Pablo de Greiff

informa: “La experiencia con los programas masivos de reparación sugiere... que rara vez se intenta satisfacer este criterio.”²⁸ El contenido de la obligación de reparación según el principio de la reparación integral puede definirse de la siguiente manera: La reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido.²⁹

Esta definición fue adoptada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su decisión en *Factory at Chorzów*, Alemania contra Polonia de 1928. Este dicta ha sido reiterado en muchas decisiones de cortes internacionales. Entonces, esta es una diferencia importante entre las reparaciones individuales concedidas por PMR y las ordenadas por tribunales tradicionalmente. Estas últimas se basan en el principio de la reparación integral. Mas adelante se analizará esta diferencia y sus efectos.

Por último, respecto al uso de los PMR, el Relator Especial de las Naciones Unidas, el profesor Salvioli, informa lo siguiente:

Estos programas se han utilizado en diversas partes del mundo. Han abordado las atrocidades cometidas durante represión, como en la Argentina, Chile, Iraq o Marruecos, o durante conflictos, como en Bosnia y Herzegovina, Colombia, Guatemala, Iraq y Sierra Leona.³⁰

3 Posiciones adoptadas en estudios existentes

Estudios existentes sobre la cuestión analizada han contrastado el enfoque de la CtIDH en sus decisiones sobre PMR dictadas entre noviembre de 2013 y octubre de 2016 con el enfoque respecto a reparaciones adoptado por esta Corte en la gran mayoría de casos con-

²² Para un estudio de la práctica de los Estados respecto a PMR, ver Salvioli, doc. de la ONU A/HRC/42/45. Para análisis por parte de académicos, ver Sandoval, ‘Two Steps Forward, One Step Back’, informe de Pablo de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518. p. 9. Para una enumeración ilustrativa de medidas de satisfacción, ver los Principios y directrices básicos de Naciones Unidas sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones, Principio 22.

²³ CONGRESO DE COLOMBIA. *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*, Ley 1448/2011. <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf>

²⁴ Informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafos 11, 83. Para puntos de vistas por parte de académicos, ver MOFFETT, L. *Transitional Justice and Reparations: Remediating the Past?* In: LAWATHER, C.; MOFFETT, L.; JACOBS, D. (ed.). *Research Handbook on Transitional Justice*. Edward Elgar, 2017; BORNEMAN, John. *Political Crime and the Memory of Loss*. Indiana University Press, 2011. p. 11.

²⁵ Ver por ejemplo, CTIDH. *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Caicara (Operación Génesis) vs. Colombia*, sentencia de 22 de noviembre de 2016, párrafo 326 (en adelante ‘Operación Génesis contra Colombia’).

²⁶ Salvioli, doc. de la ONU A/HRC/42/45, párrafo 44(d).

²⁷ MOON, Claire. ‘Who’ll Pay Reparations on My Soul?’1 Compensation, Social Control and Social Suffering’. *Social & Legal Studies* 21, n. 2, 2012. p. 4-5, 10; Informe de Pablo de Greiff de 2014, párrafo 11; MOFFETT, L. *Transitional Justice and Reparations: Remediating the Past?* In: LAWATHER, C.; MOFFETT, L.; JACOBS, D. (ed.). *Research Handbook on Transitional Justice*. Edward Elgar, 2017. p. 23.

²⁸ Ver informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafo 45. Ver también MALAMUD-GOTI, Jaime E.; GROSMAN, Lucas Sebastián; DE GREIFF, Pablo. ‘Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies’. En: DE GREIFF, Pablo. (ed.). *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

²⁹ TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. *Factory at Chorzów, Alemania c. Polonia*, reclamación por indemnización, sentencia No 13, (1928) PCIJ Series A No 17, ICGJ 255 (PCIJ 1928), 13 septiembre 1928, párrafo 47.

³⁰ Salvioli, doc. de la ONU A/HRC/42/45, párrafo 33.

tenciosos. Cabe señalar que el enfoque adoptado por la CtIDH respecto a reparaciones en la mayoría de los casos contenciosos se ha basado en el principio de la reparación integral.³¹ Sin embargo, como se analizará, durante el período comprendido entre noviembre de 2013 y octubre de 2016 la CtIDH se remitió a lo que establecen los PMR pertinentes sin exigir el cumplimiento de requisitos significativos.³² En este respecto, Clara Sandoval argumenta que:

El tratamiento de la subsidiariedad [de la CtIDH] y su cambiante jurisprudencia sobre los PMR constituye un paso atrás, ya que están transformando los estándares interamericanos, tanto sustantivos como procesales, en materia de reparación sin argumentos jurídicos suficientes.³³

Clara Sandoval también afirma: “El cambio jurisprudencial [de la CtIDH] impide que las víctimas puedan obtener una reparación adecuada, rápida y efectiva del daño sufrido”.³⁴ De los argumentos dados por Sandoval para apoyar esta y otras afirmaciones en el citado artículo, parece desprenderse que ella asume que, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de la reparación integral debe necesariamente ser aplicado por la CtIDH en un caso cubierto por un PMR. Esto a pesar de las características antes mencionadas de los escenarios de transición. Aunque ella no dice esto explícitamente, este supuesto parece estar implícito en varios de sus argumentos. Por ejemplo, en la sección de conclusiones, ella dice que una cuestión fundamental sobre la cual la CtIDH “todavía tiene que articular argumentos jurídicos adecuados y abordar... es si los estándares jurídicos aplicados por los PMR son compatibles o no con el derecho internacional de los

derechos humanos ...”.³⁵ Otros autores que han escrito sobre el tema analizado adoptan la misma premisa.³⁶

Como se señaló anteriormente, las reparaciones individuales que conceden los PMR no se basan en el principio de la reparación integral. Entonces, una implicación lógica de la premisa que estos autores parecen adoptar es que la CtIDH debe necesariamente rechazar toda solicitud de remisión a lo que establece un determinado PMR en su decisión sobre reparaciones. En consecuencia, en los casos examinados la CtIDH siempre tendría que centrar su decisión sobre reparaciones únicamente en las violaciones de los derechos humanos encontradas en el caso individual que se le presente. En conclusión, puede decirse que, al adoptar la premisa mencionada, estos autores han adoptado implícitamente un enfoque de caso individual en relación con las ordenes de reparaciones que la CtIDH debe adoptar en los casos analizados. Otros elementos de la obra de estos autores apuntan a la misma conclusión.³⁷

Además, estudios existentes sobre la temática analizada no han examinado de manera exhaustiva la posibilidad de que la CtIDH evalúe si un PMR, aplicable a un caso ante la Corte, cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como se explicará más adelante, esta omisión es preocupante por varias razones.

El presente artículo hace aportes significativos a los trabajos académicos existentes sobre este y otros temas más amplios. Primero, la presente investigación demos-

³¹ Ver por ejemplo CTIDH. *Velasquez Rodriguez vs. Honduras*, sentencia de reparaciones, 21 de julio de 1989, párrafo 26; CTIDH. *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 149. Para análisis por parte de académicos, ver por ejemplo, Sandoval, ‘Two Steps Forward, One Step Back’; Thomas M. Antkowiak, ‘Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond’, *Columbia Journal of Transnational Law*, 46, no. 2 (2008).

³² Ver por ejemplo, CTIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, sentencia de 20 noviembre de 2013; CTIDH. *caso de Yarce y otros vs. Colombia*, sentencia de objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costos, 22 de noviembre de 2016, párrafo 326.

³³ SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, p. 1204, 2018.

³⁴ SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, p. 1203, 2018.

³⁵ SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, p. 1204, 2018. Ver también ibid., 1200-1201, y 1203-1204. Digo “parece” porque la posición de Sandoval sobre este punto no es suficientemente clara en su artículo.

³⁶ Lessard adopta la misma premisa por lo menos respecto a indemnización. Ver GENEVIÈVE, Lessard. ‘Preventive Reparations at a Crossroads: The Inter-American Court of Human Rights and Colombia’s Search for Peace’. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1221, 2018.

³⁷ Ver por ejemplo, SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, p. 1200-1201, 2018 y 1203-1204; GENEVIÈVE, Lessard. ‘Preventive Reparations at a Crossroads: The Inter-American Court of Human Rights and Colombia’s Search for Peace’. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1221, 2018. Como se mencionó anteriormente, Lessard defiende implícitamente un enfoque individual respecto a reparaciones por parte de la CtIDH en los casos examinados por lo menos respecto a indemnización.

trará que el enfoque de caso individual en el tipo de casos examinados es problemático desde el punto de vista jurídico, analítico y normativo. Segundo, este artículo propondrá un enfoque alternativo para responder de manera satisfactoria a las dificultades jurídicas y normativas que plantea un enfoque de caso individual. Para fundamentar estas dos proposiciones, el presente artículo utilizará aportes analíticos y desarrollos recientes en la práctica internacional en derechos humanos y en la adjudicación comparada en materia de derechos fundamentales, particularmente respecto a formas generales de control judicial por parte de tribunales de derecho público.³⁸ Tercero, este artículo tendrá en cuenta y complementará trabajos académicos existentes sobre temas más amplios sobre reparaciones en contextos de transición. Esos temas incluyen los efectos negativos que puede tener la significativa disparidad entre las medidas de compensación y rehabilitación ordenadas por la CtIDH y las proporcionadas por un PMR.³⁹ También incluyen la cuestión de ¿hasta qué punto es aplicable el principio de la reparación integral en contextos de transición?⁴⁰ En particular, además de examinar una cuestión no abordada en esta literatura, este artículo hace las siguientes contribuciones. En primer lugar, examina esos temas más amplios desde una perspectiva de derecho internacional y normativa, y su efecto agregado sobre el tema analizado. En segundo lugar, hace nuevos aportes basado en la jurisprudencia comparada en materia de derechos fundamentales y la práctica internacional de derechos humanos.

4 Principales enfoques adoptados por la Corte Interamericana

En esta sección se analizarán los principales enfoques adoptados por la CtIDH con respecto al alcance del control judicial que esta Corte debe ejercer en los casos estudiados. Particularmente, los enfoques de esta Corte a la pregunta: ¿qué tipo de ordenes de reparaciones debe adoptar esta Corte en los casos examinados? Para esto, se analizaron las decisiones adoptadas por la CtIDH entre junio de 2013 y noviembre de 2018. Los principales criterios utilizados para establecer este período fueron: Primero, la CtIDH ha emitido la mayoría de sus decisiones que abordan de manera sustantiva la cuestión analizada durante este período. Segundo, las investigaciones anteriores abarcan las decisiones dictadas hasta octubre de 2016.⁴¹

La CtIDH adoptó un enfoque de caso individual en sus órdenes de reparaciones en sus decisiones dictadas desde al menos noviembre de 2004 hasta octubre de 2013. De conformidad con ese enfoque, esta corte exigió la plena observancia del principio de la reparación integral.⁴² Este Tribunal no examinó los PMR durante este período. Por ejemplo, en el caso *Masacres de Río Negro contra Guatemala*, decidido en septiembre de 2012, la Corte ordenó que cualquier dinero pagado a las víctimas en el caso a través del PMR de Guatemala debía restarse de las reparaciones que ordenaría.⁴³

En noviembre de 2013, la CtIDH cambió su posición sobre este tema. En el caso de *Génesis contra Colombia*, decidido en noviembre de 2013, la CtIDH abrió la puerta para ejercer control judicial sobre los PMR. La CtIDH definió varios requisitos sustantivos que estos

³⁸ Ver por ejemplo, Langford, 'Social Rights Adjudication', 184, 192-304; Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco, *Juicio a La Exclusión*; Tsereteli, 'The Role of the European Court of Human Rights in Facilitating Legislative Change in Cases of Long-Term Delays in Implementation.'

³⁹ Mersky y Roht-Arriaza, 'Guatemala', 19-20, 29-30; Roht-Arriaza, 'Central America, the Inter-American System, and Accountability for International Crimes', *UC Hastings Research Paper*, 2012, no 6; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 'Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Reparations Programmes', 35-36. Para un análisis más general, ver Antkowiak, 'Remedial Approaches to Human Rights Violations.'

⁴⁰ Ver por ejemplo, Pablo de Greiff, 'Justice and Reparations'; Rashida Manjoo, *Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias*, 23 abril 2010, doc. de la ONU A/HRC/14/22, párrafo 18.

⁴¹ Ver SANDOVAL, Clara. 'Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes'. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, 2018.

⁴² Ver CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre de 2004; CTIDH. *caso masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de Septiembre de 2012, párrafo 304. Para un análisis de los casos decididos durante ese periodo, ver Sandoval, 'Two Steps Forward, One Step Back'. Para un análisis del caso de *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, ver abajo en la próxima sección, la subsección "Un enfoque de caso individual respecto a reparaciones conduce involuntariamente a un trato diferente a víctimas en situaciones similares".

⁴³ CTIDH. *caso masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de Septiembre de 2012, párrafo 304.

programas deben cumplir para que esta Corte pueda remitirse a lo que establece un determinado PMR en su decisión sobre reparaciones. En este caso, la CtIDH afirmó lo siguiente:

En [escenarios de justicia transicional], [los programas administrativos de reparación] deben entenderse en conjunto con otras medidas de verdad y justicia, siempre y cuando se cumplan con una serie de requisitos relacionados ... con su legitimidad – en especial, a partir de la consulta y participación de las víctimas-; su adopción de buena fe; el nivel de inclusión social que permiten; la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas pecuniarias ...

Asimismo, un criterio de justicia respecto a la reparación pecuniaria debe involucrar aspectos que, en el contexto específico, no resulten ilusorios o irrisorios y permitan una contribución real para que la víctima enfrente las consecuencias negativas que dejaron las violaciones de derechos humanos en su vida.⁴⁴

Sin embargo, la CtIDH no examinó si el PMR de Colombia establecido en la Ley de Víctimas cumplía con esos requisitos sustantivos. No obstante, la CtIDH mencionó que la Corte Constitucional de Colombia había reconocido que este PMR había sido un avance importante en este tema.⁴⁵ La CtIDH también destacó varias características de la legislación de Colombia que establecen medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a las comunidades negras, afrocolombiana, raizal y palenquera.⁴⁶ En este caso, la CtIDH se remitió a lo que establece el PMR de Colombia respecto a algunas formas de reparación, en particular indemnización y rehabilitación.⁴⁷

Considero que el hecho de que la CtIDH no haya examinado si el PMR de Colombia cumplía los requisitos sustantivos que esta Corte estableció es motivo de gran preocupación. Esta evaluación es necesaria para asegurar que el control judicial de los PMR por parte de esta Corte garantice plenamente los derechos de las víctimas y el papel de supervisión de la Corte.

En *Yarce y otros contra Colombia*, la CtIDH reiteró los requisitos sustantivos que enumeró en *Genesis*.⁴⁸ La Cor-

te agregó un requisito de procedimiento al afirmar lo siguiente:

[E]n relación con la solicitud del Estado de que en la presente sentencia se haga una remisión al programa administrativo de reparaciones [de Colombia], la Corte entiende que para tales efectos hubiera sido necesario que Colombia ... precise e individualice ... la forma en que [las medidas de reparación establecidas en ese programa] aplicarían a cada una de las víctimas del caso ...⁴⁹

Con base en este requisito de procedimiento, la CtIDH rechazó la solicitud de Colombia de que la Corte se remitiera al PMR de Colombia en su decisión sobre reparaciones. Una vez más, la Corte no analizó si el PMR de Colombia cumplía los requisitos sustantivos que identificó.

Sin embargo, en dos decisiones de la CtIDH dictadas entre noviembre de 2016 y noviembre de 2018, esta Corte exigió de nuevo el cumplimiento pleno con el principio de la reparación integral. Con base en este requisito, la Corte rechazó las solicitudes de remisiones a los PMR realizadas por los Estados involucrados en estos casos. En el caso de *la Aldea de Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal contra Guatemala*,⁵⁰ uno de los principales argumentos que la CtIDH utilizó para rechazar la solicitud de Guatemala de que la Corte se remitiera al PMR de Guatemala en su decisión sobre reparaciones en el caso fue: “el Estado no ha demostrado que haya proporcionado una reparación integral a las víctimas en el caso...”.⁵¹ Basándose en este y otras razones, la Corte concluyó que procedería a evaluar la cuestión de las reparaciones en el caso de acuerdo con sus propios estándares y se centró en el caso individual.⁵²

De igual manera, en su decisión en el caso *vereda la Esperanza contra Colombia*, dictada el 31 de agosto de 2017 y

bre de 2016, párrafo 326.

⁴⁹ CTIDH. *caso de Yarce y otros vs. Colombia*, sentencia 22 de noviembre de 2016, párrafo 328.

⁵⁰ CTIDH. *caso de la Aldea de Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal contra Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de noviembre de 2016 (en adelante “*caso de la Aldea de Chichupac contra Guatemala*”).

⁵¹ CTIDH. *caso de la Aldea de Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal contra Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de noviembre de 2016 (en adelante “*caso de la Aldea de Chichupac contra Guatemala*”), párrafo 280.

⁵² CTIDH. *caso de la Aldea de Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal contra Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de noviembre de 2016 (en adelante “*caso de la Aldea de Chichupac contra Guatemala*”), párrafo 281.

⁴⁴ CTIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, 20 de noviembre de 2013, párrafos 470-471.

⁴⁵ CTIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, 20 de noviembre de 2013, párrafo 472.

⁴⁶ CTIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, 20 de noviembre de 2013, párrafo 473.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafos 453, 475.

⁴⁸ CTIDH. *caso de Yarce y otros vs. Colombia*, sentencia 22 de noviem-

que es la más reciente decisión de la CtIDH sobre el tema estudiado hasta noviembre de 2018, esta Corte sostuvo que para decidir si debe remitirse a un determinado PMR en su decisión de reparaciones en un caso determinado:

... debe evaluarse si [el Estado] efectivamente reparó las consecuencias de la medida o situación que configuró la vulneración de derechos humanos en un caso concreto, si estas reparaciones son adecuadas, o si existen garantías de que los mecanismos de reparación interna son suficientes.⁵³

Vistas en conjunto, las tres alternativas del test jurídico adoptado por la CtIDH y la forma en que esta Corte ha interpretado estas alternativas en sus decisiones anteriores hacen razonable inferir que la Corte exige nuevamente la observancia del principio de la reparación integral como condición para remitirse a un PMR específico en un caso determinado. Sin embargo, en este caso, la Corte rechazó la solicitud de Colombia de remitirse al PMR de Colombia en su decisión sobre reparaciones en el caso, basándose en otros motivos.⁵⁴ Por tanto, la Corte volvió a su posición inicial, basada en el principio de reparación integral.

En conclusión, en la mayoría de las decisiones dictadas entre junio de 2013 y noviembre de 2018, la CtIDH adoptó un enfoque de caso individual en sus órdenes de reparaciones en el tipo de casos analizados. El principio de la reparación integral fue el argumento fundamental que esta Corte usó para adoptar este enfoque. Cabe señalar que la CtIDH ha sido una firme defensora del principio de la reparación integral frente a violaciones de los derechos humanos, desde sus primeras decisiones en casos contenciosos.⁵⁵ La Corte ha hecho esto basándose en la jurisprudencia⁵⁶ y la práctica internacional.⁵⁷

⁵³ CTIDH. caso de la Vereda La Esperanza vs. Colombia, 31 de agosto de 2017, párrafo 263.

⁵⁴ CTIDH. caso de la Vereda La Esperanza vs. Colombia, 31 de agosto de 2017, párrafos 264-265.

⁵⁵ Ver por ejemplo, CTIDH. *Velasquez Rodriguez vs. Honduras*, sentencia de reparaciones, 21 de julio de 1989, párrafo 26; CTIDH. *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 149. Para análisis de este tema por parte de académicos, ver Sandoval, 'Two Steps Forward, One Step Back'; Antkowiak, 'Remedial Approaches to Human Rights Violations'.

⁵⁶ Ver por ejemplo Tribunal Permanente de Justicia Internacional, *Factory at Chorzów, Alemania c. Polonia*, reclamación por indemnización, sentencia No 13, (1928) PCIJ Series A No 17, ICGJ 255 (PCIJ 1928), 13 septiembre 1928, párrafo 47; Corte Internacional de Justicia, *LaGrand (Alemania c. Los Estados Unidos)*, fondo, sentencia de 27 de junio de 2001, párrafo 48. Ver CTIDH. *Velasquez Rodriguez vs. Honduras*, sentencia de reparaciones, 21 de julio de 1989, párrafos 25-28.

⁵⁷ Ver por ejemplo, el artículo 31 y su comentario en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado de 2001 preparado por

5 Un enfoque de caso individual: un análisis crítico

En esta sección, se analizará de manera crítica el enfoque de caso individual respecto a órdenes de reparaciones adoptado por la CtIDH en el tipo de casos estudiados. Se demostrará que hay varios defectos en este enfoque desde una perspectiva jurídica, analítica y normativa.

5.1 Diferenciando entre acceso y adjudicación definida de manera estricta ante la CtIDH, y la aplicación estricta del principio de la reparación integral

Primero, debe diferenciarse entre acceso y adjudicación definida de manera estricta ante la CtIDH, por un lado, y la aplicación estricta del principio de la reparación integral, por el otro lado. Estas se refieren a cuestiones diferentes. La garantía de acceso y de adjudicación estrictamente definida ante la CtIDH se refieren a acceso y a adjudicación estrictamente definida. Por el contrario, la aplicación estricta del principio de la reparación integral se refiere a las medidas de reparación. Debe especificarse que, en este contexto, 'aplicación estricta' significa que el principio de la reparación integral debe ser aplicado independientemente de las características del PMR implementado en el Estado demandado.

La práctica constitucional comparada e investigaciones sólidas sobre derechos fundamentales confirman que esas categorías se refieren a cuestiones diferentes. Según Malcolm Langford, la adjudicación de derechos suele implicar cuatro elementos: "1) la identificación de las obligaciones pertinentes; 2) la selección de [juicios o test jurídicos]; 3) la aplicación de dichas obligaciones a la reclamación a la luz de los hechos relevantes; y 4) dictar las ordenes de reparaciones según sea necesario".⁵⁸ Los tres primeros elementos se refieren a la "adjudicación estrictamente entendida", mientras que el cuarto se refiere a diseñar y ordenar las medidas de reparación. Otros académicos reconocidos también han hecho la

la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en CRAWFORD, James. (ed.) *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text, and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 201 et seq.

⁵⁸ LANGFORD, Malcolm. 'Social Rights Adjudication. An Interdisciplinary Perspective'. Tesis (Doctorado) Facultad de Derecho, Universidad de Oslo, 2014. p. 206-207.

distinción entre “adjudicación estrictamente entendida” y diseñar y ordenar las medidas de reparación.⁵⁹ Con respecto a las dos últimas, la práctica constitucional comparada demuestra que las cortes de derecho público pueden ordenar muchos tipos de reparaciones más allá de la aplicación estricta del principio de la reparación integral en el caso individual involucrado. Estas órdenes de reparación comprenden control de leyes y declaraciones de invalidez de las mismas con efecto hacia el futuro.⁶⁰

Igualmente, es razonable argumentar que el derecho a la garantía y a la protección judicial reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos abarca acceso y adjudicación estrictamente definida ante la CtIDH. Por el contrario, este derecho no requiere necesariamente la aplicación estricta del principio de la reparación integral en el tipo de casos examinados.

5.2 ¿Debe aplicarse el principio de la reparación integral en contextos de transición?

Como se analizó anteriormente, el principio de la reparación integral ha sido considerado por la CtIDH y varios académicos como un fundamento clave del enfoque de caso individual en las decisiones de reparaciones de la CtIDH. Por consiguiente, surge la pregunta si el principio de la reparación integral debe informar las medidas de reparaciones adoptadas en contextos de transición, incluyendo aquellas adoptadas por la CtIDH.

Como se mencionó previamente, un número significativo de expertos internacionales en derechos humanos ha criticado la aplicación del principio de la reparación integral en contextos de transición. Primero, estos expertos han sostenido que este principio se elaboró partiendo del supuesto de que lo que se pretende es la resolución de casos relativamente aislados.⁶¹ Por el con-

trario, los contextos de transición suelen involucrar violaciones de los derechos humanos en gran escala y, por lo tanto, un gran número de víctimas. Por ejemplo, según el Registro Nacional de Víctimas de Colombia, hay más de ocho millones de víctimas del conflicto armado interno en Colombia.⁶² Esta es una de las principales razones que Pablo de Greiff dio a favor de establecer e implementar PMR en contextos de transición.⁶³ En su informe de 2010 como Relatora Especial de la ONU sobre la Violencia contra la Mujer, Rashida Manjoo también criticó la aplicación del principio de la reparación integral en contextos de transición:

[L]a idea de la reparación integral es prácticamente imposible en contextos de violaciones graves y sistemáticas caracterizados por un gran número de víctimas y perpetradores, gobiernos débiles, economías frágiles, recursos gubernamentales escasos y enormes problemas de reconstrucción y desarrollo. En tales situaciones puede ser preciso ajustar las reparaciones en aras de objetivos distintos de indemnizar a cada víctima en forma proporcional al daño que ha sufrido, entre ellos priorizar el reconocimiento de las víctimas y promover la confianza entre las personas y en las instituciones del nuevo orden estatal.⁶⁴

Incluso la CtIDH ha reconocido en algunas decisiones que en contextos de justicia transicional el cumplimiento del principio de la reparación integral no debe ser la única forma de satisfacer el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Según esta corte, en dichos contextos los PMR son otra forma legítima de satisfacer ese derecho. Por ejemplo, en *Génesis contra Colombia*,⁶⁵ la CtIDH declaró lo siguiente:

[L]a Corte resalta que el Derecho Internacional contempla la titularidad individual del derecho a la reparación. Sin perjuicio de ello, el Tribunal indica que, en escenarios de justicia transicional en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente a números de víctimas que exceden ampliamente las capacidades y posibilidades de los

⁵⁹ Ver por ejemplo, Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco, *Juicio a La Exclusión*; Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University Press, 2009). Tsereteli hace una diferenciación similar. Ver Nino Tsereteli, ‘Emerging doctrine of deference of the Inter-American Court of Human Rights?’, *The International Journal of Human Rights*, 20:8 (2016), 1097-1112.

⁶⁰ Ver por ejemplo, ROACH, Kent. ‘The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights’, en: LANGFORD, Malcolm. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

⁶¹ Ver por ejemplo, DE GREIFF, Pablo. ‘Justice and Reparations’, en *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press,

2006.

⁶² Según el Registro Nacional de Víctimas de Colombia, al 31 de diciembre de 2018 había 8.405.614 víctimas del conflicto armado interno en Colombia, de las cuales 6.823.224 tienen derecho a atención y reparaciones a través del PMR. Ver <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

⁶³ Ver por ejemplo, DE GREIFF, Pablo. ‘Justice and Reparations’, en *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 454-455.

⁶⁴ Rashida Manjoo, *Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias*, 23 abril 2010, doc. de la ONU A/HRC/14/22, párrafo 18.

⁶⁵ CtIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, 20 de noviembre de 2013.

tribunales nacionales, los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación.⁶⁶

Como puede verse, la CtIDH destacó el gran número de violaciones de los derechos humanos y de víctimas en contextos de transición, y la limitada capacidad de los tribunales nacionales. Varios Estados demandados en casos ante la CtIDH han presentado argumentos similares a los anteriores.⁶⁷

Estas características particulares de los contextos de transición fueron los factores que dieron lugar a la justicia transicional. Como explica el Centro Internacional para la Justicia Transicional, la justicia transicional es “una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos”.⁶⁸ En la mayoría de los casos, en este tipo de escenario, esto ha significado adoptar estándares más bajos que los aplicados a violaciones aisladas de los derechos humanos. Por lo tanto, es razonable sostener que, si las condiciones de un determinado contexto de transición lo exigen, debe ajustarse el estándar de la reparación integral. Por ejemplo, se podrían establecer niveles mínimos de cumplimiento, en particular en lo que respecta a la indemnización y la rehabilitación.⁶⁹ El caso de la *Masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, el cual se examinará en la próxima sección, ilustra este punto.

