

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

---

---

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

---

## Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

Editores convidados:

Sandrine Maljean-Dubois

Sophie Lavallée

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 19	n. 1	p. 1-441	abr	2022
--	----------	-------	------	----------	-----	------

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**  
Centro Universitário de Brasília

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

**Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

**Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

**Linha editorial**

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

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

**Editor Gerente**

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

**Comitê editorial**

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

**Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

**Diagramação**

S2 Books

**Disponível em:**

[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br)

**Circulação**

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 19, número 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](mailto:biblioteca@uniceub.br)



# Sumário

<b>CRÔNICAS.....</b>	<b>14</b>
<b>CRÔNICA REVISIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DE INVERSIÓN 2020: 2º ENCUENTRO ANUAL (SANTIAGO DE CHILE, 07-08/06/2021).....</b>	<b>16</b>
Ivette Esis Villarroel e Andrés Delgado Casteleiro	
<b>1 Introducción.....</b>	<b>16</b>
<b>2 Análisis de los aspectos jurisdiccionales y sustanciales en laudos arbitrales de inversión dictados en 2020 .....</b>	<b>17</b>
2.1 Aspectos jurisdiccionales.....	17
2.1.1 Michael Anthony Lee-Chin v. República Dominicana.....	17
2.1.2 Portigon AG v. Reino de España .....	19
2.1.3 Su casa es mi casa: La condición de inversionista nacional otorgada al extranjero residente según el laudo arbitral sobre jurisdicción de 24 de julio de 2020, en Luis García Armas v. República Bolivariana de Venezuela.....	20
2.2 Aspectos sustanciales.....	22
2.2.1 Are we just going to sit back and wait for “regulatory roller coasters” to derail? Balancing public policy vs. FET violations in investment arbitration: Eco Oro v. Colombia & Staur, Ebo & Rox v. Latvia. ....	22
2.2.2 ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia.....	24
2.2.3 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España .....	26
2.2.4 Joshua Dean Nelson v. Estados Unidos Mexicanos .....	27
2.2.5 Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company v. República Federal de Nigeria .....	29
<b>AS MEDIDAS CAUTELARES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NA CASO ENTRE UCRÂNIA E FEDERAÇÃO RUSSA .....</b>	<b>32</b>
Lucas Carlos Lima	
<b>1 Um Pedido restrito: a Convenção contra o Genocídio e a controvérsia entre Ucrânia e Rússia .....</b>	<b>32</b>
<b>2 A ordem da Corte de 16 de março concedendo medidas cautelares.....</b>	<b>33</b>
<b>3 Duas reflexões finais .....</b>	<b>35</b>
<b>Referências .....</b>	<b>36</b>
<b>THE CHALLENGES FACED BY WOMEN LEGAL ACADEMICS (PANEL DISCUSSION).....</b>	<b>39</b>
Eshan Dauhoo	

<b>DOSSIÊ.....</b>	<b>41</b>
<b>EDITORIAL BJIL: INTERNATIONAL LAW AS FUEL FOR CLIMATE CHANGE LITIGATION .....</b>	<b>43</b>
Sandrine Maljean-Dubois	
<b>THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN CASES OF TERRITORIAL DAMAGE CAUSED TO STATES BY CLIMATE CHANGE .....</b>	<b>46</b>
Cristiane Derani e Patricia Grazziotin Noschang	
<b>1 Introduction .....</b>	<b>47</b>
<b>2 Recognition of Responsibility for Environmental Damage by the International Court of Justice</b>	<b>48</b>
<b>3 State Responsibility for disappearance of other States due to increasing sea levels and the consequences concerning nationality and territory .....</b>	<b>51</b>
3.1 Universal commitments aimed at curbing adverse effects of climate change.....	51
3.2 Consequence of violation of treaties stipulating targets to control the increase of temperatures on Earth .....	53
<b>4 Final Considerations .....</b>	<b>57</b>
<b>References .....</b>	<b>57</b>
<b>LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E LICENCIAMENTO AMBIENTAL: CONSIDERAÇÃO DA VARIÁVEL CLIMÁTICA À LUZ DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE O CLIMA.....</b>	<b>61</b>
Danielle de Andrade Moreira, Carolina de Figueiredo Garrido e Maria Eduarda Segovia Barbosa Neves	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>62</b>
<b>2 Casos-referência estrangeiros de litigância climática sobre licenciamento ambiental .....</b>	<b>63</b>
<b>3 Perfil dos casos-referência em que se defende a aplicação de tratados internacionais sobre o clima no licenciamento ambiental .....</b>	<b>66</b>
<b>4 Principais argumentos sobre a aplicação doméstica de tratados internacionais climáticos nos casos-referência em análise .....</b>	<b>71</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>76</b>
<b>Referências .....</b>	<b>77</b>
<b>CAMBIO CLIMÁTICO Y ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN AMBIENTAL .....</b>	<b>80</b>
Gonzalo Aguilar Cavallo, Cristian Contreras Rojas e Jairo Enrique Lucero Pantoja	
<b>1 Introducción.....</b>	<b>81</b>
<b>2 El cambio climático, sus consecuencias y efectos sobre los derechos de las personas .....</b>	<b>81</b>
2.1 Visión panorámica sobre los derechos más afectados por el cambio climático.....	82
2.2 Personas y grupos vulnerables frente al cambio climático .....	86
<b>3 El aporte de la información y participación ambiental para hacer frente a las consecuencias del cambio climático .....</b>	<b>89</b>

3.1 El derecho al acceso a la información ambiental .....	89
3.1.1 Fuentes del acceso a la información ambiental.....	90
3.1.2 Alcance y contenido del derecho y el cambio climático .....	92
3.2 El derecho al acceso a la participación ambiental .....	93
3.2.1 Fuentes del derecho a la participación ambiental .....	95
3.2.2 Alcance y contenido del derecho y cambio climático .....	96
<b>4 Reflexiones finales .....</b>	<b>97</b>
<b>Referências.....</b>	<b>97</b>

**VIDAS EM MOVIMENTO: OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO ESPAÇOS DE JUSTIÇA PARA OS MIGRANTES CLIMÁTICOS..... 104**

Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville e Diogo Andreola Serraglio

<b>1 Introdução .....</b>	<b>105</b>
<b>2 A mobilidade humana como uma questão de direitos e de justiça climática.....</b>	<b>106</b>
2.1 A migração climática na agenda de direitos humanos.....	107
2.2 O direito a um clima seguro como fundamento para a litigância climática: possibilidades em matéria de mobilidade humana .....	109
<b>3 As obrigações climáticas que decorrem dos tratados de direitos humanos: fundamentos para a litigância climática baseada em direitos.....</b>	<b>111</b>
3.1 Obrigações dos estados para a proteção dos direitos humanos face à crise climática aplicadas à mobilidade humana .....	111
3.2 Responsabilidades do setor econômico para a proteção dos direitos humanos face à crise climática ...	113
<b>4 Os sistemas de proteção dos direitos humanos como espaços de justiça para os migrantes climáticos: aspectos destacados para uma litigância pautada em direitos.....</b>	<b>115</b>
4.1 Petição submetida à Comissão Nacional de Direitos Humanos das Filipinas.....	117
4.2 Casos de litigância climática ajuizados perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU .....	117
4.2.1 Caso Ioane Teitiota c. Nova Zelândia .....	117
4.2.2 Caso Torres Strait Islanders c. Austrália .....	118
4.3 Caso Chiara Sacci e outros C. Argentina, Brasil, França, Alemanha e Turquia no Comitê dos Direitos da Criança da ONU .....	119
4.4 Petição das tribos indígenas da Luisiana e Alasca aos relatores especiais de direitos humanos da ONU: o deslocamento induzido pela mudança climática como uma crise de direitos humanos.....	119
4.5 Caso Cité Soleil C. Haiti na Comissão Interamericana de Direitos Humanos .....	120
<b>5 Considerações finais: As potencialidades e os limites da litigância climática em matéria de mobilidade humana induzida pelo clima .....</b>	<b>121</b>
<b>Referências.....</b>	<b>122</b>

**EMERGÊNCIA CLIMÁTICA E DIREITOS HUMANOS: O CASO DO FUNDO CLIMA NO BRASIL E AS OBRIGAÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL..... 126**

Leticia Albuquerque, Gabrielle Tabares Fagundez e Roger Fabre

1 Introdução .....	127
2 Emergência climática e a construção de uma corresponsabilidade global em matéria de justiça global e climática .....	128
3 Os limiares críticos ecológicos associados às mudanças climáticas e os deveres impostos ao Estado brasileiro em decorrência dos compromissos assumidos na Convenção-Quadro e no Acordo de Paris .....	132
4 Os deveres procedimentais do Estado brasileiro e a governança climática .....	137
5 Considerações finais .....	140
Referências.....	141

**PERSPECTIVAS DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA EM FACE DE EMPRESAS: O CASO MILIEUDEFENSIE ET AL. VS. ROYAL DUTCH SHELL..... 145**

Julia Stefanello Pires e Danielle Anne Pamplona

1 Introdução .....	146
2 O caso Milieudensie et al. vs. Royal Dutch Shell .....	147
2.1 As denúncias e reivindicações feitas em face da Royal Dutch Shell.....	147
2.2 Os argumentos da defesa e a viabilidade da litigância climática.....	151
3 Aspectos do julgamento e da decisão.....	152
4 O futuro da litigância climática em face de empresas pós-Milieudensie et al. vs. Royal Dutch Shell: um compromisso com os direitos humanos .....	156
5 Considerações finais .....	159
Referências.....	160

**THE EFFORTS TO RESPOND TO CLIMATE CHANGE AND IMPLEMENTATION OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS (SDGS) FROM THE HARDEST-AFFECTED COUNTRIES: VIETNAM CASE ANALYSIS..... 164**

Yen Thi Hong Nguyen e Dung Phuong Nguyen

1 Introduction of climate change and its adverse impacts on Vietnam and study methodologies ..	165
2 Efforts of the international community in establishing and developing a legal framework to respond to climate change.....	168
3 Vietnamese legislation in response to climate change requirements: the efforts of a developing country to a global problem.....	175
4 Impact of climate change on the implementation of sustainable development goals in Vietnam	179
5 Difficulties and challenges that Vietnam is facing in taking urgent actions to respond to climate change and realizing the SDGs .....	182
6 Some proposals to improve the legislation to respond to climate change and implement the SDGs in Vietnam in the coming time .....	183



7 Conclusion .....	185
Reference .....	185
<b>CONSTITUCIONALISMO CLIMÁTICO COMO FUNDAMENTO TRANSNACIONAL AOS LITÍGIOS CLIMÁTICOS .....</b>	<b>192</b>
Délton Winter de Carvalho	
1 Introdução .....	193
2 Regime climático internacional.....	193
3 Regime climático nacional .....	194
4 Regime climático transnacional .....	195
5 O constitucionalismo ambiental.....	196
6 O constitucionalismo climático .....	197
7 Rights-turn: a virada da litigância climática em aproximação aos direitos humanos.....	198
7.1 Case Leghari v. Paquistão: a reinterpretação dos direitos fundamentais ante os novos desafios da justiça climática.....	199
7.2 Case Juliana v. USA: o direito fundamental à estabilidade climática .....	201
8 Considerações finais .....	202
Referências.....	202
<b>ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS .....</b>	<b>205</b>
<b>A AGENDA 2030: O COMPROMISSO DO BRASIL COM A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E O COMBATE AO TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS .....</b>	<b>207</b>
Gilmara Benevides C. S. Damasceno	
1 Introdução .....	208
2 “O futuro que queremos inclui cultura”: a introdução da cultura nos 17 ods e 169 medidas da agenda 2030 da ONU .....	210
3 A proteção do patrimônio cultural e o combate ao tráfico ilícito de bens culturais favorecidos pela agenda 2030 da ONU .....	211
4 O compromisso do brasil na proteção dos bens culturais: manutenção ou ruptura? .....	214
5 Considerações finais .....	218
Referências.....	219
<b>BIOECONOMY AND THE NAGOYA PROTOCOL.....</b>	<b>223</b>
Danielle Mendes Thame Denny	
1 Introduction .....	223
2 Brazil’s megadiversity regulation .....	225
3 The Nagoya international regime .....	226

4 Biopiracy a super wicked problem .....	229
5 Global Environmental Governance .....	230
6 Market driven initiatives .....	231
7 Voluntary sustainability standards.....	232
8 Only few standards are on biodiversity.....	234
9 Environmental justice .....	235
10 Conclusion.....	236
References .....	237

**THE INCLUSION OF THE DIGITAL SEQUENCE INFORMATION (DSI) IN THE SCOPE OF THE NAGOYA PROTOCOL AND ITS CONSEQUENCES .....** 241

Aírton Guilherme Berger Filho e Bruna Gomes Maia

1 Introduction .....	242
2 An important definition: genetic resources .....	243
3 Convention on Biological Diversity .....	244
4 Nagoya Protocol .....	246
4.1 Access and Benefit-Sharing .....	246
4.2 Compliance.....	247
5 Digital Sequence Information .....	248
6 DSI and ABS regime: a possible marriage?.....	251
6.1 Possible solutions for traceability.....	251
7 Conclusion .....	253
References.....	254

**POLITICAL ECONOMY OF SMART CITIES AND THE HUMAN RIGHTS: FROM CORPORATIVE TECHNO-CRACY TO SENSIBILITY .....** 258

Norberto Milton Paiva Knebel, Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges

1 Introduction .....	259
2 The political economy of information .....	260
3 On participation in smart cities.....	262
4 Sensible cities and human rights: the overcoming of smart cities seen from the cartographies of criticism to political economy .....	265
4.1 (Re)appropriation of spaces by technopolitics .....	266
4.2 The right to the city as a production of difference and spatial justice as an archetype for the reorientation of Human Rights.....	268
5 Conclusion .....	270
References.....	271

**OS IMPACTOS ECONÔMICOS POSITIVOS DA MIGRAÇÃO NA EUROPA: A OPORTUNIDADE QUE NÃO PODE SER PERDIDA .....275**

João Luís Nogueira Matias e Gabriel Braga Guimarães

<b>1 Introdução .....</b>	<b>276</b>
<b>2 Uma síntese do histórico das políticas migratórias contemporâneas: um fenômeno que acompanha a história da humanidade .....</b>	<b>277</b>
<b>3 Migração, economia e globalização: quais os principais impactos econômicos da migração no mundo globalizado? .....</b>	<b>279</b>
<b>4 Os impactos econômicos da migração na Europa: fardo econômico ou grande oportunidade?...281</b>	
<b>5 Migração forçada e seus efeitos econômicos: teriam os refugiados os mesmos impactos econômicos que os demais migrantes voluntários?.....</b>	<b>283</b>
<b>6 Considerações finais .....</b>	<b>284</b>
<b>Referências.....</b>	<b>285</b>

**EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS MIGRANTES, FUENTES INTERNACIONALES Y RECEPCIÓN EN CHILE.....289**

Glorimar Leon Silva e Juan Jorge Faundes Peñafiel

<b>1 Introducción.....</b>	<b>290</b>
<b>2 El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en los instrumentos internacionales de derechos humanos: justificación y jurisprudencia.....</b>	<b>291</b>
2.1 El derecho a la identidad cultural de los migrantes en los instrumentos internacionales de derechos humanos: bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro en base al principio de igualdad y no discriminación.....	292
2.2 El derecho a la identidad cultural de los migrantes en el Derecho Internacional de los derechos humanos: enfoque interpretativo estricto en base a la protección de las minorías .....	294
2.3 Jurisprudencia internacional: Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el ejercicio del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes .....	298
<b>3 El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en Chile: su justificación.....</b>	<b>300</b>
3.1 El derecho a la identidad cultural por parte de los migrantes en Chile: bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro con base al principio de igualdad y no discriminación. ....	301
3.2 El derecho a la identidad cultural por parte de los migrantes en Chile: bajo un enfoque interpretativo estricto con base a la protección de las minorías .....	303
<b>4 Jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de Chile en relación con el ejercicio del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes .....</b>	<b>305</b>
<b>5 Conclusiones .....</b>	<b>309</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>310</b>

**O MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A RELAÇÃO HETERÁRQUICA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO ..... 319**

Thiago Carvalho Borges

1 Introdução .....	320
2 A heterarquia no sistema do direito.....	321
3 Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões, e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos .....	323
4 Heterarquia, aprendizagem e desenvolvimento do sistema do direito.....	327
5 Considerações finais .....	332
Referências.....	332

**APPLICATION OF ARTICLE 5 OF THE ECHR TO THE DETENTION OF A PERSON WHO HAS COMMITTED A CRIMINAL OFFENSE ..... 336**

Vitalii A. Zavorodnii, Oksana Orel, Galyna Muliar, Olga I. Kotlyar e Volodymyr Zarosylo

1 Introduction .....	337
2 The need for recognizing and determining the legal basis for the extradition of offenders .....	339
3 Understanding the Phenomenon of Detention of a Person Who Committed a Criminal Offense outside the Territory of Ukraine .....	342
4 Rationale for Detention of a Person Wanted by the Competent Authorities of Foreign States....	344
5 The Issues of Implementing Individual Rights of the Detained Person.....	346
6 Concretising the Place of Detention in Ukrainian Positive Law .....	347
7 Conclusions.....	349
References.....	350

**O BANCO MUNDIAL FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINO-AMERICANO: PANORAMA GERAL E PASSOS CONCRETOS ..... 354**

Armin Von Bogdandy e Ebert Franz

1 Introdução .....	355
2 Uma abordagem regional do constitucionalismo: IUS Constitutionale Commune na América Latina.....	356
3 A relevância do banco mundial para o constitucionalismo transformador latino-americano.....	358
3.1 O Banco Mundial no contexto da América Latina .....	358
3.2 O Banco Mundial sob a ótica do constitucionalismo transformador latino-americano .....	359
4 O poder do banco mundial através de uma perspectiva jurídica .....	363
4.1 Um marco conceitual para entender o poder do Banco .....	363
4.2 Instrumentos que envolvem um exercício de autoridade pública pelo Banco Mundial.....	364
4.2.1 Os instrumentos de financiamento do Banco Mundial .....	364



4.2.2 Outros instrumentos .....	367
---------------------------------	-----

**5 Facilitar a aproximação das atividades do Banco Mundial ao constitucionalismo transformador latino-americano .....** 369

5.1 Enquadrar e controlar a autoridade pública do Banco: considerações gerais.....	370
--	-----

5.1.1 A dimensão material.....	370
--------------------------------	-----

5.1.2 A dimensão processual .....	372
-----------------------------------	-----

5.2 Um padrão de legitimidade contextualizado para os atos do Banco Mundial na América Latina .....	374
---	-----

5.2.1 Contextualizando o enfoque do Banco Mundial em relação aos direitos humanos .....	374
---	-----

5.2.2 Passos concretos rumo à aproximação.....	375
--	-----

**6 Considerações finais .....** 377

**SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: LIÇÕES DO ANO JUDICIÁRIO DE 2019-2020 E UMA BREVE HOMENAGEM A RUTH BADER GINSBURGH .....** 380

João Carlos Souto e Patrícia Perrone Campos Mello

**1 Introdução .....** 381

**2 Três decisões de destaque do Ano Judiciário de 2019-2020.....** 382

2.1 Ramos v. Louisiana: unanimidade do Júri nos casos de crimes graves .....	382
--	-----

2.1.1 Sexta Emenda.....	382
-------------------------	-----

2.1.2 Alcance da expressão “júri imparcial” .....	383
---	-----

2.1.3 Precedentes e federalismo .....	383
---------------------------------------	-----

2.1.4 O voto de Kavanaugh: critérios para a superação de precedentes.....	384
---	-----

2.2 A Lei de Direitos Civis proíbe discriminação contra a minoria LGBT .....	384
--	-----

2.2.1 O entendimento das Cortes de Apelação .....	384
---	-----

2.2.2 Textualismo e Intencionalismo na Suprema Corte.....	385
---	-----

2.2.3 Leading case.....	386
-------------------------	-----

2.2.4 O voto de Kavanaugh: a Corte não deve legislar .....	386
--	-----

2.3 Lei do Estado da Louisiana viola o direito ao aborto.....	386
---	-----

2.3.1 “Extremistas do aborto”: a polarização em torno do tema .....	387
---	-----

2.3.2 Stephen Breyer e o stare decisis .....	387
--	-----

2.3.3 O voto dissidente de Clarence Thomas .....	388
--	-----

2.3.4 O voto de Kavanaugh: as provas são insuficientes .....	389
--	-----

**3 O legado de Ruth Bader Ginsburg .....** 389

3.1 Brooklyn, Harvard e Columbia .....	389
--	-----

3.2 Assessorias e Lund .....	389
------------------------------	-----

3.3 Magistério e a colaboração com a American Civil Liberty Union: Rutgers e Columbia.....	390
--	-----

3.4 Corte de Apelação e Suprema Corte .....	391
---	-----

3.5 United States v. Virginia (1996).....	392
---	-----

3.5.1 Virginia Military Institute: admissão restrita a homens .....	392
---	-----

3.5.2 Precedente: Sweatt v. Painter (1950) .....	393
3.5.3 Violação da cláusula de igualdade da Décima-Quarta Emenda .....	393
<b>3.6 Ledbetter v. Goodyear Tire (2007).....</b>	<b>394</b>
3.6.1 O voto divergente de Ginsburg.....	394
3.6.2 O impacto sobre a campanha presidencial de 2008 e a Lei Ledbetter de 2009.....	395
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>395</b>
<b>Referências.....</b>	<b>396</b>

**REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADPFs ENTRE MARÇO DE 2020 E FEVEREIRO DE 2021.....400**

Carina Barbosa Gouvêa e Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco

<b>1 Introdução: a constitucionalização de direitos e a judicial review.....</b>	<b>401</b>
<b>2 Populismos entre a política e o sistema político .....</b>	<b>404</b>
<b>3 Revisão judicial abusiva .....</b>	<b>407</b>
<b>4 Metodologia analítica de revisão judicial abusiva .....</b>	<b>411</b>
4.1 Revisão judicial abusiva e as ADPFs julgadas pelo STF na pandemia da covid-19 entre 03/20 e 02/21.....	413
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>415</b>
<b>Referências.....</b>	<b>416</b>

**O PRINCÍPIO DAS NACIONALIDADES NO BANCO DE PROVAS DA CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL BRASILEIRA: CONFRONTOS ACERCA DA TEORIA DE PASQUALE STANISLAO MANCINI NO NOVO CONTINENTE .....**

Arno Dal Ri Junior

<b>1 Introdução .....</b>	<b>422</b>
<b>2 O “Princípio das Nacionalidades” na ciência brasileira de direito internacional público.....</b>	<b>423</b>
<b>3 Mancini e as doutrinas brasileiras de direito internacional privado .....</b>	<b>428</b>
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>433</b>
<b>Referências.....</b>	<b>435</b>

**NORMAS EDITORIAIS.....438**

Envio dos trabalhos:.....	439
<b>www.rdi.uniceub.br.....</b>	<b>440</b>

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

## CRÔNICAS



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Crónica Revisión de Laudos  
Arbitrales de Inversión 2020:**  
2º Encuentro Anual (Santiago de  
Chile, 07-08/06/2021)

Ivette Esis Villarroel

Andrés Delgado Casteleiro

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# Crónica Revisión de Laudos Arbitrales de Inversión 2020: 2º Encuentro Anual (Santiago de Chile, 07-08/06/2021)\*

Ivette Esis Villarroel\*\*

Andrés Delgado Casteleiro\*\*\*

Gabriel Briceño, Grisel Martínez Cisneros, Manuel A. Gómez, Gilberto Guerrero-Rocca, Nicolás Vassallo, María Gabriela De Abreu, Karen Longaric y Fabián Villeda Corona\*\*\*\*

## 1 Introducción

Durante los días 7 y 8 de junio de 2021 fue celebrada la segunda edición del evento sobre revisión de laudos, en el marco de arbitrajes inversor-Estado, dictados durante el año 2020. En esta oportunidad, la actividad estuvo coorganizada por la Universidad Autónoma de Chile y la Universidad Finis Terrae, con la especial colaboración institucional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, la Universidad del Desarrollo, la Universidad del Rosario (Colombia), Florida International University (Estados Unidos), Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), Heidelberg Center para América Latina, Apparcel, Uriarte & Vassallo y Lexincorp Central American Law Firm. Este evento también forma parte de los trabajos del Proyecto Fondecyt Iniciación sobre protección de la inversión chilena en el exterior frente al riesgo de expropiaciones indirectas, del cual Ivette Esis Villarroel es la Investigadora Responsable.

Durante 2020, a pesar de la pandemia y las consecuencias que ha traído, las estadísticas recientes publicadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Corte Permanente de Arbitraje, revelan un importante número de casos nuevos registrados en dichas instituciones. De ellas destaca el CIADI, institución arbitral que recibió 58 casos (siendo el mayor número de asuntos registrados en un año), mientras que SCC registró 4 casos nuevos y la CPA 126<sup>1</sup>. Por ello, el evento en esta oportunidad contó con cuatro mesas conformadas por destacados ponentes y moderadores, donde fueron analizados laudos de

\* Recibido em 12/11/2021  
Aprovado em 14/02/2022

Organizadores del evento:

\*\* Profesora e investigadora, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae (Chile); Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (España). Investigadora Responsable del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168.  
E-mail: iesis@uft.cl

\*\*\* Profesor asistente, Secretario Académico de Facultad y miembro del claustro del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Doctorado en Derecho y Master de Investigación en Derecho Internacional, Europeo y Comparado por el Instituto Universitario Europeo (Florencia, Italia). Licenciado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.  
E-mail: andres.delgado@uautonoma.cl

\*\*\*\* Expositores del evento.

<sup>1</sup> CIADI: *2021 Informe Anual*. Banco Mundial, Washington, 2021, p. 20, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID\\_AR21\\_Spanish\\_CRA\\_b11\\_web.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_Spanish_CRA_b11_web.pdf) ARBITRATION INSTITUTE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE: *Steady numbers of investment treaty disputes*. Stockholm Chamber of Commerce, Stockholm, 2020, disponible en: <https://sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2020/>; PERMANENT COURT OF ARBITRATION: *2020 Annual Report*. Permanent Court of Arbitration, The Hague, 2021, disponible en: <https://pca-cpa.org/en/news/the-permanent-court-of-arbitration-is-pleased-to-announce-the-publication-of-its-2020-annual-report/>. En menor medida la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional también ha administrado este tipo de arbitrajes. Ver: INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION: *ICC Dispute Resolution Statistics: 2020*. International Chamber of Commerce, Paris, 2020, p. 12, disponible en: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>

jurisdicción, laudos de méritos y decisiones del Comité de Anulaciones del CIADI, además de discutir sobre el futuro de los mecanismos de solución de conflictos inversor – Estado.

Más allá de la excepcionalidad en todos los sentidos del año 2020, la jurisprudencia arbitral mantuvo una línea continuista. Las consecuencias de la pandemia para los inversores están avanzando a través del sistema sin todavía llegar a la fase de laudo. Discusiones clásicas como el concepto de consentimiento, la nacionalidad del inversionista o los límites del trato justo y equitativo siguen siendo el centro de la actividad arbitral en 2020. Igualmente, algunos de estos temas ya están presentes la jurisprudencia arbitral de 2021 y son brevemente comentados en esta crónica.<sup>2</sup> Finalmente, los casos sobre energías renovables siguen presentando nuevas tensiones sobre las interacciones entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho de las organizaciones regionales de integración económica. A este respecto señalar que en el 2020 se evidenció también dicha tensiones en el marco del derecho de la integración de América Latina.<sup>3</sup>

## 2 Análisis de los aspectos jurisdiccionales y sustanciales en laudos arbitrales de inversión dictados en 2020

A continuación, el lector encontrará un breve resumen de dichos laudos, distinguiendo entre los relativos a la jurisdicción de los tribunales arbitrales en esta materia, los aspectos de mérito y la conocida decisión del Comité Ad Hoc que anuló el laudo Eiser v. Reino de España.

### 2.1 Aspectos jurisdiccionales

#### 2.1.1 Michael Anthony Lee-Chin v. República Dominicana

<sup>2</sup> CIADI Eco Oro Minerals Corp. v. República de Colombia, CIA-DI, Caso No. ARB/16/41, laudo arbitral de 09/09/2021.

<sup>3</sup> CIADI, Luis García Armas v. Venezuela, Caso No. ARB(AF)/16/1, laudo arbitral sobre jurisdicción de 24/07/2020.

CIADI, Caso No. UNCT/18/3, laudo arbitral sobre jurisdicción 15/07/2020

Gabriel Briceño<sup>4</sup>

El caso en cuestión se refiere a una controversia planteada por el Sr. Michael Anthony Lee-Chin (nacional de Jamaica) y la República Dominicana, la cual tiene su origen en el Contrato de Concesión (CC) celebrado el 1 marzo de 2007 entre la empresa dominicana Lajun Corporation, S.R.L. (“Lajun”) y el Ayuntamiento de Santo Domingo Norte (“ASDN”) para la administración y operación del Vertedero Duquesa, en el que se realizaba la disposición final de residuos sólidos urbanos en la zona del Gran Santo Domingo en la República Dominicana. El inversionista explica que realizó inversiones sustanciales en el vertedero y cumplió cabalmente con sus obligaciones contractuales, a pesar de las interferencias políticas del Estado centradas en despojarlo de la propiedad. Como contraprestación por la ejecución de los servicios, Lajun estaba autorizada a cobrar a los ayuntamientos de la zona del Gran Santo Domingo una tarifa de al menos US\$ 2 dólares por tonelada de residuos (la “Tarifa de Referencia”). El inversionista también refiere que la tarifa de referencia no era suficiente para cubrir los costos operativos del vertedero y poder hacer las inversiones requeridas por el CC, lo que ocasionó que el vertedero fuese deteriorándose progresivamente a través de los años. En el 2017, el ASDN presentó un recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior solicitando la anulación del CC y, de forma concurrente, una medida cautelar para que se dispusiera la administración judicial del vertedero.

El Tribunal dictó una medida cautelar mediante la cual ordenó la intervención y administración provisional del vertedero por una comisión compuesta por el Ministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social y el Alcalde del ASDN. Este despojo trajo consigo que el inversionista considerara que había sido expropiada su inversión. Por ende, acudió ante el CIADI haciendo presente su solicitud de arbitraje. Conviene aclarar que las discu-

<sup>4</sup> Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Ex asesor de la Alcaldía del Municipio Sucre, Estado Miranda (Venezuela) y abogado en ejercicio. En la actualidad, se desempeña como administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile y ayudante de investigación del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168. E-mail: abog.gabrielbriceño@gmail.com

siones de las partes se centran en la fase de jurisdicción ya que la controversia gira en torno a la interpretación de la disposición contenida en el Artículo XIII del Anexo III del Tratado, que establece el sometimiento de la controversia al arbitraje:

Las Controversias entre un inversionista de una Parte y la otra Parte, relacionadas con una obligación de esta última bajo el presente Acuerdo en relación con una inversión y que no hayan sido conciliadas de manera amigable después de un período de tres meses a partir de la fecha de notificación de una reclamación escrita, serán sometidas ante las cortes de dicha Parte o ante arbitraje nacional o internacional. 2. Cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional, el inversionista y la Parte involucrada en la controversia podrán acordar referir la misma a un árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad-hoc, a ser designado mediante acuerdo especial establecido bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

El inversionista alegó que el primer párrafo del artículo en cuestión, afirma que una controversia puede ser sometida a arbitraje internacional; el segundo párrafo permite a las partes acordar si el arbitraje debe someterse a un árbitro único o a un tribunal arbitral, el cual será designado mediante un acuerdo especial o, en ausencia de tal acuerdo, según el Reglamento CNUDMI. Los términos “inversionista” e “inversión” definidos en el Tratado son incuestionablemente amplios y el Tratado no limita en modo alguno su protección a inversionistas “directos” ni a inversiones “directas”.

La República demandada argumentó que: (i) el primer párrafo del Artículo XIII no se puede interpretar como una oferta abierta de consentimiento al arbitraje internacional; (ii) el segundo párrafo requiere que el Estado otorgue su consentimiento ex post a la existencia de una controversia para que ésta pueda someterse a un arbitraje internacional bajo el Reglamento CNUDMI; y, (iii) el Tratado no protege a las inversiones indirectas ni a los inversionistas indirectos. El tribunal analizó el consentimiento otorgado para poder someter la controversia a un arbitraje internacional bajo los siguientes argumentos: El primer párrafo contiene claramente una obligación asumida por las partes contratantes del Tratado que consiste en someter las controversias que allí se definen y que se produzcan entre un inversionista y una parte contratante del Tratado, a alguno de los foros indicados al final del párrafo, es decir: las cortes de dicha parte contratante, el arbitraje nacional o el arbitraje internacional. Como consecuencia de lo anterior, dado

que los inversionistas no han otorgado ningún acuerdo para arbitrar, la oferta anticipada para arbitrar solo puede provenir del Estado.

Por esta obvia razón, se entendió que la única parte que es capaz de comenzar un arbitraje Inversionista-Estado bajo el Artículo XIII es el inversionista (cuyos derechos habrían sido vulnerados). No se necesita ningún esfuerzo interpretativo para colegir que es eso y no otra cosa lo que se desprende de la utilización de la conjunción disyuntiva “o” para separar cada una de las posibilidades ofrecidas al demandante ya que el consentimiento expresado por las partes contratantes en el Tratado se ha perfeccionado ulteriormente con la presentación de la notificación de arbitraje enviada por el inversionista y recibida por el Estado. Así, el primer párrafo contiene la oferta de consentimiento realizada por las Partes Contratantes del Tratado y el segundo párrafo establece las diferentes configuraciones que puede adoptar el arbitraje internacional cuando éste es el mecanismo escogido por el inversionista. En cuanto a la objeción de los términos inversionistas e inversiones directas, el tribunal es consciente de la existencia de la máxima interpretativa general según la cual donde el texto no distingue el intérprete no debe distinguir y, por lo tanto, ambos términos abarcan igualmente a los inversionistas e inversiones indirectas.

Este laudo contó con la opinión disidente del árbitro Marcelo Kohén. En su opinión, el texto del primer párrafo del artículo en cuestión no establece quién ni cómo se procederá a la elección de uno de los tres modos de solución jurisdiccional de controversias mencionados. No surge de él que el inversionista puede optar por una de tales opciones e imponerla a la otra parte. No hay oferta de parte del Estado a una de las tres opciones a elección del inversionista, por cuanto solo hay una obligación para las partes de resolver la controversia por alguna de las tres opciones. La mayoría del Tribunal interpretó el Tratado de una manera que afecta gravemente al principio de igualdad de las partes en la solución de controversias. Del texto del párrafo segundo, no surge que sea el inversionista quien tenga la capacidad de elección del arbitraje internacional y tampoco dice el texto que, el acuerdo de someter la controversia al arbitraje internacional se perfeccionaría con la elección unilateral del inversionista. El hecho de que el inversionista y la parte involucrada en la controversia podrán acordar un árbitro único o un tribunal cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional indica que, en el

momento de referir la controversia al arbitraje internacional, la acción es más bien colectiva (las partes) y no individual.

En lo que se refiere a las inversiones e inversionistas directos, el Tratado considera como “inversiones” las acciones, capital accionario y pasivos de compañías o intereses en la propiedad de dichas compañías. El Demandante es el titular exclusivo de acciones, capital e intereses, pero en dos sociedades panameñas (Lution Investment SA y Kigman Del Sur SA), las que a su vez son titulares de acciones, capital e intereses en una sociedad panameña (Nagelo Enterprises SA) y en otra dominicana (Wilkison Company SRL), quienes también, tienen acciones, capital e intereses en Lajun Corporation SRL. Por consiguiente, el titular de los derechos reconocidos a los inversionistas en el Tratado, de conformidad con las definiciones del Artículo II (2) no es el Demandante sino la sociedad panameña Nagelo Enterprises SA y la sociedad dominicana Wilkison Company SRL. El presente caso no concierne a actos cumplidos por la demandada hacia el Sr Michael Lee Chin, sino hacia la sociedad Lajun Corporation SRL, de la cual el primero es, después de haber descubierto el velo de cuatro otras sociedades en cuatro niveles diferentes, quien controla su capital en un 80%.

### 2.1.2 Portigon AG v. Reino de España

CIADI, Caso No. ARB/17/15, laudo arbitral sobre jurisdicción de 20/08/2020

Gricel Martínez Cisneros<sup>5</sup>

El laudo referente a este arbitraje no ha sido publicado, de manera que la exposición se basa en fuentes confiables y especializadas en arbitrajes de inversión, tales como IA Reporter e Italaw. La empresa alemana Portigon AG, dedicada a prestar servicios de crédito, financió como parte de sus actividades, proyectos de energía renovable en el Reino de España. En este escenario, para mayo de 2017, Portigon AG presentó una demanda de arbitraje contra el Reino de España, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones-CIADI, invocando el Tratado sobre la

<sup>5</sup> Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Magíster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje (Universidad de Chile). LL.M. en Derecho Internacional (Universidad de Heidelberg). E-mail: gricelmc@gmail.com

Carta de la Energía<sup>6</sup>. A tal efecto, se constituyó el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Felipe Burnes, Albert Jan van den Berg y Giorgio Sacerdoti.

Respecto a las reclamaciones de Portigon AG, éstas responderían al hecho que existió una vulneración al principio de trato justo y equitativo frente a una serie de reformas energéticas emprendidas por España, que afectaron al sector de las energías renovables. Pese a no conocer de manera certera su posición, lo cierto es que el Gobierno de España ha enfrentado un número importante de arbitrajes iniciados como consecuencia de las reformas legislativas que se han desarrollado en el campo energético, las cuales habrían tenido un impacto económico significativo debido a la pérdida de incentivos otorgados originalmente a favor de los inversionistas.

Sin perjuicio de lo anterior y, donde radica uno de los temas por los cuales reviste de trascendencia el presente caso, es que, a diferencia de otros demandantes, Portigon AG no era propietaria o accionista de la empresa afectada por las regulaciones de España, sino que era más bien quien se encargó de brindar la financiación para el desarrollo y operación de plantas solares, hecho que lo distingue de los demás arbitrajes.

En atención a estos hechos, se conoce que, durante el proceso, España formuló tres objeciones a la jurisdicción, que son las siguientes:

1. En razón de la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referente al laudo de Achmea. Respecto al arbitraje Achmea cabe considerar que, en razón del pedido de anulación de laudo solicitado por Eslovaquia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, luego de consultado respecto a la compatibilidad de la cláusula arbitral que contenía el acuerdo de inversiones entre Países Bajos y Eslovaquia, concluyó que esta era contraria a la autonomía del derecho de la Unión Europea y, por tanto, incompatible. Criterio en la que se habría amparado el Reino de España para for-

<sup>6</sup> El tratado sobre la Carta de la Energía fue suscrito en 1994 y actualmente se aplica a más de 50 países. Surge con el propósito de establecer un marco de cooperación en el sector de la energía, buscando, entre otros aspectos, la promoción y protección de las inversiones en este ámbito. Dentro de sus disposiciones se encuentra la de solución de controversias, que faculta a los inversionistas a poder acudir a tribunales privados, en caso consideren que una ley modifica el escenario bajo el cual realizaron su inversión, generándoles un impacto negativo en sus resultados económicos.



mular objeción, la cual sin embargo los árbitros habrían rechazado de manera unánime.

2. El financiamiento de los proyectos de energía renovable no califica como inversión protegida de acuerdo al Tratado sobre la carta de la energía y el convenio de CIADI

3. La disputa legal no surgió directamente de una inversión bajo el convenio.

Al respecto, el Tribunal Arbitral en mayoría, a través de la decisión de los árbitros Felipe Burnes y, Albert Jan van den Berg concluyeron que el financiamiento si correspondía a una inversión de acuerdo al Tratado de la Carta de la Energía y la Convención de Washington, así como que la disputa derivaba de una inversión. Si bien no se conoce con certeza los considerandos que han llevado a los árbitros a tomar la decisión respecto a estas dos últimas objeciones, es pertinente observar que el tratado sobre la carta de la energía define este concepto, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1

DEFINICIONES

A efectos del presente Tratado se entenderá por:

6) “Inversión”, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:

a) bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas;

b) una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil;

c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión;

(...)

“Inversión” se referirá a toda inversión relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía y a las inversiones o clases de inversión designadas por una Parte Contratante en su región como “Proyectos de eficacia de la Carta”, y hayan sido así notificados a la Secretaría.”

Cabe recordar que el concepto de inversión es parte del núcleo duro para determinar la jurisdicción bajo el CIADI, el cual si bien no ha sido claramente delimitado, siempre se ha optado por una definición restrictiva del mismo, supuesto distinto al del presente caso, en el que

se habría adoptado una definición más amplia al considerar incluso la financiación de los proyectos.

Por estos hechos, no podía dejarse de lado la importancia que desde ya ha cobrado esta decisión, toda vez que abre la posibilidad que instituciones financieras puedan acudir a un arbitraje de inversiones directamente contra los Estados, en situaciones en las que sus regulaciones afectan de manera adversa a un proyecto que financiaron. Es recomendable estar al pendiente a la publicación de este caso y aquellos similares, a fin de conocer la interpretación brindada por los árbitros que sin duda abre un nuevo escenario para los arbitrajes de inversión.

### 2.1.3 Su casa es mi casa: La condición de inversionista nacional otorgada al extranjero residente según el laudo arbitral sobre jurisdicción de 24 de julio de 2020, en Luis García Armas v. República Bolivariana de Venezuela

CIADI, Caso No. ARB(AF)/16/1, laudo arbitral sobre jurisdicción de 24/07/2020

Manuel A. Gómez<sup>7</sup>

El tema de la (doble) nacionalidad del demandante en el arbitraje de inversiones ha dejado de ser una rareza para convertirse en un tema de discusión cada vez más frecuente.<sup>8</sup> Una muestra de casos decididos por tribunales arbitrales durante los últimos cinco años pone en evidencia lo difícil que resulta el tema de la doble nacionalidad en la práctica. Como punto de partida podemos observar que el tratamiento de la doble nacionalidad por los tratados y otras fuentes jurídicas parece insuficiente. En cuanto a los primeros, la percepción generalizada es que, durante las fases de negociación y redacción de los tratados bilaterales de inversión (“TBI”), los estados involucrados solo han considerado los escenarios más elementales de protección del inversionista extranjero

<sup>7</sup> Profesor y Decano Asociado de Postgrados e Iniciativas Globales en la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de la Florida (FIU). Email: magomez@fiu.edu

<sup>8</sup> Ver, e.g., ANZOLA, J. Eloy. Las Nuevas Decisiones sobre la Doble Nacionalidad de Personas Naturales en el Arbitraje de Inversiones en Venezuela, **Themis Revista de Derecho**, No. 77. Julio de 2020.; BERGOLLA, Luis, ‘République Bolivarienne du Venezuela c. Serafín García Armas & Karina García Gruber, Resumen del Caso’, Julio 2020, SANDERSON, Cosmo y PERRY, Sebastian, ‘Dual Nationals’ award against Venezuela set aside’ *Global Arbitration Review*, 3 de Junio de 2020.

contra la posible xenofobia de las autoridades del estado receptor de esa inversión. En la mayoría de los TBI se dice poco o nada sobre el tratamiento de sociedades extranjeras controladas o poseídas por inversionistas nacionales, sobre los extranjeros que con posterioridad a la realización de la inversión adquieren la nacionalidad del estado receptor de esa inversión, o sobre si la inversión realizada por un extranjero no residente en un país puede ser objeto de protección por vía del TBI correspondiente.

Tal como puede apreciarse en los casos iniciados por los miembros de la familia García Armas contra la República Bolivariana de Venezuela (“Venezuela”) apoyados en el tratado de protección de inversiones entre el Reino de España y Venezuela que entró en vigor el 10 de septiembre de 1997,<sup>9</sup> el tratamiento de la doble nacionalidad del inversionista es mucho más compleja que lo previsto por los estados parte en sus TBI. Para bien o para mal, cualquier aproximación a una solución de los problemas de interpretación sobre el impacto de la doble nacionalidad está supeditada a los vaivenes de la “jurisprudencia” arbitral internacional.

El laudo que ocupa la atención de este ensayo es el que decidió las objeciones sobre la jurisdicción del tribunal para conocer de la demanda iniciada por el ciudadano español —pero residente en Venezuela durante muchos años— Luis García Armas (“LGA” o el “Demandante”) el 13 de abril de 2016, como consecuencia de una serie de “supuestas medidas tomadas por la Demandada (las “Medidas”) en contra de las inversiones del Demandante (...) que, según el Demandante, resultaron en su expropiación por parte de la Demandada, sin el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva y en otras violaciones del Tratado y del derecho internacional”.<sup>10</sup> El laudo *in comento* fue emitido por el tribunal el 24 de julio de 2020 luego de intensas rondas de alegatos y audiencias, luego de las cuales el tribunal decidió unánimemente “desestimar la excepción preliminar de ausencia de jurisdicción *ratione voluntatis* y *ra-*

*tione personae* presentada por el tribunal y confirmar su jurisdicción *ratione voluntatis* y *ratione personae*”.<sup>11</sup>

Al menos con respecto al tema de la doble nacionalidad, este caso parece ser el menos complejo de la saga arbitral que durante casi una década ha enfrentado a la familia García Armas contra Venezuela, pues LGA solo ostentó la nacionalidad española y nunca se hizo venezolano. No obstante, la representación del estado demandado opuso la falta de jurisdicción del tribunal aduciendo que la vinculación efectiva y dominante de LGA con Venezuela obligaba al tribunal a considerarlo como ciudadano venezolano y por ende exento de la protección del TBI. El artículo 1 del TBI establece que solamente las personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante” podrían ser consideradas como inversores a los efectos de este.<sup>12</sup> El argumento del principio de la nacionalidad efectiva y dominante aducido por el estado demandado lo ancló en varios principios de derecho internacional consuetudinario y en la propia conducta de LGA, especialmente por haberse inscrito como inversionista nacional ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (“SIEEX”) de Venezuela de acuerdo con el régimen previsto en la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros.<sup>13</sup>

Por su parte, LGA respondió objetando los argumentos de derecho internacional por considerarlos propios del ámbito de protección diplomática y no de la condición de *lex specialis* del TBI aplicable. Adicionalmente, LGA sostuvo que la aplicación del principio de la nacionalidad dominante y efectiva había sido rechazada por algunos tribunales arbitrales como el que decidió el caso Saba Fakes v. República de Turquía<sup>14</sup> y que en todo caso la nacionalidad española de LGA no era puramente formal sino que él mismo conservó y cultivó estrechos vínculos con España durante toda su

<sup>9</sup> Los casos son: (1) Serafín García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela, caso 2013-3, Corte Permanente de Arbitraje, Notificación de Arbitraje, decidido en el fondo el 26 de abril de 2019; (2) Manuel García Armas, et al. v. República Bolivariana de Venezuela, caso CPA No. 2016-8; y (3) Luis García Armas v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/1.

<sup>10</sup> Luis García Armas v. Venezuela, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB (AF)/16/1, p. 1.

<sup>11</sup> Luis García Armas v. Venezuela, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB (AF)/16/1, p. 117.

<sup>12</sup> Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, artículo 1(a), 2 de noviembre de 1995 y en vigor desde el 10 de septiembre de 1997.

<sup>13</sup> Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 24: Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros sobre marcas, patentes, licencias y regalías, aprobado el 31 de diciembre de 1970.

<sup>14</sup> Saba Fakes v. República de Turquía, caso ICSID No. ARB/07/20, laudo definitivo, 14 de julio de 2010.

vida, pues además de haber declarado ser español ante las autoridades venezolanas —incluyendo al momento de solicitar la certificación ante la SIEEX—, LGA viajaba frecuentemente a España, era dueño de numerosos inmuebles en las Islas Canarias y cumplía regularmente con sus obligaciones tributarias en España.

Al motivar su decisión confirmatoria de jurisdicción, el tribunal arbitral observó que LGA arribó al territorio de la demandada en 1973 y el estatus de inversionista nacional lo solicitó en 1984. Adicionalmente, como el TBI entró en vigor el 10 de septiembre de 1997, “todos los eventos invocados por la Demandada son anteriores a la fecha de firma o de vigencia del TBI.”<sup>15</sup> Además observó el tribunal que, para tener éxito en su pretensión, la representación de Venezuela debió haber demostrado que la conducta de LGA en 1984 devino en una renuncia a su nacionalidad española, pero ello no fue así. Finalmente, con respecto a las costas el tribunal se abstuvo de condenar a cualquiera de las partes por considerar que ello sería prematuro y por otro lado decidió mantener en depósito con la Corte Permanente de Arbitraje el monto de USD 750.000 por concepto de garantía otorgada por el demandante.

## 2.2 Aspectos sustanciales

### 2.2.1 Are we just going to sit back and wait for “regulatory roller coasters” to derail? Balancing public policy vs. FET violations in investment arbitration: *Eco Oro v. Colombia & Staur, Ebo & Rox v. Latvia*.

Gilberto A. Guerrero–Rocca<sup>16</sup>

Two recent awards handed down by ICSID tribunals settled treaty-based arbitration claims filed almost simultaneously back in 2016. Results differed, but claimants shared the main argument against the host states:

<sup>15</sup> Luis García Armas v. Venezuela, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB (AF)/16/1. p. 108.

<sup>16</sup> Stanford University (Stanford, USA), JSM. Universidad Francisco de Vitoria (Madrid, Spain), Master’s in Business Law. Professor of International Arbitration at Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Florida International University College of Law, LL.M. Program Director and Adjunct Professor. Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), Abogado Summa Cum Laude. Master’s in Administrative Law. WDA Legal, Of Counsel. Florida Bar Certified Foreign Legal Consultant. International Arbitration Practice. E-mail: giguerre@fiu.edu

that investors had been treated unfairly due to wide-ranging contradictory regulations (involving several state agencies) - the so-called “regulatory roller coaster.”

In *Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia* (ICSID Case No. ARB/16/41, Award Sept. 9, 2021), extensive changes to the mining regulatory framework were justified by Colombia as efforts to protect its environment; and in *Staur Eiendom AS, Ebo Invest AS & Rox Holding AS v. The Republic of Latvia* (ICSID Case No. ARB/16/38. Award Feb. 28, 2020) changes in the host state’s priorities, coupled with the global economic crisis (in late 2000s) stalled a major infrastructure project led by foreign investors. Both tribunals had to decide as to whether public policy and actions taken by each respondent-state violated or not the guarantee of fair-and-equitable-treatment (“FET”) enshrined in the relevant treaty.

In *Eco Oro*, the tribunal (by majority) found Colombia in breach of Art. 811 of the Treaty<sup>17</sup> (FET)<sup>18</sup> because measures taken (environmentally driven delimitations, among others)<sup>19</sup> were arbitrary, inconsistent and confusing, to the point that the claimant was riding a veritable “regulatory roller coaster”<sup>20</sup> where the respondent “has not provided a stable legal and business environment.”<sup>21</sup>

The tribunal in *Eco Oro* concluded that measures taken by different Colombian organs and instrumentalities amounted to a so-called “regulatory roller coaster” (in violation of FET), after having conducted an analysis based on the fact that at least one of the following factors were involved<sup>22</sup>: (i) whether claimants’ ‘legitimate expectations’ were - or should have been - informed by the exercise of due diligence; (ii) whether Colombia failed to provide at all times a stable and transparent investment environment; or (iii) if Colombia failed to act in good faith, as required by international law and, if such a breach was indeed determined, whether

<sup>17</sup> Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Colombia.

<sup>18</sup> “The FET standard also requires Colombia to maintain a stable and transparent investment environment in accordance with *Eco Oro*’s legitimate expectations and enabling *Eco Oro* to plan its business and investments in an orderly fashion.” Award ¶717.

<sup>19</sup> Santurbán Páramo Ecosystem.

<sup>20</sup> “Given this and given what then happened as described below, the Tribunal finds *Eco Oro*’s description of being on a regulatory roller-coaster to be apt.” Award ¶791.

<sup>21</sup> Award ¶718.

<sup>22</sup> Award ¶762.

Colombia's actions were unacceptable from such international law's perspective.

The tribunal found that Colombia both failed to provide a stable and transparent environment and that its actions were unacceptable. When assessing 'arbitrary' and 'arbitrariness' the tribunal cited the *indicia*<sup>23</sup> used by other tribunals<sup>24</sup> and asserted that in order to assess violations of FET the tribunal had to consider all the facts and circumstances,<sup>25</sup> since even if a measure - taken in isolation - does not attain the level of a breach of the FET, it may result from a series of circumstances or a combination of measures.

In *Staur* the reasoning was quite the opposite, since the tribunal did not find that the measures taken by different Latvian agencies surpassed the threshold required for a violation of FET.<sup>26</sup> In other words, regulation (albeit new) was not passed with bias, discrimination, harassment, or in an arbitrary or contradictory fashion, and that circumstances did not amount, as depicted by the claimants, to the so-called "regulatory roller coaster."

Despite their different findings on FET violations (which led to different outcomes), both tribunals dismissed claimants' similar assertion of an indirect expropriation of their contractual rights. Neither award found the respondent liable on such basis but agreed that violations of this kind are more than feasible in the arena of investment arbitration, and that sovereigns' frequent and general allegation of the "purely contractual" nature of disputes had to be reviewed carefully and on a case-by-case scenario. It should in fact be noted that it is no longer disputed that contractual rights can indeed

be indirectly expropriated<sup>27</sup> and many ICSID tribunals<sup>28</sup> have rejected respondents' argument that they could not hear claims because they were "purely contractual."

Apart from FET violations, the two awards dealt with another relevant and unsettled issue in the field, namely the discussion as to whether measures taken - and public policy imposed - by many different state-related enterprises and agencies could lead to its liability and trigger responsibility under its respective international treaty. In *Staur*<sup>29</sup> this was essential for determining Latvia's liability and the outcome of the dispute at hand. Here the tribunal distinguished between *de jure* and *de facto* factors when labeling entities 'state organs.' Latvia raised jurisdictional objections based on the "contractual" nature of both the project and measures taken by

<sup>27</sup> See *Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Award (9 Sep. 2021); *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco SA v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/6, Award (27 Aug. 2019); *Phillips Petroleum Company Iran v. Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 425-39-2 (29 June 1989); *Libyan American Oil Company (LLAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award (12 April 1977); *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007); *Eureka B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc Tribunal, Partial Award (19 August 2005); *Biwater Gauff (Tanzania) v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008); *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007); *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001); *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000); *Southern Pacific Properties (Middle East Limited) v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992).

<sup>28</sup> Guerrero-Rocca, Gilberto "Glencore I: Adopting Stabilization Clauses in Investment contracts and Seeking Non-Pecuniary Remedies in Investment Arbitration Still Makes Sense. *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*" (ICSID, Case No. ARB/16/6). *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, 2020. In *Glencore I*, the tribunal relied on the *Vivendi* annulment committee which has stated that "[a] state may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa." In order to determine whether the claims were or were not based on a contract, it used the "fundamental basis" test: (i) "whether the fundamental basis of the claim is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the Parties is to be judged;" or (ii) "whether the standard against which the conduct of the Parties must be measured is a contract."

<sup>29</sup> "These breaches are claimed to have been the product of a series of acts and omissions of **SJSC Airport, the M rupe Municipality, the Ministry of Transport, the Ministry of Justice, the Latvian Parliament and the Latvian courts**, all acting as organs of the Latvian State, within the meaning of Article 4 of the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of the International Law Commission (the "ILC Articles") or, alternatively, that are attributable to the State, in the case of *SJSC Airport*, on the basis of the principles set forth in Articles 5 or 8 of the ILC Articles." (Our emphasis added). Award ¶224.

<sup>23</sup> "These *indicia* are: (a) a measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose; (b) a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice, or personal preference; (c) a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision-maker; and (d) a measure taken in willful disregard of due process and proper procedure." Award ¶760.

<sup>24</sup> See: *Teinver v. Argentina*; *Glencore I v. Colombia*; and *Global Telecom v. Canada*. Award ¶760.

<sup>25</sup> "As determined in *Gold Reserve v. Venezuela*, "even if a measure or conduct by the State, taken in isolation, does not rise to the level of a breach of the FET, such a breach may result from a series of circumstances or a combination of measures." ¶761.

<sup>26</sup> "Nor have the Claimants established that Latvia failed either to provide the Claimants with a transparent, consistent and stable business framework or to respect their legitimate expectations." Award ¶470.



a broad range of state instrumentalities, which (it affirmed) fall beyond the scope of the treaty. The tribunal dismissed these objections and upheld its jurisdiction, asserting that (i) unless it is manifest that claims can only be contract claims and cannot conceivably be characterized as treaty claims, it is not admissible to decline jurisdiction by stating that they are not treaty claims;<sup>30</sup>(ii) although Latvia's direct involvement was unclear, it was undisputed that some acts were attributed to it.<sup>31</sup> On the merits another, different, analysis was drawn because the tribunal found that those acts did not amount to the so-called "regulatory roller coaster" which implies FET violations.

In *Eco Oro* other relevant issues were addressed such as whether claimants were "free-rider" investors;<sup>32</sup> investors protected under the treaty; and to what extent environmental-related disputes were specifically excluded from the scope of the treaty.

In that regard, the tribunal dismissed Colombia's objections and upheld its jurisdiction by asserting that: (i) *Eco Oro* was neither owned nor controlled by investors of a non-party on the relevant date, thus Colombia was not entitled to deny claimants the benefits of Chapter Eight;<sup>33</sup>(ii) claimants are investors protected by the treaty, and the tribunal should not be engaged in an analysis of the beneficial owner of the claimant but rather the beneficial ownership of the property subject of the claim. There is no provision in the treaty requiring such level of scrutiny,<sup>34</sup> and (iii) contrary to Colombia's con-

tention<sup>35</sup> (*i.e.*, that environmental measures *per se* were entirely beyond the scope of the FTA), according to the ordinary VCLT<sup>36</sup> meaning of Article 2201(3) of the Treaty<sup>37</sup>, a party does not need to consider measures listed as 'exceptions' in order to block the applicability of Chapter Eight as a whole, thus investors are allowed to seek compensation but not restitution for a breach of the treaty, and Colombia was not prevented from "adopting or enforcing" the environmental measures under analysis.

Despite their different outcomes (on the merits), both awards deserve special attention in regard to how tribunals have to assess measures leading to a "regulatory roller coaster" and to what extent FET violations may suffice. Moreover, both awards shed light on how sovereign states should not use public policies as an excuse for not compensating investors' legitimate expectations or as a shield against claims based on arbitrary measures in the field of treaty-based investment arbitration.

## 2.2.2 ESPFeteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia.

CIADI, Case No. ARB/16/5, laudo arbitral 14/09/2020

Nicolás Vassallo<sup>38</sup>

ESPF Beteiligungs GmbH (ESPF), es una sociedad alemana de inversiones, subsidiaria de European Solar Power Fund Nr. 1 GmbH & Co. KG; ESPF Nr. 2, constituidas bajo las leyes de Austria y subsidiaria a su vez de la empresa Solar Power Fund Nr. 2 GmbH & Co. KG;

<sup>30</sup> "Similarly, the Tribunal considers that unless it is manifest that the claims being advanced by the Claimants could only be contract claims and could not conceivably be characterized as treaty claims, it is not appropriate for the Tribunal to decline jurisdiction on the basis that they are not treaty claims. This is particularly so where, as here, the claims as presented are not stated to be for the breach of the Land Lease Agreements and have been made in respect of the conduct of numerous actors who were not themselves parties to those agreements, including, notably, the Ministry of Transport, the Märupe Municipality and the Latvian courts." Award ¶304.

<sup>31</sup> (...) As the Hamester v. Ghana tribunal stated: "On the contrary, the evidential record . . . is more complex. In fact, the Respondent itself recognizes that some acts are attributable to the . . . Government, while denying that they amount to international illegal behavior. In other words, while the extent of the State's involvement is unclear, it is not contested that some acts are attributable to [the State]." 493 The same is equally true here. Award ¶305.

<sup>32</sup> "The Respondent submits that Article 814(2) permits State parties to deny the advantages of the Treaty, including access to international arbitration, to companies which are owned or controlled by nationals of third States and have no substantial business in their State of incorporation. This provision is similar to the counterpart provisions in NAFTA, CAFTA and certain BITs and serves to safeguard against "free-rider" investors." Award ¶218.

<sup>33</sup> Award ¶254.

<sup>34</sup> Award ¶273.

<sup>35</sup> Award ¶380.

<sup>36</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969. Canada and Colombia are both parties to VCLT.

<sup>37</sup> "Article 2201: General Exceptions [...] (3) For the purposes of Chapter Eight (Investment), subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investment or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, **nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:** (a) To protect human, animal or plant life or health, which the Parties understand to include **environmental measures** necessary to protect human, animal or plant life and health; (b) To ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or (c) For the conservation of living or non-living exhaustible natural resources." (Our emphasis added).

<sup>38</sup> Abogado de la Pontificia Universidad Católica (Chile); Máster en Derecho Internacional de la University College of London; Profesor de Derecho Internacional Público en las Universidades Del Desarrollo y Finis Terrae. Socio del estudio Apparcel Uriarte & Vassallo (AUV). El resumen fue realizado por María Gabriela de Abreu.

y InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG, constituidas bajo las leyes de Alemania, que en conjunto son los demandantes. La disputa surge con motivo de unas medidas regulatorias hechas por Italia, en particular, unas medidas legislativas y posteriores decisiones judiciales que reducían los incentivos tarifarios y las garantías ofrecidas para invertir en el sector de energías renovables, y que éstas afectaban la inversión de los demandantes en dicho país. Estas medidas en particular son tres: el Decreto *Spalmaincentivi*; la administración tarifaria y costes; y el régimen MGP / Off-Take. En particular los demandantes alegaron que las medidas afectaron sus proyectos enfocados en tecnología fotovoltaica. Por estas razones los demandantes iniciaron ante el CIADI una demanda contra Italia, alegando incumplimiento de sus obligaciones con el artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), relativo al trato justo y equitativo. El Estado se defendió alegando que nunca garantizó que los incentivos se mantendrían sin ningún cambio y sus medidas surgen de su derecho legítimo a regular.

En los méritos del caso, el Tribunal comienza analizando el estándar de trato justo y equitativo: en este aspecto surge el análisis de si el trato justo y equitativo es un estándar independiente (tal como lo afirmó el demandando) o tiene a su vez varios subestándares<sup>39</sup> (alegado por los demandantes). En este sentido, el Tribunal confirmó que el estándar de trato justo y equitativo comprende varios elementos, entre esos, no frustrar las legítimas expectativas, brindar condiciones estables para la inversión, actuar de manera constante y transparente (lo que comprende debido proceso y buena fe), y no tomar medidas discriminatorias y arbitrarias<sup>40</sup>.

Particularmente con las legítimas expectativas, el Tribunal se hace la pregunta de cuales expectativas reales pudo tener los demandantes con base al régimen tarifario ofrecido por Italia (*Conto Energia* Regime)<sup>41</sup>. En este sentido afirmó el Tribunal citando el caso *Micula v. Romania*,

que hay diversas maneras en que un Estado brinda de manera explícita promesas o garantías, y en dicha medida le da a un inversor unas determinadas expectativas. En el caso concreto, la mayoría del Tribunal consideró que el propósito de Italia con el régimen *Conto Energia* era ofrecer a los inversores incentivos para el desarrollo del sector de energía solar fotovoltaica, este régimen, aunque era un marco general iba a un sector específico con unos requisitos determinados, en los cuales invirtieron los demandantes<sup>42</sup>. por ello, era totalmente legítimo para los inversores esperar que no se cambiara el FIT estipulado por 20 años<sup>43</sup>, y esta legítima expectativa surgió desde el momento en que los demandantes hicieron su inversión<sup>44</sup>. Aunque el Estado se defendió alegando que el régimen no ofrecía una cláusula de estabilización, la mayoría del Tribunal consideró que el lenguaje del *Conto Energia* constituyó un compromiso específico de mantener el régimen tarifario por 20 años<sup>45</sup>. La mayoría del Tribunal consideró también que la medida tomada por Italia modificatoria del régimen (específicamente el Decreto *Spalmaincentivi*) no fue proporcional ni razonable<sup>46</sup>. No obstante, la árbitro L. Boisson de Chazournes, manifestó estar en desacuerdo con este razonamiento. En opinión de la árbitro, se debe hacer un ejercicio de balance con respecto a las circunstancias específicas del caso, y en su opinión el régimen constituyó una garantía específica “inmutable”. Por lo tanto, consideró que el *Conto Energia* no constituyó una promesa de congelamiento de la tarifa por 20 años y, en consecuencia, no creó una expectativa legítima al respecto<sup>47</sup>.

Otro elemento sobre el estándar de trato justo y equitativo que examino el Tribunal fue la obligación de brindar consistencia y transparencia. En este sentido, el

<sup>39</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §438, disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-espf-beteiligungs-gmbh-espf-nr-2-austria-beteiligungs-gmbh-and-infraclass-energie-5-gmbh-co-kg-v-italian-republic-award-monday-14th-september-2020>

<sup>40</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §443.

<sup>41</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §510.

<sup>42</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §518.

<sup>43</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §511.

<sup>44</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §541.

<sup>45</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §567.

<sup>46</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §594.

<sup>47</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §645.



Tribunal consideró que si bien el Decreto *Spalmaincentivi* frustró las legítimas expectativas del demandante, esto no quiere decir que el Estado no haya actuado de forma transparente en este aspecto pero si demostró una actitud inconsistente<sup>48</sup>. Con respecto a la buena fe, el Tribunal consideró que no era necesario abordarlo, dado los aspectos analizados con anterioridad.

Con respecto a las alegadas medidas discriminatoria e irrazonables, la mayoría del Tribunal concluyó que el Decreto *Spalmaincentivi* fue irrazonable y alteró el esquema tarifario prometido en un principio. Con respecto a las otras medidas (administración tarifaria y costes; régimen MGP / Off-Take) el Tribunal no las consideró como irrazonables, tomando en cuenta que no hubo violación al debido proceso, y se tomaron con propósitos legítimos y específicos<sup>49</sup>. Por último, el Tribunal también confirmó que el Decreto *Spalmaincentivi* violó la cláusula paraguas<sup>50</sup>.

### 2.2.3 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España

CIADI, Caso ARB/13/36, Decisión del Comité de Anulación 11/06/2020

María Gabriela De Abreu<sup>51</sup>

Eiser Infrastructure Limited es un fondo de inversión en capital privado con varias sedes, entre esas una en Luxemburgo, llamada Energía Solar Luxembourg S.à.r.l (los demandantes). En el marco de una serie de incentivos, préstamos, entre otros que estaba otorgando España (el demandado) en materia de energía renovable, los demandantes, invirtieron entre el 2007 y el 2011 en dicho país para la construcción de tres plantas de

energía termo-solar. Sin embargo, en el 2008, España comenzó a sufrir un déficit tarifario por lo que comenzó a tomar una serie de medidas donde los ingresos de los demandantes comenzaron a reducirse hasta ser insuficientes para tener una inversión estable. Por estas razones Eiser y su filial demandaron a España ante el CIADI, alegando violación a Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) en sus obligaciones sobre trato justo y equitativo, frustración de legítimas expectativas, medidas discriminatorias, cláusula paraguas, y alegando que su inversión fue objeto de una expropiación indirecta. El Tribunal CIADI consideró que el cambio regulatorio hecho por España afectó gravemente la inversión de los demandantes, produciendo una reducción significativa en los ingresos previstos<sup>52</sup>. Por ello, el tribunal determinó que España violó el artículo 10 (1) del TCE al no otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de los demandantes<sup>53</sup>.

Posteriormente España solicitó la nulidad del laudo, alegando varias razones, entre esas una violación al deber de revelación por parte de uno de los árbitros y en consecuencia una constitución errónea del Tribunal. Se trata de una relación entre el árbitro Dr. Stanimir A. Alexandrov y un empleado de la empresa Brattle Group<sup>54</sup>, el perito Sr. La Puerta. El Comité de anulación dividió su análisis en: - constitución incorrecta del tribunal y – quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.

Constitución incorrecta del tribunal: lo primero que hace el Comité es evaluar el estándar aplicable. Tal como en el Comité de anulación del caso *EDF v. Argentina*, este Comité coincidió en que, con base al artículo 52(1)(a) y (d) del Convenio CIADI, debe examinarse el asunto de nuevo y aplica un *test* similar de tres pasos<sup>55</sup>:

*a) ¿hubo una renuncia al derecho de plantear esta cuestión porque la parte en cuestión no lo hizo con la celeridad suficiente? El Comité consideró que España no conocía ni tenía forma de saber de esta relación antes de*

<sup>48</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n.º. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §657.

<sup>49</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n.º. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §671-720.

<sup>50</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n.º. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §827.

<sup>51</sup> Abogada (Universidad Rafael Bellosó Chacín, Venezuela). LL.M. en Derecho Internacional (Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile). Coordinadora ejecutiva del programa de Magister en Derecho Internacional del Heidelberg Center para América Latina y ayudante de investigación del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación 11190168. E-mail: mg.deabreu@heidelberg-center.cl

<sup>52</sup> *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España* (CIADI n.º ARB/13/36), laudo del 04/05/2017, §389, disponible en: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf)

<sup>53</sup> *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España* (CIADI n.º ARB/13/36), laudo del 04/05/2017, §486(b),

<sup>54</sup> Empresa dedicada a servicios de consultoría y testimonios de expertos en arbitrajes internacionales.

<sup>55</sup> *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España* (CIADI n.º ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §180 – 181.

que el laudo fuera dictado<sup>56</sup>, por lo que el Comité determinó que España no renunció a su derecho a objetar la independencia del árbitro<sup>57</sup>.

*b) Si la cuestión fue planteada con la suficiente prontitud, ¿la parte que solicita la anulación demostró que un tercero encontraría una apariencia evidente u obvia de falta de imparcialidad mediante una evaluación razonable de los hechos del caso?* El Comité encontró en primer lugar que, de los hechos descritos por España, hay “diversos vínculos profesionales, pasados y presentes”<sup>58</sup> entre el árbitro y el perito: el árbitro fue socio en el estudio de abogados Sidley Austin donde fue abogado de parte en diversos arbitrajes y donde a su vez el grupo Brattle y el Sr. La Puerta fueron contratados por la misma parte<sup>59</sup>. El comité consideró que si bien, los árbitros y peritos dedicados al arbitraje de inversión suelen tener interacciones frecuentes, en aras de “una conducción justa y objetiva” todos los vínculos deben hacerse conocer a las partes y los otros árbitros<sup>61</sup>. En el caso concreto, el Comité encontró que hubo “una apariencia manifiesta de perjuicio” y que había un deber de revelación por parte del árbitro<sup>62</sup>. El tercer paso del test *c) ¿podría la apariencia manifiesta de falta de imparcialidad o independencia de ese árbitro haber tenido un efecto sustancial en el laudo?*, se analizó en esta segunda parte a continuación.

**Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento:** el Comité consideró que “la independencia e imparcialidad de un árbitro es una norma fundamental de procedimiento”<sup>63</sup>. Por ello, el deber del árbitro se extiende a manifestar cualquier circunstancia que podría poner en juicio su imparcialidad incluso ante un tercero

a la causa. Por esta razón, el Comité determinó que la falta de revelación del árbitro privó a España de la posibilidad de recurrarlo en el procedimiento arbitral y por ende de tener un tribunal independiente e imparcial<sup>64</sup>. En consecuencia, el Comité concluyó que si hubo un quebrantamiento a una norma fundamental. En estas circunstancias, analiza el Comité la pregunta *c* del test, con respecto a si esta falta de imparcialidad por parte del árbitro pudo tener un efecto material en el laudo; comenta el Comité que los árbitros intercambian opiniones que pueden influir entre los mismos árbitros. Por ello, no puede pensarse que el análisis del árbitro Dr. Alexandrov no pudo haber tenido algún efecto material en las opiniones de sus co-árbitros y en consecuencia sobre el laudo. El Comité concluyó que la falta de revelación fue una falta grave y anuló el laudo con base al artículo 52 (1) (a) y (b) del Convenio CIADI<sup>65</sup>.

Esta decisión del Comité pone en la palestra temas muy relevantes en el arbitraje de inversión. Por un lado, reaviva el tema sobre la imparcialidad de los jueces. De igual forma, destaca la falta de uniformidad en las decisiones CIADI, donde en casos similares sobre una misma disposición (artículo 52 (1)(a) y (b) del Convenio), se han hecho interpretaciones diferentes<sup>66</sup>. Por último, se pone en relieve la carga sobre los árbitros respecto a la obligación de divulgación.

## 2.2.4 Joshua Dean Nelson v. Estados Unidos Mexicanos

CIADI, Caso No. UNCT/17/1, laudo arbitral 05/06/2020

Karen Longaric<sup>67</sup>

<sup>56</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §188 – 189.

<sup>57</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §190.

<sup>58</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §208.

<sup>59</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §205.

<sup>60</sup> Además, dicha interacción ya había sido impugnada ante la CPA en el caso Tethyan Copper v. Pakistán y en el caso SolEs Badajoz v. España. Sin embargo, en estos casos la impugnación surgió durante el procedimiento arbitral.

<sup>61</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §217.

<sup>62</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §233. El Comité hace referencia a las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (2014), Norma General 3(d).

<sup>63</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §239.

<sup>64</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §241.

<sup>65</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §253.

<sup>66</sup> Por ejemplo, en los casos *Azurix v. Argentina* y *OI European Group B.V. v. Venezuela*, los Comités argumentaron que si los hechos del motivo de recusación se conocen con posterioridad a la emisión del laudo, esto solo es motivo de revisión más no de anulación. En la línea de este caso de *Eiser v. España*, los Comités de *Vivendi v. Argentina (Vivendi II)* y *EDF v. Argentina* y *Suez* han sido del criterio de que en estas circunstancias de conocer las causales luego de emitido el laudo puede configurarse un motivo de anulación.

<sup>67</sup> Profesora e investigadora adscrita al Instituto de Investigación de Derecho (Universidad Autónoma de Chile). Doctora en Ciencias Económicas y Magister en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Docente emérita de la Universidad Mayor de San Andrés

Se trata de una controversia entre un inversionista de nacionalidad estadounidense, como Demandante; y los Estados Unidos de México, como Demandada. Arbitraje administrado por el CIADI, conforme al TLCAN y al Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, bajo el Caso N° UNCT/17/1, Laudo de fecha 5 de junio de 2020. En 2010 los ciudadanos estadounidenses Joshua Dean Nelson y Jorge Blanco conjuntamente Miguel Sacasa natural de México, constituyeron Tele Fácil México S.A, domiciliada en México. En 2011, la Secretaría de Comunicaciones y Transporte de México otorgó una concesión por 30 años a Tele Fácil para instalar, operar y explotar una red de telecomunicaciones, para cuyo efecto Tele Fácil decidió interconectarse con Telmex, mayor operador de telecomunicaciones de México. Telmex envió a Tele Fácil un proyecto de convenio de interconexión estándar, no permitía la interconexión indirecta, incorporaba cargos de portabilidad e incluía una tasa de interconexión recíproca de \$US 0,000975 por minuto, que Tele Fácil respondió después de once meses, solicitando modificaciones.

En 2013 México modificó sus regulaciones sobre telecomunicaciones y creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) como ente regulador. La nueva Ley Federal de Telecomunicaciones introdujo la tarifa 0 de interconexión prohibiendo a Agentes preponderantes cobrar tarifas de interconexión a otros operadores por llamadas que terminen en su red. En virtud de ello Tele Fácil presentó al IFT un procedimiento de desacuerdo contra Telmex, que éste respondió con un nuevo proyecto de convenio excluyendo cargos de portabilidad, permitiendo la conexión indirecta y afirmando que ambos estaban en desacuerdo sobre las tarifas aplicables, solicitando al IFT determinar las mismas. El IFT emitió la Resolución 381 (R-381) indicando que Telmex aceptó incluir las nuevas disposiciones sobre servicios de interconexión indirecta y cargos de portabilidad; que las tarifas de interconexión estaban definidas en el proyecto enviado por Telmex a Tele Fácil e instruyó interconectar redes, iniciar la prestación de servicios y celebrar los convenios conforme a la R-381.

Telmex impugnó la R-381 y el IFT emitió el Acuerdo 77 señalando que sus atribuciones se limitaban a resol-

ver asuntos no convenidos por las Partes (interconexión indirecta y costos de portabilidad). Tele Fácil presentó un Recurso impugnando falta de exigencia del IFT para cumplimiento de la R-381 y el Tribunal Administrativo rechazó dicho Recurso. En 2015 el IFT emitió la Resolución 127 (R-127) afirmando que el Acuerdo inicial entre Telmex y Tele Fácil era nulo, por lo cual fijó nueva tarifa. Tele Fácil presentó Recurso contra la R-127 que supuestamente dejaba sin efecto la R-381. El Tribunal Administrativo rechazó dicho Recurso.

Joshua D. Nelson y Jorge Blanco presentaron demanda en el CIADI por sí y en representación de Tele Fácil contra el IFT de México, denunciando lo siguiente: que la demandada expropió ilegalmente sus inversiones vulnerando el art. 1110 del TLCAN, que la negativa del IFT a hacer cumplir la R-381 inviabilizó un convenio de interconexión con Telmex y que en tales circunstancias le era imposible generar ingresos en México lo que significó la pérdida total de Tele Fácil. Acotó que sus derechos en virtud del convenio de interconexión constituían una inversión, conforme el art. 1139 del TLCAN y no excluían los derechos que se establecen entre un inversionista y un tercero al amparo del art. 1110 del TLCAN; que el Acuerdo 77 del IFT careció de debido proceso, era discriminatorio y la R-127 era una consecuencia del esquema arbitrario, secreto y discriminatorio del IFT, lo cual también violó el art. 1105. Por todo ello pedía al Tribunal el pago de una compensación, de intereses y costas del arbitraje

A su vez, la Demandada negó que haya expropiación y violación al art. 1110 del TLCAN en razón a: i) Además de las acciones en Tele Fácil el Demandante no contaba con activos propios protegidos en virtud del art. 1110, ii) que las medidas adoptadas no constituían expropiación ilícita y iii) que las mismas podrían justificarse de buena fe como actos regulatorios de interés público. Alegó que el Acuerdo 77 constituyó una aclaración del alcance de la R-381 y que la R-127 resolvió el desacuerdo acerca de las tarifas. Que las medidas impugnadas por el demandante en virtud del art. 1105 del TLCAN, es decir la R-381, el Acuerdo 77 y la R-127 tuvieron por objeto resolver una disputa entre Tele Fácil y un tercero (Telmex), donde el IFT actuó como entidad cuasi judicial. Los dos recursos de amparo promovidos por el demandante, uno contra el Acuerdo 77, fue presentado extemporáneamente y el otro contra la R-127, fue retirado por el recurrente, consecuentemente no hubo denegación de justicia ni trato injusto e inequitativo.

(Bolivia), ex canciller del Estado Plurinacional de Bolivia y autora de varios libros y artículos especializados en Derecho Internacional Público y Privado. E-mail: Karen.longaric@uautonoma.cl



El Tribunal para determinar la existencia de una expropiación en violación al art. 1110(1) del TLCAN, en su análisis adoptó una prueba de tres pasos, a preguntar: a) si hay una inversión susceptible de ser expropiada, b) si esa inversión ha sido de hecho expropiada y c) si se han cumplido las condiciones establecidas en el art. 1110(1) a y d. El Tribunal concluyó: **a)** En ninguna parte de la R-381 el IFT decide sobre la cuestión de las tarifas, **b)** Tele Fácil hizo una apuesta fundada en suposiciones e interpretaciones incorrectas de dicha Resolución. **c)** Por medio del Acuerdo 77 el IFT debía interpretar la R-381 de conformidad con el derecho mexicano, **d)** El IFT debía decidir la controversia sobre la tarifa de interconexión por medio de la R-127. El tribunal señala que Tele Fácil no tenía derechos en el Acuerdo de interconexión, que el demandante vio una ventana de negocios y con oportunismo intentó sacar provecho de la R-381; que el demandante no puede afirmar que un derecho que no posee conforme al derecho mexicano sea susceptible de ser expropiado. Por lo que el Tribunal concluyó que no hay violación del art. 1110 del TLCAN; que ni la solicitud de confirmación de criterio, ni el Acuerdo 77 violaron el art.1105, en consecuencia, la R. 127 no puede derivativamente violar el art 1105. Finalmente, el panel de árbitros rechazó las reclamaciones del demandante por expropiación ilícita, planteada sobre la base del art. 1110 del TLCAN y rechazar la reclamación por trato injusto e inequitativo planteada sobre la base del art. 1105 del TLCAN.

### 2.2.5 Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company v. República Federal de Nigeria

CIADI, Caso No. ARB/13/20, laudo arbitral sobre méritos 06/10/2020

Fabián J. Villeda Corona<sup>68</sup>

Las partes en el presente caso son *Interocean Oil Development* e *Interocean Oil Exploration* y la República Federal de Nigeria.<sup>69</sup> Interocean pertenecía a su vez a Impex

Limited, propiedad del Sr. Vittorio Fabri. Tanto *Interocean Oil Development* como *Interocean Oil Exploration* fueron constituidas bajo las leyes del Estado de Delaware, EE. UU. Interocean constituyó una empresa vehículo de propósito especial en Nigeria llamada *Pan Ocean Oil Company*, la cual operaba los derechos de exploración y explotación de dos yacimientos de petróleo. En 1984, Pan Ocean y la Corporación Nacional de Petróleo de Nigeria (CNPN) suscribieron un contrato de compraventa de petróleo. Sobre los beneficios de esta joint venture, Interocean tenía derecho sobre un 40% de estos, y la CNPN gozaba de un 60%.