El análisis precedente demuestra que la aplicación del principio de la reparación integral a todas las violaciones de los derechos humanos perpetradas en las situaciones analizadas impondría por lo general una carga financiera insoportable o afectaría desproporcionadamente la capacidad del Estado en transición para cumplir otros objetivos legítimos. Este sería el caso par-

ticularmente respecto a medidas de indemnización y de rehabilitación. Por consiguiente, sería excesivo o desproporcionado en términos de derecho internacional exigir el cumplimiento de este principio, particularmente respecto a las dos formas de reparación mencionadas, en tales circunstancias.

5.3 Un enfoque de caso individual por parte de la Corte Interamericana conduce involuntariamente a un trato diferente a víctimas en situaciones similares

Como se mencionó anteriormente, las reparaciones individuales ordenadas por tribunales tradicionalmente se basan en el principio de la reparación integral. Las concedidas por PMR no. Entonces, un enfoque de caso individual por parte de la CtIDH conduce involuntariamente a un tratamiento diferente de víctimas en situaciones similares. Por ejemplo, Mersky y Roht-Arriaza documentaron varios problemas que surgieron en Guatemala debido a la disparidad significativa entre las medidas de indemnización y rehabilitación ordenadas por la CtIDH en los casos presentados ante esta Corte, y las medidas establecidas por el Programa Nacional de Reparaciones.⁷⁰ Por lo tanto, un enfoque de caso individual respecto a las órdenes de reparaciones por parte de la CtIDH conduce involuntariamente a una situación que va en contra del principio de equidad.⁷¹ Esto es particularmente problemático debido a las mencionadas características de los contextos en transición. Además, esas disparidades pueden afectar negativamente la percepción general de las víctimas sobre la justicia y la equidad de un determinado PMR.⁷²

El caso de la *Masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, mencionado previamente, ilustra las deficiencias que tiene un enfoque de caso individual por parte de la CtIDH a la hora de decidir casos que tienen lugar en situa-

⁶⁶ CtIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, 20 de noviembre de 2013, párrafo 470.

⁶⁷ See e.g., Gobierno de Guatemala, Presidencia de la Republica, Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos COPEDEH, Alegatos Finales del Estado de Guatemala dentro del Caso 12.599 Florencio Chitay v. Guatemala, Presentado ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3 de marzo de 2010, 17 y 18; Gobierno de Colombia, Alegatos Finales Escritos, República de Colombia, Caso No. 12.573 “Marino López Mena Y Otros- Operación Génesis”, 142-144, 152.

⁶⁸ Centro Internacional para la Justicia Transicional, ‘Qué es la justicia transicional?’, en *Fichas* ed. Centro Internacional para la Justicia Transicional (Nueva York, 2009).

⁶⁹ Ver por ejemplo, BOLIVAR J., Aura Patricia. *Programas Administrativos de Reparación: El Caso Colombiano en Perspectiva* Tesis (Magister en derecho) Universidad Nacional de Colombia, 2012.

⁷⁰ Mersky y Roht-Arriaza, ‘Guatemala’, 19-20, 29-30. Ver también Roht-Arriaza, ‘Central America, the Inter-American System, and Accountability for International Crimes’.

⁷¹ Respecto a esta preocupación en relación con reparaciones por violaciones de derechos humanos a gran escala en general por la CtIDH. ver Jo M. Pasqualucci, ‘Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure’, *Michigan Journal of International Law* 18 (1996).

⁷² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ‘Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Reparations Programmes’, 35-36. Para un análisis más general, ver Antkowiak, ‘Remedial Approaches to Human Rights Violations’.

ciones de violaciones masivas de los derechos humanos. La CtIDH determinó que se violaron los derechos a la vida, al trato humano, a la propiedad y a la protección judicial, entre otros derechos.⁷³ Guatemala solicitó a la Corte que se remitiera a su PMR en la decisión de la Corte sobre reparaciones.⁷⁴ La CtIDH no abordó los argumentos de Guatemala y no proporcionó ninguna razón jurídica para explicar esta posición. Las indemnizaciones ordenadas por la CtIDH fueron en total 7,9 millones de dólares.⁷⁵ Esto, incluía 5.000 dólares a cada víctima como compensación por daños pecuniarios,⁷⁶ y 20.000 dólares a cada víctima como compensación por daños no pecuniarios.⁷⁷ La Corte también ordenó a Guatemala “poner en marcha un programa de vivienda para proporcionar una vivienda adecuada,⁷⁸ y ofrecer tratamiento de salud a las víctimas sobrevivientes”.⁷⁹

El enfoque de caso individual respecto a las órdenes de reparaciones adoptado por la CtIDH en este caso es preocupante. Primero, como se puede observar, las reparaciones ordenadas por la CtIDH implicaron importantes recursos financieros. Segundo, como se mencionó, anteriormente, este caso fue, según la Comisión de la Verdad de Guatemala, sólo una de las 626 masacres perpetradas por miembros de la Fuerza Pública durante el conflicto armado en Guatemala.⁸⁰ Por último, hubo una disparidad significativa entre las medidas de indemnización y rehabilitación ordenadas por la CtIDH y las concedidas por el PMR de Guatemala. Por lo tanto, en aquellas situaciones en las que se ha establecido un PMR, sería más apropiado que la CtIDH evaluara a fondo el PMR respectivo. Esto dada las características de los escenarios de transición y el principio de equidad.

⁷³ CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de abril de 2004, párrafos 47, 52.

⁷⁴ Presidencia de la Republica de Guatemala, COPREDEH, 21 de mayo de 2004, RED-A-28-2004, punto 7, 15.

⁷⁵ MERSKY, Marcie; ROHT-ARRIAZA, Naomi. ‘Guatemala’. En: SALAZAR, Katya; ANTKOWIAK, Thomas. (ed.). *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*. Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2007.

⁷⁶ CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre de 2004, párrafo 74.

⁷⁷ CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre de 2004, párrafo 107.

⁷⁸ CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre de 2004, párrafo 105.

⁷⁹ CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre de 2004, párrafo 107.

⁸⁰ Gobierno de Guatemala, Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1999). *Guatemala: Memoria del Silencio, Conclusiones y Recomendaciones*, párrafo 86.

Como se mencionó, por definición los PMR tienen un alcance general.

Varios Estados demandados ante la CtIDH han presentado argumentos similares a los presentados en esta sección.⁸¹ Las investigaciones existentes sobre el tema estudiado no han abordado este efecto involuntario de un enfoque de caso individual en los casos estudiados.⁸²

5.4 Limitarse a un enfoque de caso individual en los casos estudiados es injustificado teniendo en cuenta los poderes de la Corte Interamericana

El punto de vista según el cual la CtIDH debe limitarse a un enfoque individual en sus órdenes de reparación en los casos estudiados es injustificado teniendo en cuenta los poderes de esta corte. Esos poderes deben ser interpretados teniendo en cuenta la práctica internacional en derechos humanos, la jurisprudencia de la propia CtIDH y la práctica constitucional comparada.

En primer lugar, en la adjudicación comparada de derechos fundamentales se reconoce ampliamente que los tribunales de derecho público pueden, por lo general, ejercer formas generales de control judicial. Como se mencionó anteriormente, en formas generales de control judicial un tribunal examina un patrón de violaciones de los derechos humanos o abusos repetitivos causados por factores comunes, y utiliza procedimientos que tienen por objeto adoptar medidas generales para abordar esos factores.⁸³ Los tribunales de derecho público de varios países y varios órganos internacionales han utilizado formas generales de control judicial para abordar reclamaciones de violaciones sistemáticas y repetitivas a los derechos humanos.⁸⁴ El procedimiento

⁸¹ See e.g., Gobierno de Guatemala, Presidencia de la Republica, Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos COPEDEH, Alegatos Finales del Estado de Guatemala dentro del Caso 12.599 Florencio Chitay v. Guatemala, Presentado ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3 de marzo de 2010, 17 y 18.

⁸² SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, 2018.

⁸³ Ver por ejemplo, Langford, ‘Social Rights Adjudication’, 184, 192-304; Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco, *Juicio a La Exclusión*.

⁸⁴ Respecto a esta forma de control judicial en relación con violaciones a los derechos económicos y sociales, ver por ejemplo, Langford, ‘Social Rights Adjudication’, 184, 192-304; BILCHITZ, David. ‘Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice’, en *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India*,

de sentencia piloto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un buen ejemplo de una forma general de control judicial de derechos civiles por un tribunal regional de derechos humanos.⁸⁵

En segundo lugar, la CtIDH ha ejercido de manera consistente formas generales de control judicial, en particular en sus órdenes de reparaciones.⁸⁶ Cabe señalar que, en el tipo de casos estudiados, la CtIDH ejercería una forma general de control judicial relativamente limitada. En primer lugar, existiría una política pública de reparaciones, es decir, un PMR, en el país en cuestión. En segundo lugar, como se examinará en la siguiente sección, es probable que el control por parte de la CtIDH de algunos aspectos de un PMR específico sea de baja intensidad.

Tercero, el artículo 63, párrafo 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece las facultades de la CtIDH para ordenar reparaciones, es

South Africa, and Colombia, ed. Daniel Bonilla Maldonado. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. *Juicio a La Exclusión: El Impacto de los Tribunales sobre los Derechos Sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo 21 Editora Iberoamericana, 2015.

⁸⁵ Para análisis de este tema por parte de académicos, ver por ejemplo, TSERETELI, Nino. 'The Role of the European Court of Human Rights in Facilitating Legislative Change in Cases of Long-Term Delays in Implementation'. En: FØLLESDAL, Andreas; ULFSTEIN, Geir; SAUL, Matthew. (ed.). *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments: Europe and Beyond, Studies on Human Rights Conventions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

⁸⁶ Para análisis de este tema por parte de académicos, ver por ejemplo, HUNEEUS, Alexandra. 'Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts'. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 1-40, 2015; LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina; HURTADO, Mónica. 'Las Garantías De No Repetición en la Práctica Judicial Interamericana y su Potencial Impacto en la Creación del Derecho Nacional'. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 50, 2017; CORNEJO CHAVEZ, Leiry. 'New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes Beyond Compensation'. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, 2017; GUARNIZO, Diana. 'Guarantees of Non-Repetition and the Right to Health: Review of the Law and Evolving Practice of Judicial and Semi-Judicial Bodies at Global and Regional Levels'. Tesis (Doctorado) University of Essex, 2106. p. 156-180; ATTANASIO, David L. 'Extraordinary Reparations, Legitimacy, and the Inter-American Court'. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 37, n. 3, p. 813-71, 2016; RUBIO-MARÍN Ruth; SANDOVAL, Clara. 'Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The Promise of the 'Cotton Field' Judgment'. *Human Rights Quarterly*, 33, n. 4, 2011; Sofía Galván, 'Legislative measures as guarantees of non-repetition: a reality in the InterAmerican Court, and a possible solution for the European Court', *Revista IIDH* 49, (2009); Antkowiak, 'Remedial Approaches to Human Rights Violations'.

general.⁸⁷ Esta disposición sugiere que la CtIDH tiene cierta discreción para diseñar y ordenar medidas de reparación. Además, la facultad de la CtIDH de evaluar PMR no ha sido impugnada en los casos en que esta Corte ha mantenido que tiene esa facultad (por ejemplo, el caso *García Lucero y otros contra Chile*).⁸⁸

Por último, la práctica constitucional comparada e investigaciones sólidas sobre adjudicación de derechos fundamentales demuestran que los tribunales de derecho público pueden ordenar muchos recursos más allá de la aplicación estricta del principio de la reparación integral en relación con las personas involucradas en un caso individual.

En términos más generales, la posición según la cual la CtIDH debe examinar los PMR aplicables a casos individuales ante esta corte toma en consideración las principales dimensiones involucradas en la cuestión analizada mejor que otras posiciones que han sido sugeridas. Estas dimensiones incluyen: en primer lugar, las condiciones que suelen prevalecer en los contextos de transición - por ejemplo, el número significativo de víctimas involucradas y los recursos limitados de que disponen los Estados miembros para satisfacer sus numerosas necesidades. En segundo lugar, esta posición preservaría el rol de supervisión de la CtIDH en materia de reparaciones y, lo que es más importante, los PMR se someterían a control judicial por parte de la CtIDH. También garantizaría otros objetivos del SIDH, como la protección efectiva de los derechos humanos,⁸⁹ el cual es razonable afirmar que se aplica a todas las víctimas en la misma situación en un país determinado. El enfoque propuesto garantizaría la coherencia de las reparaciones concedidas y el trato justo de las víctimas de violaciones de los derechos humanos en la misma situación en los países involucrados. Esto sería muy importante debido a las condiciones que suelen prevalecer en los entornos

⁸⁷ Este provee lo siguiente: "1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."

⁸⁸ CTIDH. *caso García Lucero y otros vs. Chile*, sentencia de 28 de Agosto de 2013, párrafo 189. Ver también CTIDH. *caso de Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010, párrafo 246.

⁸⁹ Ver por ejemplo, CTIDH. el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular, *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*, Serie A No. 16, párrafo 58.

de transición, en particular el número considerable de víctimas involucradas.

5.5 ¿Es decisivo el principio de subsidiariedad?

Algunos autores que han escrito sobre este tema parecen concebir el principio de subsidiariedad como absoluto y decisivo en el sentido de que conduciría necesariamente a uno de los extremos del espectro.⁹⁰ El primer extremo es que la CtIDH debería remitirse incondicionalmente a un determinado PMR en su decisión sobre reparaciones. El segundo extremo es que la CtIDH debe aplicar estrictamente el principio de la plena reparación. Esta subsección demuestra que el principio de subsidiariedad no es absoluto, sino que se aplica bajo ciertas condiciones. Por lo tanto, en este artículo se sostiene que este principio no es decisivo como se definió anteriormente. Como cuestión preliminar, esta subsección definirá el principio de subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad proporciona un marco para la asignación de poder en aquellas situaciones en donde coexisten las funciones de órganos nacionales e internacionales.⁹¹ Jorge Contesse ha descrito la noción de subsidiariedad en el derecho internacional de la siguiente manera: Los Estados deben tener “prioridad prima facie” al decidir cuestiones cubiertas por instrumentos de derecho internacional.⁹² En el contexto del SIDH, el principio de subsidiariedad se puede describir de la siguiente manera:

El SIDH puede actuar en dos escenarios: En primer lugar, si el sistema nacional no está dispuesto o no puede investigar, juzgar o proporcionar reparaciones por las violaciones de los derechos humanos perpetradas en

un Estado miembro. En segundo lugar, si un Estado miembro no ejerce la debida diligencia en la prevención de una de esas violaciones.⁹³

Debe destacarse que el principio de subsidiariedad no es absoluto en el sentido de que deba aplicarse incondicionalmente. Como la CtIDH y varios académicos han reconocido, este se aplica bajo ciertas condiciones.⁹⁴ Estas condiciones no están claramente definidas en la Convención Americana de Derechos Humanos ni en ningún otro instrumento del SIDH. Por lo tanto, la CtIDH tiene la tarea fundamental de establecer las condiciones en las que se aplican este principio. El enfoque propuesto, el cual se describe en la sección siguiente, incluye muchos de esas condiciones y, por tanto, podría ayudar a la Corte a decidir razonablemente sobre la aplicación de este principio en casos concretos.

Con base en todos los argumentos expuestos en esta sección, el punto de vista según el cual la CtIDH debe limitarse a un enfoque de caso individual en sus órdenes de reparaciones en el tipo de casos examinados es injustificado desde una perspectiva jurídica, analítica y normativa. Por lo tanto, la CtIDH debe adoptar un enfoque más matizado respecto a sus órdenes de reparaciones en el tipo de casos examinados.

6 Un Enfoque Alternativo: Evaluación y Remisión Condicionada a los PMR

En esta sección se expone el enfoque que propongo cuando la CtIDH deba resolver un caso que involucra a un Estado en el que se ha implementado un PMR. Este consiste en dos pasos: Primero, la CtIDH debe evaluar si un PMR específico cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos. En segundo lugar, la CtIDH debe examinar si se cumplen los requisitos adicionales para remitirse a un PMR específico en su decisión sobre reparaciones. En esta sección se abordarán las

⁹⁰ Ver por ejemplo, GENEVIÈVE, Lessard. ‘Preventive Reparations at a Crossroads: The Inter-American Court of Human Rights and Colombia’s Search for Peace’. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, 2018. Sandoval también adopta implícitamente este enfoque en algunos de sus argumentos relacionados con el principio de subsidiariedad. Ver SANDOVAL, Clara. ‘Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes’. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, 2018.

⁹¹ Ver por ejemplo, JACHTENFUCHS, Markus; KRISCH, Nico. ‘Subsidiarity in Global Governance’, 79 *Law and Contemporary Problems*, v. 79, 2016; CONTESSÉ, Jorge. ‘Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System’. *Law and Contemporary Problems*, v. 79, p. 125, 2016.

⁹² CONTESSÉ, Jorge. ‘Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System’. *Law and Contemporary Problems*, v. 79, p. 125, 2016.

⁹³ Ver de manera general CTIDH. *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, párrafo 166; y sentencia de reparaciones, 21 de julio de 1989.

⁹⁴ Ver por ejemplo, CTIDH. *caso de Tenorio Roca y otros vs. Peru*, sentencia de 22 de junio de 2016, párrafo 279. Para puntos de vista sobre este tema por parte de académicos, ver por ejemplo CAROZZA, Paolo. ‘Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law’. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 78-79, 2003.

siguientes cuestiones: En primer lugar, ¿qué criterios generales debe utilizar la CtIDH para evaluar si un determinado PMR cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos? En segundo lugar, ¿qué criterios adicionales debe utilizar la CtIDH para evaluar si un determinado PMR cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos? Por último, examinaré dos requisitos adicionales que la CtIDH debe evaluar para decidir si debe remitirse a un PMR específico en su decisión de reparaciones en un caso determinado. Cabe señalar que, como se analizó en la sección anterior, existen numerosas bases para la proposición de que la CtIDH puede, de acuerdo con sus funciones y facultades actuales, examinar la conformidad de los PMR aplicables a un caso ante esta Corte con las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6.1 Criterios generales para evaluar si un determinado PMR cumple con las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención Americana

El primer tipo de criterios que la CtIDH debe aplicar para evaluar si un determinado PMR cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son aquellos criterios generales aplicables a PMR en su conjunto. Estos abarcan elementos relativos a la adopción, el contenido y la implementación de un determinado PMR. Enseguida analizaré cada una de estas subcategorías.

Criterios generales relacionados con aspectos sustantivos de los PMR

Los requisitos generales relacionados con aspectos sustantivos de los PMR incluyen, en primer lugar, que las indemnizaciones individuales previstas en estos programas deben ir acompañadas del reconocimiento de responsabilidad y otras medidas para buscar verdad, justicia y garantías de no repetición.⁹⁵ Por lo tanto, la

⁹⁵ Ver por ejemplo, CtIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafo 470; CtIDH. *caso de Yarce y otros vs. Colombia*, sentencia de 22 de noviembre de 2016, párrafo 326; informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafos 11, 83. Para puntos de vista sobre este tema por parte de académicos, ver Moffett, 'Transitional Justice and Reparations'; Borneman, *Political Crime and the Memory of Loss*, 11.

CtIDH debe examinar la relación entre un PMR específico y otras medidas de justicia transicional, incluida la forma en que el conjunto de medidas incluidas en un PMR específico encaja con esas otras medidas.⁹⁶ La CtIDH debe aplicar un estándar estricto de control judicial al hacer esto, en particular respecto a aspectos directamente relacionados con los deberes del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar violaciones graves de los derechos humanos. Los estándares de derecho internacional sobre estas obligaciones están bien establecidos.⁹⁷

Según la jurisprudencia de la CtIDH, otros requisitos generales sobre aspectos sustantivos que los PMR deben cumplir incluyen tener en cuenta aspectos de género y permitir un cierto grado de inclusión social.⁹⁸ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y otros órganos internacionales también han dejado claro que reparaciones en contextos en transición deben tener en cuenta aspectos de género en su accesibilidad y en su contenido.⁹⁹

Requisitos generales relativos al proceso de diseño, adopción e implementación de PMR

El requisito general más importante relacionado con el proceso de diseño y adopción de un PMR es que el Estado en cuestión adopte un enfoque basado en los derechos humanos en dicho proceso.¹⁰⁰ Esto incluye el proceso de toma de decisión sobre quién tiene derecho a reparaciones en virtud de un PMR y las violaciones de

⁹⁶ Ver por ejemplo, informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafos 11, 83.

⁹⁷ Ver por ejemplo, OCHOA-SÁNCHEZ, Juan Carlos. *The Rights of Victims in Criminal Justice Proceedings for Serious Human Rights Violations*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013.

⁹⁸ Ver por ejemplo, CtIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafo 470; CtIDH. *caso de Yarce y otros vs. Colombia*, sentencia de 22 de noviembre de 2016, párrafo 326.

⁹⁹ CEDAW, Recomendación General No. 35 sobre violencia de género contra las mujeres, 26 de julio de 2017, CEDAW/C/GC/35, párrafo 33. Ver también informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518; Diana Contreras Garduno, 'Collective Reparations: Tensions and Dilemmas between Collective Reparations with the Individual Right to Receive Reparations' (tesis de doctorado, Utrecht University, 2018).

¹⁰⁰ Ver por ejemplo, informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafo 67; Moffett, 'Transitional Justice and Reparations', 33.

los derechos humanos que el mismo abarcará. En lo que respecta a lo primero, la violación de los derechos humanos, independientemente de otras consideraciones, debe ser el requisito para dar acceso a los beneficios establecidos en un PMR.¹⁰¹ Esos requisitos incluyen también que se consulte a todos los interesados y, en particular, que a las víctimas se les consulte y se les permita participar en el diseño, la adopción y la implementación de un PMR.¹⁰² Estos criterios también requieren la inclusión de grupos políticamente marginados, como mujeres, niños y minorías, en el proceso de adopción y diseño de un PMR.¹⁰³

La CtIDH también debe evaluar si el Estado en cuestión está implementando efectivamente un PMR adoptado, tomando todas las medidas razonables para hacerlo.¹⁰⁴ Para evaluar esto, la Corte podría solicitar o examinar informes sobre este tema de otras organizaciones. La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia sobre desplazados internos emitida en 2004, hizo esto para evaluar si las políticas de derechos humanos sobre los desplazados internos en Colombia se habían aplicado efectivamente.¹⁰⁵ Su enfoque puede proporcionar orientación útil a la CtIDH sobre esta cuestión.

¹⁰¹ Ver informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafo 67.

¹⁰² Respecto a decisiones de la CtIDH, ver Operación Génesis vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013, para. 470; caso de Yarce y otros vs. Colombia, sentencia de 22 de noviembre de 2016, párrafo 326. Ver también el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Principio 32; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131. Doc. 1. 19 de febrero de 2008, párrafo 13 (en adelante 'ComIDH, Lineamientos para una Política Integral de Reparaciones'); Redress, 'Articulating Minimum Standards on Reparations Programmes in Response to Mass Violations' (The Hague Redress 2014), párrafo 39.

¹⁰³ ComIDH, *Lineamientos para una Política Integral de Reparaciones*; Organización Internacional para las Migraciones, 'Property Restitution and Compensation: Practices and Experiences of Claims Programmes', ed. Organización Internacional para las Migraciones (Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, 2008); Moffett, 'Transitional Justice and Reparations'.

¹⁰⁴ Ver por ejemplo, CtIDH. *caso de la Aldea de Chichnupac* contra Guatemala, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párrafo 280.

¹⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-25/04, 22 de enero de 2004, en particular secciones 7, 9.

6.2 Criterios adicionales para evaluar si un determinado PMR cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos

En esta subsección se identifican algunos criterios adicionales que la CtIDH debe utilizar para evaluar si un determinado PMR cumple las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También se aborda la cuestión de cuál estándar de revisión debe aplicar la CtIDH para evaluar el cumplimiento de esos criterios. Varios expertos sostienen que, aparte de los requisitos generales analizados anteriormente, los Estados gozan de una amplia discreción a la hora de decidir el contenido de PMR.¹⁰⁶ En el otro extremo del espectro, algunas ONG sostienen que los estándares aplicables a PMR y las reparaciones por parte de tribunales en casos de violaciones de los derechos humanos a gran escala deben ser esencialmente los mismos.¹⁰⁷ Propongo un enfoque más matizado que aquellos sugeridos por estas dos posiciones. Como cuestión preliminar, vale la pena reiterar que algunos PMR adoptados en América Latina en la última década han abarcado indemnizaciones, rehabilitación, restitución y algunas formas de satisfacción directamente relacionadas con la búsqueda y el reconocimiento de la verdad.

Sostengo que la intensidad del estándar de revisión ejercido por la CtIDH debe variar de acuerdo con el componente o la forma de reparación de que se trate. Por una parte, la intensidad del estándar de revisión ejercido por la CtIDH sobre las medidas de satisfacción relacionadas directamente con la búsqueda y el reconocimiento de la verdad, y las medidas de rehabilitación relacionadas con el derecho a la salud debe ser alta o estricta. Por otro lado, la intensidad del estándar de revisión ejercido por la CtIDH en relación con indemnización, medidas de satisfacción no relacionadas con los objetivos mencionados y las medidas de rehabilitación no relacionadas con el derecho a la salud, debe ser menos estricta. La primera razón para esta distinción es

¹⁰⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 'Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Reparations Programmes', 7; Organización Internacional para las Migraciones, 'Property Restitution and Compensation: Practices and Experiences of Claims Programmes'; Contreras Garduno, 'Collective Reparations'.

¹⁰⁷ Redress, 'Articulating Minimum Standards on Reparations Programmes in Response to Mass Violations'.

que existen claros estándares de derecho internacional en relación con el deber del Estado de investigar las violaciones graves de los derechos humanos y revelar los resultados de dichas investigaciones,¹⁰⁸ así como respecto al derecho a la salud.¹⁰⁹ En cambio, con respecto a muchos aspectos de indemnización, elementos de satisfacción no relacionados con dichos objetivos y medidas de rehabilitación no vinculadas al derecho a la salud, no existen estándares jurídicos internacionales ampliamente aceptados.¹¹⁰ Otra razón para esta distinción es que muchas de las primeras medidas entrañan mucho menos prestaciones materiales y, por lo tanto, menos recursos financieros que la indemnización.

Aspectos importantes de PMR sobre los cuales formuladores de políticas públicas nacionales gozan de cierta latitud incluyen los siguientes: En primer lugar, quién será elegible para recibir reparaciones en virtud de un PMR, incluyendo qué tipo de violaciones o pérdidas permitirán el acceso a los beneficios y qué período se cubrirá.¹¹¹ Como se examinó anteriormente, los Estados deben observar un enfoque basado en los derechos humanos al decidir sobre estos aspectos. Pablo de Greiff ha sugerido que se introduzca el requisito de que los Estados justifiquen las exclusiones del ámbito de los PMR de las categorías de víctimas que sean significativas debido a la naturaleza o la prevalencia de

las violaciones.¹¹² Estoy de acuerdo con esta recomendación realizada por de Greiff. El segundo aspecto incluido en esta categoría es qué tipos de reparaciones y beneficios proporcionará un PMR, incluida la relación entre reparaciones materiales y simbólicas, el significado de las reparaciones colectivas,¹¹³ y la relación entre reparaciones individuales y colectivas.¹¹⁴ Como afirma de Greiff, “reparaciones materiales y simbólicas pueden adoptar diferentes formas y combinarse de diferentes maneras”, y las combinaciones tienen diferentes efectos en cuanto al número de víctimas cubiertas y necesidades de las víctimas satisfechas.¹¹⁵ Aparte de la prohibición de discriminación, el requisito de un proceso participativo y lo que se dijo anteriormente con respecto a las reparaciones simbólicas directamente relacionadas con la búsqueda y el reconocimiento de la verdad, parece que no hay estándares jurídicos claros sobre las determinaciones que los formuladores de políticas deben hacer sobre estas cuestiones. Sin embargo, un requisito útil que podría adoptarse sería que los Estados articulen los principios o, al menos, los fundamentos para incluir algunas reparaciones y otras no.