El Sr. Fabri falleció intestado en 1998. La ex esposa del Sr. Fabri, la Sra. Annabella Timolini alegó que el Sr. Fabri había transferido la titularidad de las empresas a su nombre y el de sus hijos, sin embargo, dicha titularidad no fue reconocida en Nigeria. Entonces, el Director de Pan Ocean, el Sr. Festus Fadeyi tomó control de las compañías e inició un proceso judicial para que la Corte determinara que ni la Sra. Timolini ni su hijo eran accionistas o directores de Pan Ocean. Sin embargo, la Corte le dio la razón a los familiares del Sr. Fabri. Pese a ello, el Sr. Fadeyi solicitó a la Corte permiso para celebrar una Asamblea alegando la imposibilidad de comunicarse con los familiares del Sr. Fabri y que tal situación ponía en riesgo las operaciones de la empresa. La Corte aceptó y en dicha Asamblea el Sr. Fadeyi emitió 7,500 acciones que fueron distribuidas entre él y dos personas de su confianza. La familia del Sr. Fabri recurrió ante la Corte, pero esta validó la acción realizada por el Sr. Fadeyi, provocando la pérdida de control de Pan Ocean por parte de Interocean.<sup>70</sup>

Posteriormente, se inició el Arbitraje bajo el reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). La fuente del consentimiento para la jurisdicción del CIADI, no vino ni de un Tratado ni de un Contrato, sino la de la Ley de la Comisión para la Promoción de la Inversión, la cual, además, por medio de la incorporación del derecho común inglés, el derecho consuetudinario internacional resultó aplicable a la controversia de acuerdo con el Tribunal.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Asociado en Lexincorp Honduras. Abogado por la Universidad Tecnológica Centroamericana. LL.M. int. por la Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg y Magíster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje por la Universidad de Chile. Árbitro y Secretario de Tribunal Arbitral del CCA-CCIT. E-mail: fvilleda@lexincorp.com

<sup>69</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20,

§ 1-4. Texto disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11819.pdf> Acceso en: 2 jun 2021

<sup>70</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 6-41.

<sup>71</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 165.

En ese orden de ideas, Interocean alegó expropiación progresiva de su inversión y violación al derecho consuetudinario internacional. Según Interocean, el hecho que la CNPN (que como se señaló anteriormente, tenía participación en los beneficios del joint venture) haya ignorado las correspondencias que le fueron enviadas en la que señalaban las dificultades que estaban atravesando con el control de la empresa negando la protección a la inversión y por otro lado, que la Corte haya primero permitido celebrar la Asamblea y luego validado el resultado era un hecho atribuible al Estado y además de esta forma se mostraba la confabulación del Sr. Fadeyi con el Estado para tomar control efectivo de su inversión. Por su parte, Nigeria argumentó que los actos del Sr. Fadeyi no podían ser atribuibles al Estado de acuerdo con el derecho internacional, e Interocean no demostró que Fadeyi actuara como un agente del Estado, o bajo las órdenes o que el Estado estuviera involucrado de alguna manera en estos actos. Pese a que el Tribunal razonó más adelante que si bien la decisión de la Corte sí era atribuible a Nigeria<sup>72</sup>, Interocean no presentó evidencia suficiente que permitiera al Tribunal apreciar una actuación conjunta entre el Estado y el Sr. Fadeyi, añadiendo que cada rol que Nigeria tuvo en el histórico del caso fue independiente de las actuaciones del Sr. Fadeyi, por lo tanto, los actos no podían ser atribuibles a Nigeria y por tal razón, no hubo expropiación.<sup>73</sup>

En referencia a las alegaciones de derecho consuetudinario internacional, se redujeron a una presunta violación del Nivel Mínimo de Trato (NMT) y una violación al estándar Trato Justo y Equitativo (TJE) y de protección y seguridad plenas como un estándar autónomo del derecho internacional consuetudinario. Interocean argumentó que, de acuerdo con el derecho consuetudinario internacional, Nigeria tenía que respetar el NMT establecido en *Neer vs México*, lo cual podía ser apreciado por los actos y/u omisiones del Estado y en particular, la decisión de la Corte había sido un “gran error de justicia” por tanto violando el NMT.<sup>74</sup> Nigeria, por otro lado, consideró que los criterios para determinar una violación del NMT del caso *Neer vs México* consti-

tuían un umbral alto que debía ser probado por quien lo alega.<sup>75</sup>

El Tribunal concluyó que aun si aceptara la postura de Interocean, los actos del Sr. Fadeyi no eran atribuibles a Nigeria.<sup>76</sup> En cuanto al TJE y protección y seguridad plenas, Interocean argumentó que era un estándar autónomo del derecho consuetudinario internacional y que dicha afirmación está confirmada por la “*plétora de TBIs que contienen cláusulas de TJE*”, lo cual evidencia el nivel de aceptación entre los Estados del estatus del TJE como principio consuetudinario.<sup>77</sup> En relación con la protección y seguridad plenas, se refirió a la detención del Sr. Rooks (uno de los directivos de Pan Ocean) en el año 1987 y la denegación de acceso a instancias gubernamentales o al país inclusive. Nigeria consideró que Interocean no pudo citar ni decisiones, ni opiniones ni autoridades legales que respaldaran el criterio de estándar autónomo del TJE, y que el hecho que estuviese contenido en muchos TBIs, no constituye derecho consuetudinario pues no satisface los elementos que la componen.<sup>78</sup> Referente a la Protección y Seguridad Plenas, consideró que este se subsume en el NMT y está relacionado con serias amenazas a la seguridad e integridad física.<sup>79</sup> El Tribunal no hizo mayor análisis respecto a la argumentación de que el TJE era un estándar autónomo, sino que únicamente decidió que Interocean no había satisfecho los elementos del TJE y Protección y Seguridad Plenas y por lo tanto no podía apreciar una violación de estos. Finalmente, el Tribunal desestimó las reclamaciones presentadas y, por tanto, al no tener Nigeria responsabilidad por las pérdidas de Interocean, el Tribunal no procedió a discutir daños más allá de los costos relacionados con el procedimiento, condenando a Interocean el reembolso de los gastos incurridos por Nigeria.<sup>80</sup>

<sup>72</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 344.

<sup>76</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 335

<sup>77</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 338.

<sup>78</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 347.

<sup>79</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 357.

<sup>80</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 399.

<sup>72</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 310.

<sup>73</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 235.

<sup>74</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 337.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**As medidas cautelares da Corte  
Internacional de Justiça no caso  
entre Ucrânia e Federação Russa**

Lucas Carlos Lima

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# As medidas cautelares da Corte Internacional de Justiça na caso entre Ucrânia e Federação Russa\*

Lucas Carlos Lima\*\*

## 1 Um Pedido restrito: a Convenção contra o Genocídio e a controvérsia entre Ucrânia e Rússia

No dia 16 de março de 2022, a Corte Internacional de Justiça (CIJ ou ‘a Corte’), principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU), emitiu ordem processual outorgando medidas cautelares (‘provisórias/provisionais/conservatórias’)<sup>1</sup> na controvérsia sobre as *Alegações de Genocídio sob a Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Federação Russa)*.

A tese central da petição ucraniana enfoca a justificativa oferecida pela Rússia para sua intervenção armada.<sup>2</sup> Segundo a Ucrânia, a alegação de que um genocídio estaria ocorrendo na região de Donbass não poderia legitimar o uso da força em seu território, nem justificar o reconhecimento de novos Estados constituídos a partir de ilícitos – as Repúblicas Populares de Donetsk e Lugansk. Desse modo, a Ucrânia requereu à Corte uma declaração de que a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (‘Convenção contra o Genocídio’) não poderia ser utilizada para justificar o uso da força.

Em breve síntese, a Ucrânia construiu seu argumento de maneira invertida. Em vez de afirmar a ocorrência de violações da Convenção contra o Genocídio, buscou demonstrar que nenhum tipo de genocídio ocorria em solo ucraniano, sobretudo nas regiões de Lugansk e Donetsk. Com essa argumentação, a pretensão ucraniana recairia na base jurisdicional do art. IX da Convenção vez que tratar-se-ia de uma controvérsia relativa à “interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio”.

Segundo a Federação Russa, em breve manifestação escrita enviada à Corte (o Estado optou pelo não comparecimento nas audiências), a Corte Internacional de Justiça não teria jurisdição sobre a controvérsia, porquanto não se trataria, na realidade, de uma disputa envolvendo a Convenção contra o Genocídio. Segundo Moscou, o caso seria apenas uma tentativa indireta de exigir da Corte uma decisão sobre questões referentes à legitimidade do uso da força pela Rússia na Ucrânia, e sobre a declaração de independên-

\* Recebido em 28/03/2022  
Aprovado em 13/04/2022

\*\* Professor de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional pela Università degli Studi di Macerata com períodos de pesquisas doutorais na University of Cambridge e no Max Planck Institute Luxembourg for Dispute Settlement. Coordenador do Grupo de Estudos em Cortes e Tribunais Internacionais CNPq/UFMG.  
E-mail: lclima@ufmg.br

<sup>1</sup> Há alguma discussão sobre a melhor tradução da expressão em inglês “provisional measures” ou em francês “mesures conservatoires” à língua portuguesa. A expressão “medidas provisórias”, presente na tradução oficial da Carta da ONU à legislação brasileira (Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945) associar-se-ia às normas exaradas pelo Poder Executivo brasileiro, gerando potencial equívoco com a função. Optou-se pela opção “medidas cautelares” a fim de aproximar a expressão às figuras processuais brasileiras, dada a função do instituto no interior do regramento processual da Corte Internacional de Justiça.

<sup>2</sup> Sobre a questão, ver GREEN, James A; HENDERSON, Christian; RUYTS, Tom. *Russia’s attack on Ukraine and the jus ad bellum*. Journal on the Use of Force and International Law, 2022.

cia das províncias de Lugansk e Donetsk. Visto que a competência da Corte para decidir esse caso se assenta unicamente sobre a Convenção, o Kremlin acredita não existir base jurisdicional em razão da matéria, de modo que o caso deveria ser dispensado.

Dentre os pedidos da Ucrânia para a Corte, o primeiro foi o de “suspender imediatamente as operações militares iniciadas em 24 de fevereiro de 2022 que tenham como objetivo declarado a prevenção e punição de um genocídio reivindicado nos oblasts de Luhansk e Donetsk, na Ucrânia” enfatizando a conexão entre a medida e a base jurisdicional, a Convenção contra Genocídio. Similar pedido foi feito em relação a quaisquer unidades militares ou armadas irregulares que possam ser dirigidas ou apoiadas por ela, bem como quaisquer organizações e pessoas que possam estar sujeitas ao seu controle, direção ou influência. Além disso, a Ucrânia também requereu a emissão de um relatório à Corte sobre as medidas tomadas para implementar a Ordem da Corte sobre Medidas Cautelares, inspirada na decisão da Corte relativa ao *Genocídio Rohingya*.

## 2 A ordem da Corte de 16 de março concedendo medidas cautelares.

A emissão de medidas cautelares nos termos do artigo 41 do Estatuto da CIJ é condicionada pelo preenchimento de alguns requisitos desenvolvidos na própria jurisprudência da Corte.<sup>3</sup> Estes requisitos podem

<sup>3</sup> ROSENNE, Shabtai. *Provisional Measures in International Law: the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2005; LE FLOCH, Guillaume. Requirements for the Issuance of Provisional Measures. In: PALOMBINO, Fulvio Maria; VIRZO, Roberto; ZARRA, Giovanni. *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*. Haia: Springer, 2021, 19-54; MAROTTI, Loris. *A “Game of Give and Take”: The ITLOS, the ICJ and Provisional Measures*. In: PALOMBINO, Fulvio Maria; VIRZO, Roberto; ZARRA, Giovanni. *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*. Haia: Springer, 2021, 131-146; FORLATI, Serena. *The Adoption of Provisional Measures under Article 41 of the Statute*, in *The International Court of Justice: An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*. Haia: Springer, 2014; GAJA, Giorgio. *Requesting the ICJ to Revoke or Modify Provisional Measures*. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 14, n. 2, 2014, p. 1-6; PALCHETTI, Paolo. *The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute*. *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, n.1, 2008, 623-42; PALCHETTI, Paolo. *Responsibility for Breach of Provisional Measures of the ICJ: Between Protection of the Rights of the Parties and Respect for the Judicial Function*. *Rivista di Diritto*

ser sumarizados em: (a) existência de jurisdição *prima facie*; (b) plausibilidade dos direitos e sua conexão com as medidas requeridas e (c) o risco de dano irreparável e urgência.

No que concerne à jurisdição *prima facie*, ou seja, a verificação preliminar de que a Corte possuiria jurisdição para decidir o mérito do caso, a Corte basicamente concentrou-se em dois argumentos: a existência de uma controvérsia<sup>4</sup>, e a base para a jurisdição, essencialmente centrada no artigo IX da Convenção contra o Genocídio. Para superar esta barreira processual, a Corte identificou uma série de declarações russas as quais alegavam a prática de genocídio em território ucraniano. Em seguida, adotou uma postura bastante liberal em relação à necessidade de expressa menção à Convenção, e compreendeu que bastaria que as trocas entre as partes se referissem ao tema do tratado ou da cláusula jurisdicional (para. 44) para que uma disputa sob a Convenção pudesse ser configurada *prima facie*. Assim sendo, existindo a possibilidade do vínculo jurisdicional (Art. IX CcG) e uma controvérsia, estaria cumprido o requisito da jurisdição *prima facie*.

Toda a lógica que rege o poder da Corte em emitir medidas cautelares baseia-se na proteção dos direitos cuja violação ela decidirá a respeito no mérito – daí a necessidade de investigar a plausibilidade de tais direitos.<sup>5</sup> Esse é um argumento de desenvolvimento bastante recente na jurisprudência da Corte, voltado para compreender a ligação existente entre o sujeito detentor de um determinado direito e o direito em si, ainda que fora da disputa, de maneira abstrata. Na presente controvérsia, o raciocínio da Corte gravitou em torno unicamente

Internazionale, vol. 100, p. 5-22, 2017.

<sup>4</sup> O caso das Ilhas Marshall, em 2015, sublinhou a importância da existência de uma controvérsia para que a Corte exerça sua jurisdição. CIJ. Decisão. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Ilhas Marshall v. Reino Unido), 5 de outubro de 2016. Sobre a questão ver LIMA, Lucas Carlos. *Da relevância dos casos do desarmamento nuclear perante a Corte Internacional de Justiça*. *Revista de Direito Internacional*, vol. 14, p. 203-216, 2018.

<sup>5</sup> MAROTTI, Loris. *Plausibilità dei Diritti e Autonomia del Regime di Responsabilità nella Recente Giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia in tema di Misure Cautelari*. Note i Commenti. *Rivista di Diritto Internazionale*, ano XCVII, n. 3, 2014. Ver também: MILES, Cameron. *Provisional Measures and the ‘New’ Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice*. *The British Yearbook of International Law*, 2018 e KOLB, Robert. *Digging Deeper into the “Plausibility of Rights” Criterion in the Provisional Measures Jurisprudence of the ICJ*. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 19, n. 2, 2020.

da obrigação do Artigo I da Convenção contra o Genocídio, segundo a qual Estados devem prevenir e punir aquele crime de boa fé.<sup>6</sup> A Corte também se satisfaz com a relação plausível entre as alegações ucranianas e o dispositivo mencionado acima.

Contudo, a Corte recordou que a prevenção e punição do genocídio pode se dar por diversos meios institucionais. Ilustrativamente, sua jurisprudência no caso *Genocídio Bósnio (Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro)* afirmou que “todo Estado só pode agir dentro dos limites permitidos pelo direito internacional” (para 57).<sup>7</sup> Aqui, a Corte preferiu não adentrar numa afirmação de que qualquer ato russo seria contrário aos limites do direito internacional, limitando-se a uma breve observação sobre os princípios da Carta das Nações Unidas (Art. 1. C. ONU) e asseverou que “a Corte não possui provas substanciando a alegação da Federação Russa que genocídio ocorreu no território ucraniano” (para. 59). Ainda assim, a Corte notou de forma incisiva que, à luz dos objetivos e propósitos da Convenção para a prevenção e punição do crime de genocídio, é duvidosa a existência de uma autorização para uso da força unilateral com o objetivo de prevenir a prática daquele ilícito. Logo, em conclusão, a Corte indicou que “a Ucrânia tem o direito plausível de não ser submetida a operações militares da Federação Russa com o objetivo de prevenir e punir um suposto genocídio no seu território.” (para. 60).

Para comprovar a urgência e possibilidade de dano irreparável aos direitos plausíveis da Ucrânia, a Corte deu ênfase especial à Resolução da Assembleia Geral de 2 de março de 2022; em especial às considerações da Assembleia sobre as mortes de civis, a crise humanitária, ataques a alvos não militares como hospitais e grupos vulneráveis.<sup>8</sup> É particularmente digno de nota que a Corte use como fundamento da urgência outro documento do sistema ONU lidando com o conflito. Se ocasionalmente há quem diminua o valor de uma reso-

lução da Assembleia Geral, no caso em tela a resolução provou-se fonte importante de legitimidade das ações da Corte, bem como ancoradouro no requisito da urgência e dano irreparável.

Em sua jurisprudência anterior, a Corte notou não ser necessário para a concessão de uma medida cautelar que uma violação do instrumento no qual está inserida a cláusula compromissória tenha ocorrido, mas tão somente que se comprove o “risco real e iminente” de uma violação. Baseando-se também em uma resolução da Assembleia Geral, a Corte afirmou em 2019 que o povo Rohingya permanecia sob risco de sofrer um “prejuízo irreparável” a partir das violações dos direitos alegadas pela Gâmbia, o que justificaria a indicação das medidas cautelares.<sup>9</sup> Nesse sentido, a indicação das medidas no caso parece voltar-se não apenas para as violações já cometidas no teatro do conflito, mas também para aquelas de caráter continuado ou em vias de ocorrer na hipótese de seu agravamento.

Preenchidos os requisitos processuais para a emissão de medidas, a Corte então tratou de defini-las, recordando sua jurisprudência segundo a qual não necessariamente as medidas exortadas devem ser idênticas às requeridas pela parte demandante. Este foi o caso, porquanto a Corte determinou medidas mais amplas – e decisivas – do que aquelas requeridas pela Ucrânia.

Na decisão da ordem de medida cautelar, que levou pouco mais de duas semanas para vir à tona, num procedimento relativamente célere, a CIJ determinou que:

- (a) Por 13 votos a 2, que a Federação Russa deve suspender imediatamente as operações militares iniciadas em 24 de fevereiro de 2022 no território da Ucrânia.
- (b) Por 13 votos a 2, que a Federação Russa deve garantir que quaisquer unidades militares ou armadas irregulares que possam ser por ela dirigidas ou apoiadas, bem como quaisquer organizações e pessoas que possam estar sujeitas ao seu controle ou direção, não tomem medidas para promover as operações militares referidas no ponto (a) acima, por 13 votos a 2;
- (c) Por unanimidade, ambas as Partes devem abster-se de qualquer ação que possa agravar ou estender a controvérsia perante a Corte ou dificultar sua resolução.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Talvez um certo simplismo tenha perpassado a análise da Corte no que concerne ao cumprimento de tais obrigações presentes no Art. I da Convenção. Sobre o caráter complexo de tais obrigações, ver: LONGOBARDO, Marco. *L'Obbligo di Prevenzione del Genocidio e la Distinzione fra Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato*. *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 2, p. 237-256, 2019.

<sup>7</sup> CIJ. Decisão. *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro), 26 de fevereiro de 2007.

<sup>8</sup> ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução A/ES-11/L.1, *Aggression against Ukraine*, de 1º de março de 2022.

<sup>9</sup> CIJ. Ordem na Requisição para a Indicação de Medidas Cautelares. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gâmbia v. Mianmar), 23 de janeiro de 2020.

<sup>10</sup> CIJ. Ordem na Requisição para a Indicação de Medidas Cautelares. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and*

A ordem da Corte avançou alguns passos além da demanda ucraniana,<sup>11</sup> a qual se limitava a alegar a ilicitude das operações militares justificadas somente a partir prática de suposto genocídio contra populações de origem russa nas províncias orientais ucranianas de Donetsk e Lugansk. Ao ordenar a Rússia a cessar o uso da força (sob qualquer alegação) e a garantir a não-promoção das operações militares por grupos armados sob seu controle, bem como ao exigir de ambas as partes a abstenção de ações passíveis de agravar o conflito, a Corte Internacional de Justiça parece ter procurado estipular medidas condizentes com a natureza complexa da disputa, não se restringindo à – um tanto estreita – demanda ucraniana. Em outras palavras, através de sua ordem concedendo medidas cautelares a Corte blindou a escusa de uso da força não baseado na Convenção de Genocídio, criando a obrigação de cessação *independente* do vínculo jurisdicional.

### 3 Duas reflexões finais

A medida cautelar envolvendo a controvérsia sobre a Convenção contra Genocídio entre Ucrânia e Rússia permite uma série de reflexões sobre o papel da Corte diante de conflitos complexos, a flexibilização de critérios processuais para emissão de medidas provisórias e o balanço entre os requisitos para a emissão dessas medidas. Contudo, este ensaio encerra-se com duas ponderações para tentar entender a dimensão da ordem. A primeira, sobre a conexão entre a medida outorgada e a jurisdição da Corte.<sup>12</sup> A segunda, sobre a possibilidade de descumprimento da medida cautelar.

---

*Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrânia v. Federação Russa), 16 de março de 2022.

<sup>11</sup> CIJ. Requisição para a Indicação de Medidas Cautelares pela Ucrânia. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrânia v. Federação Russa), 26 de fevereiro de 2022.

<sup>12</sup> Esse debate aparece nas entrelinhas das opiniões individuais dos juízes. Dentre os juízes que votaram contra a ordem, o juiz russo Gevorgian enfatizou em sua opinião que as razões as quais levaram ao seu dissenso parcial eram firmadas “puramente por um fundamento jurídico substancial”, e seguiu ao afirmar que a disputa apresentada pela Ucrânia não teria como objeto ou “matéria” nenhum tema regido pela Convenção contra o Genocídio. Segundo ele, a demanda ucraniana estaria relacionada ao uso da força, o qual não constituiria por si só um ato de genocídio, de acordo com a própria jurisprudência da Corte. Alegando que a Corte já autolimitou afastamentos de sua “jurisprudência constante” exceto sob “razões muito particulares”, o juiz russo afirmou que a ausência de base de

A Corte reforçou o fato de estar “profundamente preocupada com o uso da força pela Federação Russa na Ucrânia, o que levanta questões muito sérias de direito internacional.” (para. 18).<sup>13</sup> Isso não significa que tenha necessariamente se pronunciado sobre o uso da força, mas sim sobre a medida necessária para garantir os direitos protegidos na Convenção contra o Genocídio. Uma leitura que tentasse harmonizar os requisitos processuais colocaria ênfase na urgência – destacada pela Resolução da Assembleia Geral de 2 de março de 2022 – e nos riscos do caso para a paz e segurança internacionais em vez de focar na conexão entre as medidas outorgadas e a cláusula jurisdicional. Devido à urgência da situação, seria possível afirmar que a exigência de plausibilidade dos direitos reivindicados poderia ser atenuada, havendo indicativos de jurisdição *prima facie*. Ou seja, em vista de algum grau de jurisdição em razão da matéria, a urgência e a possibilidade de dano irreparável foram colocadas em destaque, razão que explicaria a atitude da Corte para a concessão de medidas cautelares. Ainda assim, existe o risco de criar-se uma jurisprudência cautelar divergente onde trata situações envolvendo o mesmo vínculo jurisdicional (Convenção contra o Genocídio) de maneira distinta.

As razões pelas quais a Corte elegeu esta postura parecem ser claras. Um comportamento mais hesitante bastaria à Rússia para esta levar adiante sua estratégia de alegar a legalidade do uso da força sem conexão com a Convenção contra o Genocídio (o que apareceu em sua manifestação, mas também na curiosa declaração do *Presidium* do Ramo Russo da *International Law Association*) sob risco de frustrar a disputa.<sup>14</sup> A estratégia da Corte

---

jurisdição em razão da matéria comprometeria o exercício da competência da Corte. Encerrou apontando seu ceticismo em relação ao argumento ucraniano de que a Convenção resguardaria um direito a “não ser submetido a operações militares de outro Estado em abuso do Art. 1 da Convenção”. Trata-se de uma argumentação alternativa, a qual se choca com o fato de que a Ucrânia efetivamente provou a relação entre o uso da força pela Rússia e a Convenção, bem como desconsidera a possibilidade de que a ênfase seja assentada sobre o requisito de “urgência” para a concessão de medidas cautelares, o que implicaria em uma flexibilização das demais condições, incluindo a jurisdição *prima facie*. CIJ. Declaração do Vice-Presidente Gevorgian. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrânia v. Federação Russa), 16 de março de 2022.

<sup>13</sup> CIJ. Ordem na Requisição para a Indicação de Medidas Cautelares. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrânia v. Federação Russa), 16 de março de 2022.

<sup>14</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Russian Branch of the International Law Association. *Statement of the Presidium of the*



de conceder medidas mais amplas, talvez criticável no vocabulário do rigorismo processual, provou-se bem-vinda para a finalidade última de acrescentar adicional camada de juridicidade ao conflito e defender o objeto da controvérsia a ser adjudicado na fase de mérito – razão de ser do instrumento das medidas cautelares.<sup>15</sup>

Medidas cautelares são obrigatórias e são passíveis de gerar a responsabilidade internacional por seu descumprimento.<sup>16</sup> A jurisprudência recente da Corte, inclusive, corrobora no sentido de estabelecer a responsabilidade internacional a partir da violação de obrigações de cessação impostas por medidas cautelares. Sabe-se quais são os riscos envolvidos na exortação de decisões particularmente duras contra Estados, e a Corte tem em mente que o seu cumprimento – especialmente em caráter preliminar – depende quase que exclusivamente do Estado sobre o qual as medidas cautelares são impostas. O recurso ao Conselho de Segurança, previsto no Estatuto da Corte no caso de descumprimento de decisões, provavelmente encontraria as mesmas barreiras políticas que hoje entravam o órgão para uma resolução institucional do conflito.

O risco de continuidade do desrespeito à medida cautelar é alto enquanto um acordo não for alcançado pelas partes. Ainda assim, a Corte optou por ultrapassar o pedido ucraniano, não conectando a suspensão das atividades militares às alegações de genocídio. Trata-se de uma postura notadamente audaz se comparada com aquela adotada pela Corte de 2019, a qual estipulou medidas provisionais mais tímidas do que aquelas requeridas pela Gâmbia.<sup>17</sup>

Parte dos questionamentos aqui solevados poderão ser verificados no futuro, caso a controvérsia chegue à fase de objeções preliminares ou até mesmo em relação ao mérito, quando será definido o destino às medidas cautelares da Corte. Indicativos são esperados em relação a quais serão as consequências que a Corte depreen-

derá da clara violação de sua ordem vez que a Rússia não cessou imediatamente o uso da força, declarando não ter reconhecido a decisão. Por ora resta perceber que a decisão sobre medidas cautelares não foi apenas uma forma importante de emprestar voz solene a um conflito mundial – há questões processuais e sobre a própria função da boa administração da justiça em jogo.

## Referências

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução A/ES-11/L.1, Aggression against Ukraine, de 1º de março de 2022.

BECKER, Michael. *The Plight of the Rohingya: Genocide Allegations and Provisional Measures in the Gambia v. Myanmar at the International Court of Justice*. Melbourne Journal of International Law, vol. 21, 2020, p. 6.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Decisão. *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro), 26 de fevereiro de 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Decisão. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Ilhas Marshall v. Reino Unido), 5 de outubro de 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Ordem na Requisição para a Indicação de Medidas Cautelares. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gâmbia v. Mianmar), 23 de janeiro de 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Ordem na Requisição para a Indicação de Medidas Cautelares. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrânia v. Federação Russa), 16 de março de 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Declaração do Vice-Presidente Gevorgian. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrânia v. Federação Russa), 16 de março de 2022.

FORLATI, Serena. *The Adoption of Provisional Measures under Article 41 of the Statute*, in The International Court

*Russian Association of International Law*.

<sup>15</sup> MILES, Cameron. *Purpose of Provisional Measures*. In: MILES, Cameron. *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. New York: Cambridge University Press, p. 174-224, 2017.

<sup>16</sup> PALCHETTI, Paolo; D'ARGENT, Pierre. *Preliminary Objections and Breaches of Provisional Measures*, Rivista di diritto internazionale, vol. 104, n. 1, 2021, p. 115-137.

<sup>17</sup> BECKER, Michael. *The Plight of the Rohingya: Genocide Allegations and Provisional Measures in the Gambia v. Myanmar at the International Court of Justice*. Melbourne Journal of International Law, vol. 21, 2020, p. 15.



- of Justice: An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?. Haia: Springer, 2014.
- GAJA, Giorgio. *Requesting the ICJ to Revoke or Modify Provisional Measures*. Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 14, n. 2, 2014, P. 1-6.
- GREEN, James A; HENDERSON, Christian; RUYS, Tom. *Russia's attack on Ukraine and the jus ad bellum*. Journal on the Use of Force and International Law, 2022.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Russian Branch of the International Law Association. *Statement of the Presidium of the Russian Association of International Law*.
- LE FLOCH, Guillaume. *Requirements for the Issuance of Provisional Measures*. In: PALOMBINO, Fulvio Maria; VIRZO, Roberto; ZARRA, Giovanni. Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals. Haia: Springer, 2021, 19-54.
- LONGOBARDO, Marco. *L'Obbligo di Prevenzione del Genocidio e la Distinzione fra Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato*. Diritti Umani e Diritto Internazionale, vol. 2, p. 237-256, 2019.
- KOLB, Robert. *Digging Deeper into the "Plausibility of Rights" Criterion in the Provisional Measures Jurisprudence of the ICJ*. The Law & Practice of International Courts and Tribunals, vol. 19, n. 2, 2020.
- MAROTTI, Loris. *Plausibilità dei Diritti e Autonomia del Regime di Responsabilità nella Recente Giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia in tema di Misure Cautelari*. Note i Commenti. Rivista di Diritto Internazionale, ano XCVII, n. 3, 2014.
- MAROTTI, Loris. *A "Game of Give and Take": The ITLOS, the ICJ and Provisional Measures*. In: PALOMBINO, Fulvio Maria; VIRZO, Roberto; ZARRA, Giovanni. Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals. Haia: Springer, 2021, 131-146.
- MILES, Cameron. *Provisional Measures and the 'New' Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice*. The British Yearbook of International Law, 2018
- MILES, Cameron. *Purpose of Provisional Measures*. In: MILES, Cameron. Provisional Measures Before International Courts and Tribunals. Cambridge Studies in International and Comparative Law. New York: Cambridge University Press, p. 174-224, 2017.
- PALCHETTI, Paolo. *The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute*. Leiden Journal of International Law, vol. 21, p. 623-642, 2008.
- PALCHETTI, Paolo; D'ARGENT, Pierre. *Preliminary Objections and Breaches of Provisional Measures*, Rivista di diritto internazionale, vol. 104, n. 1, 2021, p. 115-137.
- PALCHETTI, Paolo. *Responsibility for Breach of Provisional Measures of the ICJ: Between Protection of the Rights of the Parties and Respect for the Judicial Function*. Rivista di Diritto Internazionale, vol. 100, p. 5-22, 2017.
- ROSENNE, Shabtai. *Provisional Measures in International Law: the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The Challenges faced by  
Women Legal Academics (Panel  
Discussion)**

Eshan Dauhoo

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



## The Challenges faced by Women Legal Academics (Panel Discussion)\*

Eshan Dauhoo\*\*

On 21<sup>st</sup> May 2021, UNICEUB organised an important panel discussion entitled ‘The Challenges faced by Women Legal Academics’. Given the COVID-19 context, the event in question was held online. This also created the possibility and benefit of bringing together distinguished female academics from across the globe (Brazil, UK, Uruguay, Mexico, India, South Africa, Kuwait, Bangladesh, Argentina and Columbia).<sup>1</sup> This brief summary report revisits the core themes that emerged from this critical conversation.

The principle aim of the event was to provide a space and platform for these academics to have a conversation and share their personal stories, perceptions and understanding of the challenges faced by women legal academics. It also offered an opportunity to explore these issues beyond the statistics of gender representation and composition; which might somewhat limit understanding to a mere snapshot of reality. Here, the intention was to access and understand the lived experiences of women legal academics. A particularly interesting observation to emerge from the conversations was that despite differences in countries, cultures and contexts, their experiences were largely connected by certain common characteristics and challenges.

The panel consisted of participants who had demonstrated a high level of success in their careers as legal academics. Yet, their stories highlighted how, as women, they faced a number of unnecessary challenges. Participants expressed frustration and disappointment at still having to prove themselves and overcome typical gender stereotypes. One particular challenge that seemed to emerge as a dominant theme related to culture. More specifically, a patriarchal culture which persisted, produced as well as reinforced instances of gender inequality, bias and discrimination. The conversations demonstrated that these were manifested in both strong and direct forms as well as more subtle and indirect forms.

A rather powerful illustration of how cultural practices could hinder female participation and progression within academia was shared by one participant who described how the practice of *dimaniya*<sup>2</sup> in her culture meant that women often missed out on key opportunities to socialise in a space where often important connections and decisions were made. Other examples related to stereotypes such as being perceived as the secretary of a male colleague, comments on appropriate professional attire and being denied opportunities for late evening duties.

There were participants who described not being seen or treated as equals by their male colleagues. They described their students as also holding this perception. Participants reported being subject to various forms of microaggression as well as inappropriate humour. It was felt that in some

\* Recebido em 13/04/2022  
Aprovado em 13/04/2022

\*\* Doctoral Researcher at University College London (LLB, BSc, LLM, MA, PGCert Int. Law, PGCert Psych., PGDip Eur. Law) and Law Mentor (Academic) at London Metropolitan University, UK.  
E-mail: d\_eshan@yahoo.com

<sup>1</sup> Patrícia Perrone Campos Melo (Brazil); Magdalena Bas (Uruguay); Carolina Olarte (Columbia); Virginia Georgieva (Mexico); Leila Choukron (United Kingdom); Bashayer Al Majed (Kuwait); Ranjana Ferrao (India); Rumana Islam (Bangladesh); Afton Titus (South Africa).

<sup>2</sup> A social gathering in a private setting

cases there was a glass ceiling for women legal academics when it came to opportunities to further progress in their academic careers. Other issues raised were those of double standards, where participants felt women academics had to tick more boxes and that their success was not being fully recognised and acknowledged, including within their own institutions.

The focus of the workshop was particularly on the challenges faced by women legal academics. There was also, however, a general level of recognition and agreement of evidence of a positive change in relation to the growing number of female students studying law at universities and progressing to academia and legal practice. Panellists also put forward suggestions for overcoming challenges faced by women legal academics. These included encouraging more female academic mentors and role models to come forward as well as building networks to help support and guide new female academics to break into the field and those with experience to further grow. Networks could help create relationships and spaces to not only overcome the sense of isolation felt by some women legal academics, but also make the success of women academics more visible to female law students; increasing their awareness of, and connect with, inspirational role models. It was expressed that a level of positive action, including legislative changes, was required to help fast-track necessary changes. One panellist, raised some thought-provoking questions by urging women legal academics to move beyond the statistics and instances of discrimination. Whilst she acknowledged that the statistics and negative experiences were detrimental, she pushed for women legal academics to not feel boxed by the 'women' label but instead explore their identity and sense of belonging to this category.

In summary, this discussion brought a level of awareness of the extent to which the challenges faced by women legal academics seem to cut across countries, cultures and contexts. There were inevitable variations in the form or degree of these challenges, but the instances of gender discrimination and bias went beyond being individual or isolated. They were particularly reflective of issues associated with patriarchy. Critical conversations, such as the one organised by UNICEUB, can help understand the causes and consequences of such unequal power structures by listening to the voices of those most directly impacted by it: women legal academics.

**DOSSIÊ**



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Editorial BJIL:**

**International law as fuel for  
climate change litigation**

Sandrine Maljean-Dubois

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

## Editorial BJIL: International law as fuel for climate change litigation\*

Sandrine Maljean-Dubois\*\*

As dramatically shown by the last IPCC Working Group III report,<sup>1</sup> climate change is a serious and urgent global threat that calls for profound changes in our societies. It constitutes a challenge for our legal systems, revealing their inadequacy to deal with such a vital issue. Climate change exemplifies and accelerates changes in the ways in which the law is made and applied in a globalised context. For all these reasons, climate change undoubtedly constitutes a good “laboratory” for governance, seeing as it requires permanent interaction between States, international organisations, non-state actors, businesses, experts, and citizens. In order to be powerful, these forces must push in the same direction and thus, at the very least, coordinate their actions through vertical and horizontal interactions.<sup>2</sup>

From this point of view, the slowness and lack of ambition of climate policies have led, in recent years, to the development of climate litigation. Almost 2,400 climate-related lawsuits have been tried or are pending, and this number is still growing.<sup>3</sup> Various States in the North and South have already been ruled against by national courts because of the inadequacy of their action to reduce greenhouse gas emissions, and litigation is multiplying throughout the world. Legal action has also been brought by towns, cities, NGOs, groups of citizens (American children from Our Children’s Trust, Swiss senior women, a law student from New-Zealand...) against major corporations whose activities are allegedly causing global warming. Globalised and transnational, these proceedings in some respects break down national borders.<sup>4</sup> Faced with what is perceived as a failure on the part of public authorities and companies, the law is increasingly relied on and used as a “weapon” to serve various objectives: to encourage public authorities or companies to take stronger measures to mitigate climate change, to implement more ambitious policies, to obtain compensation for damage suffered, to stop a project that emits large quantities of greenhouse gas, etc.

Here, the international climate regime is likely to make a contribution the magnitude of which was somewhat unexpected. Indeed, the Paris Agreement, which was adopted on 12 December 2015 and quickly entered into force, and which now counts 193 Parties, is a relatively flexible treaty, leaving a very wide discretion to States as to its implementation. However, the way it was designed, and even though its provisions have no or little direct effect, the Agreement increases the pressure on States, including, and perhaps most importantly, at the domestic level. Little by little, we see how the Paris Agreement, thanks to the involvement of civil society, has provided fuel

\* Recebido em 13/04/2022  
Aprovado em 13/04/2022

\*\* CNRS Research Director. Aix Marseille Université, CNRS, UMR DICE, CERIC (France).  
E-mail: maljean.dubois@gmail.com

<sup>1</sup> IPCC, Summary for Policymakers, IPCC AR6 WG III, SPM-1, Working Group III Contribution to the IPCC Sixth Assessment Report (AR6) (last accessed on 7 April 2022).

<sup>2</sup> Mireille Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde*, Seuil, Paris, 2016, p.120.

<sup>3</sup> See the Sabin Center Climate Change Litigation databases <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/> (last accessed on 7 April 2022).

<sup>4</sup> See for instance Roxana Baldrich, “Litigating for climate justice,” *Ecologist*, 12 October 2021.



for climate litigation in a decisive manner and offered national courts the opportunity to position themselves as key players in climate governance. However, the Paris agreement and international climate law are not the only tools being mobilised. The rules of the international climate regime are combined both with general rules (such as customary obligations of due diligence) and with other specific rules. The combination of international climate law rules and international human rights law rules is, for instance, increasingly – and successfully – invoked. Human rights courts and treaty bodies such as the United Nations Committee on the Rights of the Child or the European Court of Human Rights are also asked to read the States’ obligations regarding the protection of human rights in the light of their climate obligations. An interstate dispute may even arise tomorrow before the International Tribunal for the Law of the Sea or the International Court of Justice. Although not all cases are successful, and even if, in climate trials, international law is rarely applied directly, claimants and judges often show great creativity. The IPCC recognizes that, with a large number of cases in some developed countries, and with a much smaller number in some developing countries, it has, in some cases, influenced the outcome and ambition of climate governance.<sup>5</sup> Without addressing all aspects of this widespread phenomenon, this special issue of the Brazilian Journal of International Law offers a timely overview of the wide range of cases, from the emblematic ones to the less well-known, and of the diversity of courts and tribunals’ contributions all over the world.

---

<sup>5</sup> IPCC, Summary for Policymakers, IPCC AR6 WG III, SPM-1, Working Group III Contribution to the IPCC Sixth Assessment Report (AR6) (last accessed on 7 April 2022).

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The jurisdiction of the  
International Court of Justice  
in cases of territorial damage  
caused to States by climate  
change**

**A competência da Corte  
Internacional de Justiça em casos  
de danos territoriais causados a  
Estados por mudanças climáticas**

Cristiane Derani

Patricia Grazziotin Noschang

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# The jurisdiction of the International Court of Justice in cases of territorial damage caused to States by climate change\*

## A competência da Corte Internacional de Justiça em casos de danos territoriais causados a Estados por mudanças climáticas

Cristiane Derani\*\*

Patricia Grazziotin Noschang\*\*\*

### Abstract

Since 1992 at the Earth Summit held in Rio de Janeiro where the United Nations Framework Convention on Climate Change was opened for signature, States have been aware that measures must be adopted in order to curb the effects of greenhouse gases. Thus, using the deductive method, as well as bibliographic and documentary research, this paper analyzes the legal conditions for the International Court of Justice to act as an international forum to determine the responsibility of states for non-compliance with obligations to reduce emissions. For this purpose, the analysis begins with the first environmental responsibility precedent issued by the International Court of Justice in the case *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*, demonstrating that it is possible to attribute responsibility to States carrying out emissions and that do not meet the autonomously decided targets of the Paris Agreement, hence leading them to financial implications arising from the compensation for damage to the territory of States undergoing territorial reduction as a result of increasing sea levels and devastated by climate extremes. Finally, it will be demonstrated that climate disputes may occur both nationally, filed by individuals suffering the effects of climate change, and internationally, filed by the States. Therefore, the decision of the International Court of Justice is an important precedent concerning international environmental responsibility that should be taken into consideration in future litigation arising from climate change-related issues.

**Keywords:** certain activities carried out by Nicaragua in the border area; International Court of Justice; international environment harm; climate change; international responsibility.

### Resumo

Desde 1992 na Conferência da Terra que ocorreu no Rio de Janeiro e onde foi aberta a assinatura a Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima os Estados tem ciência que devem tomar medidas para reduzir os

\* Recebido em 31/07/2021  
Aprovado em 18/03/2022

\*\* Pró-reitora de pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina. Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo. Estudos de doutorado (bolsa CAPES) na J.W.Goethe Universität, Frankfurt. Pós-doutorado na Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS) (bolsa FAPESP), Paris. Pós-Doutorado na University of Cambridge no Centre for Environment, Energy and Natural Resources Governance - CEENRG (bolsa CAPES), Cambridge, Reino Unido. Livre-docente pela Universidade de São Paulo. Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC.  
E-mail: cristianederani@icloud.com

\*\*\* Doutora e Mestre em Direito e Relações Internacionais PPGD/UFSC. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.  
E-mail: patriciagnoschang@gmail.com

efeitos dos gases que provocam o efeito estufa. Assim utilizando-se do método dedutivo de abordagem e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, esse artigo analisa as condições jurídicas da Corte Internacional de Justiça atuar como foro internacional determinando a responsabilidade dos Estados pelo descumprimento das obrigações de diminuição de emissão. Para isso parte-se do primeiro precedente de responsabilidade ambiental decidido pela Corte Internacional de Justiça no caso *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the border area* (Costa Rica vs. Nicaragua), demonstrando que é possível responsabilizar os Estados emissores que sequer atingem suas metas autonomamente decididas em razão do Acordo de Paris, levando-os a implicações financeiras de compensação por dano aos territórios de Estados que estão sendo encolhidos pelo aumento do nível do mar e devastados pelos extremos climáticos. Por fim demonstra-se que a litigância climática poderá ocorrer tanto em âmbito nacional proposta pelos indivíduos que sofrem com os efeitos das mudanças do clima quanto pelos Estados. Logo, a decisão da Corte Internacional de Justiça é um precedente importante no que tange a responsabilidade ambiental internacional que deverá ser levado em consideração em litígios futuros que venham a surgir sobre mudanças climáticas.

**Palavras-chave:** certas atividades realizadas pela Nicarágua na zona fronteira; Corte Internacional de Justiça; dano ambiental internacional; mudanças climáticas; responsabilidade internacional.

## 1 Introduction

Ever since the summit held by the United Nations for the environment and development, in Rio de Janeiro, in 1992, States have been aware of human-induced climate change and have committed to endeavor efforts to curb emissions of greenhouse gases, agreeing to have responsibilities that are common in terms of reaching such goal, yet different as to the initiatives to reach such reduction. The United Nations Framework Convention on Climate Change signed at that time was followed by the Kyoto Protocol in 1997 and the Paris Agreement in 2015. These are international law instruments that institute the duties States have towards the planet and imply a common responsibility to present and future generations.

Almost 30 years have passed and none of the targets has been met, bringing successive losses, announcing the disappearance of island states and causing irreparable damage to forests, crops and human settlements. As a reaction to little political action, several States are facing adjudication in domestic lawsuits seeking immediate action to reduce emissions of greenhouse gases. This paper analyses the problems posed in determining the legal conditions for the International Court of Justice to act as an international forum in charge of attributing responsibility to States that do not meet their emission reduction obligations in light of climate agreements. For such, we analyzed the first environmental responsibility precedent decided by the ICJ in the case of *Costa Rica v. Nicaragua*, demonstrating that it is possible to attribute responsibility to States carrying out emissions and that do not meet the autonomously decided targets of the Paris Agreement, hence leading them to financial implications arising from the compensation for damage to the territory of States undergoing territorial reduction as a result of increasing sea levels and devastated by climate extremes.

The responsibility<sup>1</sup> of the State for environmental damage recognized by the decision of the International Court of Justice in the case *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the border area* (Costa Rica v. Nicaragua) and the extension of such responsibility as to the extinction of States as a result of increasing sea levels, and the consequences to nationality and territory is feasible and may encourage States to act in a more expeditious and diligent manner in order to curb emissions of greenhouse gases. In the case of *Costa Rica v. Nicaragua*, the Court recognized Nicaragua's responsibility and ordered the reparation of the environmental damage to Costa Rica. The theme is justified as the commitments undertaken by States to mitigate the effects of climate change stipulate that signatory States must present their targets of reduction of greenhouse gas emissions according to their national realities. However, a provision for reparation of loss and damage arising from climate change is only included in the Paris Agreement, as of 2015. Thus, the legal provision

<sup>1</sup> The terms 'responsibility' and 'liability' are used in this text applying their broadest meanings, not bound to the meanings ascribed by the International Law Commission of the United Nations (responsibility for wrongful acts and liability for lawful activities, respectively). For further reference, see: BARBOZA, Julio. *The environment, risk and liability in international law*. Leiden, NL: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

of the Paris Agreement is joined by the duty to indemnify indicated by the precedent of the ICJ. The valuable contribution of the separate opinion of Judge Antonio Augusto Cançado Trindade is also noteworthy.

Having the decision issued by the ICJ in the case of *Costa Rica v. Nicaragua* as a starting point, as it recognized the responsibility of the State to compensate the environmental damage caused by an action that will also have consequences to climate change, once Nicaragua removed a significant amount of trees to open a canal, this paper seeks to briefly demonstrate the international commitments assumed in the area of climate change, in order to determine who may be responsible for the environmental damage leading to the extinction of states as a result of increasing sea levels and the non-compliance with targets to mitigate climate change.

Hence, applying the deductive method as well as bibliographic and documentary research, this paper is organized into two parts, in order to achieve the general objective of the research. Therefore, the starting point is focused on the analysis of the decision issued by the International Court of Justice in the case *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*, with the aim of stressing the relevance of this decision of the Court as it inaugurates the determination of reparation of environmental damage in the international sphere, highlighting the separate opinion of Judge Antonio Augusto Cançado Trindade. The second section firstly demonstrates the state of the art and the evolution of international commitments concerning climate change, yet without the intention of presenting an exhaustive description. Outlining the state of the art of such treaties aims to demonstrate the relevance of such agreements, especially the Paris Agreement, supporting the thesis that said instruments are sufficient to determine the responsibility of States for damage caused to their peers as a result of action or omission when it comes to climate change and that the ICJ is the possible and competent jurisdiction to do so.

## 2 Recognition of Responsibility for Environmental Damage by the International Court of Justice

In 2018, the International Court of Justice (ICJ) issued a landmark decision in the case *Certain Activities*

Carried out by Nicaragua in the border area (*Costa Rica v. Nicaragua*). The case basically addresses the hindering of conduction of activities, by Nicaragua, that resulted in increased environmental damage to the territory of Costa Rica. Once the activity was conducted, Costa Rica required the Court to recognize the responsibility of Nicaragua and award damages for the breach of the duty to avoid environmental damage.

Costa Rica alleged a violation of territorial sovereignty, as Nicaragua's actions breached Costa Rica's right not to have its territory 'flooded or damaged in any other way [...] as well as having regard to contemporary standards of international environmental protection'<sup>2</sup>.

When deciding on the provisional measures in 2015, the International Court of Justice acknowledged that Nicaragua had substantive obligations concerning transboundary harm.

113. The Court has already found that Nicaragua is responsible for the harm caused by its activities in breach of Costa Rica's territorial sovereignty. What remains to be examined is whether Nicaragua is responsible for any transboundary harm allegedly caused by its dredging activities which have taken place in areas under Nicaragua's territorial sovereignty, in the Lower San Juan River and on its left bank.

The element affected, *ab initio*, is the territorial sovereignty, in light of the damage caused. This substantive motivation is especially relevant to ground claims for holding States responsible for the issuance of greenhouse gases that lead to increasing sea levels and reduction of certain territories such as Pacific islands.

The decision of 2018 is quite clear in which regards the causation between a harmful action carried out by a country and the damage to the environment in the territory of another, as well as the consequent duty to indemnify the losses.

The summary of the judgment indicates:

Claim for compensation for environmental damage.

Such a claim not previously adjudicated by the Court — Damage to environment compensable under international law — Compensation may include indemnification for impairment or loss of environmental goods and services and payment for restoration — Methodology for valuation — Ecosystem

<sup>2</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: request of provisional measures by the Republic of Costa Rica. Available: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/provisional-measures>. Access on: 28 jul. 2021.

services approach advanced by Costa Rica — Replacement cost approach advanced by Nicaragua — Neither approach followed exclusively by the Court — No specific method of valuation for purposes of compensation for environmental damage prescribed by international law — The Court to be guided by principles and rules applicable to compensation<sup>3</sup>.

In certain cases, ICJ has acknowledged the obligation to make full reparation for damage caused by wrongful acts<sup>4</sup> and has also stipulated that compensation is possible in cases where reparation is not clearly established, since the Pulp Mills Case<sup>5</sup>. What is important is to clearly demonstrate causation in light of science, resorting originally to the 1941 case decided by an international arbitration tribunal (Trail Smelter Case, US and Canada)<sup>6</sup>, recognizably the first international case related to environmental damage.

It is important to stress that the Costa Rica v. Nicaragua case led ICJ to decide for the first time on a case involving compensation for environmental damage.

42. The Court is therefore of the view that damage to the environment, and the consequent impairment or loss of the ability of the environment to provide goods and services, is compensable under international law. Such compensation may include indemnification for the impairment or loss of environmental goods and services in the period prior to recovery and payment for the restoration of the damaged environment.<sup>7</sup>

Nevertheless, in a separate opinion, Judge Cançado Trindade understood that the position of the Court was too restrictive in a case that inaugurates the decision on

reparation and compensation of environmental damage. The judge appropriately reminded that:

45. ...the Institut de Droit International, for its part, in its resolution on “Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage”, - adopted in the 1997 Strasbourg session, - sustained “a broad concept of reparation” for environmental damages, “including cessation of the activity concerned, restitution, compensation and, if necessary, satisfaction”. It further stated that compensation here ‘should include amounts covering both economic loss and the costs of environmental reinstatement and rehabilitation’ (Article 24).

46. The resolution then warned that there were environmental damages which were “irreparable or unquantifiable” damages, requiring other measures for reparation, including equitable considerations and “intergenerational equity” (Article 25). The adoption of the resolution was preceded by a long preparatory work, during which the point, inter alia, of “exemplary or punitive damages” was much discussed<sup>12</sup>, from the start in relation to “a broader framework of reparation” and to “the role of collective reparation”, amidst equitable considerations.<sup>8</sup>

It is important to outline that, even though the decision by the ICJ is not focused on restoration, the separate opinion of Judge Cançado Trindade fundamentally contributes to future actions before the ICJ, in which regards environmental restorative justice<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: separate opinion of judge Cançado Trindade. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/150/150-20180202-JUD-01-01-EN.pdf>. Access on: 27 jul 2021. Access on: 27 jul 2021.

<sup>9</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: judgment. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/judgments>. Access on: 27 jul 2021. § 54. In a case of environmental damages like the present one, opposing Costa Rica to Nicaragua, full reparations can only be attained, in my understanding, within the framework of restorative justice. Full reparations require consideration not only of pecuniary compensation, but also - as I have already pointed out (cf. supra) - of other forms of reparation, starting with restitution, as well as satisfaction, rehabilitation, and guarantees of non-repetition of the damages caused. 55. Any compensation awarded for environmental damage is to be used for restoration. The forms of reparation in a situation of the kind would further encompass apologies, quite proper mainly in regimes of protection (cf. section VII, supra). In any case, environmental damages, in my perception, call first for restitutio in integrum; compensation comes afterwards, limited to material harm only, and aimed at restoration. 56. In the cas desespère, restorative justice is to be achieved, undoing the environmental harm caused by the excavation of the caños (2010-2011 and 2013). In its Memorial, Costa Rica specifies that the environmental harm for which it was requesting compensation related to the “quantifiable” material damage in consequence of Nicaragua’s excavation of the first caño in 2010-2011 and another (eastern) caño in 2013

<sup>3</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: judgment. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/judgments>. Access on: 27 jul 2021.

<sup>4</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: judgment. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/judgments>. Access on: 27 jul 2021. § 30.

<sup>5</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: judgment. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/judgments>. Access on: 27 jul 2021. § 31.

<sup>6</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: judgment. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/judgments>. Access on: 27 jul 2021. § 35.

<sup>7</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: judgment. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/judgments>. Access on: 27 jul 2021. § 30



The construction of restorative justice is grounded on equity. In cases involving economic and scientific knowledge differences, the ICJ must apply caution when deciding on the burden of proof. Furthermore, the environmental damage impacts the right to life, which deserves greater attention than mere monetary compensation, as properly recognized by the Court in the Advisory Opinion of 08.07.1996 on the Threat or Use of Nuclear Weapons. It pondered that (the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn'<sup>10</sup>.

Restoration of a damaged environment to its original condition may be complicated by the fact that environmental damage is often irreversible, as recognized in the aforementioned 1992 Rio de Janeiro Declaration on Environment and Development (Principle 15), while addressing liability and compensation for such damage (Principle 13). The 1992 Rio Declaration further stresses the need to give special priority to addressing environmental vulnerability (Principle 6). It further underlines the need to secure healthy human life in harmony with nature (Principle 1).

As this was the first case where ICJ addressed responsibility for environmental damage, it is possible to recognize the development of a rationale that may allow adjudication directly by States already affected by the effects of climate change caused by greenhouse gases. On the one hand, it is certain that the causation between the emissions from a State and the damage caused to another cannot be specifically determined; on the other hand, it is also certain that, once science has already recognized that the emission of such gases brings specific harmful consequences affecting everyone, and mainly and immediately coastal countries, which are more fragile in light of their economic conditions, one cannot set aside the general connection between emissions/climate extremes and the increase in sea levels.

Although past cannot be recovered, it is certain that insisting on maintaining and increasing emission levels to present rates are willful acts that must be met by accountability and due reparation and compensation. Still according to Judge Cançado Trindade: 'Obligations of doing - which are essential to restoration - assume particular importance in the consideration of reparations

within the framework of regimes of protection (such as that of the environment)<sup>11</sup>. In fact, even in light of the difficulties of restoring earlier levels, the imposition of reparation will lead to the cessation of the harmful activity. Cançado Trindade stresses: 'Restoration of the harmed environment can repair the damages as much as possible. Restoration measures can, with the passing of time, cease the consequences of the environmental damages.'<sup>12</sup>

14. As cases concerning environmental damage show, the indissoluble whole formed by breach and reparation has a temporal dimension, which cannot be overlooked. In my perception, it calls upon looking at the past, present and future altogether. The search for *restitutio in integrum*, e.g., calls for looking at the present and the past, as much as it calls for looking at the present and the future. As to the past and the present, if the breach has not been complemented by the corresponding reparation, there is then a continuing situation in violation of international law.

15. As to the present and the future, the reparation is intended to cease all the effects of the environmental damage, cumulatively in time. It may occur that the damage is irreparable, rendering *restitutio in integrum* impossible, and then compensation applies. In any case, responsibility for environmental damage and reparation cannot, in my view, make abstraction of the intertemporal dimension (cf. section VII, *infra*). After all, environmental damage has a longstanding dimension.<sup>13</sup>

It is deemed that the grounds of both the ICJ decision and Cançado Trindade's separate opinion establish clear arguments so that countries undergoing devastation of their territories by climate extremes and increasing sea levels seek accountability of countries with high levels of emissions that fail to comply with the reduction targets stipulated by them in the scope of the Paris Agreement.

(paras. 2.2 and 3.44(a))16."

<sup>10</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Threat or use of nuclear weapons*. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/95>. Access on: 29 jul. 2021. §. 29

<sup>11</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: separate opinion of judge Cançado Trindade. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/150/150-20180202-JUD-01-01-EN.pdf>. Access on: 27 jul 2021. Access on: 27 jul 2021. § 41.

<sup>12</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: separate opinion of judge Cançado Trindade. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/150/150-20180202-JUD-01-01-EN.pdf>. Access on: 27 jul 2021. Access on: 27 jul 2021. § 92.

<sup>13</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: separate opinion of judge Cançado Trindade. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/150/150-20180202-JUD-01-01-EN.pdf>. Access on: 27 jul 2021. Access on: 27 jul 2021. § 14-15.

### 3 State Responsibility for disappearance of other States due to increasing sea levels and the consequences concerning nationality and territory

In the Pulp Mills Case, the ICJ recognized the existence of environmental damage and the need to conduct an environmental impact assessment as a customary rule of international law, which must be applied any time it implies the exercise of any activity that may cause transborder environmental damage. As mentioned, in the Nicaragua v. Costa Rica Case, the Court went further when determining that Nicaragua had to compensate the environmental damage caused in the territory of Costa Rica.

In the case above, ICJ determined that Nicaragua recover the environmental damage caused to Costa Rica arising from deforestation to the construction of canals. The action/environmental damage in this case was visible and, to a certain extent, quantifiable in terms of territorial dimension. However, it was not possible to determine the quantity of species and the type of vegetation removed. Therefore, when it comes to environmental damage, the responsibility rationale that one who causes the damage must indemnify it is certainly more complex.

In this sense, the problem to be addressed is to determine who is responsible for the environmental damage arising from a breach of the treaties that regulate and stipulate targets to be met concerning the mitigation of climate change. Thus, this study aims to briefly outline, in a non-exhaustive manner, the main international commitments that determine targets of curbing global warming and climate change.

#### 3.1 Universal commitments aimed at curbing adverse effects of climate change

The first steps to codify climate change were urged by evidence of atmospheric pollution and greenhouse gases, harmful to the Ozone Layer, which also composes the atmosphere. The Trail Smelter (1926-1941) Case drew attention when a copper company in Canada began to emit smoke and small particles that crossed the border, harming the environment of the neighboring country, specifically in Washington State (USA). As a

result of such incident and the research proving that the emission of greenhouse gases was causing the destruction of the Ozone Layer, some international covenants have been executed: the ‘Geneva Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution’ (1979), the ‘Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer’ (1985) and the ‘Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer’ (1987)<sup>14</sup>.

Resolutions 43/53 of 1988 and 44.207 of 1989<sup>15</sup> of the UN General Assembly promoted the start of the work for the elaboration of the Treaty on Climate Change, ratified as the ‘United Nations Framework Convention on Climate Change’ in the Rio de Janeiro Conference held in 1992 (ECO-92).<sup>16,17</sup>

<sup>14</sup> The first to present a concept of ‘pollution’ in a multilateral normative agreement. SOARES, Guido da S. *Proteção internacional do meio ambiente*. São Paulo: Manole, 2003. p. 147. Under the following terms: art.1-b ‘Long-range transboundary air pollution’ means air pollution whose physical origin is situated wholly or in part within the area under the national jurisdiction of one State and which has adverse effects in the area under the jurisdiction of another State at such a distance that it is not generally possible to distinguish the contribution of individual emission sources or groups of sources.’. 1979 Geneva Convention on Long-range Transboundary Air Pollution, also according to SOARES, Guido da S. *Proteção internacional do meio ambiente*.

<sup>15</sup> Resolution of the General Assembly. Protection of global climate for present and future generations of mankind - A/RES/43/53 – de 1988. “1. Recognizes that climate change is a common concern of mankind, since climate is an essential condition which sustains life on earth; [...]”. UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/43/53*: 70th plenary meeting, 6 December 1988: protection of global climate for present and future generations of mankind. Available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r053.htm>. Access on: 28 set. 2015; HORN, Laura. Common concern of a humankind on a human right to a healthy environment. *Majicel Journal*, Sydney, AU, MacQuarie University, v. 1, 2004. p. 245.

<sup>16</sup> The aforementioned resolutions determined that climate became a common concern of humankind’ and must be preserved for future generations. Resolutions 43/53 and 44/207 also affirm there is significant evidence indicating that the concentration of greenhouse gases in the atmosphere was increasing and presented a global warning for the possible elevation of sea levels, with catastrophic effects on all mankind if failing to take measures soon and in every level. In this sense, resolutions recognized the existence of valuable studies conducted by the WMO and by the United Nations Environmental Program (UNEP) on the effects caused by climate change. NOSCHANG, Patricia G. *Direito ambiental internacional e recursos hídricos transfronteiriços*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>17</sup> The first elements for the elaboration of aforementioned convention were brought in a meeting of experts (Statement of Legal and Policy Experts on Protection of the Atmosphere), held in Ottawa in 1989 and in an IPCC report issued in 1990. In 1990 and 1991, UN General Assembly continued to work on the subject and issued two additional resolutions on climate protection for present and future generations. UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/45/212*: 71st plenary meeting, 21 December 1990: protection

Negotiations with universal goals presented different opinions between states participating in the Conference, with regards to the measures to be adopted and the responsibilities to solve the problem of climate change. Divergences were not only led by developed and developing countries. It is noteworthy that since the negotiations of the 1992 Convention, the member states of the Alliance of Small Island States claimed a strict convention in its terms, due to the probability of disappearance of States such as Nauru, Vanuatu, Tuvalu, Kiribati, as a result of the increase in sea levels. On the other hand, these claims were very far from those of the member countries of the Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC), such as Kuwait and Iraq, which would have their economy directly affected if the consumption of fossil fuels were reduced by developed countries. None of these groups had as much in common as Brazil, China and India, which did not want to limit the growth of their economies but, at the same time, had no objection to stricter measures for developed countries<sup>18</sup>. While island countries struggled for survival, OPEC countries sought to secure their economy.

After fifteen months of negotiations, the United Nations Framework Convention on Climate Change was adopted and opened for signature at the Earth Summit held in Rio de Janeiro in 1992 (ECO-92)<sup>19</sup> and entered into force in 1994, with the participation of the majority of UN member states. In the preamble,

---

of global climate for present and future generations of mankind. Available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r212.htm>. Access on: 28 jun. 2021. Resolution 46/169 of 1991 urged the conclusion of the work of the specialized committee so that the framework convention on climate could be finished and ready to be signed during the United Nations Conference on Environment and Development, which would be held in 1992. UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/46/169. 78th plenary meeting, 19 December 1991: protection of global climate for present and future generations of mankind*. Available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r169.htm>. Access on: 28 jul. 2021.

<sup>18</sup> BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International law and the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 357.

<sup>19</sup> SCHRIJVER, Nico. Development without destruction. In: SANDS, Philippe et al. *Principle of international environmental law*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p.105; SANDS, Philippe et al. *Principle of international environmental law*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p.105; SANDS, Philippe et al. *Principle of international environmental law*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 275.; BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International law and the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 356-357.

it acknowledged that climate issues and their adverse effects are a common concern of humankind and '[...] the global nature of climate change calls for the widest possible cooperation by all countries and their participation in an effective and appropriate international response'<sup>20</sup>, according to their common but differentiated responsibilities, considering the respective capabilities and social and economic conditions. It was observed that most global emissions of greenhouse gases originate from developed countries and there is a growing probability of an increase of emissions in developing countries, in light of the search for better social and economic conditions. Therefore, preventive measures must be adopted by the countries, endeavoring all the efforts not only to avoid the increase in emissions of greenhouse gases, but also to protect the environment as a whole, following the principle of common but differentiated responsibilities. The Convention, not by chance, invokes several times the obligations already assumed by the Member States and the measures stipulated under the Montreal Protocol.

Nevertheless, it is important to stress that right after the Framework Convention came into force, it became evident that it was not sufficient to address all the aspects involving climate change. For such reason, a new round of negotiations began with the first Conference of the Parties (COP) in 1995, in Berlin, when Parties agreed that the undertakings stipulated until then were not sufficient, and decided to elaborate more specific rules. This document, known as the Berlin Mandate, aimed at new negotiations with stricter obligations. States Parties also '[...] decided that the commitment of the developed countries to reduce their emissions to 1990 levels, until 2000, was inappropriate for reaching the long-term aim of the Convention, which consists in preventing a dangerous anthropic (human-produced) interference in the climate system.'<sup>21</sup>

The Kyoto Protocol was adopted at the COP-2, held in December 1997 in the city of Kyoto, Japan. In March 1998, the document was available for signature<sup>22</sup>. Parties

---

<sup>20</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Preamble*. Available at: [https://unfccc.int/sites/default/files/convention\\_text\\_with\\_annexes\\_english\\_for\\_posting.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/convention_text_with_annexes_english_for_posting.pdf). Access on: 31 jul. 2021.

<sup>21</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Preamble*. Available at: [https://unfccc.int/sites/default/files/convention\\_text\\_with\\_annexes\\_english\\_for\\_posting.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/convention_text_with_annexes_english_for_posting.pdf). Access on: 31 jul. 2021.

<sup>22</sup> SCHRIJVER, Nico. Development without destruction. In:



mutually decided to adopt a Protocol according to which Parties should:

[...] reduce their overall emissions of greenhouse gases by at least 5% below 1990 levels in the commitment period 2008 to 2012. This binding commitment promises the reversal of a historical trend of growth of emissions started in these countries around 150 years ago<sup>23</sup>.

The Kyoto Protocol instituted three joint mechanisms for reduction of greenhouse gas emissions: (i) the Clean Development Mechanism (CDM), set forth in article 12; (ii) the joint implementation (bilateral mechanisms between Annex I Parties), as indicated in Article 6; and (iii) emissions trading (possibility of trading between Annex I countries), as stipulated in Article 17. On 16 February 2005, the Protocol came into force. The deadline stipulated in the Protocol for the reduction of greenhouse gas emissions in the atmosphere was December 2012. Negotiations to extend the deadline and later prepare a new treaty commenced in Montreal in 2005, with the definition of an ad-hoc working group in charge of the creation of additional commitments to the Kyoto Protocol<sup>24</sup>. Nevertheless, it was only in 2011, in the Durban COP that Parties decided to extend the application of the Kyoto Protocol.

The responsibility of controlling the effectiveness of both the Framework Convention and the Kyoto Protocol is held by the COP. It is a burdensome assignment that demands periodic meetings, constant technical revision of the emissions and accurate report analysis. In order to support the technical issues, the Conference of the Parties counts on two supplementary entities for science and technology themes, and another to implement the commitments adopted<sup>25</sup>.

In 2015, during the COP 21 held in Paris, the Paris Agreement was negotiated and came into force in the ensuing year, stipulating new targets to be reached by the state parties. It is important to stress that the “COP Decision 1/CP.21, adopting the Paris Agreement at COP21, provides for several indicators towards a grea-

ter openness to external challenges than in the past.”<sup>26</sup>. And it was evident for the Parties “[...] the need for a global approach to such challenges, which goes beyond the forum of meetings of Contracting Parties to the Paris Agreement, the climate COPs.”<sup>27</sup>. The text follows the same lines of the Convention and stresses that the implementation of the agreement will consider equity and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in light of different national circumstances.

### 3.2 Consequence of violation of treaties stipulating targets to control the increase of temperatures on Earth

Among the several consequences arising from climate change is the increase in sea levels, which advances to the territory of some states, hence altering their geographic boundaries. In this sense, the increase in sea levels threatens to completely extinguish the existence of some island states located in the Pacific Ocean. Kiribati, Tuvalu, Vanuatu, Nauru and Maldives, Seychelles, Micronesia, Palau and Salomon Islands are examples of countries that may be submerged as a result of increasing sea levels.

According to an IPCC report ‘sea level rise has accelerated (extremely likely) due to the combined increased ice loss from the Greenland and Antarctic ice sheets (very high confidence). Mass loss from the Antarctic ice sheet over the period 2007–2016 tripled relative to 1997–2006. For Greenland, mass loss doubled over the same period’<sup>28</sup>.

With the special consideration that the climate change-led rise in sea level may result in the extinction of some States and consequently of some territorial and maritime borders, as well as nationalities, a question arises: if questions concerning global warming and climate

SANDS, Philippe et al. *Principle of international environmental law*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 360.

<sup>23</sup> UNITED NATIONS. *Kyoto Protocol to the United Nations framework Convention on Climate Change*. Available at: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>. Access on: 31 jul. 2021.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Gisela M. *Os desafios da estratégia pós-Kyoto*. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2015. p. 12.

<sup>25</sup> BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International law and the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 368.

<sup>26</sup> LJEAN-DUBOIS, Sandrine; WEMAËRE, Matthieu. “Complex is beautiful”: what role for the 2015 Paris agreement in making the effective links within the climate regime complex? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 20-29, 2017. p. 25.

<sup>27</sup> LJEAN-DUBOIS, Sandrine; WEMAËRE, Matthieu. “Complex is beautiful”: what role for the 2015 Paris agreement in making the effective links within the climate regime complex? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 20-29, 2017. p. 28.

<sup>28</sup> INTERNATIONAL panel of climate change: special report: special report on the ocean and cryosphere in a changing climate: A32. Available at: <https://www.ipcc.ch/srocc/>. Access on: 29 jul 2021.



change have been raised and commitments of mitigation of their effects have been adopted since the 1980s, who will be responsible for the disappearance of such States and who must compensate the losses?

Under the general theory of international responsibility of States, the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts determines that the State that caused the loss must compensate it. As to the environmental damage, commentators<sup>29</sup> and precedents<sup>30</sup> share the same line of thought. However, responsibility in cases of environmental damage will arise from the violation of a treaty or a customary rule. “The concept is not limited to liability for environmental damage but has a wider application in the enforcement of international obligations concerning protection of the environment and prevention of transboundary harm<sup>31</sup>.”

The doctrine of responsibility for environmental damage was developed based on some classic cases that contributed both to its consolidation and to the case law on the matter. Cases such as *Trail Smelter*, *Lac Lanoux*, in arbitration and the *Chowzow Factory Case* in the 1927, in the Permanent Court of International Justice<sup>32</sup>, *Nuclear Tests* case in the ICJ contributed not only to the reinforce of international environmental law principles, but to the recognition of responsibility for environmental damage validated in the *Pulp Mills Case*

of the ICJ.<sup>33</sup> Currently, the international responsibility of States for damages caused to third parties, as a result of pollution from their territory, is widely accepted.<sup>34</sup>

In general, in classic International Law, a State is responsible for the losses caused to another State when violating a customary law or international commitment, either a unilateral act, or a bilateral or multilateral agreement. There must be reparation of the damage caused, following the classic theory of strict liability. Nevertheless, when it comes to environmental damage, the mere reparation through indemnification is not sufficient and there lies the main contribution of the *Case Certain Activities Carried out by Nicaragua in the border area* ordering compensation and considering intergenerational equity in the separate opinion issued by Judge Cançado Trindade.

The responsibility for environmental damage is no different: the international environmental damage generally has transboundary consequences and arises from an action or omission carried out by a State and causing harmful results to the environment of another State. This action or omission will arise from the violation of a treaty or customary rule and may be carried out by either state or private agents, as seen in the *Trail Smelter* or *Pulp Mills Cases*<sup>35</sup>.

It is important to stress that this work aims to apply the term responsibility with reference to wrongfulness, even though some authors and the International Law Commission sometimes apply the terms responsibility and liability. We adopt the concept coined by de Julio Barboza which reads: “responsibility for wrongfulness and liability for acts not prohibited by international law.”<sup>36</sup> As to the distinction between the terms liability and responsibility, Julio Barboza clarifies that “However, there is a growing tendency in United Nations legal parlance to refer to “responsibility” and “liability” as

<sup>29</sup> BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International law and the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2009. DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International environmental law*. Cambridge: [S. n.], 2018. BODANSKY, Daniel. *The art and craft of international environmental law*. Massachusetts: Harvard University Press, 2010. SANDS, Philippe et al. *Principle of international environmental law*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

<sup>30</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning GABCIKVO- NAGYMAROS Project*: separate opinion of Vice-President weermantry. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>. Access on: 23 jul. 2021; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Pulp mills case*. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>. Access on: 20 jul. 2021. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nuclear test*. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. Access on: 18 jul. 2021. UNITED NATIONS. Reports of international arbitral awards. *Trail smelter case (United States, Canada)*. Available at: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf). Access on: 19 jul. 2021. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: judgment. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/judgments>. Access on: 27 jul 2021.

<sup>31</sup> BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International law and the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 214.

<sup>32</sup> VOIGT, Christiana. State responsibility for climate change damages. *Nordic Journal of International Law*, v. 77, p. 1–22, 2008. p. 18.

<sup>33</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Pulp mills case*. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>. Access on: 20 jul. 2021.

<sup>34</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito internacional do meio ambiente: particularidades. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 263-294, 2020. p. 288.

<sup>35</sup> BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International law and the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 214.

<sup>36</sup> BARBOZA, Julio. International liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 247, 1994. p.310.

shorthand for State responsibility for wrongful acts and international liability for acts not prohibited by international law, respectively.” According to the author, this may be a consequence of the work carried out by the International Law Commission where these matters are addressed in different topics and approaches and this has become so frequent that “the meaning of the terms in international law will eventually have nothing to do with their original significance.”<sup>37</sup>

In this sense, the argument to be held is that there are obligations contained in the Paris Agreement, which was signed and ratified by the State Parties and must be complied with by them. Based on article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), which stipulates that no State may invoke provisions of internal law as justification for its failure to perform a treaty, it can be concluded that the non-compliance with the targets stipulated in the Paris Agreement based on the incapacity of meeting such targets in the national scope may lead to the international responsibility for a violation of the commitments. Furthermore, article 26 of the same document highlights the *pacta sunt servanda* rule.<sup>38</sup>

The responsibility for environmental damage in which regards climate change may be assessed either nationally<sup>39</sup> or internationally<sup>40</sup>, arising from an action or omission of a State, as a result of a breach of rules and targets set in international covenants adopted by States.

It should be stressed that as to the stipulations concerning environmental damage, the advances to such theme are recent. Article 3-3 of the 1992 Climate Change Convention determines that:

3. The Parties should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full

scientific certainty should not be used as a reason for postponing such measures, taking into account that policies and measures to deal with climate change should be cost-effective so as to ensure global benefits at the lowest possible cost. To achieve this, such policies and measures should take into account different socio-economic contexts, be comprehensive, cover all relevant sources, sinks and reservoirs of greenhouse gases and adaptation, and comprise all economic sectors. Efforts to address climate change may be carried out cooperatively by interested Parties<sup>41</sup>.

The word damage appears only once in the 1992 Convention. On the other hand, the Paris Agreement includes an article (article 8)<sup>42</sup> dedicated to the loss and damage associated with the adverse effects of climate change, including permanent and irreversible loss and damage. It is important to stress that there is significant advance in the Paris Agreement when including a provision where States acknowledge the existence of loss and damage arising from climate change. Furthermore, the Paris Agreement does not allow reservations, which means that any State having signed and ratified the agreement is bound to the commitment of reparation of loss and damage arising from a breach of the targets stipulated in the agreement. In other words, this is the first time a treaty on climate determines State responsibility for the reparation of losses that were not prevented, as a result of either an action or omission, and violating rules of treaties and disregarding the targets stipulated by the States themselves.

An important matter to be stressed is that there is no provision concerning the reparation of the damage caused. In this sense, it is deemed that it will be up to the so-called ‘climate litigation’ that may occur either nationally or internationally depending on the damage caused and the interested party filing a claim. However, when it comes to responsibility for environmental damage, it should be concluded that the simple understanding of a civil liability<sup>43</sup> where it suffices to indemnify the loss is

<sup>37</sup> BARBOZA, Julio. International liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 247, 1994. p.305

<sup>38</sup> UNITED NATIONS. Vienna Convention of the Law of the Treaties. *Treaty Series*, Vienna, v. 1155, 23 may 1969.

<sup>39</sup> NETHERLANDS. *Urgenda Foundation v. State of Netherlands*. Hague District Court: C/09/456689/HA ZA 13-1396 Judgment. 24 jun. 2015.

<sup>40</sup> Ioane Tetiota. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Committee On Civil And Political Rights. *Views adopted by the Committee under article 5, n. 4, of the optional protocol*: concerning communication n. 2728/2016.

<sup>41</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Preamble*. Available at: [https://unfccc.int/sites/default/files/convention\\_text\\_with\\_annexes\\_english\\_for\\_posting.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/convention_text_with_annexes_english_for_posting.pdf). Access on: 31 jul. 2021.

<sup>42</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. *Paris Agreement*. Available at: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/undp-br-ods-ParisAgreement.pdf>. Access on: 25 jul. 2021.

<sup>43</sup> VIÑUALES, J. E. La distribución de la carga de proteger l’environment: expressions juridiques de la solidarité. *In: SUPIOT,*

inadequate. As already outlined, environmental damage goes beyond monetary compensation for it harms the entire ecosystem where the damage occurred, with frequent implications involving the extinction of species, hence violating the prevention, the precautionary, and the intergenerational equity principles set forth in the Rio Declaration of 1992, as well as other international covenants. Environmental damage is directly associated with the right to life.

Once the issue of responsibility for transboundary environmental damage already acknowledged by both arbitral case law and ICJ is overcome, another question that may arise is: which is the competent jurisdiction to resolve a dispute arising from an action or omission of a State that caused or may cause transboundary environmental damage to another State? The first hypothesis is that the violation of the obligations under a treaty follows the provisions of dispute settlement mechanisms stipulated in the document executed by the parties, as in the Pulp Mills Case. If there is no treaty stipulating the dispute settlement mechanism, the choice of institutional or arbitral jurisdiction will depend on the agreement of the disputing States. Trail Smelter and Lac Lanoux Cases are examples of international arbitration involving transboundary damage.

Notwithstanding, one must question in which court should a dispute that seeks reparation for environmental damage arising from one of the treaties that stipulate targets concerning climate change be brought?

With respect to the jurisdiction of the International Court of Justice, as this study analyzed the case *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the border area* decided by the ICJ, States may submit to the court '[...] all matters specially provided for in treaties and conventions in force'. In this regard, the competence of the court is sufficiently broad to analyze matters concerning international environmental law, including future climate litigation arising from the Paris Agreement.

The Paris Agreement refers to the dispute resolution system set forth in the 1992 Climate Convention, which allows the dispute to be submitted to the International Court of Justice or to arbitration<sup>44</sup>. The decision

issued by ICJ in the case of *Costa Rica v. Nicaragua* is also relevant from this standpoint.

It should be stressed that the consequences of the environmental damage, in the event of the total disappearance of a State, go even beyond the typical environmental degradation, as the consequences from an international law perspective also have implications to the succession of states. Furthermore, according to the Montevideo Convention<sup>45</sup> and Crawford<sup>46</sup>, among the elements for the formation and existence of a state are the territory and the permanent population. In cases of States such as Kiribati, Tuvalu, Nauru and Vanuatu, the territory will disappear – once submerged due to the rise in sea levels – and consequently the population will no longer be permanent, at least in that specific territory. The extinction of such States will bring implications to the maritime border delimitation of States neighboring such islands, as well as to the nationality of the population that will consequently become extinct once the State will no longer exist.

In this sense, one of the consequences of the threat of such island states disappearing is the migration of the national population of such countries, which feels threatened and seeks survival bringing about a new category of forced migration<sup>47</sup>.