Otra pregunta importante que deben abordar los formuladores de políticas públicas nacionales al diseñar un PMR es dónde establecer el nivel de indemnización o compensación monetaria. Según de Greiff, “la práctica internacional [sobre este tema] en el área de reparaciones varía significativamente de un país a otro”,¹¹⁶ y, como se mencionó anteriormente, en la práctica

¹⁰⁸ Ver por ejemplo, Ochoa-Sánchez, *The Rights of Victims in Criminal Justice Proceedings for Serious Human Rights Violations*.

¹⁰⁹ Ver Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 993; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU [Comité DESC de la ONU], Observación General N° 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párrafo 1, del Pacto), 14 de diciembre de 1990, párrafo 15; Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales [Maastricht Guidelines], Maastricht, 26 de enero de 1997, <http://www.refworld.org/docid/48abd5730.html>. Para análisis por parte de académicos, ver LANGFORD, Malcolm (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; OCHOA-SÁNCHEZ, Juan Carlos. Economic and social rights and transitional justice: A framework of analysis. *Journal of Human Rights*, v. 18, n. 5, p. 522-542, 2019.

¹¹⁰ Ver por ejemplo, informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518; Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-083/17, 13 de febrero de 2017, párrafo 19.2; Contreras Garduno, ‘Collective Reparations’, 255-256; Organización Internacional para las Migraciones, ‘Property Restitution and Compensation’.

¹¹¹ Ver por ejemplo, MOFFETT, L. Transitional Justice and Reparations: Remediating the Past? In: LAWYER, C.; MOFFETT, L.; JACOBS, D. (ed.). *Research Handbook on Transitional Justice*. Edward Elgar, 2017. p. 13-14.

¹¹² Ver informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518. p. 17-18.

¹¹³ Contreras Garduno, ‘Collective Reparations’, 270 (“‘Reparaciones colectivas’ es un término al que se le ha dado diferentes significados en diferentes contextos. Ella añade: “El contenido de las reparaciones colectivas “se decide usualmente caso por caso” (p. 271). Sin embargo, Contreras identifica algunos principios sustantivos y de procedimiento que deberían informar reparaciones colectivas. Ver Contreras Garduno, 273-297, y 321.

¹¹⁴ Para un análisis sobre esos temas, ver CONTRERAS GARDUNO, Diana. *Collective Reparations: Tensions and Dilemmas between Collective Reparations with the Individual Right to Receive Reparations*. Tesis (doctorado) Utrecht University, 2018. p. 309.

¹¹⁵ Ver informe de DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafo 30.

¹¹⁶ DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafo 43.

comparada de los PMR, “rara vez se intenta satisfacer el principio de la reparación integral”.¹¹⁷ En cuanto al estado del derecho internacional sobre este tema, de Greiff afirma:

Si bien podría decirse que el derecho internacional deja cierto margen para la concertación de acuerdos con respecto al gran número de reparaciones que es necesario atender en casos masivos, se sigue exigiendo, como se resume en los Principios Básicos, la “[R]eparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido”.¹¹⁸

Luego, él expone algunos criterios mínimos a este respecto:

[A fin de que un PMR pueda lograr sus objetivos, tales como reconocer a las víctimas como titulares de derechos, no sólo como víctimas], la magnitud de las reparaciones tiene que ser proporcional a la gravedad de las violaciones, las consecuencias que las violaciones generaron a las víctimas, la vulnerabilidad de estas, y la intención de manifestar el compromiso de defender el principio de igualdad de derechos para todos.¹¹⁹

Estoy de acuerdo con de Greiff en que la discreción del Estado para fijar el nivel de la indemnización o compensación monetaria debe estar limitada por estos principios. A este respecto, cabe señalar que la CtIDH ha incluido entre los requisitos sustantivos que PMR deben cumplir los siguientes:

- El PMR relevante y sus órganos ejecutivos deben indicar claramente los criterios utilizados para establecer los montos y los conceptos de las indemnizaciones a favor de las víctimas.¹²⁰
- Cualquier medida pecuniaria prevista en un PMR debe ser razonable y proporcional;¹²¹

- “[U]n criterio de justicia respecto a la reparación pecuniaria debe involucrar aspectos que, en el contexto específico, no resulten ilusorios o irrisorios y permitan una contribución real para que la víctima enfrente las consecuencias negativas que dejaron las violaciones de derechos humanos en su vida.”¹²²
- PMR deben dar razones para proveer reparaciones por grupo familiar y no en forma individual, y el tipo de criterios de distribución entre miembros de una familia (órdenes sucesorales o porcentajes) ...”¹²³

En conclusión, el análisis anterior demuestra que varios estándares internacionales de derechos humanos se aplican a los PMR, incluidos algunos específicos que varían según la forma de reparación. Por consiguiente, es inexacta la conclusión de algunos expertos y organizaciones internacionales de que, aparte de algunos requisitos generales, los Estados gozan de amplia discreción al decidir el contenido de los PMR.¹²⁴

Hay dos requisitos adicionales que la CtIDH debe evaluar para decidir si se remite a un determinado PMR en su decisión de reparaciones en un caso determinado. En primer lugar, los beneficios establecidos en el PMR en cuestión deben estar relacionados con las violaciones de los derechos humanos establecidas en la sentencia de la CtIDH.¹²⁵ El segundo requisito es que el Estado respectivo mencione el PMR específico en los procedimientos ante la CtIDH dentro de los plazos previstos para esto.¹²⁶

¹¹⁷ DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafo 45.

¹¹⁸ DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafo 46.

¹¹⁹ DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518, párrafo 47. Ver también Redress, ‘Articulating Minimum Standards on Reparations Programmes in Response to Mass Violations’, párrafo 71.

¹²⁰ CTIDH. *caso de la Aldea de Chichupac* contra Guatemala, sentencia de 30 noviembre de 2016, párrafo 280.

¹²¹ CTIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, sentencia de 20 de noviem-

bre de 2013, párrafo 470; CTIDH. *caso de Yarve y otros vs. Colombia*, sentencia de 22 de noviembre de 2016, párrafo 326.

¹²² CTIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafo 471.

¹²³ CTIDH. *Operación Génesis vs. Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafo 470; CTIDH. *caso de Yarve y otros vs. Colombia*, sentencia de 22 de noviembre de 2016, párrafo 326.

¹²⁴ Ver por ejemplo, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ‘Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Reparations Programmes’, 7; Organización Internacional para las Migraciones, ‘Property Restitution and Compensation’; Contreras Garduno, ‘Collective Reparations’.

¹²⁵ Ver por ejemplo, CTIDH. *caso de la Aldea de Chichupac* contra Guatemala, sentencia de 30 noviembre de 2016, párrafo 280.

¹²⁶ CTIDH. *caso Rodríguez Vera y otros (los desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014, párrafo 551.

7 Conclusiones

La presente investigación ha aportado nuevas perspectivas a la pregunta: ¿qué tipo de control judicial debe ejercer la CtIDH en casos en contra de un Estado en el cual se ha implementado un PMR? Particularmente, a la pregunta: ¿qué tipo de ordenes de reparaciones debe adoptar esta corte en este tipo de casos? Primero, el análisis presentado arriba ha demostrado que el punto de vista según el cual la CtIDH debe limitarse a un enfoque de caso individual en sus ordenes de reparaciones en los casos examinados, es injustificado desde una perspectiva jurídica, analítica y normativa. La práctica internacional en materia de derechos humanos, la propia jurisprudencia de la CtIDH y la práctica constitucional comparada en materia de derechos fundamentales respecto a formas generales de control judicial por parte de tribunales de derecho público, proveen los principales fundamentos jurídicos de esa conclusión.¹²⁷

Además, este artículo propone un enfoque alternativo al de caso individual y a la deferencia casi incondicional a PMR por parte de la CtIDH. Propone un enfoque en el que la CtIDH examina las características de los PMR aplicables a los casos individuales presentados ante este Tribunal. Específicamente, la CtIDH debe evaluar primero si un determinado PMR cumple con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos. En segundo lugar, la CtIDH debe examinar si se cumplen los requisitos adicionales para remitirse a un PMR específico en su decisión sobre reparaciones. En este estudio se han examinado los diversos criterios que la CtIDH debe aplicar cuando haga lo primero, incluidos los que se aplican a PMR en su conjunto y otros criterios más específicos, que varían según la forma de reparación. En este trabajo también se ha analizado la intensidad del estándar de revisión que debe ejercer la CtIDH en relación con las principales formas de reparación.

La práctica internacional en materia de derechos humanos, la propia jurisprudencia de la CtIDH y la práctica constitucional comparada proveen las bases del enfoque propuesto. Estas demuestran que la CtIDH puede ejercer algunas formas generales de control judicial.¹²⁸

¹²⁷ Ver arriba la sección denominada 'Un Enfoque de caso individual: un análisis crítico', subsección 'Limitarse a un enfoque de caso individual en los casos estudiados es injustificado teniendo en cuenta los poderes de la CtIDH'.

¹²⁸ Ver arriba la sección denominada 'Un Enfoque de caso individ-

Además, la CtIDH ejercería en estos casos una forma general de control judicial relativamente limitada. Primero, existiría una política nacional de reparaciones, es decir, un PMR en el país en cuestión. Segundo, como se analizó arriba, el control por parte de la CtIDH respecto a algunos aspectos de un PMR específico sería probablemente de baja intensidad. Adicionalmente, el enfoque propuesto toma en consideración los principales aspectos de la cuestión analizada mejor que otras posiciones que han sido sugeridas. Este enfoque preservaría el rol de supervisión de la CtIDH en materia de reparaciones y, lo que es más importante, los PMR se someterían a control judicial por parte de esta corte. En particular, este enfoque garantizaría que la CtIDH evalúe si un determinado PMR cumple con estándares internacionales aplicables a esos programas, cubriendo elementos sustantivos y elementos relacionados con el proceso. También garantizaría otros objetivos del SIDH, como la protección efectiva de los derechos humanos,¹²⁹ el cual es razonable afirmar que se aplica a todas las víctimas en la misma situación en un país determinado. A este respecto, el enfoque propuesto garantizaría la coherencia de las reparaciones concedidas y un trato en condiciones de igualdad a las víctimas de violaciones de los derechos humanos en la misma situación en los países involucrados. Esto sería muy importante debido a las condiciones que suelen prevalecer en los entornos de transición, en particular el número considerable de víctimas involucradas y los recursos limitados de que disponen los Estados miembros del SIDH para satisfacer las numerosas necesidades de estas sociedades.

Finalmente, este artículo contribuye al análisis de temas más amplios de mucha importancia, tales como las condiciones bajo las cuales la CtIDH puede ejercer formas generales de control judicial. Esta investigación hizo esto teniendo en cuenta aportes analíticos y desarrollos recientes en la práctica internacional en derechos humanos y en la adjudicación comparada en materia de derechos fundamentales en esta materia.

ual: un análisis crítico', subsección 'Limitarse a un enfoque de caso individual en los casos estudiados es injustificado teniendo en cuenta los poderes de la CtIDH'.

¹²⁹ Ver por ejemplo, CtIDH. el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular, *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*, Serie A No. 16, párrafo 58.

Referencias

- ANTKOWIAK, Thomas M. 'Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond'. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, 2008.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Res. 60/147, 16 de diciembre 2005, doc. de la ONU A/ RES/60/147.
- ATTANASIO, David L. 'Extraordinary Reparations, Legitimacy, and the Inter-American Court'. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 37, n. 3, p. 813-71, 2016.
- BILCHITZ, David. 'Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice', en *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, ed. Daniel Bonilla Maldonado. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- BOLIVAR J., Aura Patricia. *Programas Administrativos de Reparación: El Caso Colombiano en Perspectiva* Tesis (Magister en derecho) Universidad Nacional de Colombia, 2012.
- BORNEMAN, John. *Political Crime and the Memory of Loss*. Indiana University Press, 2011.
- CAROZZA, Paolo. 'Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law'. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 78-79, 2003.
- CEDAW. *Recomendación General No. 35 sobre violencia de género contra las mujeres*, 26 de julio de 2017, CEDAW/C/GC/35.
- CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. 'Qué es la justicia transicional?', en *Fichas* ed. Centro Internacional para la Justicia Transicional (Nueva York, 2009).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones*, OEA/Ser/L/V/II.131. Doc. 1. 19 de febrero de 2008.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS. Sociales y Culturales de la ONU [Comité DESC de la ONU], Observación General N° 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párrafo 1, del Pacto), 14 de diciembre de 1990.
- CONGRESO DE COLOMBIA. *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*, Ley 1448/2011. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf>
- CONTESE, Jorge. 'Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System'. *Law and Contemporary Problems*, v. 79, 2016.
- CONTRERAS GARDUNO, Diana. *Collective Reparations: Tensions and Dilemmas between Collective Reparations with the Individual Right to Receive Reparations*. Tesis (doctorado) Utrecht University, 2018.
- CORNEJO CHAVEZ, Leiry. 'New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes Beyond Compensation'. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, 2017.
- CORREA, Cristian. 'Reparations for Victims of Massive Crimes. Making Concrete a Message of Inclusion?'. En: *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*. LETSCHERT, Rianne et al. (ed.). Cambridge: Antwerp and Portland: Intersentia, 2011. p. 203.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. sentencia T-083/17, 13 de febrero de 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. sentencia T-25/04, 22 de enero de 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ('CtIDH'). *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *La-Grand (Alemania c. Los Estados Unidos)*, fondo, sentencia de 27 de junio de 2001.
- CRAWFORD, James. (ed.) *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text, and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- CTIDH. caso de *Almonacid-Arellano y otros contra Chile*, Sentencia de objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costos, 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.
- CTIDH. caso de *la Aldea de Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal contra Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de noviembre de 2016.

- CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de abril de 2004.
- CTIDH. *caso de la masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre de 2004.
- CTIDH. *caso de la Vereda La Esperanza vs. Colombia*, 31 de agosto de 2017.
- CTIDH. *caso de Las Palmeras contra Colombia*, Sentencia de reparaciones, 26 de noviembre de 2002, Serie C No. 96.
- CTIDH. *caso de Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010.
- CTIDH. *caso de Tenorio Roca y otros vs. Peru*, sentencia de 22 de junio de 2016.
- CTIDH. *caso de Yarce y otros vs. Colombia*, sentencia de objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costos, 22 de noviembre de 2016.
- CTIDH. *caso García Lucero y otros vs. Chile*, sentencia de 28 de Agosto de 2013.
- CTIDH. *caso Godínez Cruz*, sentencia de fondo, 20 de enero de 1989, Serie C No. 5.
- CTIDH. *caso masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de Septiembre de 2012.
- CTIDH. *caso Rodríguez Vera y otros (los desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014.
- CTIDH. *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, sentencia de 22 de noviembre de 2016.
- CTIDH. *el Caracazo contra Venezuela*, sentencia de reparaciones. 29 de agosto de 2002, Serie C No. 95.
- CTIDH. el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular, *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*, Serie A No. 16, párrafo 58.
- CTIDH. *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003.
- CTIDH. *Trujillo-Oroza contra Bolivia*, sentencia de reparaciones, 27 de febrero de 2002, Serie C No. 92.
- CTIDH. *Velasquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de reparaciones, 21 de julio de 1989.
- DE GREIFF, Pablo. 'Justice and Reparations', en *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- DE GREIFF, Pablo. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14 de octubre de 2014, doc. de la ONU A/69/518.
- GARCÍA-GODOS, Jemima. 'Victim Reparations in Transitional Justice - What is at Stake and Why'. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 26, n. 2, 2008.
- GARCÍA-GODOS, Jemima; SALVADÓ, Luis Raúl. Guatemala: Truth and memory on trial. En: SKAAR, E.; GARCIA-GODOS, J.; COLLINS, C. (ed.) *Transitional Justice in Latin America*. Londres: Routledge, 2016.
- GENEVIÈVE, Lessard. 'Preventive Reparations at a Crossroads: The Inter-American Court of Human Rights and Colombia's Search for Peace'. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, 2018.
- GOBIERNO DE COLOMBIA. Alegatos Finales Escritos, República de Colombia, Caso No. 12.573 "Marino López Mena y Otros- Operación Génesis".
- GOBIERNO DE GUATEMALA. Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1999). *Guatemala: Memoria del Silencio, Conclusiones and Recomendaciones* (Ciudad de Guatemala: Comisión para el Esclarecimiento Histórico).
- GOBIERNO DE GUATEMALA. Presidencia de la Republica, Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos COPEDEH, Alegatos Finales del Estado de Guatemala dentro del Caso 12.599 Florencio Chitay v. Guatemala, Presentado ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3 de marzo de 2010.
- GOBIERNO DE GUATEMALA. Presidencia de la Republica, COPREDEH, 21 de mayo de 2004, RED-A-28-2004.
- GUARNIZO, Diana. 'Guarantees of Non-Repitition and the Right to Health: Review of the Law and Evolving Practice of Judicial and Semi-Judicial Bodies at Global and Regional Levels'. Tesis (Doctorado) University of Essex, 2106.
- HUNEEUS, Alexandra. 'Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts'. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 1-40, 2015.

- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales*. [Maastricht Guidelines], Maastricht, 26 de enero de 1997. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/48abd5730.html>.
- JACHTENFUCHS, Markus; KRISCH, Nico. 'Subsidiarity in Global Governance', 79 *Law and Contemporary Problems*, v. 79, 2016.
- LANGFORD, Malcolm (ed.) *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- LANGFORD, Malcolm. 'Social Rights Adjudication. An Interdisciplinary Perspective'. Tesis (Doctorado) Facultad de Derecho, Universidad de Oslo, 2014.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina; HURTADO, Mónica. 'Las Garantías De No Repetición en la Práctica Judicial Interamericana y su Potencial Impacto en la Creación del Derecho Nacional'. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 50, 2017.
- MALAMUD-GOTI, Jaime E.; GROSMAN, Lucas Sebastián; DE GREIFF, Pablo. 'Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies'. En: DE GREIFF, Pablo. (ed.). *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- MANJOO, Rashida. *Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias*, 23 abril 2010, doc. de la ONU A/HRC/14/22.
- MERSKY, Marcie; ROHT-ARRIAZA, Naomi. 'Guatemala'. En: SALAZAR, Katya; ANTKOWIAK, Thomas. (ed.). *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*. Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2007.
- MOFFETT, L. Transitional Justice and Reparations: Remediating the Past? In: LAW THER, C.; MOFFETT, L.; JACOBS, D. (ed.). *Research Handbook on Transitional Justice*. Edward Elgar, 2017.
- MOON, Claire. 'Who'll Pay Reparations on My Soul? 1 Compensation, Social Control and Social Suffering'. *Social & Legal Studies* 21, n. 2, 2012.
- OCHOA-SÁNCHEZ, Juan Carlos. Economic and social rights and transitional justice: A framework of analysis. *Journal of Human Rights*, v. 18, n. 5, p. 522-542, 2019).
- OCHOA-SÁNCHEZ, Juan Carlos. *The Rights of Victims in Criminal Justice Proceedings for Serious Human Rights Violations*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013.
- OFICINA del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 'Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Reparations Programmes' (OADH: Geneva).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. 'Property Restitution and Compensation: Practices and Experiences of Claims Programmes', ed. Organización Internacional para las Migraciones. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones, 2008.
- PASQUALUCCI, Jo M. 'Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure'. *Michigan Journal of International Law* 18, 1996.
- REDRESS. 'Articulating Minimum Standards on Reparations Programmes in Response to Mass Violations' (The Hague Redress 2014).
- ROACH, Kent. 'The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights', en: LANGFORD, Malcolm. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. *Juicio a La Exclusión: El Impacto de los Tribunales sobre los Derechos Sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo 21 Editora Iberoamericana, 2015.
- ROHT-ARRIAZA. 'Central America, the Inter-American System, and Accountability for International Crimes'. *UC Hastings Research Paper*, n. 6, 2012.
- RUBIO-MARÍN Ruth; SANDOVAL, Clara. 'Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The Promise of the 'Cotton Field' Judgment'. *Human Rights Quarterly*, 33, n. 4, 2011.
- SALVIOLI, Fabian. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación, y las garantías de no repetición, 11 de julio de 2019, documento. de la ONU A/HRC/42/45.

SANDOVAL, Clara. 'Two Steps Forward, One Step Back: Reflections on the Jurisprudential Turn of the Inter-American Court of Human Rights on Domestic Reparation Programmes'. *The International Journal of Human Rights*, 22, n. 9, 2018).

TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. *Factory at Chorzów, Alemania c. Polonia*, reclamación por indemnización, sentencia No 13, (1928) PCIJ Series A No 17, ICGJ 255 (PCIJ 1928), 13 septiembre 1928.

TSERETELI, Nino. 'Emerging doctrine of deference of the Inter-American Court of Human Rights?'. *The International Journal of Human Rights*, v. 20, n. 8, p. 1097-1112, 2016.

TSERETELI, Nino. 'The Role of the European Court of Human Rights in Facilitating Legislative Change in Cases of Long-Term Delays in Implementation'. En: FØLLESDAL, Andreas; ULFSTEIN, Geir; SAUL, Matthew. (ed.). *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments: Europe and Beyond, Studies on Human Rights Conventions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Justiciabilidade direta dos
direitos econômicos, sociais,
culturais e ambientais na Corte
Interamericana de Direitos
Humanos**

**Direct justiciability of
Economic, Social, Cultural and
Environmental Rights in the
Inter-American Court of Human
Rights**

Augusto Antônio Fontanive Leal
Guilherme Massaú

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

Justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais na Corte Interamericana de Direitos Humanos*

Direct justiciability of Economic, Social, Cultural and Environmental Rights in the Inter-American Court of Human Rights

Augusto Antônio Fontanive Leal**

Guilherme Massaú***

Resumo

O texto tem como objetivo mostrar a mudança de interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange à justiciabilidade direta baseada no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, justificando-se a adoção dessa temática em razão da importância dessa novel interpretação da Corte para um elevado número de Estados que se submetem a seus julgamentos. Conclui-se que, além de uma mudança de interpretação, houve a mudança de interpretação em uma nova perspectiva protetiva aos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), que antanho ingressavam de forma indireta, ou reflexa, à Corte IDH. Isso, por conseguinte, leva a algumas consequências como uma maior proteção aos DESCAs no sentido internacional e uma maior pressão aos Estados em efetivá-los de forma progressiva. O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, pelo qual se avalia a hipótese de terem ocorrido mudanças na Corte Interamericana, realizando-se a pesquisa com base nos instrumentos internacionais que a vinculam legalmente, bem como nas demais interpretações doutrinárias e jurisprudenciais aplicáveis.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos econômicos sociais, culturais e ambientais. Justiciabilidade.

Abstract

Our purpose is to show the change of interpretation of the Inter-American Court of Human Rights regarding the direct justiciability based on article 26 of the American Convention on Human Rights, which is justified due to the importance of this new interpretation of the Court for a large number of states that submit to its judgments. We conclude that besides the change of interpretation, there is a new protective perspective to the Economic, Social, Cultural and Environmental Rights, which previously was just object of indirect analysis by the Inter-American Court of Human Rights. This leads to some consequences such as a greater protection to the Economic, Social,

* Recebido em 18/12/2020
Aprovado em 05/04/2021

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
E-mail: augustoafleal@gmail.com

*** Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da UFPel; Pós-doutor na PUCRS; Doutor em Direito pela Unisinos; Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra.
E-mail: uassam@gmail.com

Cultural and Environmental Rights in the international sense and a greater pressure to States to implement them in a progressive way. The method of approach is the hypothetical-deductive, by which the hypothesis that these change have occurred in the Inter-American Court is evaluated, based on the international instruments that legally bind it, as well as the other applicable doctrinal and jurisprudential interpretations.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Economic, social, cultural and environmental rights. Justiciability.

1 Introdução

Além da importância do sistema global de proteção dos direitos humanos, cumprem relevante função os sistemas regionais de proteção, dentre eles o Sistema Interamericano, o Sistema Europeu e o Sistema Africano. O Sistema Interamericano, sobre o qual se baseia este estudo, é formado por quatro instrumentos básicos: a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948 (Carta da OEA), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, denominado, simplesmente, de Protocolo de San Salvador (PSS).

O regime de proteção de direitos humanos que vigora no cenário interamericano é dotado de estrutura ampla, inclusive pioneira em alguns aspectos, como no caso de a CADH ter sido o primeiro tratado internacional de direitos humanos a fazer referência direta à proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC)¹. Porém, apesar do vasto repertório de normas voltadas à proteção dos direitos humanos, o Sistema Interamericano não está imune a controvérsias tampouco a eventuais problemas em relação à implementação e exigibilidade dos direitos humanos por ele previstos.

Uma importante questão toma assento no debate jurídico, trata-se da justiciabilidade direta dos DESCA,

diante da norma vaga e, ao mesmo tempo, abstrata contida no art. 26 da CADH. Essa temática passou a ser cada vez mais estudada e discutida. Décadas após o advento da CADH, exigiram-se manifestações específicas da Corte IDH, que nos últimos anos, notadamente a partir de 2017, reconheceu a justiciabilidade direta dos DESCA com fundamento no art. 26 da CADH.

Em vista disso, questiona-se, neste estudo, a viabilidade jurídica da justiciabilidade direta dos DESCA analisada com base nas decisões selecionadas que foram proferidas pela Corte IDH. Para a organização textual desta proposta de estudo, o artigo será dividido em quatro capítulos. O capítulo 2 contém uma exposição dos arrimos normativos do entendimento sobre a justiciabilidade direta dos DESCA, expondo os argumentos básicos contrários e favoráveis a essa interpretação. No capítulo 3, constam os casos decididos pela Corte IDH que concretizaram o reconhecimento, por parte do tribunal, da justiciabilidade direta dos DESCA com base no art. 26 da CADH. E, no capítulo 4, serão estabelecidas as vinculações normativas que corroboram o atual entendimento interpretativo da Corte IDH. Por fim, à guisa de tecer algumas conclusões sobre o tema, no capítulo 5 são expostas possíveis tendências para o cenário regional de proteção dos direitos humanos, com base nesse novo rumo interpretativo e decisório tomado pela Corte IDH.

Contudo, cabe esclarecer que as decisões proferidas pela Corte IDH e os estudos doutrinários nem sempre fizeram menções diretas aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), ocasiões em que se manteve, apenas, a abreviação “DESC”, exatamente quando apropriada ao contexto em que fora extraída sua menção. Porém, ora se pretende enfatizar o termo “DESCA” sempre que possível, considerando-se o reconhecimento, pela própria Corte IDH, da inclusão do direito ao ambiente no rol de direitos protegidos pelo art. 26 da CADH em razão da obrigação dos Estados de alcançar um desenvolvimento integral conforme consta na Carta da OEA.

2 A discussão sobre a justiciabilidade direta dos DESCA

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a controvérsia sobre a justiciabilidade direta dos DESCA

¹ SEATZU, Francesco; TORRES, Amaya Ubeda de. The social charter of the OAS: a step forward in the enforcement of socioeconomic rights in the Americas? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 32, n. 2, p. 130-158, 2014. p. 147.

representa um antigo debate doutrinário e jurisprudencial. Enquanto muito têm se argumentado em favor e contra justiciabilidade, com base, principalmente, na interpretação do art. 26 da CADH e nas competências da Corte IDH, a Corte havia consolidado, anteriormente ao rumo decisório da última década, um sistema de proteção indireta ou por conexão aos DESCAs, realizado por meio do conteúdo e alcance dos direitos civis e políticos (DCP).