As to the effects and damage caused by the increase in sea levels that may result in migration, one can stress the invasion of the sea in the territory of the States, as well as the salinization of freshwater (rivers and groundwater). Hence, in the future, migrations led by the increase in sea levels may dominate the flow of climate and environmental refugees across the globe, as in the case of small low-lying island States and degraded coastal regions that concentrate high population density<sup>48</sup>. In this sense, the report *Water and Migration: A Global Overview* demonstrates there is a high rate of emigra-

docs/ODS/undp-br-ods-ParisAgreement.pdf. Access on: 25 jul. 2021.

<sup>45</sup> CONVENTION on the rights and duties of States. 1933.

<sup>46</sup> CRAWFORD, James. *The creation of states in international law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 2007.

<sup>47</sup> The New York Declaration for Refugees and Migrants of 2016 and the United Nations Global Pact for Safe, Orderly and Regular Migration of 2018 bring some references concerning migration and climate change. However, there is still no consensus of commentators and researchers about the term to be adopted: environmental refugees, climate migrants, climate refugees, among others.

<sup>48</sup> BROWN, Lester. *World on the edge: how to prevent environmental and economic collapse*. New York: Norton & Company/ Earth Policy Institute, 2011.

Alain (ed.). *La responsabilité solidaire*. Paris: Conférences du Collège de France, 2018.

<sup>44</sup> Article 14 of UNFCCC and Article 24 of the Paris Agreement. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. *Paris Agreement*. Available at: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/>

tion from Maldives and São Tomé and Príncipe. According to the document, Maldives, Kiribati and Tuvalu may demand the relocation of their entire populations to a new territory. The purchase of Kiribati lands in Fiji to relocate their people is a representative case<sup>49</sup>.

With regard to the increase in sea levels, the consequences are even greater for the population of island countries that risk disappearing, as the State that once had a certain territorial delimitation will no longer exist, for it will be submerged. The population of such state no longer has a nationality either, as the State, the nation, the legal bond between the individual and the state will disappear.

A noteworthy decision is the one adopted by the United Nations Human Rights Committee (UNHRC) in 2020, in the case of Mr. Ioane Teiota, a national of Kiribati deported by New Zealand. The Committee clarified that people seeking asylum are not required to prove they would suffer immediate losses in case of deportation to their countries of origin, especially in climate-related events, as those may occur suddenly – such as storms or flash floods – or overtime, through processes that slowly begin – such as the increase in sea levels and land degradation. Any situation may stimulate people to seek security elsewhere. Furthermore, the members of the Committee stressed that international community must help countries adversely affected by climate change<sup>50</sup>.

## 4 Final Considerations

The targets determined by the States to mitigate the effects of climate change are voluntary obligations assumed since 1992 upon the approval of the United Nations Framework Convention on Climate Change. It is deemed that States, when presenting their targets determined by the international commitments described above are effectively undertaking to meet such goals un-

der penalty of being held responsible in the near future for the damage caused by climate change, including the permanent disappearance of certain States, the reduction of territory, and forced migration due to increasing sea levels in certain locations.

Therefore, the States affected by territorial loss as a result of increasing sea levels may seek the attribution of responsibility for environmental damage and the respective compensation. It is believed that States will seek reparation in international fora determined by international covenants, either through arbitration or before the International Court of Justice, in light of the venue clause stipulated in the Paris Agreement. Individuals may resort to what has been named climate litigation in international fora or through human rights protection mechanisms, or even before national courts, as in the Teiota case, referred above.

The responsibility of States for the violation of targets imposed by the United Nations Framework Convention on Climate Change, the Kyoto Protocol and the Paris Agreement may be determined by arbitration or by the International Court of Justice. In this sense, this paper sought to evidence the relevance of the unprecedented decision of the ICJ in the case *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, which determined the responsibility of Nicaragua to compensate the environmental damage caused to the territory of Costa Rica. In addition to ICJ's decision, the paper highlighted the contribution of the separate opinion issued by Judge Antonio Augusto Cançado Trindade, who demonstrated the direct relationship between the environmental damage and the right to life of every individual in the planet, stressing the responsibility to guarantee the preservation of the environment for present and future generations.

## References

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito internacional do meio ambiente: particularidades. Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 263-294, 2020.
- BARBOZA, Julio. International liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 247, 1994.

<sup>49</sup> NAGABHATLA, N.; POURAMIN, P.; BRAHMBHATT, R.; FIORET, C.; GLICKMAN, T.; NEWBOLD, K. B.; SMAKHTIN. *Water and migration: a global overview*. UNU-INWEH report series. Canada: United Nations University Institute for Water, Environment and Health, Hamilton, 2020. v. 10. p. 12.

<sup>50</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Committee On Civil And Political Rights. *Views adopted by the Committee under article 5, n. 4, of the optional protocol: concerning communication n. 2728/2016*. p. 10-14.



- BARBOZA, Julio. *The environment, risk and liability in international law*. Leiden, NL: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International law and the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BODANSKY, Daniel. *The art and craft of international environmental law*. Massachusetts: Harvard University Press, 2010.
- BROWN, Lester. *World on the edge: how to prevent environmental and economic collapse*. New York: Norton & Company/ Earth Policy Institute, 2011.
- CONVENTION on the rights and duties of States. 1993.
- CRAWFORD, James. *The creation of states in international Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 2007.
- DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International environmental law*. Cambridge: [S. n.], 2018.
- HORN, Laura. Common concern of a humankind on a human right to a healthy environment. *Mqjicel Journal*, Sydney, AU, MacQuarie University, v. 1, 2004.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning GABCIKBVO- NAGYMAROS Project*: separate opinion of Vice-President weeramantry. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>. Access on: 23 jul. 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: separate opinion of judge Cañado Trindade. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/150/150-20180202-JUD-01-01-EN.pdf>. Access on: 27 jul 2021. Access on: 27 jul 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: judgment. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/judgments>. Access on: 27 jul 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*: request of provisional measures by the Republic of Costa Rica. Available: <https://www.icj-cij.org/en/case/150/provisional-measures>. Access on: 28 jul. 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nuclear test*. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. Access on: 18 jul. 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Pulp mills case*. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>. Access on: 20 jul. 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Threat or use of nuclear weapons*. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/95>. Access on: 29 jul. 2021.
- INTERNATIONAL panel of climate change: special report: special report on the ocean and cryosphere in a changing climate: A32. Available at: <https://www.ipcc.ch/srocc/>. Access on: 29 jul 2021.
- LJEAN-DUBOIS, Sandrine; WEMAËRE, Matthieu. "Complex is beautiful": what role for the 2015 Paris agreement in making the effective links within the climate regime complex? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 20-29, 2017.
- NAGABHATLA, N.; POURAMIN, P.; BRAHMBHATT, R.; FIORET, C.; GLICKMAN, T.; NEWBOLD, K. B.; SMAKHTIN. *Water and migration: a global overview*. UNU-INWEH report series. Canada: United Nations University Institute for Water, Environment and Health, Hamilton, 2020. v. 10.
- NETHERLANDS. *Urgenda Foundation v. State of Netherlands*: Hague District Court: C/09/456689/HA ZA 13-1396 Judgment. 24 jun. 2015.
- NOSCHANG, Patricia G. *Direito ambiental internacional e recursos hídricos transfronteiriços*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- OLIVEIRA, Gisela M. *Os desafios da estratégia pós-Kyoto*. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2015.
- SANDS, Philippe et al. *Principle of international environmental law*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- SCHRIJVER, Nico. Development without destruction. In: SANDS, Philippe et al. *Principle of international environmental law*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- SOARES, Guido da S. *Proteção internacional do meio ambiente*. São Paulo: Manole, 2003.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. *Paris Agreement*. Available at: <https://www>

undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/undp-br-ods-ParisAgreement.pdf. Access on: 25 jul. 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Preamble*. Available at: [https://unfccc.int/sites/default/files/convention\\_text\\_with\\_annexes\\_english\\_for\\_posting.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/convention_text_with_annexes_english_for_posting.pdf). Access on: 31 jul. 2021.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Committee On Civil And Political Rights. *Viens adopted by the Committee under article 5, n. 4, of the optional protocol: concerning communication n. 2728/2016*.

UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/43/53*: 70th plenary meeting, 6 December 1988: protection of global climate for present and future generations of mankind. Available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r053.htm>. Access on: 28 set. 2015.

UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/45/212*: 71st plenary meeting, 21 December 1990: protection of global climate for present and future generations of mankind. Available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r212.htm>. Access on: 28 jun. 2021.

UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/46/169*. *78th plenary meeting, 19 December 1991*: protection of global climate for present and future generations of mankind. Available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r169.htm>. Access on: 28 jul. 2021.

UNITED NATIONS. *Kyoto Protocol to the United Nations framework Convention on Climate Change*. Available at: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>. Access on: 31 jul. 2021.

UNITED NATIONS. Reports of international arbitral awards. *Trail smelter case (United States, Canada)*. Available at: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf). Access on: 19 jul. 2021.

UNITED NATIONS. Vienna Convention of the Law of the Treaties. *Treaty Series*, Vienna, v. 1155, 23 may 1969.

VIÑUALES, J. E. La distribution de la charge de protéger l'environnement: expressions juridiques de la solidarité. In: SUPIOT, Alain (ed.). *La responsabilité solidaire*. Paris: Conférences du Collège de France, 2018.

VOIGT, Christiana. State responsibility for climate change damages. *Nordic Journal of International Law*, v. 77, p. 1–22, 2008.



REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Litigância climática e  
licenciamento ambiental:**

consideração da variável climática  
à luz dos tratados internacionais  
sobre o clima

**Climate litigation and  
environmental licensing:**

considering the climate dimension  
in the light of international climate  
treaties

Danielle de Andrade Moreira

Carolina de Figueiredo Garrido

Maria Eduarda Segovia Barbosa  
Neves

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



\* Recebido em 30/07/2021  
Aprovado em 07/02/2022

\*\* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, com atuação junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito e ao Núcleo Interdisciplinar de Meio Ambiente (NIMA/PUC-Rio). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito, Ambiente e Justiça no Antropoceno (JUMA) do NIMA/PUC-Rio. Membro do Conselho Consultivo do NIMA/PUC-Rio. Coordenadora Acadêmica do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu (nível especialização) em Direito Ambiental da PUC-Rio. Sócia-fundadora e membro do Conselho Consultivo da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). Vice-Presidente da Região Sudeste do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”. Vice-Presidente do Conselho Deliberativo do Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (FUNBIO). Foi assessora jurídica do FUNBIO, da Fundação Estado de Engenharia do Meio Ambiente (FEEMA, atual INEA) e da Fundação Instituto Estadual de Florestas (IEF/RJ, atual INEA).  
E-mail: daniamoreira@puc-rio.br,

\*\*\* Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Direito pela PUC-Rio. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito, Ambiente e Justiça no Antropoceno (JUMA), vinculado à Coordenação de Direito Ambiental do Núcleo Interdisciplinar de Meio Ambiente (NIMA-Jur) da PUC-Rio. Foi pesquisadora de iniciação científica do NIMA-Jur e do Núcleo de Direitos Humanos (NDH), ambos da PUC-Rio. Foi estagiária no NIMA-Jur da PUC-Rio e no escritório Graça Couto, Sequerra, Levitinas, Bicudo, Leal & Abby Advogados, na área de Contencioso Cível e Arbitragem.  
E-mail: caroldfgarrido@gmail.com

\*\*\*\* Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito, Ambiente e Justiça no Antropoceno (JUMA), vinculado à Coordenação de Direito Ambiental do Núcleo Interdisciplinar de Meio Ambiente (NIMA-Jur) da PUC-Rio. Foi pesquisadora de iniciação científica do NIMA-Jur da PUC-Rio. Foi estagiária no NIMA-Jur da PUC-Rio e no escritório Graça Couto, Sequerra, Levitinas, Bicudo, Leal & Abby Advogados, na área de Direito Ambiental.  
E-mail: eduardasbneves@gmail.com

# Litigância climática e licenciamento ambiental: consideração da variável climática à luz dos tratados internacionais sobre o clima\*

## Climate litigation and environmental licensing: considering the climate dimension in the light of international climate treaties

Danielle de Andrade Moreira\*\*

Carolina de Figueiredo Garrido\*\*\*

Maria Eduarda Segovia Barbosa Neves\*\*\*\*

### Resumo

O objetivo deste artigo é examinar o potencial de aplicação de tratados internacionais sobre o clima em litígios climáticos domésticos, especialmente quanto à consideração dos impactos climáticos no licenciamento ambiental. Partiu-se da análise de casos-referência estrangeiros de litigância climática sobre licenciamento ambiental que apresentam o argumento da existência de deveres domésticos, oriundos de tratados internacionais climáticos, quanto à avaliação de impactos climáticos. Traçou-se um perfil dos casos-referência, com foco na análise de como estes tratados foram articulados e avaliando-se como sua implementação tem sido discutida por tribunais e se sua aplicação auxilia alcançar resultados positivos. Conclui-se que este, ainda, é argumento recente nos litígios climáticos e sua recepção por parte dos tribunais variou nos casos. Todavia, constatou-se que esse argumento torna os casos mais consistentes, articulando fundamentos jurídicos do direito internacional com o direito interno. Evidencia-se o potencial do uso de tratados internacionais na litigância climática doméstica, especialmente para firmar a existência de deveres extraídos dessas normas internacionais que podem e devem ser exigíveis do Estado em sua atuação interna. De forma complementar, confirma-se a importância da litigância climática para a aplicação doméstica dos tratados internacionais, exigindo-se que ações do Poder Público de autorização de empreendimentos poluidores estejam alinhadas com compromissos internacionais.

**Palavras-chave:** Litigância climática; Licenciamento ambiental; Avaliação de impactos climáticos; Tratados internacionais climáticos; Deveres domésticos dos Estados.

### Abstract

This article aims to analyze the potential application of international climate treaties in domestic climate litigation, especially considering the climate impacts in environmental licensing. The study started from the analysis

of foreign reference cases of climate litigation on environmental licensing in which claims concerning domestic duties arising from international climate treaties regarding the assessment of climate impacts were identified. A profile of these cases was drawn focusing on the treaties argument approach, its discussions in the courts, and its effectiveness for achieving positive results. The study pointed out that this argument is still recent in climate litigation and its reception by the courts varied in each case. However, the argument contributes to the elaboration of more robust cases, articulating legal foundations of international and domestic law. The article highlights the potential of enforcing international treaties through domestic climate litigation, especially to establish duties drawn from these international provisions that can and should be required from the State in its domestic actions. Complementarily, it confirms the importance of climate litigation to ensure domestic implementation of international treaties, demanding that actions from the public power when authorizing polluting projects be taken in line with international commitments.

**Keywords:** Climate litigation; Environmental licensing; Climate impact assessment; International climate treaties; States' domestic duties.

## 1 Introdução

A crise climática é um problema emergencial e global que demanda ações em busca de soluções a curto, médio e longo prazos. Considerando-se esse cenário, a comunidade internacional vem se organizando para tentar equacionar a questão por meio de negociações internacionais, em especial com a assinatura da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (CQNUMC), em 1992, e com a celebração de dois grandes tratados internacionais, o Protocolo de Quioto (1997) e o Acordo de Paris (2015).

Para que o regime internacional tenha êxito no combate às mudanças climáticas, os Estados devem, além de assumir compromissos na esfera internacional, enviar esforços para implementá-los na esfera interna. Ocorre que as medidas assumidas em nível internacional, muitas vezes, não são devidamente implementadas internamente ou não se mostram ambiciosas o suficiente para evitar os efeitos adversos da crise climática.

Nesse contexto de insuficiência, surgiu o fenômeno da litigância climática, como uma forma de reivindicar respostas do judiciário diante da ausência de ações consistentes no enfrentamento da crise climática. A judicialização, cada vez mais intensa da matéria, faz com que juízes e tribunais passem a ser uma peça-chave no desenvolvimento das políticas climáticas, indicando e promovendo correções quanto a eventuais falhas na atuação do Estado.

No âmbito do movimento de litigância climática, observa-se uma tendência, especialmente a partir de 2015, de propositura de ações que buscam responsabilizar governos por falharem em agir domesticamente, em consonância com sua parcela da responsabilidade global de promover mitigação e/ou adaptação à crise climática. Esses casos mobilizam tratados que compõem o regime internacional de mudanças climáticas, articulando-os com o arcabouço jurídico nacional.

Torna-se evidente o potencial de se abordar esta questão internamente nos países, a partir de seus poderes judiciários. Com efeito, por meio dos litígios climáticos, as cortes podem ser instadas a assegurar a efetividade de obrigações climáticas contidas no sistema jurídico interno. Este, além de contar com a internalização das obrigações internacionais assumidas nos grandes tratados climáticos, é, muitas vezes, composto por diversas normas e políticas públicas, formuladas domesticamente, e que podem (e devem) ser lidas e aplicadas em defesa da proteção do sistema climático.

É nesse sentido que o presente trabalho propõe um olhar para os institutos de licenciamento ambiental e de estudos de impactos ambientais, importantes mecanismos domésticos de prevenção, mitigação e compensação de impactos socioambientais, inclusive os relacionados às mudanças climáticas. Busca-se evidenciar como o uso inadequado ou insuficiente desses instrumentos de atuação do Estado no âmbito interno, para controle de atividades potencialmente poluidoras, pode ser judicializado, exigindo-se a observância dos compromissos internacionais assumidos pelo país e, pois, a avaliação dos impactos das atividades econômicas sobre o clima.

De modo a contribuir para a identificação desse tipo de litígio climático, o objetivo principal deste artigo é examinar, com base na análise de casos concretos estrangeiros, de que forma os tratados internacionais climáticos podem influenciar a construção e condução de casos que abordem a temática da variável climática no

licenciamento ambiental. Busca-se avaliar como esses tratados têm sido mobilizados na estruturação dessas ações e aplicados, ou não, por tribunais de diferentes países, assim como se sua aplicação tem auxiliado no alcance de resultados positivos. Pretende-se ressaltar o papel que o Poder Judiciário pode e deve ter na internalização de compromissos internacionais, com vistas ao combate à crise climática com base em instrumentos jurídicos existentes, tal como o licenciamento ambiental.

Nesse esforço, considerando-se os resultados de pesquisa que buscou reunir fundamentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental brasileiro,<sup>1</sup> serão destacados, inicialmente, sete casos-referência estrangeiros de litigância climática em que foi identificada discussão quanto à aplicabilidade interna de tratados internacionais sobre o clima, especialmente em procedimentos de licenciamento ambiental.

Em seguida, os sete casos identificados serão analisados, de forma a traçar seu perfil e destacar como foi feita a articulação dos tratados internacionais climáticos com normas internas. Nesse momento, serão apresentadas informações básicas sobre os casos, como a jurisdição e ano de propositura, seu assunto central e como é abordada a questão climática, bem como se seu objetivo é considerado favorável ou contrário ao tema climático. Para os casos com decisão de mérito proferida, será identificado se houve o reconhecimento da inserção da variável climática no licenciamento ambiental e se seus efeitos práticos foram favoráveis ou contrários ao clima. Por fim, serão analisados, de forma inédita e para os fins deste trabalho, duas novas classificações: (i) se houve o reconhecimento de obrigações oriundas de tratados internacionais climáticos no âmbito doméstico; e (ii) sua influência para o alcance de decisões positivas.

Por fim, será aprofundada a análise dos sete casos-referência, buscando-se identificar de que forma os tra-

tados internacionais auxiliaram em sua fundamentação. Pretende-se apresentar como cada um deles mobilizou os tratados internacionais climáticos para embasar a defesa da inserção da variável climática no âmbito do licenciamento ambiental e como essa argumentação foi considerada pelas cortes nas decisões analisadas. Para isso, serão apontadas tanto as argumentações bem-sucedidas nos tribunais como aquelas que não lograram êxito, de forma a também alertar para resistências ou óbices identificados em tais processos.

Busca-se analisar o potencial de aplicação de tratados internacionais em casos de litigância doméstica, especialmente quanto à consideração dos impactos climáticos nos procedimentos de licenciamento ambiental. Embora se trate de argumento que somente recentemente vem sendo testado nos tribunais, acredita-se que as teses apresentadas têm se tornado mais robustas, articulando fundamentos jurídicos baseados no entrelaçamento do direito internacional com o direito interno.

## 2 Casos-referência estrangeiros de litigância climática sobre licenciamento ambiental

Na investigação proposta neste artigo, sobre a importância da mobilização de tratados internacionais para o movimento de litigância climática doméstica, parte-se dos resultados de pesquisa realizada pelo JUMA/NIMA/PUC-Rio,<sup>2</sup> que se dedicou a reunir fundamentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental brasileiro.<sup>3</sup> O enfoque no licenciamento ambiental e na avaliação de impactos ambientais se justifica em razão da centralidade desses instrumentos no controle prévio das atividades potencialmente poluidoras e na análise de sua viabilidade, assim como na compatibilização da atividade econômica com a defesa do meio ambiente. A partir da análise prévia de atividades que, direta ou indiretamente, geram impac-

<sup>1</sup> A pesquisa em referência foi desenvolvida ao longo do ano de 2020 pelo Grupo de Pesquisa em Direito, Ambiente e Justiça no Antropoceno (JUMA/NIMA/PUC-Rio), vinculado à Coordenação de Direito Ambiental do Núcleo Interdisciplinar de Meio Ambiente (NIMA-Jur) da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), coordenado pela Professora Danielle de Andrade Moreira. Os detalhes do estudo podem ser encontrados em MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>2</sup> Grupo de Pesquisa em Direito, Ambiente e Justiça no Antropoceno (JUMA/NIMA/PUC-Rio), vinculado à Coordenação de Direito Ambiental do Núcleo Interdisciplinar de Meio Ambiente (NIMA-Jur) da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

<sup>3</sup> MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021.

tos socioambientais negativos — incluídos os climáticos —, devem ser determinadas de antemão as medidas destinadas a evitá-los, mitigá-los e/ou compensá-los.

Entende-se que esses instrumentos constituem o *locus* mais adequado para a análise das consequências climáticas — dentre as demais consequências socioambientais — de atividades potencialmente poluidoras. E, dentre tais consequências, devem ser incluídas a capacidade de a atividade contribuir para o agravamento das mudanças climáticas e, também, a capacidade de as mudanças climáticas afetarem o próprio empreendimento, abrangendo-se, portanto, preocupações quanto à mitigação e à adaptação.

A partir dessas premissas, e à vista do objetivo de reunir argumentos jurídicos para garantir a inserção da variável climática no licenciamento ambiental no Brasil, foram realizados o levantamento e a avaliação da legislação e de litígios afetos ao tema, cabendo-se destacar, para os fins deste artigo, a análise de casos-referência estrangeiros, de modo a avaliar seu potencial de aplicação no Brasil.<sup>4</sup> Direcionou-se o olhar ao cenário brasileiro devido ao entendimento de que a atuação no âmbito interno é essencial para o combate à crise climática, pois as soluções domésticas são complementares às definidas por vias diplomáticas no âmbito internacional.<sup>5</sup>

Ante a possibilidade e, mais do que isso, a necessidade de articulação do sistema jurídico brasileiro a normas internacionais de cunho climático, dá-se destaque ao estudo sobre casos-referência de litigância climática versando sobre licenciamento ambiental e estudos ambientais prévios semelhantes em jurisdições estrangeiras. Essa análise foi possibilitada pela existência no mundo de um conjunto robusto de litígios climáticos dedicados ao questionamento de empreendimentos emissores de Gases de Efeito Estufa (GEE), fundamentados em normas de licenciamento, o que confirma a centralidade

deste instrumento de defesa do meio ambiente, inclusive no âmbito da jurisdição brasileira.<sup>6, 7</sup>

Ao todo foram analisadas 46 ações com amplo espectro temporal e de diversas jurisdições, quais sejam: África do Sul, Austrália, Canadá, Chile, Estados Unidos da América (EUA), Índia, Indonésia, Nigéria, Noruega, Nova Zelândia, Quênia, Reino Unido, República Tcheca (cujo pedido fora elaborado pela Micronésia).<sup>8</sup>

Os casos-referência foram classificados quanto (i) à abordagem do clima no caso, (ii) ao objetivo do pedido autoral; (iii) ao reconhecimento da inserção da variável climática no licenciamento e/ou na avaliação de impacto ambiental; e (iv) ao resultado prático da decisão para o clima. A primeira classificação diz respeito ao modo como a questão climática ou de emissões de GEE foi abordada na peça analisada. A segunda diz respeito ao objetivo da parte autora com a propositura da ação, identificando casos em que os autores buscaram o avanço da agenda climática e casos em que os peticionários buscavam barrar o seu aperfeiçoamento, em defesa de outros interesses. A terceira classificação trata do reconhecimento da inserção da variável climática na decisão, relativo à consideração das mudanças climáticas ou das emissões de GEE ainda no processo de licenciamento ou na avaliação de impacto ambiental. Por fim, a classificação quanto ao resultado prático da decisão tam-

<sup>6</sup> Neste esforço, foi reconhecida a existência de diferenças nos processos de autorização estatal de cada país para implantação e operação de empreendimentos que são precedidos de estudos de avaliação ambiental. Por esse motivo, a pesquisa partiu de uma concepção mais ampla de “licenciamento”, de modo que a análise dos casos levou em consideração não apenas o procedimento de autorização em si, mas também o estudo ambiental elaborado.

<sup>7</sup> O reconhecimento internacional da importância instrumento de avaliação de impactos ambientais pode ser notado no princípio 17 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92): “a avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para as atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente”. A previsão internacional auxilia na incorporação deste instrumento no direito interno em diversas jurisdições, podendo-se encontrar a análise comparada em ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 612-624.

<sup>8</sup> A metodologia da pesquisa pode ser consultada em MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021. p. 149-152. Além disso, é possível consultar a análise gráfica das classificações de cada caso no *Tableau* (Acesso em: 28 jul. 2021).

<sup>4</sup> Trata-se do Eixo C da pesquisa, disponível em MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021. p. 95-133.

<sup>5</sup> LEAL, Guilherme J. S. Estudo de impacto ambiental e mudanças climáticas. In: SETZER, Joana; CUNHA, Kamila; FABRI, Amália Botter (coord.). *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 289-323. p. 291.



bém poderia ser “favorável ao clima” ou “contrário ao clima”.<sup>9</sup>

Dentre os 46 casos-referência, para além das classificações apresentadas, foi possível extrair um conjunto de argumentos favoráveis ao clima que conseguiram convencer o juízo, assim como aqueles que não foram bem-sucedidos. Também foram identificados e analisados argumentos destinados a frear ou impedir o desenvolvimento da agenda climática e a sua recepção por parte dos tribunais.<sup>10</sup> Dentre esses argumentos, destaca-se um conjunto de ações em que se buscava defender a aplicabilidade de tratados internacionais sobre o clima internamente, em processo de licenciamento ambiental e/ou avaliação de impacto ambiental.

Esse argumento foi observado em ações da África do Sul,<sup>11</sup> da Austrália,<sup>12</sup> do Chile,<sup>13</sup> da Noruega<sup>14</sup> e do Reino Unido<sup>15</sup>. Nesses casos, defende-se que os Esta-

dos, ao internalizarem tratados internacionais climáticos e se comprometerem com seus objetivos, estariam compelidos a observar essas obrigações também no âmbito interno, sendo o licenciamento ambiental um dos instrumentos domésticos capazes de auxiliar no cumprimento dos deveres internacionais.

O argumento destacado representa o potencial da aplicação de tratados internacionais na litigância climática doméstica, como já apontado pela doutrina de maneira mais ampla.<sup>16</sup> Isso porque, a partir da internalização de tratados,<sup>17</sup> os litigantes passam a poder exigir seu cumprimento internamente, como fundamentação jurídica para os fins pleiteados nas ações. À vista dessa possibilidade, o Relatório da ONU “*The Status of climate change litigation – A global review*”,<sup>18</sup> de 2017, já apontava para possibilidades de usos do Acordo de Paris na litigância climática. Ele indica que o tratado está emergindo como uma base inovadora e relevante para ações judiciais desse tipo, uma vez que integra os compromissos nacionais, previstos nas Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDCs), em instrumento internacional que os vincula ao objetivo comum de evitar o aquecimento global acima dos limites de 1,5°C e 2°C.<sup>19</sup>

O referido relatório destaca, ainda, que o Acordo de Paris deixa mais claras as lacunas que existem entre as políticas existentes e as políticas que ainda são necessárias para se atingir os objetivos de mitigação e

<sup>9</sup> Os detalhes das classificações mencionadas podem ser encontrados em MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021. p. 101-107.

<sup>10</sup> Esses argumentos podem ser consultados em MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021. p. 112-127.

<sup>11</sup> EARTHLIFE Africa Johannesburg v. Minister of environmental affairs and others. 2016. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/4463/>. Acesso em: 28 jul. 2021; TRUSTEES for the time being of the groundwater trust v. minister of environmental affairs, kipower (pty) ltd, and others. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/trustees-time-groundwork-trust-v-minister-environmental-affairs-others/>. Acesso em: 28 jul. 2021.; e TRUSTEES for the time being of groundwater v. minister of environmental affairs, acwa power khanyisa thermal power station rf (pty) ltd, and others. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/groundwork-v-minister-environmental-affairs-others/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>12</sup> GLOUCESTER resources limited v. minister for planning. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/gloucester-resources-limited-v-minister-for-planning/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>13</sup> GREZ et al. v. environmental evaluation service of chile. 2018. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/grez-et-al-v-environmental-evaluation-service-of-chile/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>14</sup> GREENPEACE nordic ass'n and nature and youth v. ministry of petroleum and energy. 2016. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>15</sup> PLAN B earth and others v. secretary of state for transport.

2018. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/plan-b-earth-v-secretary-of-state-for-transport/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>16</sup> Cf. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *The status of climate change litigation: a global review*. 2017. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/climate-change-litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 jan. 2021.; SETZER, Joana; CUNHA, Kamila; FABBRI, Amália Botter (coord.). *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.; e WEDY, Gabriel. *Litígios climáticos de acordo com o direito brasileiro, norte-americano e alemão*. Salvador: JusPodivm, 2019.

<sup>17</sup> No caso do Brasil, o processo de internalização de tratados internacionais se dá por meio de decretos do Presidente da República que os promulgam internamente. Os três grandes tratados internacionais que compõem o regime internacional de mudanças climáticas foram promulgados no ordenamento jurídico brasileiro pelos Decreto 2.652/1998 (Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas), Decreto 5.445/2005 (Protocolo de Quioto) e Decreto 9.073/2017 (Acordo de Paris).

<sup>18</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *The status of climate change litigation: a global review*. 2017. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/climate-change-litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 jan. 2021.

<sup>19</sup> Objetivo geral do Acordo de Paris previsto no artigo 2.1 (a).

adaptação. Assim, litigantes nos Estados ratificantes do tratado podem argumentar que as “declarações politicamente fáceis” de seus governos devem ser apoiadas por “medidas concretas politicamente difíceis”,<sup>20, 21</sup> como aquelas relacionadas à aprovação de empreendimentos com potencial de produzir impactos climáticos negativos.

Por outro ângulo, destaca-se, também, que o movimento da litigância climática doméstica pode auxiliar na implementação dos objetivos de combate às mudanças do clima previstos em tratados internacionais. Quanto a esse ponto, Joana Setzer, Kamyla Cunha e Amália Botter Fabbri apontam que o movimento pode constituir um mecanismo descentralizado para impor o Acordo de Paris nas escalas nacional e subnacional.<sup>22</sup> Ressalta-se a vantagem obtida na exigência de aplicação do tratado em litígios domésticos, por meio de decisões judiciais com força executiva e com a possibilidade de imposição de sanções em caso de não cumprimento, afastando dificuldades de implementação classicamente associadas ao direito internacional.<sup>23</sup> Com efeito, a partir da judicialização do tema, atores públicos e privados, emissores de GEE, são responsabilizados e/ou compelidos a adotarem comportamentos efetivos em vista do compromisso global de redução do aquecimento global.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *The status of climate change litigation: a global review*. 2017. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/climate-change-litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 jan. 2021. p. 8-17.

<sup>21</sup> A respeito da discrepância entre os compromissos assumidos internacionalmente e sua implementação em âmbito doméstico, conferir UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Emissions gap report 2020*. Nairobi, 9 dez. 2020. Disponível em: <https://www.unep.org/emissions-gap-report-2020>. Acesso em: 28 jul. 2021; e CLIMATE ACTION TRACKER. *Climate summit momentum: Paris commitments improved warming estimate to 2.4°C: warming projections global update*. Maio 2021. Disponível em: [https://climateactiontracker.org/documents/853/CAT\\_2021-05-04\\_Briefing\\_Global-Update\\_Climate-Summit-Momentum.pdf](https://climateactiontracker.org/documents/853/CAT_2021-05-04_Briefing_Global-Update_Climate-Summit-Momentum.pdf). Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>22</sup> SETZER, Joana; CUNHA, Kamila; FABBRI, Amália Botter (coord.). *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 427.

<sup>23</sup> GARRIDO, Carolina de Figueiredo. *Mudanças climáticas e as respostas do Direito: do âmbito internacional ao interno*. 2020. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, 2020. p. 51.

<sup>24</sup> CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019. p. 56.

Considerando-se a importância e a força dos tratados internacionais na litigância climática, parte-se para uma análise sobre o potencial papel desses instrumentos, em especial o Acordo de Paris, em âmbito doméstico para fomentar e fortalecer o argumento da inserção da variável climática no licenciamento ambiental.

### 3 Perfil dos casos-referência em que se defende a aplicação de tratados internacionais sobre o clima no licenciamento ambiental

Com o intuito de melhor compreender o perfil dos casos em que foi identificado o argumento da necessidade de observância a compromissos internacionais assumidos pelos Estados, inclusive no âmbito do licenciamento e/ou na avaliação de impacto ambiental, será apresentada, nesta seção, a distribuição dos sete casos-referência antes mencionados, conforme as classificações estabelecidas, bem como serão analisadas as interações entre algumas dessas classificações e as principais conclusões obtidas a partir dessa análise.

Buscando a melhor compreensão da abordagem acerca dos tratados internacionais nos casos analisados, foram criadas, à vista dos propósitos deste texto, duas novas classificações, além das mencionadas na pesquisa original,<sup>25</sup> relativas à aplicação do Direito Internacional: (i) reconhecimento de obrigações advindas de tratados internacionais climáticos no âmbito interno (sim, não ou não aplicável) e (ii), em caso positivo, a influência desse reconhecimento em decisões judiciais (sim, não ou não aplicável).

Considera-se que houve esse reconhecimento quando há entendimento expresso do juízo de que os tratados internacionais climáticos servem como fonte normativa para condutas no âmbito doméstico. O não reconhecimento, a seu turno, é identificado quando o juízo expressamente nega esta possibilidade. A opção “não aplicável” foi selecionada quando o caso não tem decisão — tendo sido, nesta situação, analisada apenas a petição inicial. A respeito da segunda classificação,

<sup>25</sup> Cf. MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021. p. 101.

considerou-se que o reconhecimento da aplicabilidade interna de tratados internacionais climáticos influenciou positivamente na decisão quando o juízo considerou os deveres internos advindos dos tratados para decidir pela inserção ou avaliação da variável climática no licenciamento no caso concreto analisado. De outro lado, a opção “não” foi selecionada quando o juízo, apesar de reconhecer que há obrigações domésticas advindas de tratados internacionais climáticos, entende que o argumento não é admissível. Já a opção “não aplicável” foi selecionada quando não há decisão no caso ou quando não há o reconhecimento de deveres e obrigações domésticas advindas de tratados internacionais.

A partir da compreensão das classificações supracitadas, passa-se à análise dos sete casos em que o argumento aqui explicitado foi identificado. As ações selecionadas são as a seguir apresentadas, com indicação do nome do caso e do ano de ajuizamento.

**Tabela 1 – Casos-referência estrangeiros que apresentam o argumento “Aplicabilidade de tratados internacionais sobre o clima internamente no processo de licenciamento ambiental e/ou na avaliação de impacto ambiental”**

África do Sul	
(i) <i>EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others</i>	2016
(ii) <i>GroundWork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower (Pty) Ltd, and Others</i>	2017
(iii) <i>GroundWork v. Minister of Environmental Affairs, ACWA Power Khanyisa Thermal Power Station RF (Pty) Ltd, and Others</i>	2017
Austrália	
(iv) <i>Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning</i>	2018
Chile	
(v) <i>Greç et al. v. Environmental Evaluation Service of Chile</i>	2019
Noruega	
(vi) <i>Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy</i>	2016
Reino Unido	
(vii) <i>Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport</i>	2018

Fonte: JUMA/NIMA/PUC-Rio<sup>26</sup>.

Trata-se de um conjunto heterogêneo de casos, nos quais o argumento comum sobre a necessidade de observância a compromissos internacionais assumidos pelos Estados no âmbito interno, especialmente em estudos de impacto ambiental ou processos de licenciamento ambiental, pode ter sido explorado de formas

distintas com base em suas especificidades.<sup>27</sup> De forma resumida, os três casos sul-africanos — *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others*;<sup>28</sup> *GroundWork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower (Pty) Ltd, and Others*<sup>29</sup> e *GroundWork v. Minister of Environmental Affairs, ACWA Power Khanyisa Thermal Power Station RF (Pty) Ltd, and Others*<sup>30</sup> — tratam de questionamentos ao processo de licenciamento de usinas termelétricas movidas a carvão, em razão de avaliação inadequada de seus impactos climáticos.<sup>31</sup>

O caso australiano *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*<sup>32</sup> discute a rejeição de um projeto de

<sup>27</sup> Cabe destacar, ainda, que esse conjunto de ações não necessariamente representa uma fotografia do perfil de todos os litígios estrangeiros a tratar de licenciamento ambiental e clima em que há o argumento para aplicação de tratados internacionais climáticos. Trata-se tão somente de casos tidos como paradigmáticos e que, portanto, foram selecionados como casos-referência.

<sup>28</sup> EARTHLIFE Africa Johannesburg v. Minister of environmental affairs and others. 2016. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/4463/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>29</sup> TRUSTEES for the time being of the groundwork trust v. minister of environmental affairs, kipower (pty) ltd, and others. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/trustees-time-groundwork-trust-v-minister-environmental-affairs-others/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>30</sup> TRUSTEES for the time being of groundwork v. minister of environmental affairs, acwa power khanyisa thermal power station rf (pty) ltd, and others. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/groundwork-v-minister-environmental-affairs-others/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>31</sup> Esse é o único país com mais de um caso. Essa maior quantidade de casos na África do Sul pode ser atribuída ao fato de o primeiro deles, *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others*, ter sido um importante precedente para os demais. A partir desse caso, diversas novas ações foram ajuizadas com o objetivo de impugnar a avaliação ambiental de projetos relacionados a empreendimentos emissores de GEE na mesma linha argumentativa. Além dos dois casos ainda sem decisão mencionados neste trabalho, outras ações vêm sendo ajuizadas no país com base em argumentos similares, a exemplo do caso *SDCEA & groundwork v. minister of forestry, fisheries, and the environment*. 2021. Disponível em: [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/sdcea-groundwork-v-minister-of-forestry-fisheries-and-the-environment/?mc\\_cid=e15e769911&mc\\_cid=c80fc9e9dc](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/sdcea-groundwork-v-minister-of-forestry-fisheries-and-the-environment/?mc_cid=e15e769911&mc_cid=c80fc9e9dc). Acesso em: 14 jul. 2021. Essa é uma estratégia de ativistas ambientais e climáticos que surge para incentivar o desenvolvimento de projetos de energia limpa em oposição ao investimento em empreendimentos poluidores (cf. CENTER FOR ENVIRONMENTAL RIGHTS. *Major climate impacts scupper another coal power plant*. 11 nov. 2020. Disponível em: <https://ccr.org.za/news/major-climate-impacts-scupper-another-coal-power-plant>. Acesso em: 14 jul. 2021).

<sup>32</sup> GLOUCESTER resources limited v. minister for planning. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/gloucester-resources-limited-v-minister-for-planning/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>26</sup> MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021. p. 123.



exploração de carvão por parte do Ministro de Planejamento, que havia sido fundamentada em seus impactos socioambientais e climáticos. O chileno *Grež et al. v. Environmental Evaluation Service of Chile*<sup>33</sup> questiona processo de licenciamento de um projeto de exploração de carvão, devido à não avaliação de impactos climáticos e à avaliação inadequada de outros impactos ambientais não relacionados ao clima. O caso norueguês *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*<sup>34</sup> questiona o licenciamento de poços de petróleo e gás, devido à incompatibilidade da sua exploração com a proteção ao direito ao meio ambiente, no âmbito do qual se insere a questão climática. O litígio do Reino Unido *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport*<sup>35</sup> discute processo de autorização de expansão

do aeroporto de *Heathrow* em razão da não consideração do Acordo de Paris no processo de autorização e na análise de seus impactos climáticos.