Antes da mais recente vertente de decisões da Corte IDH sobre a justiciabilidade direta dos DESCAs, compunha um exemplo claro de interpretações sobre a possibilidade de atuação indireta ou reflexa da Corte IDH aquelas relacionadas à proteção ambiental, fundamentando-se essa alegação indireta ou reflexa decorrente de algum DCP em razão de não constar o direito humano ao ambiente, consagrado no art. 11 do PSS, incluído no rol de direitos passíveis de peticionamento individual, previstos no art. 19.6, também do PSS².

O debate jurídico e acadêmico sobre a justiciabilidade dos DESCAs surge, em grande parte, porque a CADH, observada como o instrumento de maior importância no Sistema Interamericano³, não previu, de forma específica, direitos sociais, culturais ou econômicos e apenas determinou, ao citá-los de maneira genérica, que os Estados os cumprissem de modo progressivo⁴. Ainda que o art. 26 da CADH remetesse à Carta da OEA e às normas sobre os DESCAs nela previstas, o seu texto normativo do artigo 26 CADH gerou, e ainda gera, diversas dúvidas relativas à interpretação sobre a possibilidade da justiciabilidade direta dos DESCAs. Em outras palavras, como referira Cançado Trindade, os DESCAs foram destinados a serem absorvidos por normas econômicas, sociais e culturais da Carta da OEA, de modo que a CADH não conteve mais que um artigo a seu respeito, dispondo tão somente sobre o seu desenvolvimento progressivo à luz das normas da Carta da OEA⁵.

² RESENDE, Augusto César Leite de. *A tutela jurisdiccional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 145; MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199-242, jan./jun. 2013. p. 211.

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 355.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 357.

⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *La Protección In-*

Sendo assim, demonstram-se, neste capítulo, os expoentes e as bases das duas correntes sobre a justiciabilidade direta dos DESCAs. A primeira favorável e, portanto, concorda com essa forma de proteção e, a segunda oferece uma reação negativa à possibilidade jurídica de inclusão dos DESCAs no sistema de peticionamento individual previsto na CADH.

2.1 Abordagem favorável

Uma interpretação da proteção dos DESCAs com base na CADH e que culmina no reconhecimento da existência de sua justiciabilidade direta passa por cinco pontos específicos: (a) o preâmbulo da CADH; (b) art. 26 da CADH; (c) o art. 29 da CADH; (d) a Carta da OEA, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, e (e) art. 4 do PSS.

O preâmbulo da CADH, em dois momentos, traz a importância dos DESCAs para a afirmação do conteúdo do tratado. Serviria o preâmbulo, por isso, como uma diretriz axiológica a indicar o contexto e o sentido das normas posteriormente previstas ao longo do tratado. Nesse sentido, consta no preâmbulo que

sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

E, com menção ao reconhecimento mais expansivo de direitos econômicos e sociais na Carta da OEA, o que será particularmente importante para a compreensão do art. 26 da CADH, referiu-se no preâmbulo que o Protocolo de Buenos Aires de 1967 incorporou à Carta da OEA previsões normativas mais amplas sobre “derechos económicos, sociales y educacionales” e estabeleceu que “una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa matéria”.

O art. 26 da CADH constitui, além do preâmbulo, a única referência que a CADH faz aos DESCAs, ao prever o comprometimento, por parte dos Estados membros, de adotar providências, a nível interno e no âmbito da cooperação internacional, para alcançar “progresiva-

ternacional de Los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. In: CERDAS CRUZ, Rodolfo; NIETO LOAIZA, Rafael. *Estudios básicos de derechos humanos*. San José: IIDH, 1994, p. 48.

mente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”, mas isso na “medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

O art. 29 da CADH tem por finalidade estabelecer normas de interpretação aplicáveis à CADH e proíbe, expressamente, interpretações do tratado que venham a

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno;
- e, d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

As limitações à interpretação da CADH vinculam a sua aplicação de modo a impossibilitar qualquer entendimento a partir da convenção que venha a tolher os direitos nela reconhecidos, os direitos previstos no ordenamento jurídico doméstico de Estados membros ou demais direitos protegidos por outras convenções que tenham sido pelos Estados membros firmadas. Disso já se pode perceber que, tendo a CADH, no artigo 26, previsto expressamente um direito a plena efetividade dos DESCAs, no máximo seria possível controverter a respeito da sua forma de efetivação, pois o mesmo artigo menciona a realização desses direitos por uma via progressiva e em constância com as condições orçamentárias dos Estados. Ademais, em nenhum momento a norma contida no art. 26 da CADH deixa de reconhecer esses direitos, tampouco decreta a impossibilidade de sua justiciabilidade direta.

Além disso, o art. 26 da CADH não descreve, especificamente, quais dos DESCAs está a proteger em suas linhas normativas, mas os indica claramente como aqueles direitos contidos na Carta da OEA após a reforma realizada pelo Protocolo de Buenos Aires. Isso quer dizer que aquelas normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura que constam na Carta da OEA integram o conteúdo da CADH pela abertura e recepção decorrente do art. 26 desse instrumento

normativo internacional e são, por força da abertura e classificação realizadas pelo referido art. 26, consideradas direitos integrantes da CADH.

Na Carta da OEA, constam, especificamente, no Capítulo VII, intitulado “desarrollo integral”, diversas normas que se enquadram na moldura delimitada pelo artigo 26 da CADH, notadamente nos artigos 34, 45, 46 e 52. E, consoante o art. 106 da Carta, “una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”, ocasião em que se há de rememorar essa mesma menção no preâmbulo da CADH.

Essa análise interpretativa propicia, claramente, o entendimento de que os DESCAs podem ser exigidos judicialmente de maneira direta, haja vista que, se o artigo 26 da CADH reconhece os DESCAs previstos na Carta da OEA como albergados e protegidos pelo tratado, e, considerando-se que a CADH, em seus artigos 1.1 e 2, vincula os Estados membros a respeitar os direitos e liberdades reconhecidas na convenção e a promover medidas cabíveis, inclusive legislativas, com a finalidade de os tornar efetivos, pouco espaço restaria para negar a sua justiciabilidade direta. Seria, por consequência, somente possível debater sobre os limites da tutela jurisdicional em razão de comandos de execução progressiva dos DESCAs e dos limites orçamentárias, como delimitado pelo art. 26, *in fine*, da CADH.

Segundo a linha interpretativa em prol da justiciabilidade direta dos DESCAs com fundamento no artigo 26 da CADH, persegue-se, inicialmente, uma desmistificação da ideia de que haveria um desinteresse por parte de alguns Estados em assegurar o catálogo dos DESCAs da mesma forma como realizado em relação aos DCP. A esse respeito, é categórica a conclusão de Melish, que, ao realizar um amplo estudo dos trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*) da CADH, afirmou haver uma clara intenção de que os DESCAs protegidos pelo artigo 26 não deveriam ser considerados como direitos de segunda classe, pois estão submetidos às mesmas condições gerais de obrigação a que foram submetidos os DCP e que constaram no Capítulo I da convenção. Assim, pela análise dos trabalhos preparatórios realizados, não haveria outra leitura do art. 26 da CADH que não fosse a de uma previsão de direitos específicos e

protegidos, os quais seriam judicializáveis nos mesmos moldes dos DCP⁶.

Haveria, além disso, uma proibição de que o art. 19.6 do PSS fosse utilizado como um pretexto para limitar ou restringir a judicialização dos direitos consagrados no art. 26 da CADH, advinda, diretamente, do art. 4º do referido PSS⁷. Observe-se, além disso, que, segundo Melish, a impossibilidade decorrente do art. 19.6 de invocar direitos mediante peticionamento individual se dá somente pela judicialização com base no PSS, o que não implicaria a exclusão da possibilidade de judicialização desses direitos justamente por estarem protegidos pela CADH e pela Declaração Americana, uma vez que o PSS não altera a jurisdição dos órgãos interamericanos⁸.

No mesmo sentido, Calderón Gamboa se manifesta, contrariamente, à possibilidade de que o PSS, especificamente pelo que dispõe no seu art. 19.6, venha a limitar a competência decorrente do art. 26 da CADH, mesmo porque o próprio PSS, no art. 4, retira toda e qualquer possibilidade de ser utilizado como instrumento hábil a restringir direitos reconhecidos e vigentes em razão de legislações internas ou outras convenções internacionais⁹.

Com isso, o art. 26 da CADH consolida a obrigação afirmada pelos Estados signatários de tornar efetivos os DESC derivados da Carta da OEA¹⁰. A menção ao caráter progressivo não geraria, por si só, uma exclusão absoluta das obrigações estatais operativas e imediatamente exigíveis¹¹.

AZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio. *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESC.A en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 345-347. Daí porque o autor refere que segundo o artigo 30.2 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, um tratado subordinado a outro que o especifique não deve ser considerado incompatível com este tratado, prevalecendo as disposições deste último. A utilização dos critérios hermenêuticos da Convenção de Viena apareceu na fundamentação da justiciabilidade direta do artigo 26 da CADH no caso *Cuscul Pinaral y otros vs. Guatemala*, que será mais adiante visto.

¹⁰ ABRAMOVICH, Víctor; ROSSI, Julieta. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 9, n. esp., p. 34-53, abr. 2007. p. 39. Vejam-se ainda, sobre a defesa de uma justiciabilidade direta dos DESC: ESTAPÀ, Jaume Saura. La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). *Papeles el Tiempo de los Derechos*, n. 2, p. 1-14, 2011. p. 7; ANTKOWIAK, Thomas. Social, economic, and cultural rights: the Inter-American Court at a Crossroads. In: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; BURBANO-HERRERA, Clara. *The Inter-American court of human rights: theory and practice, present and future*. Cambridge: Intersentia, 2015. p. 265-266, 276; PELAYO MÖLLER, Carlos María. El “mínimo vital” como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Métodos*, v. 3, p. 31-51, 2012. p. 40; SALVIOLI, Fabián. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH*, v. 39, p. 101-167, 2004. p. 112-113, 156; FAÜNDEZ LEDESMA, Héctor. La justiciabilidad de los Derechos Sociales em el Derecho Internacional Contemporáneo. *Gaceta Laboral*, v. 6, n. 2, p. 163-200, 2000. p. 193.

¹¹ ABRAMOVICH, Víctor; ROSSI, Julieta. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 9, n. esp., p. 34-53, abr. 2007. p. 46. Ainda que formulada com base no direito constitucional brasileiro e sem desconsiderar que a realização de direitos sociais deve considerar certa conjuntura socioeconômica, cabe aqui mencionar a crítica realizada por Sarlet ao que denominou de uma postura ideológica aquela pautada na desqualificação dos direitos sociais como direitos humanos (fundamentais no caso da caso da Constituição brasileira), incluída nessa classificação a criação de barreiras intranponíveis para sua implementação. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 364. Sobre a eficácia normativa de normas programáticas, veja-se ainda o entendimento de Grau. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 355. E quanto a exigibilidade dos DESC desde uma perspectiva de direito internacional, veja-se entendimento de Abramovich e Courtis. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Es-

⁶ MELISH, Tara J. Rethinking the “Less as More” thesis: supranational litigation of economic, social and cultural rights in the Americas. *International Law and Politics*, v. 39, p. 171-343, 2006. p. 229-230. É relevante notar que neste texto, a autora pretendeu se contrapor aos argumentos legais e factuais que levaram Cavallaro e Schaffer a sustentar a tese de uma restrita litigância dos DESC.A, segundo a qual, então denominada *less as more* (menos como mais), uma menor litigância direta dos DESC.A levaria a uma implementação maior destes direitos. CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: rethinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, v. 56, p. 217-282, 2004. p. 219, 281.

⁷ MELISH, Tara J. Rethinking the “Less as More” thesis: supranational litigation of economic, social and cultural rights in the Americas. *International Law and Politics*, v. 39, p. 171-343, 2006. p. 232.

⁸ MELISH, Tara J. Rethinking the “Less as More” thesis: supranational litigation of economic, social and cultural rights in the Americas. *International Law and Politics*, v. 39, p. 171-343, 2006. p. 233-234. Neste sentido, Abramovich e Rossi referem que o direito à greve, implicitamente previsto no artigo 45 da Carta da OEA, estaria compreendido no artigo 26 da CADH e pode ser matéria de petição individual ante a Corte IDH, sem prejuízo de sua exclusão da enumeração de direitos justiciáveis prevista no artigo 19.6 do Protocolo. Cf. ABRAMOVICH, Víctor; ROSSI, Julieta. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 9, n. esp., p. 34-53, abr. 2007. p. 50.

⁹ CALDERÓN GAMBOA, Jorge. La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONI-

2.2 Abordagem desfavorável

Em uma outra vertente interpretativa das normas que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, muito embora o PSS disponha sobre uma estreita relação entre os DCP e os DESCAs, basicamente se entende que o art. 19.6 seria claro ao referir que somente os direitos sindicais constantes no art. 8.a e o direito à educação previsto no art. 13 podem ser judicializados mediante o sistema de petições individuais regulado pela CADH, isto é, somente os direitos consagrados nesses dois artigos gozariam de justiciabilidade direta perante a Corte IDH.

Os argumentos dessa corrente contrária à justiciabilidade direta dos DESCAs não exigem muitos detalhes para serem expostos e compreendidos. Basicamente, as linhas de fundamentação que embasam a não justiciabilidade direta dos DESCAs partem da ideia de que o art. 26 da CADH não conteria direitos específicos e exigíveis individualmente¹². Também, argumenta-se que as violações aos DESCAs, principalmente aqueles expressamente previstos no PSS que não dissessem respeito aos artigos 8.a e 13 ali previstos não seriam submetidos ao sistema de petições individuais¹³ e, portanto, careceriam de fundamento jurídico para que fossem exigidos diretamente.

Para essa corrente contrária, não haveria como extrair da CADH qualquer possibilidade jurídica para reforçar a justiciabilidade direta dos DESCAs, isso porque

tándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 304.

¹² CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: rethinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, v. 56, p. 217-282, 2004; AVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, v. 56, p. 217-282, 2004, p. 225; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R. The American Convention and the Protocol of San Salvador: two intertwined treaties: non-enforceability of economic, social and cultural rights in the inter-american system. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 31, n. 2, p. 159-186, 2013. p. 182.

¹³ CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: rethinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, v. 56, p. 217-282, 2004. p. 268-269; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R. The American Convention and the Protocol of San Salvador: two intertwined treaties: non-enforceability of economic, social and cultural rights in the inter-american system. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 31, n. 2, p. 159-186, 2013. p. 161, 176.

o art. 26, isto é, o único artigo que compõe o Capítulo III da CADH, intitulado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, não faria menção a qualquer direito de maneira expressa e, como consequência, não haveria exigibilidade individual de direitos possível de ser fundamentada a partir de seu enunciado.

Além disso, para essa abordagem, embora o PSS contivesse um não curto rol contendo previsões sobre os DESCAs, a justiciabilidade direta do seu conteúdo seria limitada expressamente por força do art. 19.6, que permitiria a justiciabilidade direta única e exclusivamente dos direitos previstos nos artigos 8.a e 13.

Além dessas duas fundamentações que preenchem um amplo espaço argumentativo da corrente contrária, poderia se aventar uma terceira controvérsia, que trataria sobre os limites da Corte IDH em seus julgamentos de casos contenciosos que tratassem sobre os DESCAs à luz do reconhecimento de sua justiciabilidade direta com base no art. 26 da CADH.

Esse entendimento, apesar de que pudesse vir a reconhecer direitos tendo como esteio o art. 26 da CADH, pautaria sua contrariedade com base nos limites do próprio art. 26, que teria estabelecido, apenas, um caminho progressivo de plena efetivação dos DESCAs, bem como imposto a observação de eventuais restrições orçamentárias para a efetivação progressiva dos DESCAs. Porém, essa não parece ser, por si só, uma limitação à justiciabilidade direta dos DESCAs, mas apenas uma questão sobre os limites da Corte IDH na sua atuação jurisdicional sobre os DESCAs. Seria muito mais uma questão de aplicação e interpretação dos DESCAs em casos concretos do que um argumento contrário à justiciabilidade direta destes direitos.

E, se da corrente argumentativa recém-exposta, a não justiciabilidade direta fosse defendida em razão de uma possível classificação desses direitos como sendo de aplicação progressiva, haveria uma incompreensão a respeito da dogmática dos direitos humanos, pois, mesmo se tratando de um direito de aplicação progressiva, ainda assim não estariam excluídas as possibilidades de sua judicialização.

3 Justiciabilidade direta dos DESCAs na Corte IDH

Ainda antes de um novo rumo das decisões proferidas pela Corte IDH a respeito da justiciabilidade dos DESCAs — ser tomado, desde há muito já se apontava uma relação intrínseca entre os direitos humanos, ainda que resguardassem, em sua essência, bens jurídicos diversos. Nesse sentido, Cançado Trindade manifestava uma espécie de aceitação virtual universal da tese de uma interrelação e indivisibilidade dos direitos humanos¹⁴. Apesar desse entendimento prévio que favorecia a exigibilidade dos DESCAs, ainda que indireta e reflexivamente, na última década, a Corte IDH proferiu uma série de decisões favoráveis à justiciabilidade direta dos DESCAs.

Nesse sentido, há uma reconstrução possível de ser realizada com base nos casos que levaram ao entendimento da viabilidade da justiciabilidade direta do art. 26 da CADH. Essa narrativa decorre da interpretação de um longo processo que dependeu de diversas composições da Corte IDH, de certos votos de seus juízes membros sobre variados temas e de diferentes contextos políticos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que levou Parra Vera a descrever essa forma de interpretação, metafóricamente, como sendo uma novela em cadeia¹⁵. Nada obstante, das decisões judiciais da Corte IDH que reforçaram e conformaram a justiciabilidade direta dos DESCAs, não é de se ignorar que quatro casos despontam como verdadeiros marcos na trajetória deste entendimento. São eles: *Acevedo Buen-*

día y otros vs Perú (2009), *Lagos del Campo vs Perú* (2017), *Cuscul Pivaraly otros Vs. Guatemala* (2018) e *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020).

É possível pontuar, nos quatro casos destacados e extraídos dos precedentes da Corte IDH, as mudanças ocorridas na trajetória de decisões proferidas por aquele Tribunal. Isso implica uma análise contextual e dos principais pontos decididos em cada um dos casos, estabelecendo-se uma relação direta com o que se pretende demonstrar neste artigo; é dizer, os rumos tomados quanto à exigibilidade direta dos DESCAs frente à Corte IDH. Portanto, esta análise com detalhes selecionados dos precedentes, como se poderá facilmente perceber logo adiante, não contém descrições pormenorizadas de cada um dos casos, o que, além de fugir do propósito do estudo realizado, ultrapassaria os limites espaciais deste texto.

O caminho que levou à justiciabilidade direta dos DESCAs na Corte IDH pode ser identificado por três etapas: (a) uma primeira etapa corresponderia a uma interpretação da Corte IDH pouco promissora em relação à justiciabilidade direta dos DESCAs por não conter efeitos concretos; (b) uma segunda etapa remete ao momento em que a Corte supera e retifica a interpretação anteriormente conferida ao art. 26 da CADH e admite uma diversa linha hermenêutica; (c) por fim, a recente terceira etapa adota um caminho de justiciabilidade direta dos direitos sociais com base em uma interpretação expansiva das possibilidades decorrentes da norma contida no art. 26 da CADH.¹⁶

Neste estudo, tem-se como proposta realçar a segunda e a terceira etapas pelas quais a Corte passou em seu desenvolvimento jurisprudencial sobre a justiciabilidade direta do art. 26 da CADH, uma vez que a primeira etapa, justamente por adotar uma linha interpretativa diversa, não condiz com o desenvolvimento jurisprudencial posteriormente ocorrido¹⁷. Mesmo assim, com

¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La protección internacional de los derechos, económicos, sociales y culturales. In: CERDAS CRUZ, Rodolfo; NIETO LOAIZA, Rafael. *Estudios básicos de derechos humanos*. San José: IIDH, 1994. p. 60.

¹⁵ PARRA VERA, Óscar. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio. *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 182. Veja-se, a respeito, a ideia de novela em cadeia (*Chain Novel*) de Dworkin que inspirou Parra Vera, segundo a qual os juízes são ao mesmo tempo autores e críticos e uma decisão judicial inclui em uma tradição a interpretação de um determinado juiz, ao ponto que os juízes futuros confrontarão uma nova tradição que inclui aquilo que o juiz anterior decidiu, e assim por diante. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 228.

¹⁶ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs: el camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”. *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, v. 16, p. 183-235, jul. 2020. p. 192.

¹⁷ Para um inventário detalhado sobre as decisões da Corte IDH que culminaram no estágio atual. PARRA VERA, Óscar. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio. *Inclusión, Ius Commune y justici-*

vistas a ilustrar essa linha de entendimento primária, é emblemática a decisão da Corte IDH sobre a interpretação do art. 26 da CADH no caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*¹⁸.

Em 2003, no mencionado caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, pela Corte IDH foram analisadas as alegações de que o Estado peruano houvera adotado medidas regressivas com relação ao direito à seguridade social, além de violar o direito à propriedade e à tutela judicial efetiva, por ter o Estado modificado, arbitrariamente, as pensões que seriam pagas às vítimas e não cumprido com os pagamentos ordenados em sentenças judiciais de ações pelas vítimas ajuizadas. Ao abordar uma possível violação ao art. 26, a Corte IDH determinou que o dever de desenvolvimento progressivo e a proibição de regresso somente poderiam ser medidas com relação à totalidade da população e não apenas com base em um grupo de pessoas, então considerado como não representativo da situação geral¹⁹.

Após essas questões introdutórias ao capítulo, passasse, nos próximos tópicos, a considerar, separadamente, as decisões então tidas como fundamentais para expor, em uma narrativa sequencial, o caminho interpretativo adotado pela Corte IDH em direção à justiciabilidade direta dos DESCAs.

3.1 Caso *Acevedo Buendía y otros vs Perú (2009)*: afirmação de competência da Corte para se pronunciar sobre o art. 26 da CADH

O caso *Acevedo Buendía y otros* (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) *vs Perú*²⁰ tratou de uma demanda de 273 pensionistas membros da *Asociación de Cesantes y Ju-*

ciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 196 et seq. Sobre o tema, veja-se ainda, cf. PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; CUNHA CRUZ, Julia Cortez da. La protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: MORALES ANTONIAZZI, Mariela; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura. *Interamericanización de los DESCAs: El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, p. 190 et seq.

¹⁸ CORTE IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

¹⁹ CORTE IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, parágrafo 147.

²⁰ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

bilados de la Contraloría General de la República. Os pensionistas, da membros da Associação, recebiam uma pensão progressivamente nivelada com a remuneração do titular em atividade da que viera a ocupar o mesmo cargo ou função análoga a que os pensionistas desempenhavam ao tempo de sua aposentadoria. Porém, uma nova norma editada em 1992 tolheu esses benefícios, a redução dos valores percebidos foi entendida como inconstitucional pelo Tribunal Constitucional do Peru.

A Corte IDH foi chamada a se manifestar sobre o fato de que, dentre os períodos de abril de 1993 a outubro de 2002, os membros da associação receberam valores não nivelados e, conseqüentemente, a menor em relação ao que era determinado antes da norma de 1992 que cortou o benefício, uma vez que o Estado do Peru passou a realizar o pagamento das pensões a partir de 2002 sem cumprir com a restituição dos valores não pagos no período antecedente. Na ocasião, os membros da Associação alegaram violações ao direito à proteção judicial e ao direito de propriedade, previstos nos artigos 25 e 21, respectivamente, da CADH.

Quanto ao art. 25, a Corte IDH entendeu, por unanimidade, que o Estado peruano falhou em assegurar uma aplicação de recursos efetivos ante autoridades competentes que venham a proteger pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que conduzam à determinação de seus direitos e deveres, conforme determinava o art. 25.1 da CADH. Também, consoante a Corte IDH, o Estado peruano não cumpriu com sua função de garantir os mecanismos hábeis a executar as decisões e sentenças definitivas emanadas pelas autoridades competentes com a finalidade de proteger os direitos declarados e reconhecidos, de acordo com o art. 25.2c da CADH. Foi declarada, com isso, a violação do direito à proteção judicial reconhecida nos artigos 25.1 e 25.2c, em relação ao art. 1.1, todos da CADH²¹.

E, sobre o direito de propriedade, a Corte IDH entendeu que com a redução ilegal dos valores auferidos pelos membros das Associações, houve uma afetação direta em seu patrimônio, de modo que não puderam gozar, integralmente, de seu direito de propriedade sobre os efeitos patrimoniais de sua pensão nivelada.

²¹ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, parágrafos 72 e 79.

Persistindo uma afetação ao patrimônio das vítimas enquanto o Estado do Peru não restituir os valores retidos entre abril de 1993 a outubro de 2002. Desse modo, a Corte IDH concluiu que a prolongada e injustificada não observância das decisões judiciais internas levou à vulneração do direito de propriedade reconhecido no art. 21 da CADH, precisamente os artigos 21.1 e 21.2, em relação ao art. 1.1, todos da CADH.

E, mesmo entendendo pela ausência de violação ao art. 26 da CADH por compreender terem sido violados, apenas, os direitos protegidos pelos artigos 25 e 21, também da CADH e em razão de não fazer parte da controvérsia se os membros da Associação tinham direito ao nivelamento da pensão²², a Corte IDH se manifestou no sentido de que o art. 26 da CADH se conjuga com a primeira parte do referido tratado, sobre os deveres estatais, e está sujeito às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 do Capítulo I da CADH, de igual forma aos DCP. Com isso, a Corte IDH ressaltou a interdependência entre os DCP e os DESC. Deveriam ser compreendidos integralmente como direitos humanos, sem hierarquia e exigíveis em todos os casos ante as autoridades competentes, sendo até mesmo passíveis de justiciabilidade as regressões causadas aos DESC, ainda que de forma condicionada e passível de serem justificadas por questões de peso²³.

Destaca-se, nessa decisão, ainda, o voto do juiz García Ramírez, a respeito das limitações da Corte IDH em desenvolver e interpretar o art. 26 da CADH, tanto em razão do *corpus juris* interamericano como devido aos casos que chegaram à Corte. Sobre isso, García Ramírez conclui que a Corte IDH entende ser exigível a observância do art. 26 da CADH como norma imperiosa,

²² CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, parágrafos 106 e 107.

²³ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, parágrafos 100, 101 e 103. Neste ponto, há que se observar a crítica de Catoggio, ao referir que se tratando de uma proibição e retrocesso e sendo discutível apenas como se daria o desenvolvimento progressivo, seria injustificado um condicionamento das obrigações de não regressividade que impõem o cumprimento com os DESC. CATOGGIO, Augusto. El largo y controvertido camino en la protección de los derechos sociales: acerca del caso Acevedo Buendía y otros (cesantes y jubilados de la Contraloría) vs. Perú (2009, Cr.I.D.H.). *Revista Relaciones Internacionales*, n. 38, 2010. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/46542/Documento_completo_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acceso en: 01 nov. 2020.

não se tratando, apenas, de sugestão política, mediante uma valoração de duas dimensões, uma sobre a progressividade e a outra sobre a proibição de regresso.

No julgamento de 2009, mesmo que a Corte IDH não tenha se manifestado pela ocorrência de uma violação específica ao art. 26 da CADH, deixou o tribunal um inquestionável entendimento sobre a justiciabilidade direta dos direitos interpretados com base no art. 26 da CADH.

Ao comentar a decisão proferida pela Corte IDH, Piovesan destaca ter sido reconhecido pela Corte que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, conjugando-se os DCP aos DESC sem qualquer hierarquia, de modo a serem todos os direitos exigíveis. Conforme esclareceu Piovesan, a Corte destacou, também, que a aplicação progressiva dos direitos sociais é suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, com realce para o dever dos Estados de não imporem regressos em matéria de direitos sociais²⁴.

Na decisão, a Corte IDH se manifestou, favoravelmente, à justiciabilidade direta do art. 26 da CADH, estabelecendo que a progressividade implica uma direta obrigação dos Estados de não regressão na proteção dos DESC²⁵. A ausência de menção a uma violação de um dos DESC baseada, unicamente, no art. 26 da CADH, não retira o fato de ter sido utilizada a ideia de progressividade contida no referido artigo para interpretar possíveis violações a direitos incluídos na CADH.²⁶

Conforme Parra Vera, serviu o caso *Acevedo Buendía vs. Perú* como um primeiro passo para superar dúvidas pretéritas, tendo a Corte IDH se manifestado, positivamente, sobre a possibilidade de que o art. 26 da CADH, ao concretizar direitos econômicos, sociais e culturais fosse exigível, recaindo sobre este rol de direitos obriga-

²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013. p. 403.

²⁵ SEATZU, Francesco; TORRES, Amaya Ubeda de. The social charter of the OAS: a step forward in the enforcement of socioeconomic rights in the Americas? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 32, n. 2, p. 130-158, 2014. p. 149.

²⁶ SEATZU, Francesco; TORRES, Amaya Ubeda de. The social charter of the OAS: a step forward in the enforcement of socioeconomic rights in the Americas? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 32, n. 2, p. 130-158, 2014. p. 151.

ções de respeito e garantia, tais como prevenção, proteção e cumprimento²⁷.

3.2 Caso *Lagos del Campo vs Perú* (2017): primeira declaração de violação de direitos laborais a partir do art. 26 da CADH

Com a decisão *Lagos del Campo vs Perú*²⁸, a CIDH pela primeira se manifestou por uma condenação com base especificamente no art. 26 da CADH, notadamente com base nos direitos à estabilidade laboral e com fundamento extraído da combinação do art. 26 com os artigos 1.1, 8, 13 e 16 da CADH. Também, declarou a Corte vulnerados os direitos à liberdade de expressão (artigos 8 e 13, combinado com o art. 1.1, da CADH), o direito à liberdade de associação (artigos 16 e 26, combinado com os artigos 1.1, 8 e 13 da CADH) e o direito de acesso à justiça (artigos 8 e 25, também da CADH).

Versava o caso sobre a demissão por justa causa de Alfredo Lagos del Campo, um membro de uma comunidade de industriários do Peru demitido em 1989 por se manifestar, criticamente, à empresa em que trabalhava na época. Após o Poder Judiciário peruano ter negado a reintegração ao emprego e considerado justa a demissão, a representação judicial encaminhada por Alfredo Lagos del Campo à Comissão Interamericana causou o processamento do Estado do Peru junto à Corte IDH.

Extraí-se da decisão proferida pela Corte IDH uma declaração de violações a direitos relativos à matéria laboral, com base no art. 26 da CADH, em duas situações específicas, sendo elas a estabilidade laboral e a liberdade de associação de trabalhadores.

Versando sobre a estabilidade laboral, é referido na decisão um direito próprio da Corte de resolver qualquer controvérsia relativa à sua jurisdição, ocasião em que menciona, expressamente, o precedente do caso *Acevedo Buendía y otros vs Perú* e exerce uma interpretação

²⁷ PARRA VERA, Óscar. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio. *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESC.A en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 199.

²⁸ CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo vs Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

segundo a qual o art. 26 da CADH, apesar de previsto no Capítulo III sobre os DESC, estaria conjugado com a Parte I da Convenção e, portanto, sujeito às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2, previstos no Capítulo I, assim como estão sujeitos a essas obrigações gerais também os artigos 3 ao 25, pertencentes ao Capítulo II sobre os DCP.

Em vista disso, com base no art. 26 da CADH, a Corte concluiu que a demissão de Alfredo Lagos del Campo acabou privando-o do seu emprego e demais benefícios decorrentes da seguridade social, sem a efetiva tutela do direito à estabilidade laboral por parte do Estado peruano. Com esse entendimento pioneiro da Corte IDH, reconheceu-se, na própria decisão, a concretização de uma específica condenação por violação ao art. 26 da CADH²⁹.

A segunda fundamentação diretamente realizada sobre o art. 26 da CADH tratou da liberdade de associação para fins laborais. Há de se destacar que, conquanto o art. 8.1a do PSS consagre expressamente o direito de organização e filiação sindical com possibilidade de peticionamento individual, nos termos de seu art. 19.6, a organização a que se encontrava vinculado Alfredo Lagos del Campo possuía natureza distinta dos sindicatos.

A Corte IDH entendeu que o direito à liberdade de associação laboral se estende àquelas organizações que representem os interesses legítimos de trabalhadores, ainda que não sejam classificadas estas organizações como sindicatos. E, conforme a Corte, houve a violação aos artigos 16.1 e 26, em interpretação conjunta com os artigos 1.1, 8 e 13, da CADH. Segundo a fundamentação realizada, as violações ocorreram, em relação ao art. 16, por este prever a liberdade de associação para fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra

²⁹ CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo vs Perú*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, parágrafo 154. Nos exatos termos da decisão: “Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados (supra párr. 142). Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado”.

natureza e, o que importa destacar, em relação ao art. 26, por derivar de normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da OEA, que reconhecem o direito de trabalhadores de associar-se em defesa e promoção de seus interesses.

O marco jurisprudencial decorrente da decisão foi respaldado pelos juízes Caldas e Ferrer Mac-Gregor. Para o primeiro, representou a decisão um grande passo jurisprudencial, tendo sido adotada de modo consciente e maduro. Para o segundo, o caso abriu um rico e novo horizonte para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo ressaltado a sujeição dos Estados ao respeito e garantia aos direitos humanos sem distinção, inclusive aos DESCA.

Dos dois votos dissidentes, provenientes dos juízes Vio Grossi e Sierra Porto, cabe realizar algumas considerações.³⁰ Para Vio Grossi, a Corte IDH não poderia conhecer e resolver possível violação ao direito à estabilidade laboral, não sendo um direito reconhecido pela CADH, tampouco passível de amparo pelo sistema de proteção previsto unicamente para os DPC. E, para Sierra Porto, o art. 26 da CADH não conteria um catálogo de direitos, muito pelo contrário, pois apenas prescreveria obrigações da Corte IDH de supervisionar o cumprimento de desenvolvimento progressivo e dever de não retrocesso dos direitos derivados da Carta da OEA. Também, consoante o juiz Sierra Porto, haveria uma vontade expressa dos Estados de não dotar de justiciabilidade os DESCA, salvo as permissões expressamente previstas no art. 19.6 do PSS.

Com a interpretação da Corte IDH sobre o art. 26 da CADH nesse caso, inovou-se em matéria de defesa dos DESCA no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Como referiu Calderón Gamboa, abriu-se uma porta para a justiciabilidade direta desses direitos sempre que o direito em análise cumpra com certos elementos de verificação para sua consolidação como um direito exigível.³¹

³⁰ Ora expostas, as dissidências representam o contraponto realizado pelos juízes na Corte IDH e que mantiveram, com essa base argumentativa, ao longo das decisões posteriores, razão pela qual não voltarão a ser retratados.

³¹ CALDERÓN GAMBOA, Jorge. La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio. *Inclusión, In Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de

Embora, anteriormente ao julgamento, a Corte IDH houvesse se manifestado pela existência dos DESC em outras disposições da CADH, como na ocasião do julgamento do caso *González Lluy Vs. Ecuador* (2015), é certo que, com o julgamento do caso *Lagos del Campo vs Perú*, foi garantida a justiciabilidade plena desses direitos no Sistema Interamericano por meio único e exclusivo do art. 26 da CADH.³²

3.3 Caso *Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala* (2018): a Corte IDH reconhece uma mudança jurisprudencial

O caso *Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala*³³ tratou da demanda de um grupo de pessoas portadoras do VIH (Vírus da Imunodeficiência Humana)³⁴ que padecia de falta de atenção à saúde por parte do Estado ao longo de certo período de tempo, seguido de uma atenção deficiente a partir de determinado momento. Parte das pessoas do grupo faleceu por contraírem a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA)³⁵ e pela consequência de doenças oportunistas, além de que outras permaneceram expostas aos mesmos riscos e passarem por diversas dificuldades.

Ao Corte IDH entendeu pela responsabilidade do Estado da Guatemala em razão da violação do direito à saúde, em conformidade com o art. 26 da CADH em relação ao art. 1.1 e em prejuízo do grupo de pessoas acometidas de VIH. Em conjunto com isso, a Corte

Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 375. No mesmo sentido. MOSCOSO-BECERRA, Gerson. La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Dikaion*, v. 28, n. 2, p. 385-403, 2019. p. 389.
³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveria. *Curso de direito internacional público*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 825.

³³ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. É importante observar que meses antes da decisão do caso *Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala* a Corte IDH, em março de 2018, a Corte IDH proferiu decisão no caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* em que reconheceu pela primeira vez o direito à saúde de maneira autônoma e exigível com base na CADH, além de fazer referência direta DESCA, isto é, incluindo os direitos ambientais, mediante uma interpretação da Convenção Americana e a incorporação dos DESCA por derivação das normas reconhecidas na Carta da OEA. Nesta decisão, ficou clara a postura da Corte de deprender do artigo 26 duas formas de obrigação, a adoção de medidas gerais progressivas (com concomitante proibição de regresso) e a adoção de medidas de caráter imediato. CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, parágrafos 103, 104 e 105.

³⁴ *Human Immunodeficiency Virus (HIV)*.

³⁵ *Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS)*.

IDH entendeu ser responsável o Estado, também, pelas violações à proibição de discriminação, ao Princípio da Progressividade, aos direitos à vida e integridade pessoal, aos direitos de garantias processuais e proteção judicial e à integridade pessoal dos familiares das vítimas.

Ao fundamentar a justiciabilidade do art. 26 da CADH, a Corte IDH utilizou os métodos de interpretação estabelecidos nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em conjunto com as normas retiradas do art. 29 da CADH, que igualmente tratam de critérios de interpretação.³⁶ E, em conclusão, a Corte expressou que, com base em interpretação literal, sistemática e teleológica, o art. 26 da CADH protege os direitos derivados dos DESC contidos na Carta da OEA. E, como o alcance desses direitos deve ser entendido em relação às demais cláusulas da CADH, eles estão sujeitos às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2, da CADH, e podem ser submetidos à supervisão da Corte, com base nos artigos 62 e 63, igualmente da CADH. Também, a Corte IDH expressou que essa interpretação sobre a justiciabilidade do art. 26 da CADH se fundamenta conjuntamente com a interdependência e indivisibilidade dos DCP e DESC, com o objeto e fim da Convenção, que se volta à proteção dos direitos humanos. Com isso, conforme a Corte, tem-se como necessária, em cada caso concreto relacionado à análise dos DESC, uma análise se da Carta da OEA há uma derivação explícita ou implícita de um direito humano protegido pelo art. 26 da CADH e qual o alcance dessa proteção.³⁷

A Corte IDH reiterou que o direito à saúde provém dos DESC contidos na Carta da OEA. O caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* destacou a natureza e alcance desse direito como contendo tanto aspectos de caráter progressivo, como de exigibilidade imediata³⁸.

Ainda, o caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* assume um lugar de destaque na jurisprudência interamericana em razão de a Corte IDH ter reconhecido, de modo expresso, claro e, pela primeira vez, a mudança na sua jurisprudência desde o caso *Lagos del Campo vs. Perú* em relação aos casos anteriormente julgados em que as alegadas violações aos DESC eram analisadas por co-

nexidade com algum DCP. A decisão serviu, portanto, para sistematizar e aprofundar, com maior rigor jurídico, os diferentes aspectos desenvolvidos em diversas decisões da Corte IDH sobre o conteúdo, os alcances e a justiciabilidade do art. 26 da CADH.³⁹

O reconhecimento da virada jurisprudencial por parte decisão proferida no caso em análise oportunizou uma ampliação do desenvolvimento argumentativo com a finalidade de concluir, primeiramente, que do art. 26 da CADH se depreendem direitos concretos e, em segundo, que a Corte IDH tem competência para estabelecer violações a esses direitos e fixar reparações.⁴⁰

3.4 Caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020): o art. 26 da CADH como fundamento para o direito de participar de uma vida cultural, o direito ambiental, o direito à alimentação adequada e o direito à água

No caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*⁴¹ (doravante abreviado para *Lhaka Honhat vs. Argentina*) versa-se sobre a reclamação de vários povos indígenas que integram a Lhaka Honhat, uma associação de comunidades indígenas pertencentes aos povos Wichí (Mataco), Iyjwaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete), com a finalidade de que sejam tituladas suas terras de uso tradicional, localizadas no departamento de Rivadavia, na província de Salta da Argentina. Para promover seus interesses, as comunidades indígenas se organizaram criando uma associação, denominada *Lhaka Honhat* que, no idioma *wichí*, significa Nossa Terra (*Nuestra Tierra*). A inércia do Estado em

³⁹ IBÁÑEZ RIVAS, Juana Maria. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana. In: MORALES ANTONIAZZI, Mariela; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura. *Interamericanización de los DESC: el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020. p. 77.

⁴⁰ SERRANO GUZMÁN, Silvia. Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019. In: MORALES ANTONIAZZI, Mariela; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura. *Interamericanización de los DESC: El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, p. 127.

⁴¹ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

³⁶ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, parágrafo 75.

³⁷ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, parágrafo 97.

³⁸ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, parágrafo 98.

titular as terras indígenas foi conjugada ao agravamento da destruição ambiental, como o desmatamento e a destruição dos recursos naturais tais como vegetação e córregos⁴².

A demanda levada à Corte IDH não estava direcionada ao reconhecimento do território como sendo indígena, haja vista que o Estado argentino, de há muito, reconheceu o território ancestral como indígena, identificado pelo governo como sendo aquele localizado nos assim citados Lotes 14 e 55 e que ocupam uma área total de cerca de 643.000 hectares. Procuravam as comunidades indígenas uma determinação em face do Estado, para que este respeitasse e garantisse o direito das comunidades de desfrutar, coletivamente, de suas terras ancestrais.

É relevante notar a proximidade dessa decisão com a Opinião Consultiva OC-23/17⁴³ quanto ao reconhecimento de o direito ao ambiente estar incluído no rol de direitos protegidos pelo art. 26 da CADH, considerando-se a obrigação dos Estados de alcançar um desenvolvimento integral de seus povos mencionada na Carta da OEA, especificamente nos artigos 30, 31, 33 e 34⁴⁴.

Além disso, no caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, a Corte IDH ratificou seu pronunciamento realizado no

âmbito da OC-23/17 sobre o conteúdo e alcance do direito ao ambiente, ocasião em que o classificou como um interesse universal e um direito fundamental para a existência da humanidade e que, por ser um direito autônomo, destina-se a proteger os componentes ambientais como interesses jurídicos em si mesmos, mesmo que inexistam evidências sobre riscos a pessoas individuais⁴⁵.

É importante considerar que a Opinião Consultiva, um instrumento de menor grau de confrontação em relação a um caso contencioso e não limitado aos específicos fatos colocados em evidência pela consulta, tem como finalidade contribuir para o desenvolvimento dos direitos humanos internacionais, uma vez que agrega uniformidade e consistência interpretar a Convenção Americana e demais tratados de direitos humanos, além de fornecer expressão judicial aos conceitos de direitos humanos analisados⁴⁶. E a OC-23/17 resultou de uma consulta realizada pelo Estado da Colômbia sobre as obrigações estatais em relação ao ambiente levando em consideração o marco jurídico da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal, previstos nos artigos 4 e 5 da CADH, em relação aos artigos 1.1 e 2, também da CADH. Por meio da OC-23/17, a Corte IDH se manifestou, pela primeira vez, sobre uma relação intrínseca e necessária, dotada de interdependência, entre os direitos humanos, o ambiente e o desenvolvimento sustentável. Serviu a OC-23/17, com isso, para

⁴² Algumas informações iniciais sobre o caso constam em um relatório produzido pelo Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) anos antes de seu julgamento final pela Corte IDH. CARRASCO, Morita; ZIMMERMAN, Silvina. *Argentina: el caso Lhaka Honhat*. Buenos Aires: IWGIA, 2006.

⁴³ CORTE IDH. *Medio ambiente y derechos humanos* (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. Para uma análise da competência consultiva da Corte IDH e da solicitação do Estado da Colômbia que deu causa à aludida opinião consultiva, v. GOMES, Eduardo Biacchi; BRANDALISE, Ane Elise. A teoria ambientalista (green theory) e a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso da Colômbia. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 147-159, 2017. p. 153. CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*.

⁴⁴ CORTE IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, parágrafo 202; CORTE IDH. *Medio ambiente y derechos humanos* (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, parágrafo 57 e nota de rodapé 85.

⁴⁵ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, parágrafo 203; CORTE IDH. *Medio ambiente y derechos humanos* (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, parágrafos 59 e 62. Sobre a utilização do termo “direito fundamental” na decisão da Corte, embora tenha sido aqui mencionada tal como constou na decisão, faz-se necessário esclarecer que se entende como mais apropriado o emprego da expressão “direitos humanos” por se tratar de termo usualmente utilizado em declarações e convenções internacionais. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 31. Sobre essa perspectiva, veja-se, também, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 29.

⁴⁶ PASQUALLI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 80.

demonstrar a tendência da Corte IDH na matéria referente à justiciabilidade dos DESCA⁴⁷.

Dentre os diversos fundamentos expressados pela Corte IDH no caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* ao decidir sobre os direitos à alimentação, à água e de participação à vida cultural, tanto com base no ordenamento jurídico internacional como a partir do direito doméstico aplicáveis ao caso, destacam-se fundamentos extraídos que diretamente se associam a uma interpretação da Corte em prol da justiciabilidade direta desses direitos. Assim o direito à alimentação adequada foi considerado mediante a disposição do art. 34.j da Carta da OEA e consoante o art. XI da Declaração Americana⁴⁸. Sobre o direito à água, a Corte seguiu o caminho interpretativo em relação ao art. 26 da CADH e a demonstração de derivação desse direito a partir da Carta de OEA⁴⁹. E a respeito do direito de participação à vida cultural, incluso o direito de identidade cultural, a Corte IDH fundamentou com base na Carta da OEA, inclusive associando-o ao direito à alimentação adequada e ao direito ao ambiente, especificamente mencionando os artigos 30, 45 f., 47 e 48, a Carta da OEA e conjuntamente com o art. XIII da Declaração Americana⁵⁰.

Em suas conclusões, entendeu a Corte IDH dentre outras declarações de responsabilidade do Estado argentino, pela sua responsabilidade quanto às violações perpetradas contra o direito de participar de uma vida cultural, no que diz respeito à identidade cultural, ao direito ambiental, ao direito à alimentação adequada e ao direito à água, previstos no art. 26 da CADH em relação ao art. 1.1, também da CADH⁵¹.

⁴⁷ CALDERÓN GAMBOA, Jorge. La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio. *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana*: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 375

⁴⁸ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párrafos 210 e 211.

⁴⁹ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párrafo 222.

⁵⁰ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párrafo 231 e 232.

⁵¹ A votação, de três votos contra três, foi desempatada em prol

No julgamento do caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, pela primeira vez, a Corte IDH se pronunciou em um caso contencioso sobre os direitos relativos ao ambiente, à alimentação adequada, à água e à participação da vida cultura, tendo como eixo normativo o art. 26 da CADH. Nesse caso, vinculando esses direitos aos povos indígenas. Tais direitos foram assegurados no mencionado caso em relação ao direito das comunidades indígenas reclamantes à propriedade ancestral e a um título único sobre a terra que habitam, em função do art. 21 da CADH⁵².

4 Suporte normativo

A justiciabilidade direta admitida pela Corte IDH do art. 26 da CADH apresenta-se como a interpretação mais adequada em termos jurídicos. Independentemente das implicações políticas, ao observar de forma sistemática as normas de direito internacional que estão direta ou indiretamente interligadas com o sentido do referido artigo, percebe-se que a postura interpretativa da Corte IDH é sistematicamente mais adequada em relação a qualquer outra possível interpretação. Conforme exposto, o art. 26 da CADH estabelece o compromisso (normativo) da adoção de providências interna e internacionalmente (cooperativamente) de forma progressiva a efetivar os direitos elencados no próprio artigo citado e na Carta da OEA. O fato jurídico sindicável é a violação do desenvolvimento progressivo⁵³, ou seja, a regressividade e não efetivação dos direitos referido no art. 26 da CADH.

Sendo fato jurídico que esteja sob a jurisdição da Corte IDH, cabe a esta analisar e julgar. Embora seja lógico esse argumento, a justiciabilidade direta assenta-se, ainda, no PSS que encontra, em seu preâmbulo, a reafirmação dos Estados partes no sentido de “consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições

do reconhecimento da violação em razão do voto de qualidade do Presidente da Corte IDH ser favorável a esse entendimento, observado o artigo 23.3 do Estatuto da Corte.

⁵² ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA: el camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”. *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, v. 16, p. 183-235, jul. 2020. p. 211.

⁵³ Os exemplos de como a Corte IDH efetuou a análise da violação do artigo 26 da CADH são, *eg.*, justamente, os casos citados no texto.

democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”. Também, destaca-se o art. 4 do PSS que estabelece vedações a restrições e limitações aos direitos reconhecidos ou vigentes pelo e no PSS, mesmo que por legislação interna ou convenções internacionais. Logo, se deseja reafirmar o que foi convencionado, não se pode negar justiciabilidade direta ao art. 26 da CADH, caso contrário retirar-se-iam os efeitos jurídicos do próprio artigo, condicionando-o à necessidade de violação de outros dispositivos e direitos.

Soma-se a isso o art. 1 do PSS, que reforça o art. 26 do CADH, pois estabelece o compromisso dos Estados em adotar as medidas necessárias, especificamente técnica e econômica, interna e internacionalmente, com o objetivo de progressivamente e conforme a legislação interna de cada Estado efetivar os direitos reconhecidos no protocolo. Ainda, caso os Estados não tenham garantido os direitos previstos no PSS, se comprometem adotar as medidas legislativas a fim de torná-las efetivas (art. 2), ou seja, os Estados assumem o compromisso de adotar medidas que se enquadram na ideia do espectro do significado da expressão “desenvolvimento progressivo”. O art. 5 especifica o alcance das restrições e limitações ao exercício dos direitos previstos no PSS, que só podem ser limitados ou restritos por leis cujo objetivo é preservar o bem estar geral sem violar o sentido de uma sociedade democrática, sem contrariarem seu propósito e sua razão. Em nenhum desses parâmetros restritivos há a indicação de retrocessividade ao desenvolvimento da efetivação dos direitos previstos no CADH e no PSS.

Se fosse o caso de estabelecer limitações e retirar força normativa do art. 26 da CADH, encontraria resistência no disposto no art. 2, 1, do Estatuto da Corte IDH em relação à sua função jurisdicional em face dos artigos 61, 62 e 63 da CADH. No art. 61, 2, primeira parte, da CADH estabelece-se que a Corte IDH pode conhecer qualquer caso, assim como, no art. 62, 3, primeira parte, também reafirma-se a competência interpretativa e de aplicação da Corte IDH das disposições da CADH, tal como é o caso do artigo 26 da CADH.

5 Possíveis efeitos e consequências do reconhecimento da justiciabilidade direta dos DESCA

Após as decisões havidas na Corte IDH, é possível dizer que o tribunal resolveu o debate sobre a justiciabilidade do artigo 26 da CADH, retirando qualquer dúvida de que tanto a Corte como a Comissão IDH analisam as possíveis violações de obrigações relacionadas aos DESCA⁵⁴.

Além disso, podem ser enumerados, brevemente, alguns efeitos que possíveis como decorrentes desse novo entendimento da Corte IDH e que dependerão de análises mais aprofundadas. Uma primeira questão trata do reforço dos DESCA nos países membros pelo desenvolvimento a partir das decisões da Corte IDH, o que pode ser acompanhado de um reconhecimento de igual força normativa e proteção entre as categorias de direitos humanos e uma maior proteção à progressiva efetivação dos DESCA.⁵⁵ Ainda, especificamente no caso do Estado brasileiro, é possível concluir que a atual interpretação Corte IDH está de acordo com o princípio contido no art. 4º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁶.

No plano do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, surge uma possível maior participação da jurisdição internacional em relação a demandas referentes a violações de Direitos Humanos e um maior protagonismo da Corte IDH referente à jurisdição internacional e proteção à manutenção dos DESCA. Isso pode culminar, por consequência direta, em uma ampliação

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; CUNHA CRUZ, Julia Cortez da. La protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: MORALES ANTONIAZZI, Mariela; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura. *Interamericanización de los DESCA: El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020. p. 210.

⁵⁵ Conforme Resende, no caso do Brasil, por exemplo, haveria o dever internacional de cumprir espontânea, imediata e integralmente as decisões da Corte IDH, por força do art. 68 da CADH, inclusive assegurando as implementações das decisões proferidas no âmbito doméstico, considerando que as obrigações convencionais vinculam agentes, órgãos e entidades de Estado. Também, seria possível o ajuizamento de ação judicial executiva com vistas a garantir o cumprimento integral das decisões da Corte IDH. RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 225-236, 2013. p. 235-236.

⁵⁶ MASSAÚ, Guilherme. *Princípios constitucionais e relações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

do aspecto regionalista em face do particularismo, embora o art. 26 da CADH não ignore as particularidades cultural, social e econômica de cada Estado⁵⁷.

Por fim, nada obsta que desse entendimento da Corte IDH sobre a justiciabilidade direta do art. 26 da CADH advenha uma maior resistência dos Estados partes em reconhecer e respeitar as decisões da Corte, causando desgastes ao órgão e à jurisdição internacional.

6 Considerações finais

Neste estudo foram analisados quatro casos julgados pela Corte IDH, selecionados em razão de sua posição emblemática para demonstrar uma nova trajetória interpretativa da Corte IDH, ora favorável à justiciabilidade dos DESCAs, sendo os casos, na respectiva ordem: *Acevedo Buendía y otros vs Perú* (2009), *Lagos del Campo vs Perú* (2017), *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala* (2018) e *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020).

Essa guinada favorável à justiciabilidade direta dos DESCAs pela Corte IDH reconheceu um entendimento acadêmico que já era esgrimido. Há, com isso, uma condução rumo à consolidação do entendimento favorável à justiciabilidade direta dos DESCAs, como explicitam os casos analisados, implicando efeitos não somente no âmbito da Corte IDH, mas que irradiam para todos os Estados membros e submetidos à sua jurisdição, seja pelo fato dos entendimentos da Corte passarem a integrar um catálogo de precedentes passíveis de serem alegados no julgamento por tribunais domésticos, seja por representarem o atual entendimento aplicável no Sistema Internacional de Direitos Humanos sobre os DESCAs.

Consequentemente, além de implicar mudanças específicas tendentes a consolidar os DESCAs mediante futuras decisões de casos que chegarão à Corte IDH, es-

sas decisões, também, refletirão a condução da efetivação desses direitos em nível nacional. Significa dizer que o novel entendimento da Corte IDH possui efeitos que ultrapassam a própria relação entre Estado e ofendido das decisões proferidas, porque reforça o entendimento por meio dos precedentes da Corte, gerando fundamentação jurídica para novos casos a serem decididos. Também, a interpretação da Corte favorável à justiciabilidade direta dos DESCAs amplia o que se poderia chamar de cultura jurídica em prol desses direitos, bem como respalda sua necessária observação por todos os Estados que aderiram à CADH e se submeteram à jurídica da Corte IDH.