Como se nota, todas são ações recentes, movidas a partir de 2016, evidenciando que o argumento relativo à aplicabilidade de tratados internacionais climáticos internamente, no processo de licenciamento ambiental e/ou na avaliação de impacto ambiental, vem sendo apresentado às cortes apenas nos últimos anos. As datas de ajuizamento, também, apontam para a importância do Acordo de Paris, celebrado em 2015, na 21ª Conferência das Partes (COP-21), e que entrou em vigor em 2016, após o número mínimo de ratificações ter sido alcançado. A centralidade desse tratado nas argumentações dos casos analisados indica a importância que o Acordo de Paris representou não apenas no regime internacional de mudanças climáticas, mas também para a propositura de litígios climáticos domésticos. Na tabela 2, apresenta-se a distribuição dos sete casos-referência analisados, segundo as classificações propostas.

<sup>33</sup> Resumo disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/grez-et-al-v-environmental-evaluation-service-of-chile/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>34</sup> GREZ et al. v. environmental evaluation service of chile. 2018. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/grez-et-al-v-environmental-evaluation-service-of-chile/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>35</sup> PLAN B earth and others v. secretary of state for transport. 2018. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/plan-b-earth-v-secretary-of-state-for-transport/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

port/. Acesso em: 28 jul. 2021.

**Tabela 2** – Perfil dos sete casos-referência

Nome do Caso e Jurisdição	Abordagem do clima no caso	Pedido	Decisão	Inserção da variável climática no licenciamento	Resultado prático da decisão	Obrigações advindas de tratados no âmbito interno	Influência na tomada de decisão
<i>EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others</i> (África do Sul)	Tema Central	Favorável ao clima	Há decisão	Houve o reconhecimento	Favorável ao clima	Houve o reconhecimento	Influenciou
<i>GroundWork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower (Pty) Ltd, and Others</i> (África do Sul)	Tema Central	Favorável ao clima	Não há decisão	Não aplicável	Não aplicável	Não aplicável	Não aplicável
<i>GroundWork v. Minister of Environmental Affairs, ACWA Power Khanyisa Thermal Power Station RF (Pty) Ltd, and Others</i> (África do Sul)	Tema Central	Favorável ao clima	Não há decisão	Não aplicável	Não aplicável	Não aplicável	Não aplicável
<i>Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning</i> (Austrália)	Um dos temas	Contrário ao clima	Há decisão	Houve o reconhecimento	Favorável ao clima	Houve o reconhecimento	Influenciou
<i>Grež et al. v. Environmental Evaluation Service of Chile</i> (Chile)	Um dos temas	Favorável ao clima	Há decisão	Não houve o reconhecimento	Favorável ao clima	Não houve o reconhecimento	Não Aplicável
<i>Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy</i> (Noruega)	Tema Central	Favorável ao clima	Há decisão	Houve o reconhecimento	Contrário ao clima	Houve o reconhecimento	Não influenciou
<i>Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport</i> (Reino Unido)	Tema Central	Favorável ao clima	Há decisão	Houve o reconhecimento	Contrário ao clima	Não houve o reconhecimento	Não aplicável

Fonte: autoras.

Seguindo os critérios utilizados para classificação dos casos ao longo da pesquisa sobre inserção da variável climática no licenciamento ambiental,<sup>36</sup> observou-se que, dos sete litígios em destaque neste texto, cinco tratam das mudanças climáticas ou das emissões de GEE como tema central, enquanto dois discutem a questão climática como, apenas, um dos diversos temas abordados.

Dentre os casos que tratam do clima como tema central, há os três da África do Sul,<sup>37</sup> sobre questões muito semelhantes — inclusão de avaliação climática nos estudos ambientais prévios à construção de usinas termelétricas. O quarto caso é o *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*, na Noruega, cuja discussão é focada nas emissões de GEE decorrentes da concessão de licenças para exploração do petróleo e gás em plataforma continental no mar Barents Sudeste. O quinto é o *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport*, no Reino Unido, que discute a aprovação para expansão do Aeroporto Internacional de Heathrow.<sup>38</sup>

Há, apenas, dois casos que tratam do clima como um dentre os vários temas em discussão. O primeiro deles é o australiano *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*, que discute a possibilidade de o governo avaliar, no processo de licenciamento de atividade de

exploração de carvão, os impactos (i) no uso da terra em sua vizinhança, (ii) visuais, (iii) por geração de ruídos e poeira, (iv) sociais e (v) nas mudanças climáticas; contrabalanceando-os com os benefícios econômicos e sociais advindos do empreendimento. O segundo é o chileno *Grex et al. v. Environmental Evaluation Service of Chile*, que aborda a questão climática de forma expressa, mas a discussão sobre a adequação do estudo ambiental no processo de licenciamento de projeto de extração de carvão também considera outros fatores, como (i) os componentes paleobotânicos e paleontológicos; (ii) a necessidade de avaliação integral do projeto questionando o fracionamento da avaliação anterior; e (iii) o princípio da prevenção e subestimação das emissões de ruídos e seus impactos.

Ademais, um dado relevante que se destaca é que, dentre as sete ações analisadas neste artigo, em seis delas, o pedido autoral era formulado em defesa da estabilidade climática (“favorável ao clima”), sendo apenas um dos pedidos considerado contrário ao clima. Os casos em que os pedidos são favoráveis ao clima são: os três sul-africanos, o chileno, o norueguês e o do Reino Unido. Os autores desses casos buscavam a consideração da variável climática no processo de licenciamento ou na avaliação feita nos estudos ambientais prévios. O único caso cujo pedido foi contrário à proteção do sistema climático é o australiano, no qual a parte autora impugna a rejeição pelo Ministro do Planejamento de seu pedido de licença para um projeto de exploração de carvão.

Dentre os sete casos-referência, cinco possuem decisão de mérito<sup>39</sup> e dois ainda aguardam julgamento.<sup>40</sup> As classificações a seguir apresentadas tratam de posicionamentos dos tribunais; portanto, os dois casos sem decisão de mérito (as ações sul-africanas ajuizadas pela organização *GroundWork*) não foram considerados. Na classificação das cinco ações com decisão de mérito quanto à consideração da variável climática pelo juízo,

<sup>36</sup> MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021. p. 95.

<sup>37</sup> *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others; Trustees for the Time Being of the GroundWork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower (Pty) Ltd, and Others e Trustees for the Time Being of GroundWork v. Minister of Environmental Affairs, ACWA Power Khanyisa Thermal Power Station RF (Pty) Ltd, and Others*.

<sup>38</sup> Essa classificação foi escolhida, pois a discussão na decisão proferida pela Suprema Corte trata apenas da necessidade de uma avaliação climática mais rigorosa, em conformidade com os compromissos internacionais do Estado. Ressalta-se, todavia, que, originalmente, este caso havia sido classificado, quanto à abordagem do clima, como “um dos temas”, pois, à época, havia sido analisada a decisão da Corte de Apelação, que tratou, além da questão climática, do questionamento de outros impactos ambientais do empreendimento (cf. MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021. p. 101.). Porém, no presente trabalho foi analisada a decisão posterior proferida pela Suprema Corte – inexistente no momento da análise da pesquisa original.

<sup>39</sup> *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others*, na África do Sul; *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*, na Austrália; *Grex et al. v. Environmental Evaluation Service of Chile*, no Chile, *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*, na Noruega; e *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport*, no Reino Unido.

<sup>40</sup> Os casos da África do Sul *GroundWork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower (Pty) Ltd, and Others* e *GroundWork v. Minister of Environmental Affairs, ACWA Power Khanyisa Thermal Power Station RF (Pty) Ltd, and Others*

as cortes reconheceram a necessidade de avaliar o clima em quatro casos, enquanto em apenas um não houve esse reconhecimento.

As ações em que se entendeu que houve o reconhecimento da inserção da variável climática foram as seguintes: a da África do Sul, proposta por *EarthLife Africa Johannesburg*, a da Austrália, a da Noruega e a do Reino Unido.<sup>41</sup> Nelas, as cortes reconheceram, ainda que apenas em certa medida, a necessidade de se considerar as mudanças climáticas ou as emissões de GEE provenientes do empreendimento no processo de licenciamento. O único caso em que não houve tal reconhecimento foi o chileno, *Grex et al. v. Environmental Evaluation Service of Chile*, no qual a corte expressamente negou a necessidade de avaliação das mudanças climáticas previamente à implantação do empreendimento, por ausência de previsão legal.

Quanto ao resultado prático da decisão, observou-se que três ações foram decididas de forma favorável ao clima e duas de forma contrária. O primeiro caso favorável é o australiano *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*, em que foi mantida a decisão do Ministro de Planejamento negando a autorização para exploração de carvão com base no entendimento de que seus impactos socioambientais e climáticos se mostraram mais relevantes do que os benefícios advindos do empreendimento. Os outros dois são o sul-africano *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others* e o chileno *Grex et al. v. Environmental Evaluation Service of Chile*. Em ambos, as licenças concedidas aos empreendimentos questionados foram revogadas pelas cortes, sendo determinada a realização de novos estudos de impacto ambiental devido às falhas identificadas. Porém, enquanto no caso sul-africano a ausência de análise dos impactos climáticos foi a base para o julgamento procedente da ação, no caso chileno o argumento quanto à avaliação climática foi rejeitado, tendo a procedência da ação se dado em razão da ausência de análise de impactos paleontológicos e paleobotânicos do empreendimento.

Já os casos decididos de forma contrária ao clima foram o norueguês *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature*

*and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy* e o do Reino Unido, *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport*. Em ambos, os tribunais concordaram com a adequação dos processos de licenciamento e avaliações de impactos ambientais realizadas, tendo respeitado a discricionariedade dos governos ao analisar os impactos climáticos e negado os pedidos de revisão judicial dos atos de autorização.

Merece destaque a falta de correspondência entre o número de casos em que houve o reconhecimento da necessidade de inserção da variável climática no licenciamento e de casos com resultados práticos favoráveis ao clima. Conclui-se que esse reconhecimento não foi determinante para a obtenção de uma decisão positiva para a defesa do clima, havendo outros fatores que podem influenciar na decisão, como a ponderação quanto ao grau de aprofundamento dessa análise climática. Embora tenha havido o reconhecimento da necessidade de inserção da variável climática nas duas ações com resultado prático não favorável ao clima, o argumento da insuficiência ou inadequação da avaliação dos impactos climáticos não foi acatado nos casos concretos. E, curiosamente, o único em que a necessidade de consideração da variável climática não foi reconhecida, o chileno, acabou por trazer resultados favoráveis ao clima, por se tratar de ação que suscitava outros argumentos de cunho ambiental, para além da questão climática, que foram acatados pelo juízo.

Quanto ao reconhecimento de obrigações advindas de tratados internacionais climáticos no âmbito doméstico, como fundamento para a consideração da variável climática no licenciamento, observou-se que, em três dos cinco casos com decisão de mérito, essa força normativa foi reconhecida e, em dois, essa tese não foi acolhida.

Os três casos em que se reconheceu a necessidade de observância interna dos tratados internacionais foram os decididos na África do Sul, na Austrália e na Noruega.<sup>42</sup> Nas decisões, o juízo reconheceu os tratados internacionais climáticos como fontes de direito material aplicáveis aos casos concretos, seja como fonte de obrigação a fundamentar a necessidade de avaliação de impactos climáticos no processo de licenciamento (caso

<sup>41</sup> Respectivamente: *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others*; *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*; *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy* e *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport*.

<sup>42</sup> Respectivamente: *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others*; *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*; e *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*.



sul-africano), seja como parâmetro para a avaliação da adequação do empreendimento questionado (casos australiano e norueguês). Já os casos em que não houve esse reconhecimento foram os do Chile e do Reino Unido.<sup>43</sup> Neles, as cortes entenderam pela separação entre as obrigações no plano internacional e aquelas a serem seguidas internamente nos procedimentos de licenciamento, compreendendo que os tratados internacionais climáticos não seriam relevantes para análise realizada no caso concreto.

Observou-se, ainda, que, dentre os três casos em que se confirmou a obrigação de observância interna dos tratados internacionais,<sup>44</sup> em dois deles esse argumento foi considerado válido para justificar a necessidade de avaliação da variável climática no licenciamento no caso concreto e em um ele não foi admitido.

Os casos nos quais a afirmação da força dos tratados no âmbito doméstico influenciou a decisão de forma positiva foram: (i) o sul-africano *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others*, no qual os tratados internacionais climáticos foram utilizados como base para a determinação da inadequação do estudo de impacto ambiental realizado; e (ii) o australiano *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*, no qual o Acordo de Paris foi utilizado como fundamento para confirmar a rejeição do projeto de exploração de carvão. Já no caso norueguês *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*, a aceitação da força interna de tratados internacionais climáticos não influenciou positivamente na análise do caso concreto. A corte norueguesa entendeu que o governo teria um alto grau de discricionariedade ao decidir quais medidas tomar para cumprir suas obrigações perante o Acordo de Paris, não acatando, portanto, o pedido autoral de reconhecimento da inadequação do licenciamento relativo aos poços de petróleo e gás com base nele.

Pode-se concluir que a mera aceitação da existência de obrigações, no âmbito doméstico, advindas de tratados internacionais climáticos, embora importante, não foi determinante para um resultado prático favorável à defesa da estabilidade climática, assim como pode não ter relação direta com o reconhecimento da inserção da

<sup>43</sup> Respectivamente: *Greze et al. v. Environmental Evaluation Service of Chile*; e *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport*.

<sup>44</sup> As ações em que o reconhecimento foi negado ou que aguardam decisão foram classificadas como “não aplicável” quanto à influência desse argumento para o desfecho do litígio.

variável climática no procedimento de licenciamento ambiental.

Considerando-se os diferentes resultados práticos decorrentes da interpretação da força interna dos tratados internacionais em matéria climática, faz-se necessário avaliar como o argumento foi considerado na fundamentação das decisões. Na próxima seção, será demonstrado como os petionários articularam esse argumento e como ele foi avaliado pelas cortes.

## 4 Principais argumentos sobre a aplicação doméstica de tratados internacionais climáticos nos casos-referência em análise

Como visto, são diferentes os perfis dos sete casos em que foi identificado o argumento da necessidade de observância a compromissos internacionais climáticos no âmbito do licenciamento e/ou na avaliação de impacto ambiental. A tese foi apresentada de forma específica para auxiliar o questionamento de cada caso, além de as cortes terem chegado a conclusões distintas e, às vezes, contrapostas, nas diferentes ações. Esta seção será dedicada a analisar (i) como cada um dos casos mobilizou os tratados internacionais climáticos na fundamentação da inserção da variável climática no âmbito do licenciamento ambiental e (ii) de que forma essa argumentação foi considerada nas decisões, quando existentes. Busca-se explorar o potencial dessa tese para tornar casos de litigância climática mais robustos, seja apontando para argumentações bem-sucedidas nos tribunais seja para aquelas que ainda enfrentam resistência.

Inicialmente, destaca-se que os três casos da África do Sul<sup>45</sup> e o do Chile<sup>46</sup> discutem a possibilidade de se

<sup>45</sup> *EARTHLIFE Africa Johannesburg v. Minister of environmental affairs and others*. 2016. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/4463/>. Acesso em: 28 jul. 2021.; *TRUSTEES for the time being of the groundwork trust v. minister of environmental affairs, kipower (pty) ltd, and others*. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/trustees-time-groundwork-trust-v-minister-environmental-affairs-others/>. Acesso em: 28 jul. 2021.; e *TRUSTEES for the time being of groundwork v. minister of environmental affairs, acwa power khanyisa thermal power station rf (pty) ltd, and others*. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/groundwork-v-minister-environmental-affairs-others/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>46</sup> *GREZE et al. v. environmental evaluation service of chile*. 2018.

extrair, diretamente dos tratados internacionais climáticos, deveres específicos para a Administração Pública nacional de avaliar impactos climáticos. Nas ações de ambos os países, os autores argumentam que, ainda que não haja uma exigência explícita na legislação nacional quanto à consideração de impactos climáticos no licenciamento ambiental, essa obrigação poderia ser extraída de contexto mais amplo, à luz dos compromissos internacionais e internos assumidos pelo governo no combate às mudanças do clima. Defende-se que, a partir da ratificação de tratados internacionais relacionados à redução de emissões de GEE, o Estado deveria considerá-los ao desenvolver atividades administrativas e legais, a exemplo da avaliação ambiental.

Especificamente no caso sul-africano *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others*, a parte autora, a Organização não Governamental (ONG) *EarthLife*, questiona o licenciamento ambiental do projeto de uma usina termelétrica a carvão (“*Thabametsi Project*”) por não terem sido levadas em consideração as mudanças climáticas na realização dos estudos de impacto ambiental. Argumenta-se que as obrigações internacionais assumidas pela África do Sul na CQNUMC, no Protocolo de Quioto e no Acordo de Paris, quanto à tomada de medidas de mitigação, deveriam ter sido consideradas na avaliação ambiental. A parte autora entende que a normativa interna sobre a implementação de ações em face das mudanças climáticas constitui um dever do Estado no sentido de integrar a questão climática nos regimes de planejamento nacionais, provinciais e locais. Em contrapartida, as partes réis afirmam que não haveria obrigação de se considerar a variável climática naquele momento, já que não haveria previsão na legislação doméstica que a determinasse expressamente, como condição para a concessão de autorização ambiental, bem como esse dever não estaria previsto nas obrigações assumidas internacionalmente pela África do Sul. Segundo a defesa, as obrigações internacionais são genericamente estruturadas e não prescrevem medidas específicas que o Estado deva implementar para reduzir emissões de GEE, cabendo ao próprio governo determinar quais medidas seriam adequadas para cumpri-las internamente.

O juízo sul-africano, nesse caso, entendeu que os tratados internacionais de mudanças climáticas são importantes para interpretação adequada da legislação nacional, em conformidade com a sua Constituição. A decisão destacou o artigo 4.1.f da CQNUMC, que impõe a obrigação a todos os Estados Partes de levar em conta as mudanças climáticas em suas políticas e ações ambientais relevantes e de empregar métodos apropriados para minimizar seus efeitos adversos. Em contraponto ao argumentado pelas réis, considerou-se que a avaliação do impacto das mudanças climáticas é necessária e relevante para garantir que o empreendimento proposto esteja de acordo com as metas apresentadas pelo país em sua NDC. Esta, por sua vez, embora não disponha sobre a possibilidade ou não de implantação de novas usinas movidas a carvão, traz a previsão da trajetória de pico, platô e declínio de emissões de GEE, além do compromisso da África do Sul de ter usinas mais limpas e eficientes do que as existentes. Com isso, a partir de análise sistêmica, a avaliação climática e as ações de mitigação foram tidas como relevantes no processo de autorização ambiental no país.

A partir da construção desse precedente, os outros dois casos sul-africanos, que ainda não possuem decisão, questionam a concessão de licenças de projetos por razões similares. Em ambos os casos, a parte autora é a ONG *Groundwork*, que impugna o processo de licenciamento ambiental das usinas termelétricas a carvão *KiPower Project* e *Khanyisa Project*, por não terem sido levadas em consideração as mudanças climáticas na realização dos respectivos estudos de impacto ambiental. São reiterados os argumentos trazidos no precedente sobre os compromissos climáticos internacionais e domésticos do Estado, que trazem obrigações a serem observadas pela Administração Pública também no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental.

Os casos sul-africanos baseiam-se na ratificação da CQNUMC e do Acordo de Paris pelo Estado. Além disso, a estratégia utilizada diz respeito à interpretação conforme a Constituição nacional, a qual prevê que, uma vez ratificado, a República estará vinculada ao acordo internacional. Evidentemente, o momento da ratificação é relevante para a incorporação das obrigações internacionais em âmbito interno. A força normativa dos tratados é consolidada quando eles são internalizados, deles advindo deveres estatais que podem ser questionados em juízo.

Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/grez-et-al-v-environmental-evaluation-service-of-chile/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

Já o caso do Chile diz respeito à impugnação, por parte de três pessoas físicas, de Resolução do órgão de avaliação ambiental chileno, que declarou ambientalmente adequada a Declaração de Impacto Ambiental de um projeto de extração de carvão, *Proyecto Tronadoras*, no âmbito do seu licenciamento. Nesse caso, argumentou-se que o Chile possui a obrigação de reduzir as emissões de GEE a partir da CQNUMC, em especial ao seu artigo 4, e do Acordo de Paris, dentre outros tratados. Com fundamento nesses instrumentos internacionais, os autores defendem a existência de obrigação de avaliar os efeitos dos projetos com relação às mudanças climáticas, aplicando-se o Princípio da Prevenção. Destacaram, portanto, que o conteúdo dos referidos instrumentos internacionais não indica apenas objetivos, mas se traduz em obrigações contraídas e que devem ser cumpridas, especialmente em razão de seu caráter vinculante, no momento do desenvolvimento de outras atividades administrativas e jurídicas, tais como a avaliação ambiental. Afirmam não ser admissível o argumento de que a avaliação climática ultrapassa o âmbito do projeto ou não é relevante. Logo, haveria uma omissão do Estado no cumprimento do dever, previsto no âmbito internacional e doméstico, de avaliar os impactos que um projeto terá no meio ambiente, nele inserida a questão climática. Em sua defesa, a parte ré afirma que o Chile está cumprindo os tratados internacionais mediante a elaboração e execução de políticas necessárias para cumprir sua NDC. Além disso, aduz que não há regulamentação expressa e específica que estabeleça obrigações em matéria de mudanças climáticas e que devam ser abordadas durante a avaliação ambiental.

A corte chilena entendeu que o estabelecido nos instrumentos internacionais mencionados são compromissos de formular políticas e medidas que considerem as mudanças climáticas e a redução de GEE, não havendo obrigações ou deveres específicos que sejam diretamente aplicáveis no âmbito do procedimento de avaliação ambiental. Segundo o tribunal, os tratados internacionais tratam da responsabilidade dos Estados, sendo que os compromissos assumidos não devem ser transferidos aos administrados. Considerou-se, portanto, que não há obrigação legal ou regulamentar de analisar os impactos climáticos no procedimento de avaliação de impacto ambiental, embora a ação tenha sido julgada procedente em razão de outros argumentos de cunho ambiental invocados pela autora.

Pode-se observar que os casos sul-africanos e chileno, embora similares na argumentação, tiveram resultados diferentes quanto à aplicação da tese relativa à necessidade de avaliação de impactos climáticos no licenciamento ambiental com base nas obrigações assumidas pelo Estado em acordos internacionais ratificados. Não há, pois, nos casos analisados, concordância sobre os deveres específicos do Estado advindos de tratados internacionais e como eles podem ser judicializados, tendo sido identificadas divergências de interpretações nos diferentes países.

Já a ação australiana<sup>47</sup> trata de questionamento judicial feito por parte de *Gloucester Resources Limited* ante a rejeição pelo Ministro do Planejamento de pedido de licença para um projeto de exploração de carvão (*“Rocky Hill Coal Project”*), que teve como um dos fundamentos os impactos climáticos do empreendimento. Na argumentação para a não concessão da licença pleiteada, os tratados internacionais sobre o clima são articulados a partir da tese de que esses impactos não seriam compatíveis com os compromissos assumidos pela Austrália no âmbito da CQNUMC, do Protocolo de Quioto e especialmente do Acordo de Paris. O indeferimento do pedido de licença sustenta-se no entendimento de que se deve interromper a exploração e a queima da maioria das reservas de combustíveis fósseis do mundo (*“phase out”*) para que a meta do Acordo de Paris possa ser cumprida. Nesse sentido, considera-se que nenhum novo empreendimento de combustíveis fósseis deve ser autorizado, incluindo o *Rocky Hill Coal Project*. Do outro lado, a empresa defende que os países têm liberdade no âmbito interno para definir como vão cortar suas emissões e que a Austrália não determinou, em seus compromissos, que não permitiria mais a exploração de minas de carvão, podendo o objetivo do Acordo de Paris e as metas da NDC australiana ser atingidos por diferentes caminhos.

A corte australiana concluiu que a aprovação do projeto realmente provocaria aumento das emissões de GEE, em desacordo com as obrigações assumidas pelos Estados de reduzir suas emissões segundo o Acordo de Paris. Reconheceu que, embora esse tratado e a NDC australiana não impeçam, expressamente, a autorização de projetos de exploração de combustíveis fósseis, se-

<sup>47</sup> GLOUCESTER resources limited v. minister for planning. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/gloucester-resources-limited-v-minister-for-planning/>. Acesso em: 28 jul. 2021.



ria evidente, pela abordagem do orçamento de carbono, que a continuidade dessas atividades impossibilitaria o alcance de seus objetivos. Embora a corte não tenha concordado com a tese de que todas as novas atividades de exploração e queima de combustíveis fósseis devam ser negadas, concluiu que a maioria desses empreendimentos não poderá ser implementada. Considerou que a melhor forma para definir quais projetos devem ser aprovados, e quais não, seria por meio da análise de cada empreendimento, avaliando suas emissões de GEE em conjunto com outros impactos socioambientais. A partir dessa lógica, concluiu que o projeto em questão não deveria ser aprovado por conta de sua baixa performance socioambiental, que, somados aos seus impactos climáticos, se sobrepõem aos benefícios que ele proporcionaria.

Como se vê, a mobilização dos tratados internacionais climáticos no caso australiano difere dos casos anteriores, destacando-se que, nessa jurisdição, já há o reconhecimento na jurisprudência da necessidade de avaliação dos impactos climáticos no âmbito do licenciamento ambiental. A discussão central no caso está relacionada a como a consideração dos impactos climáticos já avaliados, somados a outros impactos socioambientais, pode influenciar na decisão quanto à autorização, ou não, do empreendimento. Nesse contexto, o Acordo de Paris foi apresentado como um parâmetro para a avaliação da viabilidade ambiental e climática do projeto questionado.

Abordagem similar pode ser notada no caso norueguês,<sup>48</sup> que trata de questionamento judicial ao licenciamento de exploração de poços de petróleo e gás por parte do Ministério de Petróleo e Energia, incluindo no total dez licenças concedidas por meio de decreto. Segundo os autores, a expedição das licenças violou o direito ao meio ambiente saudável assegurado na Constituição do país, na medida em que as atividades licenciadas contribuiriam para futuras emissões de GEE e para a manutenção da dependência de combustíveis fósseis. Os tratados internacionais climáticos são articulados com base na tese de que essas futuras emissões não estariam de acordo com os compromissos internacionalmente assumidos pela Noruega. Refere-se especi-

ficamente à CQNUMC, ao Protocolo de Quioto e, com destaque, ao Acordo de Paris e à NDC norueguesa, que deveriam ser considerados na avaliação quanto à violação ou não do direito fundamental ao meio ambiente saudável.

Também nesse caso, busca-se avaliar o cumprimento de tratados internacionais em face da tomada de decisão sobre a concessão, ou não, de licenças pelo Estado. Porém, a avaliação se faz para a verificação do cumprimento de um dever constitucional, sendo o Acordo de Paris apresentado como um dos parâmetros para essa avaliação. De forma similar à argumentação na ação australiana, os autores sustentam que não poderiam ser licenciados novos poços de petróleo na Noruega, devendo essas atividades serem “*phased out*”.

O Estado norueguês refuta essa tese, afirmando que teria ampla discricionariedade sobre como cumprir suas obrigações perante o Acordo de Paris, as quais já estariam sendo atendidas por meio de medidas menos custosas e mais efetivas. Além disso, afirma-se que a lei que dispõe sobre o procedimento do licenciamento de petróleo no país apenas exigiria o desenvolvimento de um plano que considere impactos e oportunidades socioeconômicas e ambientais de maneira geral, e que o parlamento já teria considerado todas as alegações das partes autoras sobre a questão climática em sua decisão de conceder as licenças.

Em sua decisão, a corte norueguesa ressaltou que a norma constitucional estabelecendo o direito ao meio ambiente saudável cria direitos e deveres — que podem ser efetivados por meio do judiciário — e que o clima é parte do meio ambiente, devendo as emissões de GEE ser consideradas na apuração de eventual violação desse direito. Quanto ao uso do regime internacional, em um primeiro momento a corte afirmou que a Constituição *a priori* deve ser lida de forma independente de tratados internacionais. Porém, posteriormente, reconheceu que a cooperação internacional será crucial para resolver problemas ambientais globais e, dessa forma, ao avaliar o direito fundamental ao meio ambiente, tratados internacionais são capazes de evidenciar os limites de tolerância aceitáveis e as medidas apropriadas a serem adotadas para a sua proteção de forma mais ampla. Assim, afirmou-se que a avaliação da adequação de um ato do governo a previsões de tratados internacionais climáticos é elemento importante para a verificação da ocorrência de uma violação do direito ao meio ambiente.

<sup>48</sup> GREENPEACE nordic ass'n and nature and youth v. ministry of petroleum and energy. 2016. Disponível em: <http://climate-casechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

A corte reconheceu, também, que o cumprimento do Acordo de Paris exige um corte drástico de emissões de GEE, mas considerou que o governo tem discricionariedade para determinar quais serão suas prioridades ao cortar e/ou compensar essas emissões. Assim, o Poder Judiciário não poderia determinar quais seriam as medidas mais adequadas, pois as avaliações dos caminhos a serem priorizados seriam decisões políticas e caberiam ao governo eleito. Destacou, ainda, que o parlamento avaliou o licenciamento dos poços de petróleo e gás, seus impactos e as contribuições para as emissões globais e, ainda assim, apoiou a abertura da exploração de petróleo por maioria, não tendo a questão climática sido desconsiderada no caso. Dessa forma, concluiu não ser o caso de invalidação da decisão de licenciamento por inconstitucionalidade no processo, afirmando que as emissões decorrentes das atividades licenciadas não necessariamente estariam em desacordo com o Acordo de Paris.

O julgado pode ser considerado como um precedente positivo na medida que reconhece o cumprimento de tratados internacionais climáticos como um parâmetro para a verificação da garantia do direito fundamental ao meio ambiente saudável. Por outro lado, esse reconhecimento não foi suficiente, já que a corte entendeu que não poderia atestar o descumprimento do Acordo de Paris apenas pela aprovação de um conjunto de licenças, visto que a política climática do Estado seria mais ampla e cada país teria liberdade de determinar quais medidas adotará para realizar suas reduções. Considerou-se que a atividade de exportação de combustíveis fósseis, por parte da Noruega, não necessariamente será o problema, pois haveria espaço para o uso de combustíveis fósseis ainda que em uma sociedade de baixas emissões. O resultado desse julgamento demonstra que o simples reconhecimento de que tratados internacionais devem ser parâmetros para a análise de atos administrativos não foi suficiente para o acolhimento do pleito autoral de anulação de licenças ambientais para exploração de poços de petróleo e gás. Para haver o convencimento do juízo, seria necessária a articulação de argumentos que demonstrem, de forma concreta, como o ato administrativo estaria violando a possibilidade de cumprimento dos compromissos internacionais.

Por fim, tem-se o caso do Reino Unido,<sup>49</sup> em que organizações ambientais questionam o Plano da Secretaria

de Transporte que autorizou a expansão do aeroporto de Heathrow (*Airport National Policy Statement – ANPS*). Busca-se a declaração de sua ilegalidade devido à desconsideração do Acordo de Paris. A decisão da Suprema Corte, ao acolher o recurso interposto por partes interessadas na expansão do aeroporto, reverteu a decisão da Corte de Apelação que havia invalidado o plano.

A Corte de Apelação havia dado razão às organizações autoras *Plan B Earth* e *Friends of the Earth*, entendendo, com base em diversas manifestações do Poder Público sobre a necessidade de implementação do compromisso britânico no Acordo de Paris em políticas internas, que o tratado deveria ser considerado uma política de governo. Considerando a exigência legal de se considerar todas as políticas de governo relevantes à edição de um plano, a corte entendeu que a edição do ANPS seria ilegal por, de forma explícita, declarar a não consideração do Acordo de Paris, pautando-se apenas em metas internas. Ressaltou neste momento que, ainda que o Acordo seja um tratado internacional, ele traria um conteúdo “obviamente material” (“*so obviously material*”), que precisaria necessariamente ser considerado, não havendo margem para uma eventual discricionariedade do governo. A necessidade de consideração do tratado também foi abordada quanto à elaboração do estudo de impacto ambiental (EIA) referente ao ANPS, tendo a Corte de Apelação britânica afirmado que questões relacionadas ao Acordo de Paris deveriam ter sido avaliadas no estudo, determinando a revisão do plano, de modo a incluir a avaliação de impactos relacionados aos demais GEE (para além do CO<sub>2</sub>) e emissões após 2050.

Em razão dessa decisão, as duas empresas responsáveis pela expansão do aeroporto, *Heathrow Airport Limited* e a *Arora Holdings Limited*, recorreram à Suprema Corte do Reino Unido, argumentando que o Acordo de Paris não poderia ser considerado uma política de governo. Afirmaram que não haveria qualquer ilegalidade no ANPS, pois ele teria considerado as metas climáticas do Reino Unido expressas na Lei de Mudanças do Clima de 2008 (*Climate Change Act – CCA*). Defenderam que apenas um novo ato legislativo aprovado pelo parlamento poderia alterar as metas climáticas que vigoram internamente no país, não sendo suficiente a ratificação de tratado internacional.

2018. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/plan-b-earth-v-secretary-of-state-for-transport/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>49</sup> PLAN B earth and others v. secretary of state for transport.

A Suprema Corte britânica deu razão aos recorrentes e rechaçou o argumento de que o Acordo de Paris e, especificamente, suas metas de temperatura e de *net-zero* constituam uma política de governo. Em leitura mais restritiva desse conceito, a corte afirmou que a mera ratificação de um tratado internacional não lhe conferiria o *status* de política de governo. Consequentemente, concluiu que o Secretário de Estado para Transportes não teria incorrido em ilegalidade ao considerar apenas as metas climáticas internas dispostas no CCA.

Para chegar a tal conclusão, a Suprema Corte britânica afirmou que tratados internacionais trazem obrigações específicas apenas no plano do direito internacional, e não no âmbito interno. A decisão não negou, no entanto, que, para o cumprimento do tratado em âmbito internacional, essas metas tenham que ser consideradas domesticamente pelo governo. Porém, em razão das manifestações do governo de que estaria avaliando a melhor forma de ajustar as metas do CCA em face da determinação de *net-zero* do Acordo de Paris, entendeu que o Estado estaria levando em consideração suficientemente o tratado ao estipular suas metas internas.

Quanto à alegação da necessidade de o Acordo de Paris ser considerado dentre as normativas relevantes para a elaboração do estudo de impacto ambiental, a Suprema Corte entendeu que o seu conteúdo teria sido indiretamente considerado ao ser avaliada a legislação climática interna. A partir dessas premissas, concluiu que o plano ANPS e seu respectivo EIA seriam adequados e permitiu-se que o processo de aprovação da terceira pista do Aeroporto Internacional de *Heathrow* avançasse conforme inicialmente previsto.

Nota-se que a discussão central do caso passa pela avaliação de exigências próprias da legislação de planejamento do Reino Unido, especificamente a possibilidade de o Acordo de Paris ser qualificado como uma política de governo. Vale ressaltar que, como visto antes, diferentes tribunais do mesmo país chegaram a conclusões diferentes. Para a Corte de Apelação, o Acordo de Paris deveria ser necessariamente considerado na elaboração de planos para a autorização de empreendimentos por parte do governo, inclusive para determinar o conteúdo de estudos de impacto ambiental e previsão de impactos específicos. Por outro lado, a Suprema Corte entendeu ser suficiente a avaliação da legislação interna.

A partir da análise do conjunto de sete casos-referência, pode-se concluir que a mobilização dos tratados

internacionais climáticos se adequou a peculiaridades de cada ação e a especificidades das diferentes jurisdições, trazendo mais força ao argumento da necessidade de consideração da variável climática no processo de licenciamento ambiental e na elaboração de estudos de impacto ambiental. Destaca-se que, em jurisdições como a África do Sul e o Chile, os tratados internacionais foram articulados para embasar a obrigação de avaliação de impactos climáticos, em razão de essa obrigação ainda não ser prevista expressamente nesses ordenamentos jurídicos. Já em jurisdições em que a avaliação climática já é realizada, os tratados internacionais foram utilizados como parâmetros para a revisão de licenças ou para a manutenção do indeferimento de pedidos de licença. Nesses casos, defendeu-se a análise da adequação dos empreendimentos em questão aos compromissos internacionais climáticos, como observado nos casos da Austrália e da Noruega. Também foi possível observar casos em que os pedidos autorais buscavam a consideração do Acordo de Paris na elaboração do EIA, como no caso do Reino Unido.

## 5 Considerações finais

O presente estudo confirma que a necessidade de consideração da variável climática no procedimento de licenciamento ambiental à luz dos tratados internacionais sobre clima é argumento que tem sido mobilizado na litigância climática. Pode-se dizer que o Acordo de Paris, assinado em 2015, foi um catalisador para o aumento de ações desse tipo. Com efeito, todos os sete casos-referência foram propostos a partir de 2016 e utilizam o referido tratado como base argumentativa.

Esse movimento se dá em consonância com a exigência de que os Estados, em vista do efetivo cumprimento do Acordo de Paris (em especial seu artigo 4.2), para além da obrigação de apresentarem NDCs no âmbito internacional, adotem medidas domésticas, inclusive na condução dos procedimentos de licenciamento ambiental.

Apesar de os sete casos-referência discutirem a necessidade de avaliação climática no licenciamento ambiental, considerando os compromissos internacionais, há uma diversidade de maneiras de se mobilizar esse argumento. Nos casos sul-africanos e chileno, por exemplo, há a discussão sobre se os compromissos in-



ternacionais do Estado se expressam normativamente em deveres específicos de inserção da variável climática no procedimento de licenciamento ambiental. Já nos casos da Austrália e da Noruega, argumenta-se que os tratados climáticos seriam parâmetros para a avaliação da viabilidade do projeto. Por outro lado, o caso do Reino Unido discute a análise de metas internacionais, como a *net-zero*, como uma política de governo no seu sentido amplo, bem como o *status* jurídico dos tratados ratificados no âmbito interno e a necessidade de sua consideração para a elaboração de estudos de impacto ambiental.

O reconhecimento judicial da existência de obrigações advindas de tratados internacionais climáticos não se traduz, necessariamente, no reconhecimento da existência de obrigação de uma avaliação climática no âmbito do licenciamento, bem como em resultado prático favorável à estabilidade do clima. São necessárias articulações argumentativas que promovam o entendimento da inserção da variável climática no licenciamento como crucial para o cumprimento das metas internacionais.

As cortes podem interpretar a integração das obrigações advindas de tratados internacionais de formas bem distintas. Uma das interpretações observadas foi a consideração de que todas as atividades da Administração Pública devem incorporar as metas para limitação do aumento da temperatura global, devendo a política nacional, como um todo, buscar o cumprimento das metas de redução de emissões de GEE. Por outro lado, identificou-se que há interpretações reconhecendo, em princípio, a discricionariedade do Estado para definir sua política climática e implementar as obrigações internacionais da forma que achar mais pertinente. Entende-se que esse último posicionamento pode ser um empecilho para a proteção climática, sempre a depender do caso concreto sob análise.

Uma mesma tese poderá ser aceita em uma jurisdição e negada em outra. Divergências de entendimento podem ocorrer mesmo na mesma jurisdição, o que demonstra que essas teses ainda estão sendo testadas, não havendo consenso sobre sua aplicação. No entanto, destaca-se a força desse argumento, que busca demonstrar que, com a internalização, os tratados deixam de ser uma questão simplesmente de política entre Estados e passam a constituir uma obrigação jurídica doméstica.

A litigância climática se mostra como importante estratégia para que se exija o cumprimento de obrigações que, apesar de assumidas no âmbito internacional,

têm aplicação e força normativa em âmbito doméstico. Como se identifica nos casos analisados, essa obrigação pode ser concretizada inclusive na exigência de que as ações do Poder Público de autorização de empreendimentos potencialmente poluidores estejam alinhadas com os compromissos internacionais.

Percebe-se que há uma dupla função na litigância climática fundamentada na aplicação interna de tratados internacionais. A primeira é que esses tratados podem ser utilizados como um relevante fundamento para pleitos mais ambiciosos em relação ao Estado que, no âmbito doméstico, deixa de cumprir obrigações relativas à questão climática. Em segundo lugar, o movimento de litigância climática, por si só, e independentemente de seus resultados imediatos, coloca em pauta a discussão quanto ao dever de agir do Estado com relação a seus compromissos internacionais. Assim, podem ser incentivadas novas e mais consistentes demandas que exijam uma atuação mais efetiva do Estado frente à crise climática.