Como resultado, tem-se a possibilidade de que a jurisdição internacional da Corte IDH passe a gozar de uma atuação hipertrofiada em casos referentes a violações de direitos humanos, vindo a decidir até mesmo sobre casos que tratam da justiciabilidade direta dos DESCAs que anteriormente não teriam chegado à sua jurisdição. Mesmo considerando-se as particularidades de cada um dos Estados que estiverem sob julgamento, haveria um sobrepeso do seu caráter universalista.

Apesar disso, não se pode desconsiderar que, ao reconhecer a justiciabilidade direta dos DESCAs, a Corte IDH, inevitavelmente, atrai descontentamento por parte de diversos Estados que não entendem pela justiciabilidade direta dos DESCAs com base no art. 26 da CADH. Em casos extremos, esse descontentamento poderia, inevitavelmente, levar a uma resistência desses Estados em dar cumprimento às decisões da Corte, o que criaria desgastes à sua atuação e poderia deslegitimar como órgão jurisdicional internacional.

Entende-se, porém, que essas questões não podem ser respondidas sem uma análise posterior, ao longo do tempo e conforme essas decisões forem ganhando número no rol de precedentes da Corte IDH. Contudo, são conjecturas que servem à finalidade de prevenir possíveis problemas e a conclamar ao aprofundamento de estudos doutrinários sobre essa consolidação jurisprudencial da Corte.

⁵⁷ PISANÒ, Attilio. *I diritti umani come fenomeno cosmopolita: internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 42. Sobre a margem discricionária dos Estados que existiria com base em questões locais, vale a leitura de estudo sobre a assim denominada teoria da margem nacional de apreciação, realizado por Schäfer, Previdelli e Gomes, inclusive com objetivo de analisar sua aplicação no âmbito do sistema americano, 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. 324-337, 2018. p. 331.

Referências

- ABRAMOVICH, Víctor; ROSSI, Julieta. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 9, n. esp., p. 34-53, abr. 2007.
- ANTKOWIAK, Thomas. Social, economic, and cultural rights: the Inter-American Court at a Crossroads. In: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; BURBANO-HERRERA, Clara. *The Inter-American court of human rights: theory and practice, present and future*. Cambridge: Intersentia, 2015.
- CALDERÓN GAMBOA, Jorge. La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio. *Inclusión, In Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- CARRASCO, Morita; ZIMMERMAN, Silvina. *Argentina: el caso Lhaka Honhat*. Buenos Aires: IWGIA, 2006.
- CATOGGIO, Augusto. El largo y controvertido camino en la protección de los derechos sociales: acerca del caso Acevedo Buendía y otros (cesantes y jubilados de la Contraloría) vs. Perú (2009, Cr.I.D.H.). *Revista Relaciones Internacionales*, n. 38, 2010. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/46542/Documento_completo_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acceso en: 01 nov. 2020.
- CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: rethinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, v. 56, p. 217-282, 2004.
- CORTE IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.
- CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honbat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.
- CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.
- CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo vs Peru*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.
- CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.
- DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- ESTAPÀ, Jaume Saura. La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). *Papeles el Tempo de los Derechos*, n. 2, p. 1-14, 2011.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. La justiciabilidad de los Derechos Sociales em el Derecho Internacional Contemporáneo. *Gaceta Laboral*, v. 6, n. 2, p. 163-200, 2000.
- GOMES, Eduardo Biacchi; BRANDALISE, Ane Elise. A teoria ambientalista (green theory) e a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso da Colômbia. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 147-159, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana. In: MORALES ANTONIAZZI, Mariela; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura. *Interamericanización de los DESCAs: el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- MASSAÚ, Guilherme. *Princípios constitucionais e relações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre

- Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199-242, jan./jun. 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveria. *Curso de direito internacional público*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MELISH, Tara J. Rethinking the “Less as More” thesis: supranational litigation of economic, social and cultural rights in the Americas. *International Law and Politics*, v. 39, p. 171-343, 2006.
- MOSCOSO-BECERRA, Gerson. La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Dikaion*, v. 28, n. 2, p. 385-403, 2019.
- PARRA VERA, Óscar. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio. *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- PASQUALLI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- PELAYO MÖLLER, Carlos María. El “mínimo vital” como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Métodos*, v. 3, p. 31-51, 2012.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- PISANÒ, Attilio. *I diritti umani come fenomeno cosmopolita: internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*. Milano: Giuffrè, 2011.
- RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 225-236, 2013.
- RESENDE, Augusto César Leite de. *A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs: el camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”. *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, v. 16, p. 183-235, jul. 2020.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R. The American Convention and the Protocol of San Salvador: two intertwined treaties: non-enforceability of economic, social and cultural rights in the inter-american system. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 31, n. 2, p. 159-186, 2013.
- SALVIOLI, Fabián. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH*, v. 39, p. 101-167, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- 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. 324-337, 2018.
- SEATZU, Francesco; TORRES, Amaya Ubeda de. The social charter of the OAS: a step forward in the enforcement of socioeconomic rights in the Americas? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 32, n. 2, p. 130-158, 2014.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La protección internacional de los derechos, económicos, sociales y culturales. In: CERDAS CRUZ, Rodolfo; NIETO LOAIZA, Rafael. *Estudios básicos de derechos humanos*. San José: IIDH, 1994.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

How the indigenous case of Xukuru before the Inter-American Court of Human Rights can inspire decolonial comparative studies on property rights

Como o caso do povo indígena Xukuru ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode inspirar um estudo comparado decolonial sobre direitos de propriedade

Flavianne Fernanda Bitencourt
Nóbrega

Camilla Montanha de Lima

VOLUME 18 • N. 1 • 2021

**CHALLENGING THE INTERNATIONAL LAW OF IMMUNITIES:
NEW TRENDS ON ESTABLISHED PRINCIPLES**

How the indigenous case of Xukuru before the Inter-American Court of Human Rights can inspire decolonial comparative studies on property rights*

Como o caso do povo indígena Xukuru ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode inspirar um estudo comparado decolonial sobre direitos de propriedade

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega**

Camilla Montanha de Lima***

Abstract

This paper develops a decolonial comparative analysis of the concept of property rights, taking into consideration the decision of the Inter-American Court of Human Rights, ruling on collective property rights of indigenous people for the first time against Brazil (case Xukuru People *versus* Brazil, 2018). For this purpose, the innovative method of decolonial comparative law, promoted by Ralf Michaels and Lena Salaymeh at the workshop organized by Max Planck Institute for Comparative and International Law on 2020, was used to comparatively analyse private property rights and the collective property right in the Brazilian legal system from a decolonial perspective. The Xukuru indigenous case clearly shows the diverse problems and conflicts that arise when using the concept of property right based on a strong Eurocentric tradition. The challenges of registering an indigenous property in Brazil were identified in this context as a dysfunctional colonial model of private right that obstruct the exercise of collective property in Brazil. Thus, the decision of the Inter-American Court of Human Rights that introduces the concept of collective property rights in Brazil can inspire a decolonial approach in the domestic legal system and serve as learning process for other legal systems that are confronting similar problems.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Decolonial Studies; Comparative law; Indigenous people Xukuru.

Resumo

Este artigo desenvolve uma análise comparativa decolonial do conceito de direitos de propriedade, levando em consideração a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julgou pela primeira vez os direitos coletivos de propriedade dos povos indígenas contra o Brasil (caso Povo Xukuru *versus* Brasil, 2018). Para tanto, o método inovador de direito comparativo decolonial, promovido por Ralf Michaels e Lena Salaymeh no workshop organizado pelo Instituto Max Planck de Direito Comparado e

* Recebido em 01/01/2021
Aprovado em 13/05/2021

** Professora Adjunta de Teoria Política e do Estado do Departamento de Direito Público Geral e Processual - Faculdade de Direito - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School. Pesquisadora visitante do Instituto Max Planck de Direito Privado e Comparado de Hamburgo. Mestre em Ciência Política e em Direito pela UFPE. Bacharel em Direito.
E-mail: flavianne@gmail.com

*** Doutoranda em Direito pela UFPE.
E-mail: camillamontanha@gmail.com

Internacional em 2020, foi utilizado para analisar comparativamente os direitos de propriedade privada e o direito de propriedade coletiva no Sistema jurídico brasileiro a partir de uma perspectiva decolonial. O caso indígena Xukuru mostra claramente os diversos problemas e conflitos que surgem quando se usa o conceito de direito de propriedade baseado em uma forte tradição eurocêntrica. Os desafios de registrar uma propriedade indígena no Brasil foram identificados neste contexto como um modelo colonial disfuncional de direito privado que impede o exercício da propriedade coletiva no Brasil. Assim, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que introduz o conceito de direitos de propriedade coletiva no Brasil pode inspirar uma abordagem decolonial no ordenamento jurídico interno e servir de aprendizado para outros ordenamentos jurídicos que enfrentam problemas semelhantes.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Decolonialidade; Direito Comparado; Povo indígena Xukuru.

1 Introduction: the decolonial comparative analysis proposal to rethink property rights for indigenous people

This paper analyses the concept of collective property from the perspective of decolonial comparative law, by taking into consideration the case of the Xukuru¹ indigenous people *versus* Brazil, which was recently judged by the Inter-American Court of Human Rights on 5th February 2018. This is a paradigmatic case for the Latin American judicial system because it is the first decision by the Inter-American Court of Human Rights

¹ Although the decision ruled by the Inter-American Court of Human Rights refers to the indigenous people living in the cities Pesqueira and Poção, of the state of Pernambuco, as “Xucuru” people spelled in the second syllable with the letter “c”, they call themselves Xukuru do Ororubá, spelled with the letter “k” in the second syllable. Adopting “Ororubá” to not to be confused by non-Indians and with another indigenous people, the Xukuru-Kariri that majority of whom live in the Municipality of Palmeira dos Índios, in the state of Alagoas, and also in Paulo Afonso, in the states of Bahia and Caldas, in the state of Minas Gerais. This was the reason why, we refer to the sentence of the Inter-American Court, the spelling of “Xukuru” with the letter “k” in the course of this paper. Cf. SILVA, Edson. Índios: desafios das pesquisas as reflexões históricas. In: NETA, Francisca Maria; PEIXOTO, José Adelson Lopes. (orgs.). *Ecos do silêncio: o saber e o fazer da pesquisa*. Recife: Libertas, 2018. p. 29-46.

against Brazil in relation to indigenous peoples’ rights and it is innovative regarding the Western concept of property rights.

We use the case of the Xukuru indigenous people in Pernambuco, who live in the Northeast of Brazil, as a decolonial proposal for rethinking property rights; we comparatively analyse private property rights and the collective property right in the Brazilian legal system. It is important to highlight that there is a peculiarity regarding the constitutional framework of property rights of indigenous people in Brazil, as the ownership of the indigenous land belongs to the Federal Union, while the indigenous people have the permanent possession of their ancestral territory and the right to the exclusive use of surface resources. Differently, the land rights in Brazil for non-indigenous traditional people, like the “quilombolas”, has a different constitutional regulation of their collective property rights, which has been vastly discussed in the literature².

Quilombolas and indigenous people are considered traditional people who “need their territory to keep alive their ancestry as a community”³. The fact that indigenous people in Brazil are not guaranteed the property of lands they occupy, but only permanent possession, reveals also the character of the Federal Government’s colonial tutelage towards indigenous people.

Due to the challenge regarding the exercise of property rights by indigenous people in Brazil, the selection of the case Xukuru people *versus* Brazil, ruled by the Inter-American Human Rights Court, emerges as a fruitful metodological strategy to pave the way for a decolonial comparative analysis. The collective and the private property rights shares some common characteristics that justify the comparative analysis. The novelty here is to bring the decolonial approach. The decolonial comparative law is a new field of research under development at the Max Planck Institute for Comparative and International Law, since 2019. In our case, the legal comprehension of indigenous property rights

² LEUZINGER, Márcia Dieguez; LYNGARD, Kylie. The land rights of indigenous and traditional peoples in Brazil and Australia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, 2016, p. 419-439. p. 426.

³ BORBA, Gabriel de Oliveira. O processo legislativo como garantia para a obtenção do consentimento prévio das comunidades quilombolas de Alcântara. *Revista de Direito Internacional*, [S.L.], v. 17, n. 3, p. 29-37, 20 abr. 2021. Available in: <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v17i3.7547>. p. 30.

by the Inter-American Human Rights System make the decolonial comparative analysis possible.

Therefore, our research embodies the innovative approach of the Decolonial Comparative Law, promoted and discussed by Ralf Michaels and Lena Salaymeh at the first workshop co-organized by Max Planck Institute for Comparative and International Law in Hamburg, Germany, with the University of Witwatersrand, Johannesburg, South Africa, on 2020. At this meeting, we refined our methodological approach. The idea was to include decolonial eyes on comparative analysis that traditionally was built in colonial and universality basis. Thus, this new Max Planck Institute's Research Area, named Decolonial Comparative Law⁴ both identifies:

how the matrix of coloniality structures prevalent understandings of law and offers decolonial alternatives. [...] Conventional comparative law rests on epistemic assumptions that emerge from the modernity/coloniality matrix and this has implications for a number of core presumptions or practices in comparative law: [...] viewing modern law as superior to precolonial and anticolonial legal traditions. Decoloniality seeks to overcome the center-periphery structure. Rather than organizing comparative law around the objective of unifying or "modernizing" law, we advocate using comparative law to decolonize legal thinking and to create conditions for legal pluriversality. A decolonial analysis reveals the coloniality within conventional comparative law and thereby helps move beyond it.

Daniel Bonilla Maldonado⁵ emphasizes the role of the critical academic of law on questioning the modern comparative law. Traditionally, paradigmatic comparativists scholars compare rules, principles and institutions, considering law as an autonomous system, committed with liberal values standardized in Western World. According to Bonilla Maldonado⁶, legal hybridization can create space for resistance and emancipation. The example of rights of nature at the Constitution 2008 of Ecuador is a legal hybridization that transform the modern comparative law, creating a new figure in between modern law and

indigenous precolonial law. The critical comparative law, post-colonial studies and the Third World Approaches to International Law (TWAAIL), even been internally diverse, could build the possibility for a decolonial comparative law in the future? This was one of the relevant questions brought by Ralf Michaels, during the First Workshop of Decolonial Comparative Law⁷.

In our research proposal, the property right legal category could gain from a precolonial (decolonial) view of the indigenous meaning of ancestral territory (communal property) in comparison with the private modern law universalized regulation. As a decolonial comparative analysis on property rights, we will use here the expression "territory" to refer to the international human rights comprehension of communal property rights of indigenous people, that we classify as a decolonial terminology; while the expression "land" will refer to the expression universalized in modern private law, that we classify as a colonial word.

For this purpose, we organized the paper in six topics. Firstly, we had introduced the methodology of decolonial comparative law and identified the object of the analysis. At the second topic, we presented the historical presumptions that are relevant for comprehending the problems that the Xukuru people faced during the process of 'territorialization' in order to identify the challenges of registering an indigenous property in Brazil. At this topic, we detected and highlighted the dysfunctional colonial model of private right that is obstructing the exercise of collective property. Afterwards, we analysed the process of recovering the territory, the bloody struggles involving deaths of indigenous leaders that led to the decolonial demand for the property right to be brought before the Inter-American System of Human Rights. Later, we investigated the practical experience of Brazilian law that is influenced by European references, which have a strong colonial influence in turn. Subsequently, we discussed the definitive case of the Xukuru people as a decolonial proposal, through which one can suggest changes in order to incorporate the collective property right into the Brazilian legal system. Finally, we pointed out the problems of the Bra-

⁴ MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW HAMBURG. *Decolonial Comparative Law*. Available in: <https://www.mpipriv.de/decolonial>. Access in: 9 May 2021.

⁵ BONILLA MALDONADO, Daniel. *Legal Barbarians: Identity, Modern Comparative Law and the Global South*, Cambridge University Press, 2021.

⁶ BONILLA MALDONADO, Daniel. Modern Comparative Law and the Construction of the legal barbarian. In: DECOLONIAL Comparative Law Workshop. Org. Max Plack Institute for Comparative and International Private Law Hamburg and University of Witwatersrand, Johannesburg, 6-7 October 2020.

⁷ MICHAELS, Ralf. Ralf. Discussant of the paper Modern Comparative Law and the Construction of the legal barbarian. In: DECOLONIAL Comparative Law Workshop. Org. Max Plack Institute for Comparative and International Private Law Hamburg and University of Witwatersrand, Johannesburg, 6-7 October 2020.

zilian infra-constitutional legislation with reference to private property rights, which are effectively obstructing the collective property right of the indigenous peoples.

Once our decolonial comparative analysis is concluded, the indigenous case of Xukuru people clearly showed the diverse problems and conflicts that arise when using the concept of property right based on a strong Eurocentric tradition, which is inadequate for indigenous peoples. We hope that these reflections here will serve as learning for other legal systems that are confronting similar problems.

2 Historical perspective of the Xukuru people's case: territorialization and the challenge of registering the indigenous property in Brazil according to the colonial model of private law

The unique process of historical territorialisation of the indigenous people in the Northeast Brazil is a necessary path to understand the legal hybridization related to the indigenous territory demarcation. As we mentioned before, legal hybridization can be interpreted as a way for resistance. The critical comparative studies suggests the option of evaluating it as positively, when we identify a space for emancipation⁸.

The Portuguese colonial expansion arrived at the ancestral territory of the Xukuru indigenous people in the Serra mountain range around 1654, which is called "Serra do Ororubá" nowadays. The colonial invasions resulted in deaths of indigenous people because of the illnesses brought by the colonizers, conflicts that resulted in combats, incorporating the Indians⁹ into the re-

ligious missions and exploiting them as a native labour force¹⁰.

It is important to highlight that the indigenous peoples in the Northeast of Brazil were organized into missionary settlements. This colonial model of organization into villages represented initially destructing the culture of diverse indigenous peoples. On the other hand, paradoxically, the division into villages (aldeamento) became the 'locus' of ethnic survival for some of the indigenous groups who had survived and resisted¹¹. The Xukuru people is an exemplary case of this non-passive resistance to the process of colonization. This model of "villages" territory demarcation typical of Northeast countryside is interpreted in this paper as a legal hybridization experience in decolonial comparative law that created a space for indigenous emancipation.

We identify the settlement here as this process of social reorganization that was imposed by the European colonists on the native peoples of Brazil, which established a new relationship between the indigenous peoples and their territory. The second movement of territorialization began in the 20th century, when the lands were donated and the old missionary settlements were recognized as belonging to the indigenous communities and they became controlled by the State's indigenous organ. One should still mention the movement of territorialization which had begun in the decade between 1970 and 1980 as mobilizations of the indigenous peoples who were not recognized by the governmental organs or who did not have their territory demarcated¹².

After the period of enslaving the indigenous peoples, those peoples were assimilated¹³ with greater force

other cultures, is strongly verified in the Brazilian legal system. Today, the word "Indian" is still found in legal norms, state bureaucracy and judicial decisions in Brazil. In opposition, we use the expression "indigenous people" as a decolonial word to refer to the natives in America.

⁸ BONILLA MALDONADO, Daniel. *The Critical Academic of Law: Resistance and Emancipation*. In: LEGAL Barbarians: Identity, Modern Comparative Law and the Global South, Cambridge University Press, 2021.

⁹ "Indian" is a colonial expression used by the Portuguese colonizers to refer to the indigenous people, natives of Brazil. When the Europeans "discovered" America, they nominated the natives as Indians. The Doctrine of Discovery (MILLER, Robert J.; RURU, Jacinta. *An Indigenous Lens into Comparative Law: The Doctrine of Discovery in the United States and New Zealand*. In: SILVA, Denise; HARRIS, Mark (ed.). *Indigenous People and the Law*. 2015), in which the ethnocentric ideas of European supremacy overcame

¹⁰ SILVA, Edson. *Xukuru: memórias e história dos índios da Serra do Ororubá* (Pesqueira, PE), 1959-1988. 2. ed. Recife: UFPE publisher, 2017. p. 139.

¹¹ MEDEIROS, Ricardo Pinto de. *História dos povos indígenas do Sertão Nordestino no Período Colonial: problemas, metodologia e fontes*. *Clío Arqueológica*, Recife, n. 15, p. 205-233, 2002. p. 209.

¹² OLIVEIRA, João Pacheco de. *Uma etnologia dos índios misturados? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais*. *Mana*, [S.L.], v. 4, n. 1, p. 47 to 77, abr. 1998. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-93131998000100003>.

¹³ The assimilation of the Brazilian indigenous peoples can be understood as a process that causes the disintegration of native indigenous peoples through the fact of accepting the Indians into the Brazilian society as if they were not indigenous: thereby sacrificing

into the national workforce at the beginning of the Brazilian Republic and specifically when the 20th century commenced. One should point out that the Service for Protection of the Indians and Localization of the National Workers (SPI) was created in 1910, when it was presided over by Lieutenant Colonel Cândido Rondon, which represented the formal establishment of an indigenous State policy on the lines of the assimilating model¹⁴.

When the Service for Protection of the Indians and Localization of the National Workers was created, the Xukurus had already distinguished themselves with political movements for requesting that a post of the SPI should be installed in Pernambuco. Although the government agency had an assimilating policy, it also gave assistance to the indigenous peoples in the role of protection, which combined aspects of the Indians' civil capacity as much as the collective administration of their assets. The Brazilian Civil Code of 1916, which was in force during that period, made it conditional that the Indians' civil capacity should depend upon the degree to which these Indians had assimilated into the civil society. In 1967, during the period of Brazil's military dictatorship, the SPI was abolished and replaced by the National Indian Foundation of Brazil (FUNAI), which encompassed among other functions the protection of indigenous peoples the role of protection for the indigenous peoples¹⁵.

Until the political re-democratization in Brazil and until the end of the military dictatorship in the country (1964 to 1985), the legislation and indigenous policy of the Brazilian State was dedicated to a mono-cultural and individualistic concept of indigenous rights which was essentially associated with the State's colonial practice¹⁶.

their ethnic identity and consciousness of their origins. SCHADEN, Egon. *Antropologia: Aculturação e Assimilação dos Índios do Brasil*. *Revista Do Instituto De Estudos Brasileiros*, v. 2, p. 7-14, 1967. Available in: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i2p7-14>.

¹⁴ SANTOS, Cecília MacDowell. Xucuru do Ororubá e Direitos Humanos dos indígenas: lutas pela terra-segurança e Estado no Brasil. In: BENVENUTO; Andréa Almeida Campos *et al. Direitos Humanos: debates contemporâneos*. Recife: Ed. Do autor, 2009. p. 29.

¹⁵ SANTOS, Cecília MacDowell. Xucuru do Ororubá e Direitos Humanos dos indígenas: lutas pela terra-segurança e Estado no Brasil. In: BENVENUTO; Andréa Almeida Campos *et al. Direitos Humanos: debates contemporâneos*. Recife: Ed. Do autor, 2009. p. 30.

¹⁶ SANTOS, Cecília MacDowell. Xucuru do Ororubá e Direitos Humanos dos indígenas: lutas pela terra-segurança e Estado no Brasil. In: BENVENUTO; Andréa Almeida Campos *et al. Direitos Humanos: debates contemporâneos*. Recife: Ed. Do autor, 2009. p. 33.

From 1970 onwards, the Xukuru people began appearing in the struggles for recognition of their ancestral territory in a movement that encompassed other indigenous peoples in northeastern Brazil. During the decade commencing in 1980, the leaderships of the indigenous peoples and of the Xukuru people brought their claims to the Constituent Assembly and they succeeded in protecting their rights which were expressly provided for in the current Constitution of the Federal Republic of Brazil that was promulgated in 1988.

It was established in Article 67 in the Act of Transitory Arrangements (ADCT) that the federal government (Union) should conclude the demarcation of indigenous territory within the period of five years starting from the Constitution's promulgation.

However, this period was not complied with for most of the indigenous peoples. We have the Xukuru people in this context, whose process of demarcating the territory was started in 1989 but it was only concluded in 2005 - sixteen years afterwards - with many legal problems, violence and deaths.

One important aspect that confounded this process was related to the registration's rejection of the indigenous property by the notarial system, even after the federal government published the decree of approving the demarcation in 2001. The official of the Land Registry in the town of Pesqueira in the State of Pernambuco, where the Xukuru people's indigenous territory are situated, refused to register the decree that approved the indigenous people's territory by adjudging a legal action that aroused doubt¹⁷, based on a limitation of the national private Law, as an obstacle to registering the collective property.

The notarial registration of the indigenous territory in the Land Register was only made in 2005 and the annotation about the decision by the Inter-American Court of Human Rights, which condemned Brazil for violating the due process clause and for unjustified delay in legalizing the property, was only registered in the Land Registry after 2018.

In this context of violating rights, we have identified the actions of recovery that were initiated by the Xukuru people for recuperating their ancestral territory. Thus, the approval of the territory that they inhabit was

¹⁷ The action of "arousing doubt" is an appeal proper of the notary process.

insufficient to guarantee the pacific possession of the territory. It was necessary to recognize the link between religious, political, moral and cultural prejudices and the territory, which “permits overcoming the contradiction between the historical objectives and the sentiment of loyalty to the origins, by transforming the ethnic identity into an effective social practice which was culminated by the process of territorialization.¹⁸”

The Brazilian State did not pay attention to this process of territorialization, nor to the relationship of the indigenous peoples with the territory that they inhabit. The entire process of demarcating the Xukuru territory and those of the other Brazilian indigenous peoples is regulated by the classic structure of a Europeanized right of hegemony, without taking into consideration a pluralistic identity of the indigenous peoples in the disputes of legal theories about the process. The Brazilian civil law still has a perspective of indigenous assimilation into a mono-cultural, Eurocentric and individualistic concept¹⁹.

In this way, the civil law of European inspiration did not find an adequate solution to the challenges that the traditional peoples faced in the case of the Xukuru indigenous people. On the contrary, the rules of the Brazilian civil code served as the motive to arise doubts to obstacle the notarial registration of Xukuru collective property rights, already approved by the Federal Government after a complex process of indigenous territory demarcation. Even after implementing the registration in the Land Registry in 2005, the situation was not resolved because conflicts still existed with the non-indigenous occupants in the area of the indigenous territory and the necessity of removing²⁰ these individuals. Once again, the private law rules were insufficient for removing the third-party intrusions.

Thus, the property right that was registered in the Land Registry did not succeed with fulfilling its classic function as foreseen in the private law, which is the right of claiming the matter from the person who is holding it unjustly. The exercise of exclusion over the indigenous territory, which should enable removal of those third parties who would intend to use it, enjoy it and benefit from it, was not realized in practice. On the contrary, one observed opportunistic utilizations of legal actions, based on the individual property right, for the intruding third parties to remain in the indigenous territory that had already been demarcated. That is the case of the Didier farmers who obtained a favourable decision from the Brazilian Courts, which was passed as an executory sentence against the Xukuru people for remaining in their territory²¹.

The decision about the case that the Inter-American Court made in 2018 focussed on the necessity of removing the intruding non-indigenous individuals from the territory. In the legal brief that was presented to the Inter-American Commission in 2011, the Xukuru people had already highlighted the search for quiet possession of the territory apart from formally exercising the right. The request of the Xukuru people was preoccupied with the practical implications and the functionality of a quiet possession in the sense of maintaining a routine without threat and without violations to the physical and psychological integrity of its members, which implies not violating their right to life and the possibility of exercising their cultural and religious traditions²².

All of the procedures for demarcating the Xukuru people’s indigenous territory, apart from exacerbating a reasonable period for concluding it, were marked by deaths during the process of recovering the territory of the Xukuru people; among which was the assassination of the Chief Francisco de Assis Araújo, who was better known as Chief Xicão.