De todo modo, vê-se que a interação entre o direito internacional e o direito interno relacionada ao regime climático é questão dinâmica e em construção. Provavelmente, haverá, cada vez mais, casos sobre o tema, a merecer novas análises e aprofundamentos. Demonstrou-se, neste trabalho, o potencial emergente do licenciamento ambiental como um dos *locus* principais para implementação das obrigações climáticas internacionais no âmbito doméstico, demonstrando-se o relevante papel do Poder Judiciário para a adequação de atos administrativos internos aos compromissos internacionalmente assumidos pelos Estados.

## Referências

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019.
- CENTER FOR ENVIRONMENTAL RIGHTS. *Major climate impacts scupper another coal power plant*. 11 nov. 2020. Disponível em: <https://cer.org.za/news/major-climate>

- te-impacts-scupper-another-coal-power-plant. Acesso em: 14 jul. 2021.
- CLIMATE ACTION TRACKER. *Climate summit momentum: Paris commitments improved warming estimate to 2.4°C: warming projections global update*. Maio 2021. Disponível em: [https://climateactiontracker.org/documents/853/CAT\\_2021-05-04\\_Briefing\\_Global-Update\\_Climate-Summit-Momentum.pdf](https://climateactiontracker.org/documents/853/CAT_2021-05-04_Briefing_Global-Update_Climate-Summit-Momentum.pdf). Acesso em: 20 jul. 2021.
- EARTHLIFE Africa Johannesburg v. Minister of environmental affairs and others. 2016. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/4463/>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- GARRIDO, Carolina de Figueiredo. *Mudanças climáticas e as respostas do Direito: do âmbito internacional ao interno*. 2020. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, 2020.
- GREENPEACE nordic ass'n and nature and youth v. ministry of petroleum and energy. 2016. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- GREZ et al. v. environmental evaluation service of chile. 2018. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/grez-et-al-v-environmental-evaluation-service-of-chile/>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- GLOUCESTER resources limited v. minister for planning. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/glooucester-resources-limited-v-minister-for-planning/>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- LEAL, Guilherme J. S. Estudo de impacto ambiental e mudanças climáticas. In: SETZER, Joana; CUNHA, Kamila; FABBRI, Amalia Botter (coord.). *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 289-323.
- MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2021. *E-book*. Disponível em: <http://www.editora.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=956&sid=3>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- PLAN B earth and others v. secretary of state for transport. 2018. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/plan-b-earth-v-secretary-of-state-for-transport/>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- SDCEA & groundwork v. minister of forestry, fisheries, and the environment. 2021. Disponível em: [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/sdcea-groundwork-v-minister-of-forestry-fisheries-and-the-environment/?mc\\_cid=e15e769911&mc\\_eid=c80fc9c9dc](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/sdcea-groundwork-v-minister-of-forestry-fisheries-and-the-environment/?mc_cid=e15e769911&mc_eid=c80fc9c9dc). Acesso em: 14 jul. 2021.
- SETZER, Joana; CUNHA, Kamila; FABBRI, Amalia Botter (coord.). *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- TRUSTEES for the time being of groundwork v. minister of environmental affairs, acwa power khanyisa thermal power station rf (pty) ltd, and others. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/groundwork-v-minister-environmental-affairs-others/>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- TRUSTEES for the time being of the groundwork trust v. minister of environmental affairs, kipower (pty) ltd, and others. 2017. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/trustees-time-groundwork-trust-v-minister-environmental-affairs-others/>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Emissions gap report 2020*. Nairobi, 9 dez. 2020. Disponível em: <https://www.unep.org/emissions-gap-report-2020>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *The status of climate change litigation: a global review*. 2017. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/climate-change-litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 jan. 2021.
- WEDY, Gabriel. *Litígios climáticos de acordo com o direito brasileiro, norte-americano e alemão*. Salvador: JusPodivm, 2019.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Cambio climático y acceso a  
la información y participación  
ambiental**

**Climate change and access to  
information and environmental  
participation**

Gonzalo Aguilar Cavallo

Cristian Contreras Rojas

Jairo Enrique Lucero Pantoja

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# Cambio climático y acceso a la información y participación ambiental\*

## Climate change and access to information and environmental participation

Gonzalo Aguilar Cavallo\*\*

Cristian Contreras Rojas\*\*\*

Jairo Enrique Lucero Pantoja\*\*\*\*

### Resumen

Teniendo como base que el cambio climático es un fenómeno ambiental con repercusiones sociales, el presente artículo tiene como objetivo establecer en qué medida los derechos al acceso a la información y participación ambiental, influyen como instrumentos de control a las consecuencias del cambio climático. Para este propósito se plantea transversal y sistemáticamente la relación entre los derechos que son afectados por el cambio climático y las poblaciones que son más vulnerables, con las fuentes, alcances y contenidos de los derechos de información y participación ambiental, y su contribución a la protección de los derechos humanos ante el cambio climático. La metodología utilizada para este fin es la investigación de análisis dogmático. Finalmente se concluye que la garantía efectiva de los derechos al acceso a la información y participación ambiental es fundamental para asegurar una protección de los derechos y de los grupos vulnerables afectados con los efectos del cambio climático.

**Palabras clave:** Cambio climático; Derechos humanos; Acceso a la información ambiental; Acceso a la participación ambiental.

### Abstract

This article analysis the extent to human rights to access to information and environmental participation are key legal instruments to face climate change's consequences. To this end, the text deals with the most important human rights and vulnerable populations affected by climate change. Then, the article examines the sources and scope of the human rights to access to information and environmental participation and its contribution to the human rights of vulnerable populations in front of climate change. It concludes that the effective guarantee of human rights to access to information and environmental participation is essential in order to ensure a better protection of the human rights of vulnerable populations in front of climate change.

**Keywords:** Climate change; Human rights; Access to environmental information; Access to environmental participation.

\* Recibido em 17/08/2021  
Aprovado em 27/12/2022

\*\* Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). Correo electrónico: gaguilar@utalca.cl. Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N° 1190423: Análisis de los estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental y su concreción en el derecho interno, del que el autor es investigador principal. ORCID: 0000-0001-9728-6727.  
E-mail: gaguilar@utalca.cl

\*\*\* Abogado, Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile). Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona (España). Miembro de la Red Chilena de Investigadores en Derecho Procesal. ORCID: 0000-0002-3877-5712.  
E-mail: ccontreras@utalca.cl

\*\*\*\* Abogado de la Universidad de Nariño (Col.), Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires (Arg), Magister en Derecho Ambiental por la Universidad de Palermo (Arg) y Doctorando en Derecho por la Universidad de Talca (Ch.). ORCID: 0000-0001-7656-3641.  
E-mail: jlucero@utalca.cl

# 1 Introducción

El cambio climático es un fenómeno que afecta directamente a los seres vivos en la Tierra, y dentro de ellos, al ser humano. Desde este punto de vista, tanto los efectos del cambio climático en sí mismo como las medidas que adoptan los Estados para hacer frente al cambio climático generan o pueden generar múltiples consecuencias en el goce efectivo de los derechos humanos.

Recientes instrumentos de Derecho internacional tal como el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (más conocido como Acuerdo de Escazú)<sup>1</sup> han incorporado en la Región estándares mínimos en materia de los denominados derechos de acceso ambiental, esto es, el derecho al acceso a la información ambiental, el derecho al acceso a la participación ambiental y el derecho al acceso a la justicia ambiental. En este contexto, nos proponemos abordar la siguiente pregunta: ¿El acceso a la información y participación ambiental contribuiría a mejorar la lucha contra el cambio climático?

En tal medida, nuestra hipótesis se enmarca en que la gobernanza participativa, fortalecida con el acceso a la información completa y veraz, se ha consagrado como parte del contenido de los instrumentos jurídicos del derecho internacional ambiental, los cuales se enfocan en la garantía a incidir en las políticas públicas y desarrollos legislativos que mitiguen los efectos del cambio climático. De tal modo, el objetivo principal de esta investigación consiste en determinar si una consagración y protección conforme a los estándares mínimos internacionales de los derechos de acceso ambiental contribuirían a mejorar las medidas adoptadas por los Estados para enfrentar el cambio climático. De confirmarse la hipótesis planteada, podremos observar en las diferentes fuentes de derecho internacional ambiental como la información y participación son instrumentos clave, tanto para el fortalecimiento de la democracia participativa, como para la toma de decisiones

<sup>1</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Acuerdo de Escazú del 4 de marzo de 2018. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/4/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/4/S1800429_es.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021.

concernientes al cambio climático y los derechos que este fenómeno afecta.

La metodología utilizada en esta investigación es la propia de las ciencias jurídicas, esto es, la dogmática jurídica, acompañada de la técnica del análisis documental.

Este trabajo se estructura en dos grandes partes. La primera aborda las consecuencias y efectos del cambio climático frente los derechos de las personas, para a partir de esto vislumbrar cuales son las poblaciones más vulnerables y qué impacto diferencial tienen. A su turno, en el segundo acápite reflexionaremos sobre la interacción de los derechos al acceso a la información y participación ambiental - desde sus fuentes, alcances y contenidos- a fin de contrarrestar los efectos del cambio climático.

## 2 El cambio climático, sus consecuencias y efectos sobre los derechos de las personas

En este estudio entenderemos por cambio climático aquel fenómeno consistente en la variación del estado del clima que persiste durante largos períodos de tiempo (generalmente decenios), pudiendo deberse a diferentes factores, como “procesos internos naturales o a forzamientos externos tales como las modulaciones de los ciclos solares, erupciones volcánicas o cambios antropógenos persistentes de la composición de la atmósfera o del uso del suelo”<sup>2</sup>. No obstante la mencionada gama de posibilidades con las que puede generarse el cambio climático, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)<sup>3</sup> enfatiza en su artículo 1 en la última de dichas opciones (cambios antropógenos), siempre que esta es la única que hasta el momento, tanto podemos controlar, como también somos responsables, por lo que señala que el “cambio de clima [es un fenómeno] atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición

<sup>2</sup> INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Glosario. In: STOCKER, T. et al. *Cambio Climático 2013*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Disponible en: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/08/WGI\\_AR5\\_glossary\\_ES.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/08/WGI_AR5_glossary_ES.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>3</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Disponible en: [https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/unfccc\\_sp.pdf](https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/unfccc_sp.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.

de la atmósfera global y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”.

A continuación, examinaremos las consecuencias que se podrían derivar del cambio climático en el disfrute efectivo de derechos humanos, para luego avanzar hacia los efectos que se pueden producir sobre ciertos grupos especialmente vulnerables. Para ello se recurrirá a la información científica y a partir de ella se invocarán las normas internacionales de medio ambiente y de derechos humanos que podrían ser relevantes al momento que el Estado adopte medidas de prevención, adaptación y mitigación frente al cambio climático<sup>4</sup>.

## 2.1 Visión panorámica sobre los derechos más afectados por el cambio climático

En esta parte, pretendemos abordar la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los derechos más afectados por el cambio climático? Analizaremos cómo el cambio climático afecta el disfrute de los derechos a la vida, salud, agua, alimentación y vivienda adecuada y finalmente autodeterminación, concentrándonos en aquellos que se ven más intensamente afectados, y en esta medida analizaremos cómo el Derecho internacional de los derechos humanos ha respondido frente a dicha interrelación que, como bien lo ha expresado en el marco del Consejo de Derechos Humanos (HRC) el ex Relator Especial sobre derechos humanos y disfrute del ambiente sostenible, John Knox, “cuanto más elevada sea la temperatura media, mayores serán los efectos en los derechos a la vida, a la salud y otros derechos humanos”<sup>5</sup>.

Ahora bien, en primera medida es imprescindible señalar que el más reciente informe del Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas (IPCC) de agosto de 2021 ha señalado que la transformación climática se está desarrollando, aunque diferenciada, de forma transversal en todas las regiones del mundo, de forma rápida e intensificada, y aunque se hace evidente el reconocimiento

de la urgencia de la amenaza del cambio climático, esto ha venido -paradójicamente- “with still-rising emissions and unresolved issues of mitigation and adaptation, including aspects of sustainable development, poverty eradication and equity”<sup>6</sup>. Por tanto, la afectación de los derechos debe observarse desde un panorama general, aunque concibiéndose las acentuaciones en las vulneraciones dependiendo de la capacidad de resiliencia -económica- de cada país<sup>7</sup>.

En tal sentido, la afectación del clima trastoca proporcional y contundentemente los valores jurídicos en los que se sostiene la amplia gama de derechos reconocidos en los diversos ordenamientos jurídicos, siendo imprescindible entender la unión intrínseca entre la preservación del sistema climático, y la garantía de los derechos humanos<sup>8</sup>, ello en el marco del desarrollo sostenible.

Así las cosas, en primer lugar encontramos el derecho a la *vida* como aquel protegido por antonomasia y por ende cuya garantía es reclamada en mayor medida por los instrumentos internacionales, partiendo desde el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como en los sistemas regionales de derechos humanos, como el artículo 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Sixth Assessment Report*. Climate Change 2021: the physical science basis. Ginebra: OMM; PNUMA, 2021. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/> Acceso: 15 ago. 2021.

<sup>7</sup> HARRINGTON, Luke *et al.* Poorest countries experience earlier anthropogenic emergence of daily temperature extremes. *Environmental Research Letters*, v. 11, n. 5, p. 1-8, 2016. p. 4.

<sup>8</sup> INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Sixth Assessment Report*. Climate Change 2021: the physical science basis. Ginebra: OMM; PNUMA, 2021. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/> Acceso: 15 ago. 2021; PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2018. p. 39-42; SETZER, Joana; VANHALA, Lisa. Climate change litigation: a review of research on courts and litigants in climate government. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, v. 10, n. 3, p. 1-19, 2019. p. 10-11.

<sup>9</sup> NOGUEIRA, Humberto. *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Abeledo Perrot; Thomson Reuters, 2012. t. 1. p. 87, 89, 92; NOGUEIRA, Humberto. *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Legal Publishing; Thomson Reuters, 2014. t. 2. p. 478 RUIZ, Alfonso; ZÚÑIGA, Alejandra. Derecho a la vida y Constitución: consecuen-

<sup>4</sup> COURNIL, Christel; PERRUSO, Camila. Réflexions sur ‘l’humanisation’ des changements climatiques et la ‘climatisation’ des droits de l’homme. Émergence et pertinence. *Revue des Droits de l’homme*, Paris, v. 14, p. 1-37, 2018. p. 13-ss.

<sup>5</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. A/HRC/31/52, 1 de febrero de 2016. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/52> Acceso en: 12 ago. 2021.



Ahora bien, como es evidente, entre los riesgos que experimenta actualmente el derecho a la vida destacan los efectos producidos por el cambio climático, siempre que estos han catalizado las condiciones de hambre y desnutrición como resultado de la proliferación de tormentas, sequías, incendios, inundaciones, entre otros fenómenos naturales –pero irregulares– que afectan directamente la seguridad alimentaria de grandes poblaciones, provocando finalmente migraciones por causas específicamente ambientales<sup>10</sup>.

A partir de ello, la Organización Mundial de la Salud (OMS) considera que el 23% de las muertes al año en el mundo son atribuibles a riesgos ambientales (12.6 millones por año), mientras frente a la contaminación atmosférica, solo el 12% de la población mundial reside en lugares con aire limpio, generándose anualmente 500.000 muertes por infecciones respiratorias atribuibles al ambiente y 250.000 más cada año entre 2030 y 2050<sup>11</sup>.

Todo ello se interconecta con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de *salud física y mental*, la cual está consagrada en el artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC)<sup>12</sup> y

cias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica’. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 12, n. 1, p. 71-104, 2014. p. 77.

<sup>10</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. A/HRC/31/52, 1 de febrero de 2016. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/52> Acceso en: 12 ago. 2021; FELDMANN, Favio; BIDERMAN, Rachel. Los cambios climáticos globales y el desafío de la ciudadanía planetaria. *Acta Bioethica*, Santiago, v. 7, n. 2, p. 287-292, 2001. p. 288.

<sup>11</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Frequently asked questions on human rights and climate change*. FactSheet No. 38, 2021. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/world/frequently-asked-questions-human-rights-and-climate-change> Acceso en: 11 ago. 2021; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Climate change and health*. Ginebra: OMS, 2018. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/climate-change-and-health> Acceso en: 11 ago. 2021; PRÜSS-ÜSTÜN, Annette *et al.* *Preventing disease through healthy environments. A global assessment of the burden of disease from environmental risks*. Ginebra: OMS, 2016. Disponible en: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204585/9789241565196\\_eng.pdf;jsessionid=7B81E1FC3C006DD0D479B1BD92EED996?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204585/9789241565196_eng.pdf;jsessionid=7B81E1FC3C006DD0D479B1BD92EED996?sequence=1) Acceso: 11 de agosto. 2021.

<sup>12</sup> Esta conexión se realiza a través del derecho al mejoramiento a la higiene del trabajo y del medio ambiente (art. 12.2.b). DIAZ, Juliana. Derecho al ambiente sano en el caso Quintero y Puchuncaví: una mirada desde la infancia y adolescencia. In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Situación de los DESC en Chile 2018*. Santiago: Librotecnia & Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2020. p. 251-262. p.

aparece mencionado en cinco tratados internacionales de derechos humanos<sup>13</sup>. Ahora bien, frente a la relación *daño ambiental y efectos sobre el derecho a la salud*, Gina McCarthy, ex administradora de la Agencia de Protección Medioambiental (EPA) (2013-2017) de Estados Unidos señala que “[l]a salud de las personas será una de las más afectadas por el cambio climático”<sup>14</sup>, advirtiendo que junto con al aumento de la contaminación del aire –que provocará afectaciones respiratorias crónicas–, el cambio climático generará un gran deterioro del agua y de los alimentos, incidiendo en una mayor ocurrencia de enfermedades propagadas por mosquitos y otros vectores, y miles de muertos por eventos climáticos extremos como olas de calor o sequías, proyecciones que posteriormente fueron apoyadas por la ONU<sup>15</sup>.

En esto último, no son pocas las advertencias científicas acerca de que la pandemia de la covid-19 ha sido provocada, en suma, por la gran deforestación y el contacto estrecho de animales salvajes entre sí y con humanos en condiciones insalubres<sup>16</sup>, todo lo cual ha generado un derrame zoonótico (zoonosis) similar al que aconteció con el ébola, el virus del Nilo o el hantavirus, lo cual ha quebrantado el derecho a la salud de millones de personas en el mundo, sobre todo de las más vulnerables<sup>17</sup>.

254-255.

<sup>13</sup> *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* -CEDAW-, Art. 12 y 14.2.b; *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* -ICERD-, Art. 5.e.4; *Convención internacional sobre los Derechos del Niño* -CRC-, art. 24; *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* -CRPD-, Art. 16.4, 22.2 y 25; *Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (ICRMW), Art. 43.1.e, 45.1.c y 70. Aunado también a los artículos 7.b, 10.2 y 10.3 del PIDESC.

<sup>14</sup> U.S. GLOBAL CHANGE RESEARCH PROGRAM; ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. *The impacts of climate change on human health in the United States: a scientific assessment*. Washington: Global Change Research Program, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.7930/J0R49N> Acceso en: 13 ago. 2021.

<sup>15</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Climate change and health*. Ginebra: OMS, 2018. p. 37. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/climate-change-and-health> Acceso en: 11 ago. 2021.

<sup>16</sup> PERCEDO, María *et al.* COVID-19: necesidad del enfoque estratégico ‘Una Salud’. *Revista de Salud Animal*, La Habana, v. 42, n. 3, p. 1-16, 2020. p. 2, 11; TOLLEFSON, Jeff. Why deforestation and extinctions make pandemics more likely. *Nature*, v. 584, p. 175-176, 2020. Disponible en: <https://media.nature.com/original/magazine-assets/d41586-020-02341-1/d41586-020-02341-1.pdf> Acceso en: 13 ago. 2021; GIATTI, Leandro *et al.* La aparición del coronavirus y los desafíos socioambientales contemporáneos. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 23, n. 4, p. 1-7, 2020. p. 3.

<sup>17</sup> PERCEDO, María *et al.* COVID-19: necesidad del enfoque estra-

En el mismo sentido, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), ha señalado que el cambio climático aumentará los peligros para la salud humana, sobre todo en lo que respecta a la *inseguridad alimentaria* e hídrica, teniendo un gran acento en la población con menores recursos económicos ubicados en países tropicales y subtropicales, sintiéndose de forma más acentuada los efectos negativos en el África subsahariana, el Asia meridional y el Oriente Medio<sup>18</sup>. A todo lo anterior, debemos añadir que la mala salud y la malnutrición aumentan la vulnerabilidad sistémica (valga decir, socio-económica) y reducen la capacidad de las personas y grupos para adaptarse al cambio climático<sup>19</sup>.

Por su parte, tampoco parece haber duda que el cambio climático agudizará las tensiones existentes sobre los recursos hídricos y agravará el problema del *acceso a agua potable salubre*, del que carece actualmente una cifra estimada de más de 2000 millones de personas en todo el mundo, escasez que representa una de las principales causas de enfermedad en contextos de pobreza y desigualdad, y morbilidad -evitable- en más de dos millones de personas<sup>20</sup>.

tégico 'Una Salud'. *Revista de Salud Animal*, La Habana, v. 42, n. 3, p. 1-16, 2020. p. 9; ALFIE, Miriam. Riesgo, depredación y enfermedad: Covid-19. *Sociológica*, v. 35, n. 100, p. 15-44, 2021. p. 17, 34-38.

<sup>18</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Secretario General: Efectos a largo plazo de las tendencias actuales en las esferas económica, social y ambiental para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. E/2019/66, 3 de mayo de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/2019/66> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>19</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Frequently asked questions on human rights and climate change*. FactSheet No. 38, 2021. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/world/frequently-asked-questions-human-rights-and-climate-change> Acceso en: 11 ago. 2021; UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA. *Informe anual 2019*. San José: UICN, 2019. Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2020-010-Es.pdf> Acceso en: 11 ago. 2021; UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA. *Explaining ocean warming: causes, scale, effects and consequences*. Gland: UICN, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.2305/IUCN.CH.2016.08.en>-[https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2016-046\\_0.pdf](https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2016-046_0.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021; LEVITUS, S. *et al.* World ocean heat content and thermosteric sea level change (0–2000 m), 1955–2010. *Geophysical Research Letters*, Baltimore, v. 39, n. 10603, p. 1-5, 2012. p. 1-2. Disponible en: <https://doi.org/10.1029/2012GL051106> Acceso en: 11 ago. 2021.

<sup>20</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Frequently asked questions on human rights and climate change*. FactSheet No. 38, 2021. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/world/frequently-asked-questions-human-rights-and-climate-change> Acceso en: 11 ago. 2021; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con*

Lo relevante frente al *suministro del agua* se halla, paradójicamente, en su reconocimiento como derecho. En tal medida, tanto la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.h), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 28.2.a), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c), coinciden, como lo ha hecho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de la Observación General No. 15 que “[e]l derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (art. 1), siendo conexo a los artículos 11 y 12 del PIDESC. Esta misma línea ha sido seguida por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 64/292 del 12 de agosto de 2009) y el Informe del Relator Especial sobre derechos humanos y ambiente sostenible de enero de 2021<sup>21</sup>.

Ahora bien, la consagración como derecho a la garantía de agua potable ha sido armónicamente incorporado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el 2017 y 2020, cuando, primero, a través de su Opinión Consultiva OC-23-17 señaló que “el derecho al medio ambiente sano [...] protege [sus] componentes [...] tales como bosques, ríos, mares y otros” (§62), generándose una interrelación entre la contaminación del agua y la obstaculización al acceso a la alimentación y derecho a la salud, considerando en definitiva “[e]l acceso al agua, a la alimentación y la salud [como] obligaciones de realización progresiva” (§111), mientras que en la sentencia *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lbaka Honbat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* del 6 de febrero de 2020, la Corte IDH usando el principio *iura novit curia* (§200) precisa que el derecho al ambiente sano se encuentra incluido en el artículo 26 de la Convención (§202, §222), incluyéndose dentro de la obligación de respeto y garantía derivada del artículo 1.1 de la Convención los derechos de la alimentación adecuada y el agua (§207, §229).

Por su parte, el derecho a la *alimentación* se menciona explícitamente en el PIDESC (Art. 11.1), en la

*el agua*. A/HRC/46/28, 19 de enero de 2021. Disponible: <https://undocs.org/A/HRC/46/28> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>21</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua*. A/HRC/46/28, 19 de enero de 2021. Disponible: <https://undocs.org/A/HRC/46/28> Acceso en: 12 ago. 2021.

Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 24.2.c) y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Art. 25.f; Art. 28), e implícitamente como una disposición general a fin de consolidar un nivel de vida adecuado, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Preámbulo, §8; Art. 12.2; Art. 14.2.h) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 1.1; Art. 1.4; Art. 2.2; Art. 5.e). Es necesario hacer mención que además del derecho a una alimentación adecuada, el PIDESC consagra también “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”.

Entre los elementos del derecho a la alimentación figuran la existencia de una alimentación adecuada (v. g., la garantía de la autosubsistencia alimentaria) y accesible a todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, imponiéndosele a este el deber de velar por la ausencia de la hambruna, adoptándose para dicho propósito la adopción de las medidas necesarias para aliviar el hambre, incluso cuando esta sea causada por deterioros ambientales<sup>22</sup>.

En tal sentido, tratándose del derecho a la alimentación adecuada, las zonas más vulnerables, vale decir, aquellas con mayores índices de pobreza multidimensional, son las que soportarán en mayor grado los efectos negativos del cambio climático<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA. *Informe anual 2019*. San José: UICN, 2019. Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2020-010-Es.pdf> Acceso en: 11 ago. 2021; LANDRIGAN, Philip; FULLER, Richard; ACOSTA, Nereus. The Lancet Commission on pollution and health. *The Lancet*, London, v. 391, n. 10119, p. 462-512, 2017. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)32345-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)32345-0/fulltext) Acceso en: 11 ago. 2021; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler, Adición, misión a Bolivia. A/HRC/7/5/Add.2, 30 de enero de 2008. Disponible en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2018/03/G0810581.pdf> Acceso en: 12 ago. 2021; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler. A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/101/01/PDF/G0810101.pdf?OpenElement> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>23</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua*. A/HRC/46/28, 19 de enero de 2021. Disponible: <https://undocs.org/A/HRC/46/28> Acceso en:

Por su parte, el *derecho a una vivienda adecuada* está consagrado en varios de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular en el PIDESC como elemento del derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5.e.iii), en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14.2), en la Convención internacional sobre los Derechos del Niño (art. 27.3), en la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 43.1.d), en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 9.1.a, art. 28.1 y art. 28.2.d).

El Panel Intergubernamental del Cambio Climático de Naciones Unidas ha precisado que el cambio climático afectará al derecho a una vivienda adecuada, siendo el riesgo más preponderante aquel producto de la elevación del nivel del mar y las mareas de tormenta, las que tendrán un efecto directo en muchos asentamientos costeros, los cuales ya son observables a través de la reubicación de pueblos y comunidades en la región del Ártico y en Estados insulares de baja altitud<sup>24</sup>, ello sin contar que las áreas costeras (20% de la superficie de la Tierra) contienen más del 50% del total de la población humana (cifra que será del 75% en el año 2025)<sup>25</sup>.

Ahora bien, si a esto añadimos que el Consejo de Derechos Humanos ha sostenido que los países de menos recursos y en desarrollo son los más expuestos a los fenómenos meteorológicos extremos, incluidos los

12 ago. 2021; UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA. *Estado de conservación y distribución de la biodiversidad de agua dulce en los Andes Tropicales*. Gland: UICN, 2016. Disponible en: [https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/2016/andes\\_tropicales\\_biodiversidad\\_agua.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/2016/andes_tropicales_biodiversidad_agua.pdf) Acceso en: 13 ago. 2021.

<sup>24</sup> INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Global Warming of 1.5°C*. Ginebra: OMM; PNUMA, 2018. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/chapter-3/> Acceso en: 13 ago. 2021; INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Cambio Climático 2014*. Ginebra: OMM; PNUMA, 2014. Disponible en: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR\\_AR5\\_FINAL\\_full\\_es.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR_AR5_FINAL_full_es.pdf) Acceso: 11 ago. 2021.

<sup>25</sup> COMITÉ CIENTÍFICO COP 25. *Océano y Cambio Climático: 50 preguntas y respuestas*. Santiago: Comité Científico COP25, 2019. p. 18. Disponible en: <https://cop25.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/Abc-del-oceano-y-el-cambio-climatico.pdf> Acceso en: 13 ago. 2021.



pequeños Estados insulares<sup>26</sup>, nos permite reafirmar la estrecha problemática de los efectos más agresivos del cambio climático con los contextos que poseen mayor vulnerabilidad socio-económica, y por ende, con menor capacidad de resiliencia a estos acontecimientos.

Entre tanto, el *derecho a la libre determinación* es un principio fundamental del Derecho internacional considerado en el artículo 1.1. común del PIDESC y del PIDCP. Entre sus aspectos importantes figura el derecho de cada pueblo a no ser privado de sus propios medios de subsistencia (art. 1.2) y la obligación de un Estado parte de promover la realización del derecho a la libre determinación de las personas que viven dentro o fuera de su territorio (art. 1.3)<sup>27</sup>.

En tal sentido, de dicho constructo jurídico basado en la interdependencia de la vida en sociedad con la garantía armónica de derechos individuales devienen los *derechos al acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia ambiental*, enmarcan obligaciones estatales tanto de procedimiento como sustanciales<sup>28</sup>, todas estas como decisiones programáticas de planificación frente a la adaptación hacia las contingencias del cambio climático<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, presenta principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente*. A/HRC/37/59, 24 de enero de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/59> Acceso en: 11 ago. 2021; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Andorra, Argelia, Australia, Bangladesh, Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, ex República Yugoslava de Macedonia, Fiji, Filipinas, Maldivas, México, Pakistán, Paraguay, Perú, San Marino, Uruguay, VietNam, Zambia*: proyecto de resolución. A/HRC/38/L.5, 2 de julio de 2018. Disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d\\_res\\_dec/A\\_HRC\\_38\\_L5.pdf](http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_38_L5.pdf) Acceso en: 13 ago. 2021.

<sup>27</sup> UNIÓN INTERPARLAMENTARIA & ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos. Manual para Parlamentarios* n. 26. Ginebra: UI; ONU, 2016. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Handbook-Parliamentarians\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Handbook-Parliamentarians_SP.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021; FIGUERA, Sorily; ARIZA, Andrea. Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, v. 53, p. 65-76, 2015. p. 68.

<sup>28</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. A/HRC/31/52, 1 de febrero de 2016. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/52> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>29</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Sociedad, derechos y medio ambiente estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la información, a la participación pública y al acceso a la justicia*. Santiago: Naciones Unidas, 2016. p. 85; LUCERO, Jairo; AGUILAR, Gonzalo; CONTRERAS, Cristian.

Un avance notable en esta dirección acontece con el Acuerdo de Escazú, que logra proyectar el “círculo virtuoso”<sup>30</sup> del derecho a la información (art. 19 DUDH; art. 19.2 PIDCP), participación (art. 21 DUDH; art. 25 PIDCP) y acceso a la justicia (art. 2.3, art. 14.1 PIDCP) en el disfrute “universalizante” del derecho al ambiente sano (Acuerdo de Escazú, art. 4.1), por lo que la acción estatal debe basarse en un enfoque tanto desde la aplicabilidad de los principios especiales ambientales (Acuerdo de Escazú, art. 3), estableciendo estándares de accesibilidad a la información ambiental (Acuerdo de Escazú, art. 5.2; art. 6.2; art. 6.3), la participación en procesos de decisiones ambientales (Acuerdo de Escazú, art. 7) y acceso a las instancias judiciales y administrativas ambientales (Acuerdo de Escazú, art. 8), salvaguardando, con medidas adecuadas, aquellas personas defensoras de los derechos ambientales que se convierten en los principales receptores y catalizadores de las demandas sociales, y que recurrentemente han sido objeto en la región de la vulneración a sus derechos a la vida, integridad personal, libertad de opinión, reunión y asociación pacíficas, y a circular libremente (Acuerdo de Escazú, art. 9)<sup>31</sup>.

## 2.2 Personas y grupos vulnerables frente al cambio climático

En esta parte, abordaremos la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los grupos más afectados por el cambio cli-

Desafíos del acceso a la justicia ambiental en Chile. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 521-554, 2020. p. 547.

<sup>30</sup> En este sentido, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, recordando la Resolución 19/10 de 22 de marzo de 2012 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, precisa: “el Relator Especial ha destacado el círculo virtuoso entre derechos humanos, medio ambiente y derechos de acceso, y ha señalado que el ejercicio pleno de los derechos procedimentales de acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y la mediación efectiva produce políticas ambientales más transparentes y mejor informadas, lo que contribuye a un medio ambiente más sano que, a su vez, permite a las personas disfrutar de derechos humanos sustantivos como la vida, la alimentación y la salud” COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Santiago: Naciones Unidas, 2018. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/4/S1701021\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/4/S1701021_es.pdf) Acceso: 12 ago. 2021.

<sup>31</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Acuerdo de Escazú del 4 de marzo de 2018. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/4/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/4/S1800429_es.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021.

mático? Los efectos más perjudiciales del cambio climático tendrán un mayor impacto en los segmentos de la población que ya se encuentran en situaciones de vulnerabilidad debido a factores como la pobreza, el género, la edad, la condición de minoría y la discapacidad<sup>32</sup>. En virtud de la normativa internacional de derechos humanos, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación<sup>33</sup>. Podemos en este sentido observar cuatro grupos sociales que presentan gran vulnerabilidad frente al cambio climático: (i) las niñas, niños y adolescentes -NNA-, (ii) las mujeres, (iii) los pueblos indígenas y (iv) las personas en condición de desplazamiento ambiental.

En efecto, la infancia encarna una de las etapas de la vida en que el ser humano se muestra enormemente vulnerable a diferentes tipos de situaciones, siendo una de ellas el cambio climático, el cual exacerba los riesgos que existen para la salud y socava las estructuras de apoyo que protegen a los NNA de posibles daños<sup>34</sup>.

En tal sentido, la carga de salud del cambio climático afectará principalmente a los NNA de los países en vías

de desarrollo<sup>35</sup>, en especial las niñas<sup>36</sup>, siendo reflejo de ello que en la actualidad dentro de las principales causas de malnutrición, mortalidad y morbilidad infantil, son atribuibles a los fenómenos meteorológicos extremos y el aumento de la tensión sobre los recursos hídricos<sup>37</sup>.

En igual medida, las mujeres están especialmente expuestas a los riesgos relacionados con el cambio climático debido a la discriminación de género, las desigualdades y los roles de género que constituyen una presión social-económica-política negativa a este grupo específico. Está demostrado que las mujeres, especialmente aquellas de tercera edad y las niñas se ven más afectadas y corren un mayor peligro durante todas las fases de los desastres relacionados con los fenómenos meteorológicos, ello por cuanto son permanentemente omitidas en la preparación frente a los riesgos de deterioro ambiental, y por tanto en la respuesta diferencial por parte de las instituciones públicas y privadas ante las necesidades especiales de este grupo poblacional, racionalización de los efectos sociales y económicos que permiten brindar una solución eficaz en la recuperación y reconstrucción de su vida laboral, familiar y rol social<sup>38</sup>.

Por su parte, el cambio climático, junto con la contaminación y la degradación del medio ambiente, constituye una grave amenaza para los pueblos indígenas que a menudo viven en tierras marginales y ecosistemas

<sup>32</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Frequently asked questions on human rights and climate change*. FactSheet No. 38, 2021. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/world/frequently-asked-questions-human-rights-and-climate-change> Acceso en: 11 ago. 2021; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua*. A/HRC/46/28, 19 de enero de 2021. Disponible: <https://undocs.org/A/HRC/46/28> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>33</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional*. A/RES/67/1 de 30 de noviembre de 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/67/1> Acceso en: 12 ago. 2021; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Secretario General: Efectos a largo plazo de las tendencias actuales en las esferas económica, social y ambiental para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. E/2019/66, 3 de mayo de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/2019/66> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>34</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, acerca de la relación entre los derechos del niño y la protección del medio ambiente*. A/HRC/37/58, 24 de enero de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/58> Acceso en: 13 ago. 2021; LANDRIGAN, Philip; FULLER, Richard; ACOSTA, Nereus. The Lancet Commission on pollution and health. *The Lancet*, London, v. 391, n. 10119, p. 462-512, 2017. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)32345-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)32345-0/fulltext) Acceso en: 11 ago. 2021.

<sup>35</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Proyecto de resolución 32. Los derechos humanos y el cambio climático*. A/HRC/32/L.34, 28 de junio de 2016. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G16/135/14/PDF/G1613514.pdf?OpenElement> Acceso en: 12 ago. 2021; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, acerca de la relación entre los derechos del niño y la protección del medio ambiente*. A/HRC/37/58, 24 de enero de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/58> Acceso en: 13 ago. 2021.

<sup>36</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua*. A/HRC/46/28, 19 de enero de 2021. Disponible: <https://undocs.org/A/HRC/46/28> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>37</sup> INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Global Warming of 1.5°C*. Ginebra: OMM; PNUMA, 2018. p. 239-241. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/chapter-3/> Acceso en: 13 ago. 2021; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua*. A/HRC/46/28, 19 de enero de 2021. Disponible: <https://undocs.org/A/HRC/46/28> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>38</sup> GUMUCIO, Tatiana; TAFUR, Mariana. Influencing gender-inclusive climate change policies in Latin America. *Journal of Gender, Agriculture and Food Security*, Nairobi, v. 1, n. 2, p. 42-61, 2015.

frágiles que son particularmente sensibles a las alteraciones en el medio ambiente físico<sup>39</sup>. Así, es trascendente identificar el alto grado de interconexión cultural existente entre las comunidades indígenas y el ambiente que los rodea, siendo esta unión parte fundamental de su cosmovisión ancestral<sup>40</sup>, por lo que la alteración de cualquiera de estos valores ambientales genera un quebrantamiento social difícilmente reparable en la comunidad<sup>41</sup>.

Como una respuesta mediata, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del año 2007 (A/RES/61/295), establece varios derechos y principios pertinentes frente a las amenazas que plantea el cambio climático en dichas comunidades (arts. 8, 19, 29), tal como lo hace el Convenio No 169 (1989) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en cuanto a la implementación de medidas tendientes a salvaguardar el ambiente de dichas colectividades<sup>42</sup>, abordado posteriormente por el Capítulo 26.1

<sup>39</sup> LANDRIGAN, Philip; FULLER, Richard; ACOSTA, Nereus. The Lancet Commission on pollution and health. *The Lancet*, London, v. 391, n. 10119, p. 462-512, 2017. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)32345-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)32345-0/fulltext) Acceso en: 11 ago. 2021.

<sup>40</sup> Esta unión es destacada también en sentencias internacionales como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, §78; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, § 264; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia 17 de junio de 2005, § 162, 163. En igual medida, tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (frente la violación de los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos), como el Comité del Pacto internacional DESC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías, se han referido al derecho a la identidad cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios.

<sup>41</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Frequently asked questions on human rights and climate change*. FactSheet No. 38, 2021. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/world/frequently-asked-questions-human-rights-and-climate-change> Acceso en: 11 ago. 2021; NAVA, Cesar. De los derechos indígenas ambientales o de por que existen preceptos constitucionales virtuales. In: CARMONA, T. J.; HORIFO-JACO, J. (coords.). *Derechos humanos y medio ambiente*. México D.C.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010. p. 101-122. p. 101; DELLUTRI, Rodrigo. El derecho humano al medio ambiente: el caso de los pueblos autóctonos. *American University International Law Review*, Washington, v. 24, n. 1, p. 73-101, 2008. p. 74.

<sup>42</sup> VALENCIA, Ana. *Los derechos ambientales y territoriales de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2012. Tesis (Máster Oficial en Derecho Ambiental) – Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2012. Disponible en: [https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1828/0316\\_Valencia.pdf;jsessionid=9A64AF64688D3C7105FFDDCA571E0C98](https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1828/0316_Valencia.pdf;jsessionid=9A64AF64688D3C7105FFDDCA571E0C98)

del Programa 21 producto de la Cumbre de la Tierra de Rio 92.

Finalmente en este punto, es importante rescatar el informe de la OIT intitulado “Los pueblos indígenas y el cambio climático”, el cual precisa como los factores de pobreza y desigualdad vividos por las comunidades indígenas<sup>43</sup>, aunado a su ubicación territorial, son condiciones de exposición (denominadas por el informe “una combinación única de amenazas”) que incrementan las consecuencias más gravosas del cambio climático<sup>44</sup>.