¹⁸ OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos índios misturados? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Mana*, [S.L.], v. 4, n. 1, p. 47-77, abr. 1998. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-93131998000100003>.

¹⁹ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto; CUNHA, Luís Emmanuel Barbosa da. *O Caso do Povo Xukuru frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o caminho pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. In the press. p. 15-16.

²⁰ Removing the intrusion signifies withdrawing what or who is causing the intrusion. It is a term that is frequently utilized for withdrawing illegal occupants from recognized and regularized areas such as the indigenous lands, environmental reserves, Afro-Brazilian rural settlements or those of other peoples and traditional populations. (BRASIL, 2019, p. 18).

²¹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. *A colonialidade do poder na reintegração de posse do imóvel Caipe*. In the press. p. 1-18.

²² LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto; CUNHA, Luís Emmanuel Barbosa da. *O Caso do Povo Xukuru frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o caminho pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. In the press. p. 16.

3 The bloody struggle of the Xukuru people for recovering their territory and its impact on reviving the collective property rights demand before the Inter-American Court of Human Rights.

The disputes about the territory of the Xukuru indigenous people in Ororubá date from colonial times. It is a region in the interior of Brazil's Northeast with a dry climate that is also strongly characterized by disputes about water and especially by the fertility of the territory in the swamps of Ororubá, which were inhabited by the Xukuru's ancestors. The Xukuru's territory were invaded over the course of time by the tenant farmers and traditional families who formed the oligarchy in the town of Pesqueira, in Pernambuco. In 1850, the Law of Lands eventually legitimized these usurpations by the large rural estate owners when it declared the abolition of the Settlement of Cimbres, where the Xukuru people of Pernambuco were living²³

In 1989, at the beginning of the process for formally demarcating the Xukuru people's territory, FUNAI conducted an agrarian survey, the result of which showed the structure of large rural estates owned by the non-indigenous people who were occupying it. The small leaseholders, i.e., those persons whose land occupied less than 100 hectares, represented about 11% of the territory. Meanwhile, the possessions of 100 to 500 hectares included almost 19 % of the indigenous territory and the possessions of more than 500 hectares constituted almost 20 % of the indigenous territory. Thus, about 11,000 hectares (corresponding to 39% of the possessions with more than 100 hectares), corresponded to only 32 private properties that had been inserted into the indigenous territory²⁴. The Mayor of Pesqueira, the Councillors of Pesqueira, the Municipal Secretaries and their relations, as well as a Senator of the Republic, were among the principal non-indigenous occupants of the Xukuru's territory²⁵.

During this period, a structure of institutionalized violence against the Xukuru people was identified, which was exercised by the owners of large rural estates and reinforced by the State's controlling organs. It was observed that FUNAI, the Federal Public Prosecutor Office (MPF), the Federal Police, the Judiciary Power and the Land Registry of property locally created legal obstacles to protecting the original rights of the Xukuru indigenous people²⁶. Thus, the initial passiveness of FUNAI when the demarcating process began, as well as the criminalization of the Xukuru people by the Federal Police and the Federal Public Prosecutor Office, associated with the negation of the indigenous peoples' existence by the local Judiciary in the actions that were taken by the leaseholders against the Xukuru people, caused an increasing advance of the non-indigenous occupiers into the ancestral territory of the original people, which embittered the conflicts that already existed. In disbelief of the action of the State's organs, which locally perceived the indigenous people as an enemy and which shared an anti-indigenous vision with the political power of the large rural estates, the Xukuru people themselves autonomously initiated the recovery of their ancestral territory.

This process of claiming the Xukuru people's indigenous territory became known as "the recoveries", which had the Chief Francisco de Assis Araújo, who was known as Chief "Xicão" as its leading figure. When the Federal Constitution was promulgated in 1988, which foresaw protection of the indigenous peoples' original rights over the territory which they traditionally occupy, the Xukurus initiated the recoveries of the territories that were subject to the dominion of the region's farmers. The first area to be recovered was in the 'Pedra d'Água' region at the end of the 1990s: an area that had been occupied by the Indians at the start of 1960s but was in the possession of 15 tenant farmers from the Municipal Council of Pesqueira as lands that were the property of the federal government (Union) which had been ceded to the town of Pesqueira²⁷.

²³ SILVA, Edson. *Biografia: O Povo Xukuru de Ororubá*. Available in: <https://osbrasisesuasmemorias.com.br/povo-xukuru-do-ororuba/>. Access in: 10 Aug. 2020.

²⁴ ALMEIDA, Manoel Severino Moraes de et al. O caso Xukuru: lacunas e omissões da sentença proferida pela corte interamericana de direitos humanos. *Revista do CNJ*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 67-75, Jul./Dec. 2019. p. 69.

²⁵ FIALHO, Vânia. *As fronteiras do ser Xukuru*. Recife: Massangana /

Joaquim Nabuco Foundation, 1998. p. 4.

²⁶ LÔBO, Sandro. MINICURSO. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Caso do Povo Xukuru: entre implementação e impacto*. Federal University of Pernambuco (UFPE) - PROExC on Web. Recife, 10 May 2019.

²⁷ SILVA, Edson. História Xukuru, história indígena no nordeste: novas abordagens. *Mnemosine Revista*, v. 1, n. 2, p. 64-83. Jul./Dec. p. 2010. p.-71-76.

It was through the mobilization of the group by their ethnic reaffirmation in the process of the recoveries that the Xukuru re-established the pride in their identity and demarcated the spaces of their existence, not only on the physical level but also symbolically. One should point out the protagonism of the Xukuru people and their leaders in the national indigenous movement, as well as their role in strengthening the indigenous movement in Brazil's Northeast²⁸.

Nevertheless, the mobilization of the Xukuru people for recovering and demarcating their territory was characterized by an exacerbation of the social conflicts. Already in 1989, at the start of the legal and administrative process of recognizing the fact that the land was indigenous territory, the conflict between the non-indigenous invaders, these farmers and local politicians was established in a visible manner. This tension culminated in diverse assassinations, persecutions and even criminalization of the indigenous leaders²⁹.

In this sense:

“The physical and interpersonal violence against the Xukuru is set within the framework of an intense polarization in the struggle for territory and it shows that the farmers are the principal aggressors of the Xukuru people, which extends to their leaders and supporters. This polarization resulted in the assassinations in 1992 of José Everaldo Rodrigues Bispo, who was the son of the priest and medicine man Zequinha; in 1995 of the FUNAI's Public Prosecutor Geraldo Rolim da Mota Filho, who was killed by the farmer Theopombo; in 1998 of Francisco de Assis Araújo Chicão Xukuru, who was killed by the farmer José Cordeiro, known as Zé de Riva; in 2002 of Francisco de Assis Santana, known as Chico Quelé”³⁰

With the assassination of the Chief Xicão, which occurred on 20th May 1998 and who had led the process of agrarian regularization in the territory, the

Xukuru people were stimulated to struggle for reconquering their traditional territory³¹.

Thus, the relationship that the Xukuru people had with their territory was intensified on the spiritual level after the death of Chief Xicão and it strengthened the ethnic identity by demonstrating social cohesion and overcoming the difficulties. Their dead are ‘planted’ or buried with the sacredness that the Xukuru people have for their ancestral territory. They were not interred or entombed as in the colonial tradition. In that way, “That relationship of sacredness which the indigenous peoples have with the territory goes beyond the aspects of agrarian regulation: it is orientated to the spiritual belief of linkage with their ancestors, whom they also call the ‘enchanters’ or ‘brothers of light’³² “.

The Inter-American Court of Human Rights subsequently recognized that these recoveries were a significant step towards effectively establishing the fact of this property right of the Xukuru people, which had been postponed for years by the actions of the State's organs that were acting locally and creating legal insecurity.

On 10th October 2002, the Cabinet of Legal Assessors to the Popular Organizations (GAJOP), the Council of the Indigenous Missionary (CIMI) and the National Movement of Human Rights - Northeastern Region (MNDH-NE) brought the case of the Xukuru people to the Inter-American Commission of Human Rights (IACHR). On 16th October of the same year, the IACHR received the petition and on 29th October of 2009 the Report of Admissibility no. 98/09 was approved. The Report of Merit no. 44/15 was approved on 28th July 2015 and the case was submitted to the Inter-American Court of Human Rights (ICHR) on 16th March 2016. The Inter-American Commission concluded in the submission of the case to the IDH Court that:

“Brazil violated the property right as well as the right to personal integrity, to the guarantees and to the legal protection that is foreseen in Articles 21, 5,

²⁸ FIALHO, Vânia. Parecer antropológico: faccionalismo Xukuru. In: PLANTARAM” Xicão: Os Xukuru do Ororubá e a Criminalização do direito ao território” Manaus: PNCSAUEA/UEA Edições, 2011. p. 53 and 92.

²⁹ ALMEIDA, Manoel Severino Moraes de et al. O caso Xukuru: lacunas e omissões da sentença proferida pela corte interamericana de direitos humanos. *Revista do CNJ*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 67-75, Jul./Dec. 2019. p. 68-72.

³⁰ COUTO, Luiz et al. Os Xukuru e a violência. In: FIALHO, Vânia; NEVES, Rita de Cássia Maria; FIGUEIROA, Mariana Carneiro Leão (Org.). “Plantaram” Xicão: os Xukuru do Ororubá e a criminalização do direito ao território. Manaus: PNCSAUEA/UEA Edições, 2011. p. 113.

³¹ ALMEIDA, Manoel Severino Moraes de et al. O caso Xukuru: lacunas e omissões da sentença proferida pela corte interamericana de direitos humanos. *Revista do CNJ*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 67-75, Jul./Dec. 2019. p. 71.

³² FIGUEIROA, Mariana Carneiro Leão. Um olhar antropológico acerca do processo criminal que teve como vítima o cacique Xicão Xukuru. In: Plantaram” Xicão: Os Xukuru do Ororubá e a Criminalização do direito ao território” Manaus: PNCSAUEA/UEA Edições, 2011. p. 183.

8 and 25 of the American Convention in relation to Articles 1.1 and 2 of the same instrument.³³

The sentence in the case of “Case of the Xukuru indigenous people and its members versus Brazil” was passed by the Inter-American Court of Human Rights on 5th February 2018, when the Inter-American Court declared in their official summary that Brazil is, *ipsis literis*:

“Internationally responsible for violating the law that judicially guarantees a reasonable period, which is prescribed in Article 8.1 of the American Convention on Human Rights, as well as for violating the laws of legal protection and of collective property, which are prescribed in Articles 25 and 21 of the American Convention, to the detriment of the Xukuru indigenous people and their members [...]”³⁴

The Inter-American Court determined at the end of its sentence in the Xukuru case that:

“The state must guarantee the collective property right of the Xukuru indigenous people over their territory in an immediate and effective manner, in such a way that they do not suffer any invasion, interference or damage that is perpetuated by third parties or by the State’s agents, which depreciates the existence, the value, the use or the enjoyment of their territory.”³⁵

Based on the aforementioned explanation, the Court determined that the Brazilian State should respect the collective property of the Xukuru people. However, the collective property right has still not been prescribed by Brazil’s legal system in the standards of internal private law.

In Brazilian legal system, we can identify the collective property title prescribed for “quilombolas” (Federal Constitution 1988, Transitory Disposition 68), but for indigenous people it is a challenge the legal recognition of property rights. Those barriers related to the Brazi-

lian model of ancestral territory demarcation and the land registration as a Federal Government ownership, with the permanent communal possession for the indigenous people, will be explored in topic 6. The Xukuru case is an opportunity to revive this demand for indigenous collective property rights protection in Brazil.

The idea of collective property rights, which can be found in Article 14 of Convention 169 of the International Labour Organization (ILO), in International Treaties of Human Rights³⁶ and in the consolidated jurisprudence of the Inter-American System of Human Rights (Mayagna Sumo Awas Tigni versus Nicaragua in 2001, Moiwana versus Suriname in 2005 and Yakye Axa versus Paraguay in 2005), did not have a strong impact on the Brazilian jurisdiction in the subject of indigenous peoples.

On the other hand, we can identify some advance of Brazilian Supreme Court, regarding the application of decisions of the Interamerican Court of Human Rights for quilombola’s people. On February 8, 2018, the Brazilian Supreme Court decided about the constitutionality of Decree the No. 4,887 / 2003, which deals with the demarcation of the territory of quilombola’s peoples, just few days after the sentence of the case Xukuru People vs. Brazil, ruled by the Inter-American Court of Human Rights, which occurred on February 5 of 2018. In the judgment of the action of the concentrated control of constitutionality, neither judges of the Supreme Court mentioned the Xukuru case. However, the vote of the judge Rosa Weber conducted a dialogue with the existing jurisprudence of the Inter-American Court on communal (collective) property of indigenous peoples, citing the Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, and the Moiwana vs. Suriname, involving a descendent community of escaped slaves³⁷.

Although the Brazilian state is a signatory of the American Convention on Human Rights since 1992 and it accepts the voluntary jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights since 1998, the col-

³³ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS Case of the Xukuru people versus Brazil. Sentence of 5th February 2018. 2018, p.1. Available in: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Accessed on 24th July 2020.

³⁴ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Xukuru indigenous people and its members versus Brazil. Sentence of 5th February 2018. Official resume issued by the Inter-American Court, p. 1. 2018. Available in: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_346_por.pdf. Accessed on 24th July 2020.

³⁵ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso do povo indígena Xucuru e seus membros e seus membros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Resumo oficial. 2018. Available in: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_346_por.pdf. Access in: 24 Jul. 2020.

³⁶ The example of Article 21.1 of the American Convention of Human Rights, the Articles 1 to 3 of the Declaration of the United Nations about the Rights of Indigenous Peoples and the Articles 1 to 5 of the American Declaration about the Rights of Indigenous Peoples.

³⁷ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 3.239* Distrito Federal. Available in: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>. Access in: 12 May 2021.

lective property right was still not covered by adequate regulation in the infra-constitutional legislation which prescribed the property right.

Thus, that Xukuru case is paradigmatic for being the first condemnation of Brazil by the Inter-American Court of Human Rights in the indigenous matter, in order to rethink property right of the original peoples. The confronted problems permit one to reflect definitively upon the insufficiency and non-functionality of the institutes of private law, which were used strategically in the domestic law against the indigenous people.

4 The Eurocentricity in the Brazilian legal experience: a strong colonial tradition

It is interesting to ascribe the experience of the Brazilian legal practice, which has a strong colonial tradition, to the European and North-American law, with scant reference to the experiences of Latin America which has similar problems. The decision of the Brazilian Federal Justice in 1998 (subsequently confirmed by the Regional Tribunal in 2003) in favour of the landowners Didier³⁸ for recovering the Caípe village (with 300 hectares), which lies within the Xukuru territory, reveals this colonial posture of negating the ancestral relationship of the people to the territory. The judiciary recognized the civil possession by the landowners of the large rural estates inside the indigenous territory on the basis of a register of private property from 1969, although its successive chain was not legitimately proved.

The arguments that supported the judicial decision opted for the prevalence of the civil law's rules versus the Xukuru people, which were apparently Indian pretences because there is a high degree of miscegenation and they should not be considered as a "pure race". One observes the recourse to the doctrine of assimilation from the Brazilian colonial period, which apparently extinguished the indigenous people and integrated them into the civilized society. Besides that, the doctrine of discovery³⁹, which entails the ethnocentric ideas of European supremacy over the other cultures, was strongly verified in the actions against the Xukuru people.

The decision by the Inter-American Court of Human Rights in 2018, in the case of Xukuru versus Brazil, questioned these decisions by the Brazilian Judiciary. It highlighted the urgency of exercising the collective property right by the Indigenous People over the totality of their territory and it reinforced the Inter-American jurisprudential understanding about the necessity of removing the non-indigenous intrusion with the payment of benefits in good faith.

Concerning that aspect of colonialism, Virgílio Afonso Silva⁴⁰ already pointed out that there is a deficit in South America and notably in Brazil with integrating the Brazilian legal system with other countries of the region, which he called the absence of transnational constitutional dialogue between the tribunals of South America's different countries.

Brazil knows little about what occurs in the neighbouring countries in the majority of cases, in the sense of what their tribunals decide. The Brazilian Supreme Constitutional Court, named Federal Supreme Court (STF), makes many more references to the decisions of the Federal Constitutional Court of Germany and to the US Supreme Court, while neglecting the obligatory and binding jurisprudence of the Inter-American Court concerning the matter. In relation to the legal training in Brazil, most of the references are made to Europe and to the United States of America, although the judges have apparently read many foreign works and jurisprudences. Thus, it should be pointed out that there is a strong Eurocentricity not only in the legal system but also in the Brazilian legal training⁴¹.

We are also highlighting the Eurocentricity of the Brazilian Civil Code of 1916, which was in force until 2002. This legislation, which called the Indians 'silvícolas' or forest-dwellers, was drawn up under the supervision of Clóvis Beviláqua, who had a strong affinity with the German body of jurisprudence. He was part of the modernist republican movement that was called the School of Recife in Pernambuco, which emphasized

³⁸ Action of reintegrating possession no. 0002697-28.1992.4.05.8300 (Brazilian Federal Justice).

³⁹ MILLER, Robert J.; RURU, Jacinta. An Indigenous Lens into Comparative Law: The Doctrine of Discovery in the United States and New Zealand. In: SILVA, Denise; HARRIS, Mark (ed.). *Indigenous People and the Law*. 2015.

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 522-523.

⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010p. 522-523 and 525.

the study of German literature in Brazil's Northeast and which opposed the traditional orientation of the French doctrine. The production of the Brazilian Civil Code was based on the Outline of Teixeira de Freitas and on Bevilacqua's experience in the area of comparative law⁴².

Francisco Pontes de Miranda was another lawyer from the Northeast who was influential in Brazil and he belonged to the School of Recife's movement. He developed his famous work called *Private Law Treaty*, which quoted publications by German authors, even though the Brazilian situation did not coincide much with the German one. The works of Pontes de Miranda are still widely quoted in Brazil nowadays, including quotations by the Superior Courts, which demonstrates the perpetuation of Eurocentricity in the Brazilian law and the continuation of applying a transplanted judicial approach without greater critical thought with reference to the peculiarity of the Brazilian context.

In this sense, many lawyers and researchers are confident that the fixed legal principle can be effectively applied in any context, which despises the cultural differences between the legal systems. One observes that a social engineering exists by means of the law, which is extremely complex: the main question is how to make a transformation into comparative law⁴³ instead of only making a legal transplant without attending to the local particularities.

When we consulted the site of the Brazilian Supreme Constitutional Court, the Federal Supreme Court, we encountered 86 results from researching the entry of 'Inter-American Court'⁴⁴, which has jurisdiction that is recognized by the country since 1998, while, when researching the term "European Court", which is not formally binding on Brazil at all, we encountered 151 results on the Federal Supreme Court's website⁴⁵.

⁴² KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, by Jan Kleinheisterkamp, organized by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2006, p. 260 to 302. DOI. org (Crossref), doi:10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0009.

⁴³ MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. *The Oxford Handbook Of Comparative Law*, [S.L.], p. 344-389, 21 Mar. 2019. Available in: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.11>.

⁴⁴ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Research entitled the "Corte Interamericana"*. 2020. Available in: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=corte%20interamericana&sort=_score&sortBy=desc. Access in: 28 Jul. 2020..

⁴⁵ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Research entitled the "Corte*

This can be explained by the fascination with the European model, which conveys the notion that the compared private law has something to do with the legal transplant and with the importation of constitutional rules from one country to the other⁴⁶ (. Nevertheless, during the period when the study was published in 2010, one should point out that the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights is not echoed by the national decisions that were made.

It occurs to one that this legal transplant, which is sometimes made by the judiciary and by the bureaucracy on the national level, comes from the standardizing importation that reaffirms the Eurocentric colonial standard models instead of considering the local peculiarities in dialogues with the other regional legal systems.

5 The indigenous case of the Xukuru people as a decolonial proposal for reflecting upon the gaps of the right to property in the Brazilian legal system

As was demonstrated with the analysis of the Xukuru people, the world's vision of the indigenous peoples is different from the European tradition and specifically regarding what one understands by the right to property, which comprehends private property from an individual perspective.

This European concept of private law is present in Locke's theory as the "father of liberal individualism", whereby the right to property, life and liberty constitute the core of the civil state⁴⁷. In the list of the contractualists' theories, Locke innovates by utilizing the notion of property as the possession of movables and immo-

Europeia". 2020. Available in: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=corte%20europeia&sort=_score&sortBy=desc. Access in: 28 Jul. 2020.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 518.

⁴⁷ LOCKE, JOHN. *Two Treatises Of Government*. 1689. London, printed for Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co.: Also R. Griffin and Co. Glasgow; and J. Gunning, Dublin. 1823. Available in: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000175.pdf>. Access in: 10 Aug. 2020.

vables that already exist in the natural state, as one of the individual's natural rights that cannot be violated by the figure of the State⁴⁸. Locke's notion about property was incorporated into Western Europe's codifications and subsequently into the countries which follow that tradition.

The indigenous peoples' perception of the land is not associated with a patrimonial asset but to a concept that the anthropologists understand to be territoriality linked spatially and religiously which the indigenous peoples occupy as the territory. Holding the territory in the sense of communal property, collectively, in the sense of it belonging to those peoples who are in this specific place, involves religious, identifying, cosmological and even linguistic dimensions⁴⁹.

The term "territory" is used by the Inter-American Human Rights System to refer to the place that traditional communities inhabit, not limited as a geographical space, but imbued with a religious significance and linked to the survival of the traditional community in this territory. The term "land" is widely used in private law. It has a Eurocentric and colonial matrix and does not recognize, hinder and even deny the rights of traditional communities, such as indigenous peoples. When dealing with the space in which indigenous and quilombola peoples occupy as "land", we would be denying the religious and connection issue that these peoples have with the land they occupy.

Thus, we had identified how the Inter-American Court of Human Rights has incorporated the territorial notion from anthropology into the legal concept of property (also prescribed at the article 26 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and article 23 of the American Declaration of the Rights and Duties of Man). Although the American Convention on Human Rights (ACRH) expressly mentions the "right to private property" in its Article 21, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights has advanced and matured because of its own actual experiences with Latin America. These experien-

ces enabled the concept of private property that is stated in Article 21.1 of the Convention to also include the collective or communal dimension instead of it being limited to the understanding of property from the individual perspective.

The American Convention of Human Rights (ACHR), dated 1969, comprises the concept of a right to property in the following way:

"Article 21. Right to private property

1. All persons have the right to use and enjoy their assets. The law subordinates this use and enjoyment to the social interest."⁵⁰

It was in 2001, beginning with the case of Mayagna (Sumo) Community of Awas Tingni *versus* Nicaragua, that the Inter-American Court advanced to an evolutionary interpretation of the international instruments for protecting the human rights, which conforms with Article 29b of the ACHR and which prohibits a restrictive interpretation of rights. In this sense, it was understood that Article 21 of the ACHR protects the right to property in a dimension that also comprehends the right of the indigenous communities' members to demarcate the communal property and to also understand it as collective property which is recognized in the Political Constitution of Nicaragua⁵¹

In the aforementioned case, there was a dialogue between the local communities and the Inter-American Court, with the victims demonstrating that they understood the concept of property as the lands which are occupied and exploited by the entire community, according to an understanding of collective property. For the indigenous peoples the territory should be comprehended as the fundamental basis of their culture, spiritual life, integrity and survival. Thus, in an incorporation into the national context, the IDH Court understood that the indigenous communities have a relationship with the territory which is not a question of possession

⁵⁰ ORGANIZATION OF THE AMERICAN STATES. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Signed at the Inter-American Specialized Convention about Human Rights, in San José, Costa Rica, on 22nd November 1969. Available in: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Access in: 28 Jul. 2020.

⁵¹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos n° 11: pueblos indígenas y tribales*. Drawn up by the Inter-American Court of Human Rights with the collaboration of German Cooperation (GIZ). 2018. Available in: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>. Access in: 29 Jul. 2020.

⁴⁸ MARTINS, Adriano Eurípedes Medeiros. John Locke e a liberdade como fundamento da propriedade. *Griot: Revista de Filosofia* v. 11, n. 1, Jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.31977/grif.v11i1.626>.

⁴⁹ LITTLE, Paul. E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Anuário Antropológico*, v. 28, n. 1, p. 251-290. 2018. Available in: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6871>. Access in: 3 Aug. 2020.

and production but instead of territory as a material and spiritual element which the indigenous peoples are allowed to enjoy fully, inclusive of preserving the cultural legacy and transmitting it to the future generations⁵².

Through the interpretation of Article 21 of American Conventions of Human Rights, the Inter-American Court understood the necessity of protection between the indissoluble bond between the indigenous peoples and their territories. The protection of the right to property was combined with the rights of cultural identity, non-discrimination and self-determination of the indigenous peoples. The Inter-American Court imposed a duty on the States to voluntarily recognized to delimit, demarcate, give legal title to the traditional territory and to abstain from any act which could prejudice the total use and enjoyment of the property.

In the recent decisions that highlight the Xukuru people against Brazil, it was determined that the State has the obligation to implement the removal of intrusion from the territory, by means of which it must remove any interference in the territory that would not be made by the indigenous people, so that they could make use of the territory in a full and peaceful way⁵³.

The Xukuru people consider that their identity is based upon the perception of territory, which is imbued with a sacred character because religiousness is one of the most important aspects for the indigenous community's cohesion. The formulation of identity and the institution of its mechanisms for taking the decision and representation are directly bound up with the trajectory of that indigenous society in regularizing its territory, by means of which the collective memory was activated and their culture was recreated⁵⁴.

Although the Inter-American Court did not point this out in an express way, we understand that the Inter-

-American Court incorporated a decolonial perspective about the right to property by also comprehending it in a collective dimension which embraces the relationship of the indigenous peoples with the territory that they occupy.

In that sense, it is interesting to draw up some commentaries about what should be decolonialization. The decolonial thinking is able to be understood as a theoretical and political alternative for resisting the practice of Eurocentric modernity. The matter does not concern forgetting the development of European thinking but its criticism vis-à-vis the subject's emancipation through proposing other organizational forms in the conceptual, political and cultural space of the cultural experience. One of the characteristics of decolonial thinking is that one does not only articulate by starting from the individual figures but also by demanding that the distinct social and cultural movements in the indigenous movements of South America should be expressed⁵⁵ (OTO, 2009).

Since the start of the modern era, colonialism has been present and it is emphasized by a Eurocentric discourse that has repercussions in the legal field and that of human rights. The decolonial perspective seeks pluralism in the production of knowledge, which distances itself in the dominant Eurocentric construction. The zones that were marginalized as in Latin America by Eurocentricity until then, made the universalistic discourse of human rights problematic that concluded by professing the European hegemonic discourse⁵⁶.

We cannot neglect mentioning that the Inter-American Human Rights System was created under the influence of the European System of Human Rights, by incorporating some precepts in it such as the liberal vision of private property that has been encrusted in the European legal system for several centuries.

Nevertheless, one should point out that the jurisprudence of the Inter-American Court concerning the indigenous peoples, apart from the vanguard about the subject, has been a paradigmatic model concerning the

⁵² INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentença de 31 de Agosto de 2001. Available in: https://summa.cejil.org/api/attachments/download?_id=58b2f3c45d59f31e1345d7be&file=1502488651884diumu0y9lxwvcnxvwe5u7n9udi.docx. Access in: 1 Sep. 2019.

⁵³ NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between consolidation and setbacks. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 16, n. 2, p. 202-223, 2019. p. 207.

⁵⁴ FIALHO, Vânia. Parecer antropológico: faccionalismo Xukuru. In. PLANTARAM" Xicão: Os Xukuru do Ororubá e a Criminalização do direito ao território" Manaus: PNCSAUEA/UEA Edições, 2011. p. 61-69.

⁵⁵ OTO, Alejandro de. *"Pensamiento Decolonial/Decolonial"*. Editorial Biblos Lexicón, 2009. Available in: <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=285>. Access in: 4 Aug. 2020.

⁵⁶ ROMAGUERA; TEIXEIRA; BRAGATO. Por uma Crítica Decolonial da Ideologia Humanista dos Direitos Humanos. *Derecho y Cambio Social*, v. 38, 2014. p. 1-3, 13 and 24.

subject, with the majority of the cases dealing with territorial protection and demarcation⁵⁷

From this perspective, the case of the Xukuru people represents the possibility of a decolonial proposal for developing a comparative analysis about the right to property and specifically when we consider the right to property from a perspective of collective property that differs from the liberal view of property rights.

The indigenous peoples perceive that their relationship with the territory which they occupy is imbued with a religious and cultural character⁵⁸ and this concept is different from the European tradition of a private individual's right to property, which is also incorporated into the Brazilian legal system.

6 Problems and barriers of internal and notarial private law for exercising collective property rights.

Although Article 231 of the Brazilian Constitution of 1988 has advanced to recognize the original right of the indigenous people over the territory that they traditionally occupy, there is still a disparity with the Brazilian infra-constitutional legislation and the practices of the public administration's organs, which demonstrate a clear colonialism. Besides agreeing with the Constitution that is in force, the indigenous peoples of Brazil only have the possession of the territory that they occupy, whereas the bare ownership of those territories belongs to the federal government (Union), which has the duty of demarcating, protecting and respecting the indigenous territory.

In relation to the infra-constitutional legislation that is in force, one has: 1. the Brazilian Civil Code of 2002, which disciplines the private property right in Article 1,228 but it does not prevent the arrangement of collective property; 2. The Statute of the Indian (Law no.

6,001/73); 3. The Decree no. 1,775/1996 (process of demarcation) and 4. The Law of Public Registry (Law no. 6,015/73).

Thus, apart from the rules of property law laid down in the Brazilian Civil Code and the standards about the demarcation, one should point out the problems in the notarial area, which are normally neglected in the exercise of the collective property in Brazil⁵⁹. As already enunciated in the preceding topic, the administrative process for demarcating the Xukuru people's territory started in 1989 but it was only formally concluded sixteen years later, with a significant hiatus between the Presidential Decree that approved the Xukuru Indians' demarcation in 2001 and its notarial registration in 2005.

The Decree no. 1,775 of 8th January 1996 is the legislative instrument that regulates the complex process of demarcating the indigenous territories in Brazil. This process has several phases, which are: 1. identification; 2. approval by FUNAI; 3. contestations of third parties; 4. declaration of the limits by the Minister of Justice; 5. physical demarcation; 6. acceptance by Presidential Decree and 7. notarial registration in the Land Registry⁶⁰.

The last phase of the acceptance process is implemented by FUNAI and it takes place by registering the property in the Land Registry after 30 days from the date of publishing the Presidential Decree concerning the indigenous territory, according to Article 6 of the Decree no. 1,175/1996 about indigenous territories⁶¹. Furthermore, the Statute of the Indian provides that FUNAI must conclude registering the property in the Land Registry and in the Secretariat of the Union's Patrimony during these 30 days.

Article 246, 2nd para. of the Law no. 6015/73 only enunciates when dealing with registering the indigenous territory that "concerning the indigenous territory with

⁵⁷ NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between consolidation and setbacks. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 202-223, 2019. p. 206.

⁵⁸ NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between consolidation and setbacks. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 202-223, 2019. p. 217.

⁵⁹ NÓBREGA, Flavianne et al. Relatório da UFPE enviado à Corte Interamericana de Direitos Humanos antes do julgamento internacional do caso do povo indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil. In: NÓBREGA, Flavianne (org.). *Democratizando o acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: estratégias para a promoção local dos direitos humanos*. Recife: UFPE, 2021. In Press.

⁶⁰ BRAZIL. *Demarcações*. The page was lastly revised on 19th April 2018. Available in: <https://pib.socioambiental.org/pt/Demarca%20c3%a7%e3%b5e>. Access in: 6 Aug. 2020.

⁶¹ BRAZIL. *Decreto nº. 1.775, de 8 de janeiro de 1996*. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm#:~:text=DECRETO%20No%201.775%2C%20DE,da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20no%20art. Access in: 6 Aug. 2020.

approved demarcation, the Union will encourage the registration of the area in their name.⁶² The cited provision that refers to the law does not concern a more detailed way of dealing with the procedure and less still about the question of collective property with reference to the indigenous peoples. The officializing process of the indigenous territories does not have a specific legislation because it is exclusively associated with the Law of Public Register. In that way, the demarcating process remains susceptible to inaccuracies, such as those that occurred when registering the Xukuru people's territory in the Land Registry.

One notices that the Brazilian infra-constitutional legislation is insufficient with regard to the effectiveness of the demarcating process for the territories of the traditional peoples because the concept of collective property is not associated with it according to the consolidated jurisprudence of the Inter-American Court concerning the matter. Besides that, according to Articles 1 and 2 of the American Conventions of Human Rights, the States have the obligation to respect the laws of the American Convention and to make the arrangements that are necessary in the national law.

Thus, apart from the legislative deficiency in the law regarding the process of demarcating the territories, we are pointing out the notarial practices in relation to the collective property right of the indigenous peoples. After passing through all of the 6 stages in the demarcating process, the official of the Land Registry in the town of Pesqueira presented an action in August 2002 which aroused doubt in that last stage of the demarcating process for the Xukuru people's territory⁶³.

From interpreting Article 10 of the Law of Public Registers⁶⁴ one has to consider that the legal titles in the register of a property must be entered in a quick way and at the maximum on the following day after the office hours of the Land Registry have already ended. In that way, this legal period makes the fact of the offi-

cializing process for the Xukuru people's indigenous territory even more questionable because it has to be prolonged by a time that is exacerbatedly more (4 years).

That doubt was raised by the notary in order not to register the Xukuru people's indigenous property but it was subsequently judicially proved to be unfounded, since it was understood as unjustified and had a merely dilatory aim. That delay in registering the territory also violated Article 12 of the Law of Public Registers, which deals with the laws of precedence in the registration's priority.

In the words of Sandro Lôbo (2019), who was a lawyer at the time of the CIMI, that was the first time that the Land Registry proposed an action with the aim of arousing doubt about the demarcation, even though there was a Presidential determination that had been finally expressed for the registration: the President of the Republic's Decree of 30th April 2001, which accepted the Xukuru indigenous territory. The indigenous territory was only registered in the Land Register (the town of Pesqueira's property office) on 18th November 2005.

Thus, one observes that the last phase of the notarial registration is still a fragment of the colonial private law. One can say with respect to the collective property of the indigenous peoples that there is a jurisprudential understanding⁶⁵ to the effect that this registration is merely declaratory and that it does not establish the right, as is the case with registering private property.

In that way, the model of notarial registration has diverse problems that concern registering the property of indigenous peoples. It is private, limited and delineated by the colonial model. The property has to be registered in order for it to be reinstated. That is a strong European tradition. The experience of living well of the indigenous peoples differs from that European colonial model. However, it is that model of the civil legislation and of the notarial registration which is formally demanded in order for the indigenous peoples to have quiet possession of their territory.

It is important to point out that this hiatus between the Presidential Decree which demarcates the indigenous territory and the registration in the Land Register did not occur exclusively in the Xukuru case and it per-

⁶² BRAZIL. *Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973*. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Access in: 7 Aug. 2020.

⁶³ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS *Caso do povo indígena Xucuru e seus membros e seus membros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Resumo oficial. 2018. Available in: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_346_por.pdf. Access in: 24 Jul. 2020.

⁶⁴ BRAZIL. *Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973*. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Access in: 7 Aug. 2020.

⁶⁵ Paragraph 133 of the decision in the case of the Kalinã and Lokono Peoples versus Suriname that was made by the Inter-American Court of Human Rights is worth pointing out here.

sisted in the Brazilian context. The delay of FUNAI in carrying out the notarial registration to demarcate the indigenous territory, which had been approved by the President of the Republic, was identified as a serious problem that compromised the legal security of the collective property right of other indigenous peoples. The Sixth Chamber of the Federal Public Prosecutor Office (MPF) sent formal recommendations to FUNAI and to the Land Registries in 2017, in order for them to take measures.

The National Council of Justice (CNJ) that controls the external actions of notaries and Land Registries in Brazil, approved the Petition no. 70 on 12th June 2018 which decides about registering the indigenous territory in order to fill the legislative gap on the subject. It stipulated that a daily fine should be applied, as well as that any Land Registry which does not finalize the registration of indigenous territory within 30 days has civil and criminal responsibility⁶⁶. That rule is more coercive and it came a few months after the Inter-American Court passed the sentence in the Xukuru case in February 2018. It is hoped that this provision will prevent the problems of registering the indigenous territories in the Land Registries.

The Federal Public Prosecutor Office⁶⁷ recommended utilizing the Provision no. 70/2018 of the CNJ in the state of Maranhão, which is a federal unit of Brazil in the Northeastern region, where FUNAI informed that it was having difficulties with implementing the registrations of indigenous populations' properties. According to FUNAI:

⁶⁶ BRAZIL. Conselho Nacional de Justiça (National Council of Justice). *Petição 70/2018 de 12 de junho de 2018*. Dispõe sobre abertura de matrícula e registro de terra indígena com demarcação homologada e averbação da existência de demarcação de área indígena homologada e registrada em matrículas de domínio privado incidentes em seus limites. Available in: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_70_12062018_13062018130257.pdf. Access in: 8 Aug 2020.

⁶⁷ It is important to emphasize that the Federal Public Prosecutor Office (MPF) has the constitutional mission of which is to act in defence of the rights and interests of the indigenous populations. The Sixth Chamber of MPF today hold the point of view in favour of the indigenous people. The local members of the Federal Public Prosecutor Office (MPF) in Pernambuco, which acted at the beginning of the demarcating process in the Xukuru case, acted very differently by criminalizing the Xukuru people and by negating the indigenous rights (COUTO Luiz et al. *Os Xukuru e a violência*. In: FIALHO, Vânia; NEVES, Rita de Cássia Maria; FIGUEIROA, Mariana Carneiro Leão (Org.). *"Plantaram" Xicão: os Xukuru do Ororubá e a criminalização do direito ao território*. Manaus: PNC-SAUEA/UEA Edições, 2011. p. 113-125).

"The Land Registries refused to implement the cancellation of the registrations that were inserted in the indigenous territories, by justifying that the registration could only be cancelled through a judicial decision about passing an executive sentence. Apart from that, the registrants themselves pointed out the difficulties in identifying the occasional registrations of third parties over the demarcated indigenous territories, as well as the difficulties with even localizing the registrations of the held indigenous territories (ITs)⁶⁸."

One observes a strong colonial tradition in the actions of the notaries in this region of Brazil, by which the private law is used as a strategic tool for opposing the registration of the indigenous collective property that had already passed through all of the legally prescribed stages during the demarcating process.

Some developments were observed in the Land Registries of the properties that had been registered in the state of Mato Grosso, which accepted the recommendation and promised to observe the period in the Provision no. 70/2018 that was approved by the CNJ with the aim of registering the indigenous territories, as well as with making a note about their existence in the third-party registrations⁶⁹. However, that solution does not appear to be uniform throughout the country. One notices that one of the State's controlling agencies needs to intervene in order to prompt the Land Registries that register properties, with the aim of implementing the registration of indigenous territories even within the framework of private law.

Nevertheless, the challenge of demarcating the indigenous territories in Brazil persists as a great problem. It was worsened, during the current government of President Jair Bolsonaro, as many non-indigenous farmers have been certified in an irregular way in areas which are considered to be indigenous territory. In May 2020, it was reported that since the government of Bolsonaro began in 2019, 42 agricultural estates have been

⁶⁸ BRAZIL. Ministério Público Federal (Federal Public Prosecutor Office). *Cartórios acatam recomendação do MPF para averbar terras indígenas de MT no registro imobiliário*. Available in: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/noticias-mt/cartorios-acatamrecomendacao-do-mpf-para-averbar-terras-indigenas-de-mt-no-registro-imobiliario>. Access in: 8 Aug. 2020.

⁶⁹ BRAZIL. Ministério Público Federal (Federal Public Prosecutor Office). *Cartórios acatam recomendação do MPF para averbar terras indígenas de MT no registro imobiliário*. Available in: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/noticias-mt/cartorios-acatamrecomendacao-do-mpf-para-averbar-terras-indigenas-de-mt-no-registro-imobiliario>. Access in: 8 Aug. 2020.

registered in an irregular manner, which is contrary to the protection of those territories that is prescribed by the National Foundation of the Indian (FUNAI) since 2012. FUNAI published a standard authorizing certification of the private lands in unapproved indigenous areas: unapproved indigenous territories are areas that await the Presidential Decree, which is the final phase of the demarcating process before the definitive registration in the Land Register of property⁷⁰. Carlos Frederico Marés, who is a lawyer and an ex-president of FUNAI, pointed out a colonial policy of the Bolsonaro government in relation to the indigenous peoples⁷¹.

Even with the great potential of the Xukuru case as a case of strategic litigation for innovating with the commissioned studies about the collective property right from the decolonial perspective, the effects of changing the course of history with respect to the indigenous rights of traditional persons are still uncertain. On the other hand, the knowledge that this case has provided recuperates definitive changes with respect to implementing the collective property rights locally and it will contribute to increasing the commissioned studies about protecting the collective property rights of the traditional peoples in Brazil and in Latin America.

7 Conclusions

We are able to conclude that many advances are still needed in relation to the Brazilian legal system, such as the property right in the decolonial sense. The Brazilian Civil Code of 2002 has not advanced in the sense of incorporating the collective property right and it remains restricted in the liberal and Eurocentric sense of private property.

The Inter-American System of Human Rights, beginning in 2001 with the sentence of the Inter-American Court in the case of the Mayagna (Sumo) Awas

Tingni Community versus Nicaragua, constructed an understanding of property in the collective sense, which includes the notion of territoriality of the indigenous peoples with the territory which they occupy.

Brazil was condemned in 2018 for the first time by the Inter-American Court for being involved in violations of the indigenous peoples' human rights, as in the case of the Xukuru indigenous people and their members *versus* Brazil. The case dealt with the necessity of respecting the quiet possession of the indigenous territory which had been recovered from the non-indigenous occupants of the territories and the Brazilian State has incorporated the concept of collective property into its legal system.

Thus, the case of the Xukuru people that was judged by the Inter-American Court is paradigmatic not only for the case of this indigenous people but also for the other indigenous peoples who are experiencing problems similar to those of the Xukuru people with having their collective property right recognized, by taking into account that the matter concerned a case of strategic litigation. However, for that it is necessary that the Brazilian State does not perpetuate colonial practices, such as those which occurred in the Xukuru case in relation to the Brazilian judicial power and to the sectors of public administration, like the acts which were taken by the Land Registry of Property in Pesqueira.

Taking into consideration the disparity between the Brazilian infra-constitutional legislation, which is regulated by 'Eurocentricity' through adopting the private property exclusively in a liberal and individual sense and the Inter-American Court of Human Rights decisions regarding collective property to which Brazil is formally bound, we hope that this decolonial comparative analysis can be helpful to improve the domestic legal practise for an effective legal protection of indigenous communal property rights.

One perceives that the Brazilian public authorities, not only in the judiciary but also with reference to the executive and the public administration, have a deep-rooted colonial incorporation in their practices: not only by the fact of a legal system that is anchored by an idea of limited property in an individual concept but also because of a colonial attitude to creating obstacles for the effectiveness of a property right in the collective sense, which avoids the classic comprehension of private property.

⁷⁰ FONSECA, Ana. Postura colonial do governo Bolsonaro ameaça povos indígenas e suas culturas ancestrais. *Carta Capital*. 14 Feb. 2020. Available in: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/postura-colonial-do-governo-bolsonaro-ameaca-povos-indigenas-e-suas-culturas-ancestrais/>. Access in: 8 Aug. 2020.

⁷¹ MAGALHÃES, Ana. Postura colonial do governo Bolsonaro ameaça povos indígenas e suas culturas ancestrais. *Carta Capital*. 14 Feb. 2020. Available in: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/postura-colonial-do-governo-bolsonaro-ameaca-povos-indigenas-e-suas-culturas-ancestrais/>. Access in: 8 Aug. 2020.

References

- ALMEIDA, Manoel Severino Moraes de et al. O caso Xukuru: lacunas e omissões da sentença proferida pela corte interamericana de direitos humanos. *Revista do CNJ*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 67-75, Jul./Dec. 2019.
- BONILLA MALDONADO, Daniel. Modern Comparative Law and the Construction of the legal barbarian. *In: DECOLONIAL Comparative Law Workshop*. Org. Max Plack Institute for Comparative and International Private Law Hamburg and University of Witwatersrand, Johannesburg, 6-7 October 2020.
- BONILLA MALDONADO, Daniel. The Critical Academic of Law: Resistance and Emancipation. *In: LEGAL Barbarians: Identity, Modern Comparative Law and the Global South*, Cambridge University Press, 2021.
- BORBA, Gabriel de Oliveira. O processo legislativo como garantia para a obtenção do consentimento prévio das comunidades quilombolas de Alcântara. *Revista de Direito Internacional*, [S.L.], v. 17, n. 3, p. 29-37, 20 abr. 2021. Available in: <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v17i3.7547>.
- BRAZIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal da República do Brasil*. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Access in: 6 Aug. 2020.
- BRAZIL. Conselho Nacional de Justiça (National Council of Justice). *Petição 70/2018 de 12 de junho de 2018*. Dispõe sobre abertura de matrícula e registro de terra indígena com demarcação homologada e averbação da existência de demarcação de área indígena homologada e registrada em matrículas de domínio privado incidentes em seus limites. Available in: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_70_12062018_13062018130257.pdf. Access in: 8 Aug 2020.
- BRAZIL. *Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996*. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm#:~:text=DECRETO%20Nº%201.775%2C%20DE,da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20no%20art. Access in: 6 Aug. 2020.
- BRAZIL. *Demarcações*. The page was lastly revised on 19th April 2018. Available in: <https://pib.socioambiental.org/pt/Demarca%C3%9A7%C3%B5es>. Access in: 6 Aug. 2020.
- BRAZIL. *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*: arrangement about the Statute of the Indian 1973. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Access in: 8 Aug. 2020.
- BRAZIL. *Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973*. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Access in: 7 Aug. 2020.
- BRAZIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Access in: 6 Aug. 2020.
- BRAZIL. Ministério Público Federal (Federal Public Prosecutor Office). *Cartórios acatam recomendação do MPF para averbar terras indígenas de MT no registro imobiliário*. Available in: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/noticias-mt/cartorios-acatamrecomendacao-do-mpf-para-averbar-terras-indigenas-de-mt-no-registro-imobiliario>. Access in: 8 Aug. 2020.
- BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 3.239 Distrito Federal*. Available in: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>. Access in: 12 May 2021.
- BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Research entitled the "Corte Europeia"*. 2020. Available in: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=corte%20europeia&sort=_score&sortBy=desc. Access in: 28 Jul. 2020.
- BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Research entitled the "Corte Interamericana"*. 2020. Available in: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=corte%20interamericana&sort=_score&sortBy=desc. Access in: 28 Jul. 2020.
- CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Forum of 2012.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. *A colonialidade do poder na reintegração de posse do imóvel Caípe*. In the press.
- COUTO, Luiz et al. Os Xukuru e a violência. *In: FIALHO, Vânia; NEVES, Rita de Cássia Maria; FIGUEI-*

ROA, Mariana Carneiro Leão (Org.). "Plantaram" Xicão: os Xukuru do Ororubá e a criminalização do direito ao território. Manaus: PNCSAUEA/UEA Edições, 2011.

FIALHO, Vânia. *As fronteiras do ser Xukuru*. Recife: Mas-sangana / Joaquim Nabuco Foundation, 1998.

FIALHO, Vânia. Parecer antropológico: faccionalismo Xukuru. In. PLANTARAM" Xicão: Os Xukuru do Ororubá e a Criminalização do direito ao território" Manaus: PNCSAUEA/UEA Edições, 2011.

FIGUEIROA, Mariana Carneiro Leão. Um olhar antropológico acerca do processo criminal que teve como vítima o cacique Xicão Xukuru. In. Plantaram" Xicão: Os Xukuru do Ororubá e a Criminalização do direito ao território" Manaus: PNCSAUEA/UEA Edições, 2011.

FONSECA, Ana. Postura colonial do governo Bolsonaro ameaça povos indígenas e suas culturas ancestrais. *Carta Capital*. 14 Feb. 2020. Available in: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/postura-colonial-do-governo-bolsonaro-ameaca-povos-indigenas-e-suas-culturas-ancestrais/>. Access in: 8 Aug. 2020.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentença de 31 de Agosto de 2001. Available in: <https://summa.cejil.org/api/attachments/download?id=58b2f3c45d59f31e1345d7be&file=1502488651884diumu0y9lxwvcnxvwe5u7n9udi.docx>. Access in: 1 Sep. 2019.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005*. Serie C No. 124. Available in: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Access in: 9 May 2021.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso do povo indígena Xucuru e seus membros e seus membros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Available in: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Access in: 24 Jul. 2020.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso do povo indígena Xucuru e seus membros e seus membros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Resumo oficial. 2018. Available in: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_346_por.pdf. Access in: 24 Jul. 2020.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso pueblos Kalina y Lokono Peoples vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Available in: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Access in: 10 Aug. 2020.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos n° 11: pueblos indígenas y tribales*. Drawn up by the Inter-American Court of Human Rights with the collaboration of German Cooperation (GIZ). 2018. Available in: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>. Access in: 29 Jul. 2020.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, by Jan Kleinheisterkamp, organized by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2006, p. 260 to 302. DOI.org (Crossref), doi:10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0009.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; LYNARD, Kylie. The land rights of indigenous and traditional peoples in Brazil and Australia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, 2016, p. 419-439.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto; CUNHA, Luís Emmanuel Barbosa da. *O Caso do Povo Xukuru frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o caminho pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. In the press.

LITTLE, Paul. E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Anuário Antropológico*, v. 28, n. 1, p. 251-290. 2018. Available in: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6871>. Access in: 3 Aug. 2020.

LÔBO, Sandro. MINICURSO. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Caso do Povo Xukuru: entre implementação e impacto*. Federal University of Pernambuco (UFPE) - PROExC on Web. Recife, 10 May 2019.

LOCKE, JOHN. *Two Treatises Of Government*. 1689. London, printed for Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Ofor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co.: Also R. Griffin and Co. Glasgow; and J. Gunning, Dublin. 1823. Available in: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000175.pdf>. Access in: 10 Aug. 2020.

- MAGALHÃES, Ana. Postura colonial do governo Bolsonaro ameaça povos indígenas e suas culturas ancestrais. *Carta Capital*. 14 Feb. 2020. Available in: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/postura-colonial-do-governo-bolsonaro-ameaca-povos-indigenas-e-suas-culturas-ancestrais/>. Access in: 8 Aug. 2020.
- MAGALHÃES, Ana. *Postura colonial do governo Bolsonaro ameaça povos indígenas e suas culturas ancestrais*. 14 Feb. 2020. Available in: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/postura-colonial-do-governo-bolsonaro-ameaca-povos-indigenas-e-suas-culturas-ancestrais/>. Access in: 8 Aug. 2020.
- MARTINS, Adriano Eurípedes Medeiros. John Locke e a liberdade como fundamento da propriedade. *Griot: Revista de Filosofia* v. 11, n. 1, Jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.31977/grirfi.v11i1.626>.
- MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW HAMBURG. *Decolonial Comparative Law*. Available in: <https://www.mpipriv.de/decolonial>. Access in: 9 May 2021.
- MEDEIROS, Ricardo Pinto de. História dos povos indígenas do Sertão Nordeste no Período Colonial: problemas, metodologia e fontes. *Clio Arqueológica*, Recife, n. 15, p. 205-233, 2002.
- MICHAELS, Ralf. Discussant of the paper Modern Comparative Law and the Construction of the legal barbarian. In: DECOLONIAL Comparative Law Workshop. Org. Max Plack Institute for Comparative and International Private Law Hamburg and University of Witwatersrand, Johannesburg, 6-7 October 2020.
- MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. *The Oxford Handbook Of Comparative Law*, [S.L.], p. 344-389, 21 Mar. 2019. Available in: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.11>.
- MILLER, Robert J.; RURU, Jacinta. An Indigenous Lens into Comparative Law: The Doctrine of Discovery in the United States and New Zealand. In: SILVA, Denise; HARRIS, Mark (ed.). *Indigenous People and the Law*. 2015
- MILLER, Robert J.; RURU, Jacinta. An Indigenous Lens into Comparative Law: The Doctrine of Discovery in the United States and New Zealand. In: SILVA, Denise; HARRIS, Mark (ed.). *Indigenous People and the Law*. 2015.
- NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between consolidation and setbacks. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 202-223, 2019.
- NÓBREGA, Flavianne et al. Relatório da UFPE enviado à Corte Interamericana de Direitos Humanos antes do julgamento internacional do caso do povo indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil. In: NÓBREGA, Flavianne (org.). *Democratizando o acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: estratégias para a promoção local dos direitos humanos*. Recife: UFPE, 2021. In Press.
- OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos índios misturados? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Mana*, [S.L.], v. 4, n. 1, p. 47 to 77, abr. 1998. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-93131998000100003>.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório nº 98/09*. Petição 4.355-02. Admissibilidade do Povo Indígena Xukuru. BRASIL, 29 de outubro de 2009. Available in: <https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil4355.02port.htm>. Access in: 8 Aug. 2020.
- ORGANIZATION OF THE AMERICAN STATES. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Signed at the Inter-American Specialized Convention about Human Rights, in San José, Costa Rica, on 22nd November 1969. Available in: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Access in: 28 Jul. 2020.
- OTO, Alejandro de. *Pensamiento Descolonial/Decolonial*. Editorial Biblos Lexicón, 2009. Available in: <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=285>. Access in: 4 Aug. 2020.
- RAMOS, Andre de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por violações de Direitos Humanos. *R. CEJ*, Brasília, n. 29, Apr./Jun. 2005.
- ROMAGUERA; TEIXEIRA; BRAGATO. Por uma Crítica Descolonial da Ideologia Humanista dos Direitos Humanos. *Derecho y Cambio Social*, v. 38, 2014.
- SANTOS, Cecília MacDowell. Xucuru do Ororubá e Direitos Humanos dos indígenas: lutas pela terra-segurança e Estado no Brasil. In: BENVENUTO; Andréa Almeida Campos et al. *Direitos Humanos: debates contemporâneos*. Recife: Ed. Do autor, 2009.

SCHADEN, Egon. Antropologia: Aculturação e Assimilação dos Índios do Brasil. *Revista Do Instituto De Estudos Brasileiros*, v. 2, p. 7-14, 1967. Available in: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i2p7-14>.

SILVA, Edson. *Biografia: O Povo Xukuru de Ororubá*. Available in: <https://osbrasisesuasmemorias.com.br/povo-xukuru-do-ororuba/>. Access in: 10 Aug. 2020.

SILVA, Edson. História Xukuru, história indígena no nordeste: novas abordagens. *Mnemosine Revista*, v. 1, n. 2, p. 64-83. Jul./Dec. p. 2010.

SILVA, Edson. Índios: desafios das pesquisas as reflexões históricas. In: NETA, Francisca Maria; PEIXOTO, José Adelson Lopes. (orgs.). *Ecos do silêncio: o saber e o fazer da pesquisa*. Recife: Libertas, 2018.

SILVA, Edson. *Xukuru: memórias e história dos índios da Serra do Ororubá (Pesqueira, PE), 1959-1988*. 2. ed. Recife: UFPE publisher, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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.