Por otro lado, desde el Primer Informe de Evaluación en 1990 el IPCC ha estimado que el mayor efecto del cambio climático podría reflejarse en las migraciones humanas. En dicho informe se calculaba que para 2050, ciento cincuenta millones de personas podrían haberse visto desplazadas por fenómenos relacionados con el cambio climático como la desertificación, la creciente escasez de agua y las inundaciones y tormentas, siendo estos resultados apoyados por otras instituciones posteriormente<sup>45</sup> y reiterados por el mismo IPCC<sup>46</sup>.

En tal medida, es necesario considerar el desplazamiento ambiental como uno de los mayores desafíos humanitarios que enfrentan los Estados y la comunidad internacional en el siglo XXI, toda vez que hasta 2015 se generó anualmente un promedio de 26,4 millones de personas desplazadas por peligros relacionados con el

?sequence=1 Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>43</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los pueblos indígenas y el cambio climático: de víctimas a agentes del cambio por medio del trabajo decente*. Ginebra: OIT, 2018. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_632113.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_632113.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021.

<sup>44</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los pueblos indígenas y el cambio climático: de víctimas a agentes del cambio por medio del trabajo decente*. Ginebra: OIT, 2018. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_632113.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_632113.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021; HALLEGATTE, S. et al. *Shockwaves: managing the impacts of climate change on poverty*. Washington: International Bank for Reconstruction and Development; The World Bank, 2016. p. 64-65. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22787/9781464806735.pdf?sequence=13&isAllowed=y> Acceso en: 13 ago. 2021.

<sup>45</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Secretario General: Efectos a largo plazo de las tendencias actuales en las esferas económica, social y ambiental para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. E/2019/66, 3 de mayo de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/2019/66> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>46</sup> INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Sixth Assessment Report*. Climate Change 2021: the physical science basis. Ginebra: OMM; PNUMA, 2021. p. 84. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/> Acceso en: 15 ago. 2021.



clima<sup>47</sup>, y para 2019 el 75% de los nuevos desplazamientos en el planeta fue a causa de desastres ambientales (24,9 millones)<sup>48</sup>.

### 3 El aporte de la información y participación ambiental para hacer frente a las consecuencias del cambio climático

En esta parte nos proponemos abordar la pregunta relativa a cuál es el aporte que puede significar el reconocimiento de los denominados derechos de acceso ambiental para la protección de los derechos afectados y de los grupos vulnerables involucrados con las consecuencias derivadas del cambio climático. Ya sabemos que el cambio climático despliega efectos en dos sentidos. Por un lado, el fenómeno natural en sí mismo considerado afecta los derechos de las personas, especialmente de aquellos que pertenecen a grupos vulnerables. Por otro, las medidas adoptadas por los Estados para hacer frente al cambio climático también pueden producir efectos negativos en el goce pleno de los derechos humanos, con un impacto mayor en ciertos colectivos. En este apartado, primero analizamos el derecho al acceso a la información y luego examinamos el derecho al acceso a la participación ambiental.

#### 3.1 El derecho al acceso a la información ambiental

El Convenio de Aarhus de 1998 define en su artículo 2.3. a), b), c), la información ambiental como “toda

información, disponible en forma escrita, visual, oral o electrónica o en cualquier otro soporte material”, y que se refieran al estado de los elementos del medio ambiente; a los factores tales como las sustancias, la energía, el ruido y las radiaciones; o bien, al

Estado de la salud, la seguridad y las condiciones de vida de los seres humanos, así como el estado de los emplazamientos culturales y de las construcciones en la medida en que sean o puedan ser alterados por el estado de los elementos del medio ambiente.

Mientras que en un sentido ligeramente más restringido, el Acuerdo de Escazú de 2018 señala en su artículo 2. c) que:

Por “información ambiental” se entiende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales.

¿Quién puede acceder a ella? En términos generales, puede acceder a la información ambiental el público, con especial énfasis y protección de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

¿El acceso a la información ambiental puede contribuir a mejorar la lucha contra el cambio climático? En principio, podríamos decir que el acceso a la información ambiental resulta transcendental para permitir que la población afectada o potencialmente afectada por el cambio climático pueda discernir, evaluar el riesgo y proceder a tomar decisiones, así como determinar su comportamiento futuro<sup>49</sup>.

El acceso a la información ambiental en relación con el cambio climático, así como con las medidas de mitigación y adaptación que adopta el Estado para hacer frente al cambio climático tiene una doble dimensión, individual y social. La *dimensión individual* corresponde al derecho que tiene cada individuo o grupo para autodeeterminarse ante las consecuencias del cambio climático.

<sup>47</sup> NANSEN INITIATIVE. *Global Consultation*. 2015. Disponible en: <https://www.nanseninitiative.org/global-consultations/> Acceso en: 11 ago. 2021.

<sup>48</sup> FELIPE, Beatriz. *El papel del sector privado europeo ante las migraciones climáticas: una propuesta de debida diligencia*. Zaragoza: ECODES, 2020. Disponible en: [https://migracionesclimaticas.org/wp-content/uploads/2020/11/Informe\\_El\\_Papel\\_del\\_Sector\\_Privado\\_Europeo\\_ante\\_las\\_Migraciones\\_Climaticas-ECODES\\_2020.pdf](https://migracionesclimaticas.org/wp-content/uploads/2020/11/Informe_El_Papel_del_Sector_Privado_Europeo_ante_las_Migraciones_Climaticas-ECODES_2020.pdf) Acceso en: 12 de agosto. 2021; CENTRO PARA EL MONITOREO DE LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS. *Global report on internal displacement*. Ginebra: NRC-IDMC, 2020. Disponible en: <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2020/> Acceso: 11 ago. 2021. Para mayor profundización, enfocándose en América Latina. SERRAGLIO, Andreola; SIVINI, Helene. As abordagens dos países da América Latina e Caribe sobre a mobilidade humana provocada pelas mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 89-114, 2019.

<sup>49</sup> Esto no solo en el ámbito del cambio climático, sino en todo el derecho y política ambiental. En esta medida, el acceso a la información ambiental y posterior participación de la sociedad civil son “forças facilitadoras pluridimensionais [...] indispensável não apenas à legitimação democrática, mas também para controle e efetividade das execuções de políticas públicas é nota de encontro de teses liberais e republicanistas”. LEITE, José; Souza, Beatriz. As complicadas inter-relações entre os sistemas internos e internacionais de proteção do direito ao meio ambiente sadio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 785-803, 2015. p. 795-796.

De este modo, el acceso a la información ambiental permitiría a la población evaluar los riesgos y en definitiva tomar medidas o adoptar decisiones tendientes a resguardar sus derechos. La *dimensión social* corresponde al derecho que tiene la comunidad en general a saber las condiciones medioambientales en las que se desenvuelve, y a conocer la información ambiental en poder del Estado o de particulares que sea relevante para hacer frente al cambio climático y, con igual intensidad, a conocer toda la información en poder del Estado relativa a las medidas de mitigación y de adaptación.

### 3.1.1 Fuentes del acceso a la información ambiental

Como es bien sabido, el derecho al acceso a la información ambiental se encuentra bien reconocido en instrumentos de *soft law* como de *hard law*.

Desde la perspectiva del *soft law*, se pueden enunciar los siguientes instrumentos: a) La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo (1972): Declaración de Estocolmo; b) la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Nairobi (1982): Declaración de Nairobi; c) La Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Brundtland), cuyo Informe Nuestro Futuro Común (1987), consagra el concepto de desarrollo sostenible; d) La Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, Rio de Janeiro (1992): Declaración de Rio de Janeiro; e) La Conferencia Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible, Johannesburgo (2002): Declaración de Johannesburgo; f) La Conferencia de Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible Río + 20 (2012): Declaración de Río + 20. En Río + 20 se fraguó la iniciativa, a través de la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 2012, que se consolidaría con la Decisión de Santiago de 2014 y que daría inicio a las negociaciones que culminaron con el denominado Acuerdo de Escazú.

Por el lado, de los instrumentos del *hard law*, cabe mencionar a) La Convención de Espoo sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo (1994); b) El Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (1998); c) El Acuerdo de Escazú sobre el acceso a la información, la participación pública, y el

acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

La relación entre los derechos de acceso ambiental y el cambio climático es tan directa, que el conocido Acuerdo de París de 2015, indica en su preámbulo lo siguiente: “Afirmando la importancia de la educación, la formación, la sensibilización y participación del público, el acceso público a la información y la cooperación a todos los niveles en los asuntos de que trata el presente Acuerdo”. Y luego, confirma esta declaración de principio, que a su vez es guía y orientación al intérprete, en el artículo 12, el cual reza como sigue:

Las Partes deberán cooperar en la adopción de las medidas que correspondan para mejorar la educación, la formación, la sensibilización y participación del público y el acceso público a la información sobre el cambio climático, teniendo presente la importancia de estas medidas para mejorar la acción en el marco del presente Acuerdo.

Pero las contribuciones para el reconocimiento de los derechos de acceso, en particular del acceso a la información ambiental, como un instrumento relevante en la lucha contra la degradación ambiental, también han provenido de la jurisprudencia internacional, tales como los siguientes casos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ): a) El caso Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia, 1997); b) El caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (CIJ: Argentina vs Uruguay, 2010); c) Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia, 2013): es un caso que fue discontinuado, pero que planteaba interesantes cuestiones ambientales y climáticas; d) El caso de la construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del Río San Juan (CIJ: Nicaragua vs Costa Rica, 2015).

Con todo, sin duda, los aportes más destacados, en materia de derechos de acceso y cambio climático, han provenido, en los últimos años, de la jurisprudencia nacional de los Estados. En esta materia, cabe mencionar los siguientes desarrollos: i) Países Bajos: Corte Suprema Holandesa, Caso Urgenda (2019): Acceso a la justicia, participación y cambio climático. Son ONGs que ponen en movimiento el aparato judicial; ii) Irlanda: Tribunal Supremo de Irlanda (2020): mediante el acceso a la participación ambiental y el acceso a la justicia ambiental, los jueces indican que el plan nacional del gobierno de mitigación del cambio climático se encuentra muy por debajo de lo exigido por la Ley de Acción Climática y de Desarrollo Bajo en Carbono de 2015; iii) Francia: Tribunal Administrativo de París, Caso *Notre*

*affaire à nous* (3 febrero 2021): Acceso a la justicia, participación y cambio climático. Son ONG que ponen en movimiento el aparato judicial; iv) Alemania: Tribunal Constitucional Federal alemán, en un control de constitucionalidad de la legislación alemana relativa a las medidas que debe adoptar el Estado para alcanzar las metas de reducción de los gases efecto invernadero al 2030 fijadas en el Acuerdo de París, y así dar cumplimiento al deber que emana de la Ley Fundamental de proporcionar protección a los derechos y libertades de sus ciudadanos, decreta que las medidas son positivas pero insuficientes, sobre todo, pensando el período posterior al 2030, donde sin duda, lo Estado deben continuar en la línea de seguir reduciendo los gases de efecto invernadero para combatir el cambio climático.

La evolución de los derechos de acceso ambiental y su contribución a la lucha contra el cambio climático también ha recibido importantes aportes desde el derecho internacional de los derechos humanos. Sólo para mencionar un par de instrumentos de *soft law*, hay que considerar a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948, pero también instrumentos más recientes e igualmente relevantes, a saber, los Principios Marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente<sup>50</sup>, marcos jurídicos que lejos de estar desprovistos de fuerza jurídica, tienen “un papel interpretativo importante na construção e interpretação dos princípios e normas do direito internacional ambiental formal”<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, presenta principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente*. A/HRC/37/59, 24 de enero de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/59> Acceso en: 11 ago. 2021.

<sup>51</sup> ROCHA, Leonardo; LEISTER, Margareth. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015. p. 771-772. No obstante, señalan los autores que en el derecho internacional contemporáneo, tanto los instrumentos de naturaleza *soft law* consiguen consolidar costumbre internacional, haciéndolas vinculantes, como también se observan por los Estados y las sociedades que los conforman, como *narrativas de valores ambientales* que “reorienta[m] os comportamentos individuais e coletivos [...] fazendo com que a sociedade civil se organize para defender a proteção ambiental; e permitindo que as comunidades participem da gestão dos bens naturais”. A esto último lo llaman “pós-modernidade e soft law”. Frente al diálogo de fuentes y la porosidad del derecho internacional: LUCERO, Jairo. El juez multinivel y la transversalidad de garantías. Un acercamiento a los escenarios fácticos en América y Europa. *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 20, n. 41, p. 71-99, 2021. p. 90-92.

Desde el punto de vista de los instrumentos de *hard law*, existen diversos instrumentos internacionales vinculantes, sobre todo regionales, que directa o indirectamente, han contribuido a afirmar los denominados derechos de acceso ambiental, y, por correlación, la lucha contra el cambio climático. Así, se pueden mencionar: a) La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981): sus artículos 22 y 24 reconocen el derecho colectivo a un entorno satisfactorio favorable a su desarrollo; b) El Protocolo adicional a la CADH en materia de DESCA (San Salvador, 1998): su artículo 11 reconoce el derecho a un medio ambiente sano; c) La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015): su artículo 25 reconoce el derecho a un medio ambiente sano. En virtud del principio de indivisibilidad los derechos de acceso ambiental son interrelacionados e interdependientes con el derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible.

Con todo, donde mayormente es posible apreciar la interacción entre medio ambiente, acceso a la información, participación y justicia ambiental, y cambio climático, es en la evolución que ha experimentado la jurisprudencia internacional de derechos humanos, especialmente, aquella del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la de la Corte IDH.

En cuanto a la primera, hay una gran cantidad de precedentes que se pueden indicar, pero nosotros nos concentraremos en los siguientes, más pertinentes, para ilustrar la relación antes mencionada:

a) El caso *López Ostra vs España* (1994): relacionado con la contaminación atmosférica y sonora ambiental realizado por una planta industrial.

b) El caso *Guerra y otros vs Italia* (1998): no se proporciona a la población local la completa información acerca de los riesgos procedentes del funcionamiento de una industria química, y no se les instruye acerca de cómo proceder en caso de accidente.

c) En el caso *Oneryildiz vs Turquía* (2004): sobre actividades industriales peligrosas con riesgo para el derecho a la vida de las personas (art. 2 de la CEDH).

d) El caso *Budayeva y otros vs Rusia* (2008): la autoridad no proporciona información sobre los riesgos y las medidas a adoptar para hacer frente a un desastre natural, en la especie, un alud de montaña, con riesgo para la vida de las personas.



e) El caso *Duarte Agostinho y otros vs Portugal y otros 32 estados* (presentada 13 noviembre de 2020): un grupo de jóvenes portugueses piden al TEDH que se pronuncie por la inacción cometida por los Estados miembros para combatir el cambio climático o bien para enfrentarlo de manera suficiente. Este último caso es sumamente relevante porque se encuentra emparentado con las diversas acciones judiciales que se han planteado ante tribunales internos en Europa, tales como el caso Urgenda. En esta línea, el TEDH podría perfectamente inspirarse, llevando a cabo un diálogo judicial multinivel efectivo, de estos casos nacionales, y resolver, auxiliándose de los argumentos allí contenidos, de manera similar a estos tribunales nacionales<sup>52</sup>.

Asimismo, la evolución pretoriana en torno a los derechos de acceso ambiental y su vinculación con la mayor efectividad en el combate contra el cambio climático, también se ha podido apreciar en la Corte IDH. En este caso, los jueces interamericanos han desarrollado tanto su jurisprudencia contenciosa como su jurisprudencia consultiva. En primer lugar, en cuanto a la jurisprudencia contenciosa, únicamente a título ejemplar, se pueden mencionar, los siguientes casos:

a) Caso *Comunidad Indígena Sawboyamaxa* (2006): los jueces afirman que es necesario salvaguardar a la comunidad un entorno para el desarrollo de su vida digna, su salud y el acceso a la alimentación.

b) Caso *Comunidad Indígena Xákemok Kásek* (2010): en este caso la Corte IDH desarrolla un interesante test de balance entre la protección de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas *vis-à-vis* la declaración de reservas naturales privadas. No se puede utilizar como subterfugio la declaración de reservas naturales para afectar seriamente el derecho de los pueblos indígenas a su propiedad colectiva.

c) Caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat*<sup>53</sup>: este es un caso sumamente interesante ya que es la primera vez que la Corte IDH efectúa un pronunciamiento de conjunto respecto de la salvaguar-

da de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, destacando su recurso al principio de indivisibilidad y *pro homine* para este efecto.

En cuanto a la jurisprudencia consultiva, este quizás pueda emerger como uno de los aportes más trascendentales que la Corte IDH ha realizado al desarrollo del *ius constitutionales commune* en materia de derechos ambientales. En efecto, en su Opinión Consultiva 23/17, noviembre de 2017, la Corte no sólo reconoce en su jurisprudencia que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho autónomo, sino que además, reconoce los derechos de acceso ambiental y sus características particulares, y los vincula con el cambio climático<sup>54</sup>.

### 3.1.2 Alcance y contenido del derecho y el cambio climático

Un análisis sistemático de los estándares internacionales mínimos que derivan de estas fuentes del derecho al acceso a la información ambiental, y que configuran su alcance y contenido, y, en especial del Acuerdo de Escazú, podrían agruparse en estándares transversales y estándares específicos respecto del derecho al acceso a la información ambiental. Se puede sostener que algunos de los principales estándares mínimos internacionales, que son transversales a los tres derechos de acceso ambiental, son: a) El principio de buena fe; b) El principio *pro homine* (artículo 4.7. Acuerdo de Escazú) o más particularmente, *pro natura* (artículo 4.8. Acuerdo de Escazú); c) La protección de los defensores de los derechos humanos ambientales que emergen como pilares para la realización del acceso a la información ambiental (artículo 9 Acuerdo de Escazú).

En cuanto a los estándares mínimos específicos al acceso a la información ambiental, sobre todo, atendiendo al Acuerdo de Escazú, se pueden señalar los siguientes:

- a) Principio de máxima publicidad.
- b) Principio de máxima apertura.

<sup>52</sup> KARLSSON, Therese. Climate change litigation and the European Court of Human Rights: a strategic next step? *Journal of World Energy Law and Business*, Oxford, v. 13, n. 4, p. 331-342, 2020. p. 340.

<sup>53</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_400\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>54</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17*, de 15 de noviembre de 2017. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf) Acceso: 12 de agosto. 2021; LUCAS, Andrea; GARCÍA, Tiare. Lineamientos para la vinculación entre cambio climático y derechos humanos en los Estados del Sistema Interamericano a la luz de la Opinión Consultiva 23/17. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, v. 16, n. 2, p. 161-175, 2020. p. 164.

- c) Principio de acceso a la información desde las etapas más tempranas y a lo largo de todo el proceso.
- d) Información completa, fidedigna, veraz.
- e) Información oportuna.
- f) Máxima facilidad para el acceso, también económica.
- g) Culturalmente pertinente.

El acceso a la información ambiental es fundamental en el contexto no sólo de una sociedad de la información sino también en el marco de una democracia del conocimiento<sup>55</sup>. Y, esto es particularmente relevante, si se toma en consideración que la información íntegra, veraz y oportuna es fundamental en la prevención de los riesgos ambientales, o, por ejemplo, vinculados al cambio climático. En este sentido, democracia ambiental, o más ampliamente, ecológica, y democracia del conocimiento van de la mano<sup>56</sup>.

¿Cómo contribuiría el derecho al acceso a la información ambiental a mejorar la protección de los derechos de las personas ante el cambio climático? Tener acceso a la información pertinente, permitiría a las personas:

- a) Evaluar los riesgos que el cambio climático involucra y actuar en consecuencia.
- b) Adoptar cambios en sus formas de vida adaptándose a los desafíos que impone el cambio climático o incluso con el fin de colaborar a combatir el cambio climático.
- c) Participar de los procesos de toma de decisiones relativas a las medidas que pueda adoptar el Estado para hacer frente al cambio climático. De esta manera, el público podría relevar oportunamente situaciones en que estas medidas, eventualmente, pudieran afectar los derechos humanos de la población.

Con todo, como bien señalan Cruz y Bodnar, el derecho a la información ambiental se conjuga con el acceso a la justicia, pues esta “se caracteriza como forma de ejercicio substancial de democracia a medida que posibilita inclusive o controle jurisdiccional do exercício

do poder e principalmente das suas omissões contrárias à ordem público-jurídica”<sup>57</sup>.

### 3.2 El derecho al acceso a la participación ambiental

El derecho al acceso a la participación ambiental es crucial en el contexto de una democracia participativa, ello derivado, entre otras, a que permite desde una perspectiva comunitaria lograr una “mejor identificación de las necesidades de adaptación en cada contexto y reducir las posibilidades de una mala adaptación”<sup>58</sup>. En tal forma es necesario preguntarnos: ¿El acceso a la participación ambiental puede contribuir a mejorar la lucha contra el cambio climático?

Para empezar, debemos partir señalando que el Convenio de Aarhus, de 1998, consagra en el artículo 5 la participación del público en las decisiones ambientales. De acuerdo con el artículo 2.4. “por «público» se entiende una o varias personas físicas o jurídicas y, con arreglo a la legislación o la costumbre del país, las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas.” Mientras que por público interesado

Se entiende el público que resulta o puede resultar afectado por las decisiones adoptadas en materia medioambiental o que tiene un interés que invocar en la toma de decisiones. A los efectos de la presente definición, se considerará que tienen tal interés las organizaciones no gubernamentales que trabajan en favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno.

Por su parte, el Acuerdo de Escazú de 2018, señala en su artículo 2. d) que por “público se entiende una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional del Estado Parte”. Pero, además, este Acuerdo innova, incorporando la relevante participación de los grupos vulnerables en los procesos de toma de decisiones ambientales. En efecto, el artículo 2.e) indica que:

Por “personas o grupos en situación de vulnerabilidad” se entiende aquellas personas o grupos que

<sup>57</sup> CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 111-132, 2011. p. 116.

<sup>58</sup> MAGRIN, Graciela. *Adaptación al cambio climático en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2015. Disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/39842/S1501318\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/39842/S1501318_es.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021. p. 24.

<sup>55</sup> INNERARITY, Daniel. *La democracia del conocimiento: por una sociedad inteligente*. Barcelona: Paidós, 2011.

<sup>56</sup> GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales*. Santiago: Quimantú, 2019. p. 161.

encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el presente Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada Parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales.

En tal medida, el acceso a la participación ambiental es importante para combatir el cambio climático porque este es un fenómeno que, en sí mismo, afecta derechos humanos, entre ellos, el derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, pero, también, otros derechos fuertemente relacionados, tales como el derecho al agua potable, el derecho al saneamiento, el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda, etc.<sup>59</sup>. De hecho, el incremento en la frecuencia de episodios tales como inundaciones, sequías, tormentas, incendios, etc. generadas o relacionadas con el cambio climático hace que los derechos humanos se vean puestos en peligro<sup>60</sup>, entre estos -como se acaba de mencionar- el derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, tanto por las generaciones actuales como por las generaciones futuras, como asimismo, otros derechos, tales como el acceso al agua potable, la alimentación adecuada y la vivienda digna<sup>61</sup>.

Para prevenir las amenazas a estos derechos, mitigarlas o adaptarse a ellas, el derecho a la participación ambiental se revela crucial<sup>62</sup>, siendo un “pilar do direito ambiental global”<sup>63</sup>. Sobre todo desde el momento en que entendemos que el cambio climático es un fenómeno típicamente del antropoceno<sup>64</sup>. Esto quiere decir

que este cambio es generado por la acción del hombre<sup>65</sup>. Es justamente esta acción humana aquella que puede ser controlada para evitar que continúe o profundice el cambio climático a través de un acceso amplio a la información ambiental en sentido lato y un extenso e irrestricto acceso a la participación ambiental.

El fracaso de los Estado en tomar medidas efectivas contra el cambio climático podría probablemente implicar una vulneración del derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible<sup>66</sup> y, en esta línea, varios tribunales lo han reconocido<sup>67</sup>.

El cambio climático es un problema ambiental, evidente, pero, es mucho más que eso, desde el momento que implica una amenaza multidimensional al conjunto de los derechos humanos<sup>68</sup>.

Casos como el de los Países Bajos, Francia, Irlanda, y Alemania lo demuestran. Y ahora cabe esperar el resultado de la acción climática intentada ante el TEDH por parte de 6 jóvenes portugueses en contra de Portugal y otros 33 Estados del Consejo de Europa, alegándose que los demandados no han cumplido sus obligaciones en materia de derechos humanos al no aceptar las reducciones de emisiones que mantendrán el aumento de la temperatura en 1,5 grados Celsius, como lo prevé el Acuerdo de París<sup>69</sup>. Ciertamente esta litigación climáti-

13-30, 2016. p. 16.

<sup>65</sup> PAZ, Isaac. Tendencias globales de la justicia ambiental y el litigio contra el cambio climático. *Ius et Praxis*, Talca, v. 27, n. 2, p. 72-93, 2021. p. 72.

<sup>66</sup> MAGRIN, Graciela. *Adaptación al cambio climático en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2015. Disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/39842/S1501318\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/39842/S1501318_es.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021; MIMURA, N. *et al.* Adaptation planning and implementation. In: FIELD, C. *et al.* (eds.). *Climate Change 2014: impacts, adaptation, and vulnerability. Part A: global and sectoral aspects*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 869-898. p. 872.

<sup>67</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *El estado del litigio en materia de cambio climático: una revisión global*. Nairobi: PNUMA, 2017. p. 7, 40; PAZ, Isaac. Tendencias globales de la justicia ambiental y el litigio contra el cambio climático. *Ius et Praxis*, Talca, v. 27, n. 2, p. 72-93, 2021. p. 76-89.

<sup>68</sup> MING CHEN; MILLER, Danny. Reconceptualizing competitive dynamics: a multidimensional framework. *Strategic Management Journal*, London, v. 36, n. 5, p. 758-775, 2014; BANEGAS, Aracely. *Estrategias para combatir las amenazas multidimensionales en la región*. Santiago: Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos-AN-EPE, 2017. p. 51-52. Disponible en: <https://anepe.cl/wp-content/uploads/2020/10/LIBRO-ANEPE-40.pdf> Acceso en: 13 ago. 2021.

<sup>69</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cláudia Duarte Agostinho et autres contre le Portugal et 32 autres États*. Communiqué le 13 novembre 2020. Disponible en: [<sup>59</sup> KNOX, John. Linking human rights and climate change at the United Nations. \*Harvard Environmental Law Review\*, Harvard, v. 23, p. 477-478, 2009. p. 477.](http://climate-</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>60</sup> CAMERON, Edward. Human rights and climate change: moving from an Intrinsic to an Instrumental Approach. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, v. 38, p. 673-716, 2010. p. 678.

<sup>61</sup> KNOX, John. Linking human rights and climate change at the United Nations. *Harvard Environmental Law Review*, Harvard, v. 23, p. 477-478, 2009. p. 478.

<sup>62</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Santiago: Naciones Unidas, 2018. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/4/S1701021\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/4/S1701021_es.pdf) Acceso: 12 ago. 2021.

<sup>63</sup> LEUZINGER, Marcia; SILVA, Solange. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 134-146, 2017. p. 137-139.

<sup>64</sup> MORENO, Luis; CONVERSI, Daniele. Antropoceno, cambio climático y modelo social. *Documentación Social*, Madrid, n. 183, p.



ca, tanto a nivel nacional como internacional, no se detendrá ahí. El juego virtuoso del acceso a la información ambiental, el acceso a la participación ambiental y el acceso a la justicia ambiental incentivarán los intentos de litigio para hacer efectivas las obligaciones de todos los actores involucrados<sup>70</sup>. Un ejemplo notable de ello es la reciente queja depositada por un grupo de 16 niños ante el Comité de los Derechos del Niño reclamando por sus derechos afectados en razón de la inacción climática de los Estados<sup>71</sup>.

Del mismo modo, este derecho al acceso a la información y a la participación ambiental debe ser protegido y garantizado por el Estado respecto de los particulares, especialmente las empresas, cuyo comportamiento, evidentemente, contribuye al cambio climático<sup>72</sup>. En tal medida, las empresas deben actuar con debida diligencia para respetar los derechos humanos y así contribuir a la lucha contra el cambio climático<sup>73</sup>, entre ellas el traspaso de información técnica de sus actividades<sup>74</sup>. Con todo, el actuar de las empresas debe conformarse a los

casechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201130\_3937120\_na.pdf Acceso en: 11 ago. 2021.

<sup>70</sup> LUCERO, Jairo; AGUILAR, Gonzalo; CONTRERAS, Cristian. Desafíos del acceso a la justicia ambiental en Chile. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 521-554, 2020. p. 547.

<sup>71</sup> RAVETLLAT, Isaac; LUCERO, Jairo. La defensa supraindividual de derechos ambientales en la Convención sobre los derechos del niño. *Iberoamérica*, Moscú, n. 1, p. 112-137, 2021. p. 130-133; BAKKER, Christina. 'Baptism of fire?': the first climate case before the UN Committee on the Rights of the Child. *Questions of International Law*, Nápoles, v. 77, p. 5-25, 2021.

<sup>72</sup> MAGRIN, Graciela. *Adaptación al cambio climático en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2015. Disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/39842/S1501318\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/39842/S1501318_es.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021; COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Santiago: Naciones Unidas, 2018. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/4/S1701021\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/4/S1701021_es.pdf) Acceso: 12 ago. 2021.

<sup>73</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/17/31> Acceso en: 12 ago. 2021; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17*, de 15 de noviembre de 2017. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_23_esp.pdf) Acceso: 12 de agosto. 2021.

<sup>74</sup> SIMONETTI, Luísa; SANT'ANA, Pedra. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p.519-537, 2020. p. 530.

principios básicos en materia de derechos humanos y empresas<sup>75</sup>, visto esto también como una operación de auto-subsistencia ante las inoperatividad que puede generar el cambio climático en el funcionamiento de la industria<sup>76</sup>.

### 3.2.1 Fuentes del derecho a la participación ambiental

Desde el punto de vista de las fuentes, el derecho al acceso a la participación ambiental se encuentra bien reconocido tanto en instrumentos de *soft law* como de *hard law*. Estos instrumentos han sido mencionados en el apartado anterior. Con todo, por su relevancia, cabe destacar dos instrumentos que subrayan la importancia de la participación del público en el contexto del cambio climático.

En primer lugar, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático<sup>77</sup>, el cual consagra expresamente, dentro de los compromisos asumidos por el Estado, "estimular la participación más amplia posible en ese proceso, incluida la de las organizaciones no gubernamentales". En efecto, el artículo 4, que contiene los compromisos del Estado, señala en su párrafo 1, i), lo siguiente:

1. Todas las Partes, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias, deberán:

i) Promover y apoyar con su cooperación la educación, la capacitación y la sensibilización del público respecto del cambio climático y estimular la participación más amplia posible en ese proceso, incluida la de las organizaciones no gubernamentales.

Esta participación puede desarrollarse —y guiarse— siguiendo los criterios y estándares de efectividad ya am-

<sup>75</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/17/31> Acceso en: 12 ago. 2021.

<sup>76</sup> Para una reflexión entre los valores económicos de mercado y la protección de los servicios ecosistémicos. LUCERO, Jairo. Función de utilidad entre el ambiente y el sostenimiento de la economía. *Medio Ambiente & Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Sevilla, n. 32, 2018.

<sup>77</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Disponible en: [https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/unfccc\\_sp.pdf](https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/unfccc_sp.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.

pliamente reconocidos en el contexto más amplio de la participación ambiental<sup>78</sup>. Para estos efectos, los estándares mencionados por el Acuerdo de Escazú aparecen como cruciales<sup>79</sup>.

Además, el artículo 6 de este instrumento, que alude a la Educación, formación y sensibilización del público, señala expresamente como medio de implementación de los compromisos del Estado, entre otros, la participación del público en la elaboración de las respuestas adecuadas al cambio climático. En efecto, el referido artículo 6 establece:

Al llevar a la práctica los compromisos a que se refiere el inciso i) del párrafo 1 del artículo 4, las Partes:

a) Promoverán y facilitarán, en el plano nacional y, según proceda, en los planos subregional y regional, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales y según su capacidad respectiva:

[...]

iii) La participación del público en el estudio del cambio climático y sus efectos y en la elaboración de las respuestas adecuadas;

En segundo lugar, se encuentra el conocido Acuerdo de París de 2015, el que prescribe en su artículo 6, entre otras cosas, la existencia de un mecanismo para contribuir a la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero, el cual tiene por objeto, *inter alia*, incentivar la participación de entidades públicas y privadas. En este caso, la participación que se contempla es para contribuir a mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero (Acuerdo de París, 2015, art. 6.8.b). En efecto, esta disposición señala:

4. Por el presente se establece un mecanismo para contribuir a la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero y apoyar el desarrollo sostenible, que funcionará bajo la autoridad y la orientación de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Acuerdo y podrá ser utilizado por las Partes a título voluntario. El mecanismo será supervisado por un órgano que designará la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Acuerdo, y tendrá por objeto:

[...]

b) Incentivar y facilitar la participación, en la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de las entidades públicas y privadas que cuenten con la autorización de las Partes.

### 3.2.2 Alcance y contenido del derecho y cambio climático

Respecto de los estándares internacionales mínimos que derivan de las fuentes del derecho al acceso a la participación ambiental, y que configuran su alcance y contenido, ya hemos mencionado, en el apartado anterior, algunos estándares que aparecen como transversales, a saber, el principio de buena fe y el principio *pro homine*, el cual adquiere en su arista ambiental, la forma de principio *pro natura*<sup>80</sup>. También habría que incluir la protección de los defensores medioambientales como vectores de la participación ambiental<sup>81</sup>.

En cuanto a algunos estándares específicos derivados del Acuerdo de Escazú, se pueden señalar los siguientes:

a) Principio de máxima participación del público.

b) Principio de máxima apertura.

c) Participación desde las etapas más tempranas del proceso.

d) Participación a lo largo de todo el proceso.

e) Participación del público lego y experto o de la comunidad científica independiente.

f) Máxima facilidad para la participación, también económica, lo que implica eliminación de barreras al acceso, especialmente pensando en los grupos vulnerables.

g) Participación en términos entendibles y comprensibles para todos.

h) Participación por medio y mecanismos culturalmente pertinentes.

El derecho al acceso a la participación ambiental es consubstancial a la propia existencia de una sociedad

<sup>78</sup> FEW, Roger; BROWN, Katrina; TOMPKINS, Emma. Public Participation and Climate Change Adaptation: avoiding the Illusion of Inclusion. *Climate Policy*, Canberra, v. 7, n. 1, p. 46-59, 2007. p. 55.

<sup>79</sup> AGUILAR, Gonzalo. El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 26, n. 2, p. 78-103, 2020. p. 80.

<sup>80</sup> OLIVARES, Alberto; LUCERO, Jairo. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura: hacia la protección integral del medio ambiente. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 24, n. 3, p. 619-650, 2018. p. 621.

<sup>81</sup> LIBRARY OF THE CONGRESS. *Protection of the Environmental Defenders in Latin America*. 2019. Disponible en: <https://www.loc.gov/law/help/environmental-defenders/latin-america-protections.pdf> Acceso en: 11 ago. 2021.

democrática<sup>82</sup>. En consecuencia, desde esta perspectiva, existe un deber reforzado de generar y fortalecer los mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones relacionados con el cambio climático. El público tiene el derecho a manifestarse, expresarse y autodeterminarse tomando parte activa en la deliberación y toma de decisiones en los asuntos vinculados con el fenómeno del cambio climático. Con mayor razón, el público tiene el derecho a acceder a la participación ambiental cuando se trata de tomar medidas para mitigar o adaptarse a este fenómeno. No solamente porque la opinión del público será relevante para dotar de legitimidad a la decisión misma, sino también porque la participación del público, especialmente de aquellos más vulnerables o tradicionalmente marginados, permitirá tener en consideración sus puntos de vista respecto de potenciales afectaciones a sus derechos humanos derivadas de estas medidas adoptadas por el Estado<sup>83</sup>.

## 4 Reflexiones finales

A la luz de lo analizado se puede sostener que a mayor garantía de los derechos al acceso a la información y participación ambiental, mayores serán las herramientas jurídicas con las cuales la ciudadanía y el Estado podrán proteger los derechos y servicios ecosistémicos, especialmente de naturaleza supraindividual. Esto se evidencia en la integración del acceso a la información y participación como contenido esencial de varios instrumentos que conforman el marco jurídico internacional de derecho ambiental, siendo, tanto consagrados estándares mínimos frente a su garantía, como también vinculados en la mitigación de los efectos del cambio climático. En esta medida, queda confirmada la hipótesis planteada.

En igual medida, los derechos de información y participación permiten de forma complementaria la garantía al acceso a la justicia, sin los cuales no puede vislumbrarse como un derecho plenamente aplicable,

<sup>82</sup> LIDSKOG, Rolf; ELANDER, Ingemar. Representation, participation or deliberation? democratic responses to the environmental challenge. *Space and Polity*, London, v. 11, n. 1, p. 75-94, 2007. p. 75.

<sup>83</sup> HORNEY, Jennifer *et al.* Measuring participation by socially vulnerable groups in Hazard Mitigation Planning, Bertie County, North Carolina. *Journal of Environmental Planning and Management*, v. 58, n. 5, p. 802-818, 2015. p. 802.

razón por la cual los tres son considerados un “círculo virtuoso” para la protección efectiva del ambiente.

A su vez, una protección y garantía estatal de los derechos al acceso a la información y participación ambiental con el nivel de los estándares mínimos internacionales, permiten aumentar la protección y garantía de los derechos humanos más afectados por el cambio climático, tales como el derecho al agua, a la salud o a la vivienda y al mismo tiempo, mejoran la protección de los grupos más vulnerables a las consecuencias del cambio climático. El acceso a la información y participación ambiental permite prever eventuales consecuencias perjudiciales y discriminatorias de las medidas que el Estado puede adoptar con el fin de evitar o mitigar los efectos del cambio climático.

Las normas y principios ambientales de orden regional e internacional se desarrollan producto de las sistemáticas vulneraciones a los derechos de acceso ambiental, lo que si bien cimienta un *animus* de protección ambiental sobre todo dentro de órganos supranacionales, también deja en evidencia un *animus* de falta de voluntad política para frenar las consecuencias del cambio climático.

## Referências

AGUILAR, Gonzalo. El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 26, n. 2, p. 78-103, 2020.

ALFIE, Miriam. Riesgo, depredación y enfermedad: Covid-19. *Sociológica*, v. 35, n. 100, p. 15-44, 2021.

BAKKER, Christina. ‘Baptism of fire?’: the first climate case before the UN Committee on the Rights of the Child. *Questions of International Law*, Nápoles, v. 77, p. 5-25, 2021.

BANEGAS, Aracely. *Estrategias para combatir las amenazas multidimensionales en la región*. Santiago: Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos-ANEPE, 2017. Disponible en: <https://anepe.cl/wp-content/uploads/2020/10/LIBRO-ANEPE-40.pdf> Acceso en: 13 ago. 2021.

CAMERON, Edward. Human rights and climate change: moving from an Intrinsic to an Instrumental Approach.



ach. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, v. 38, p. 673-716, 2010.

CENTRO PARA EL MONITOREO DE LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS. *Global report on internal displacement*. Ginebra: NRC-IDMC, 2020. Disponible en: <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2020/> Acceso: 11 ago. 2021.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Santiago: Naciones Unidas, 2018. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/4/S1701021\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/4/S1701021_es.pdf) Acceso: 12 ago. 2021.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Acuerdo de Escazú del 4 de marzo de 2018. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/4/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/4/S1800429_es.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Sociedad, derechos y medio ambiente estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la información, a la participación pública y al acceso a la justicia*. Santiago: Naciones Unidas, 2016.

COMITÉ CIENTÍFICO COP 25. *Océano y Cambio Climático: 50 preguntas y respuestas*. Santiago: Comité Científico COP25, 2019. Disponible en: <https://cop25.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/Abc-del-oceano-y-el-cambio-climatico.pdf> Acceso en: 13 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_400\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17*, de 15 de noviembre de 2017. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf) Acceso: 12 de agosto. 2021.

COURNIL, Christel; PERRUSO, Camila. Réflexions sur 'l'humanisation' des changements climatiques et la 'climatisation' des droits de l'homme. Émergence et pertinence. *Revue des Droits de l'homme*, Paris, v. 14, p. 1-37, 2018.

CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 111-132, 2011.

DELLUTRI, Rodrigo. El derecho humano al medio ambiente: el caso de los pueblos autóctonos. *American University International Law Review*, Washington, v. 24, n. 1, p. 73-101, 2008.

DIAZ, Juliana. Derecho al ambiente sano en el caso Quintero y Puchuncaví: una mirada desde la infancia y adolescencia. In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Situación de los DESC en Chile 2018*. Santiago: Librotecnia & Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2020. p. 251-262.

FELDMANN, Favio; BIDERMAN, Rachel. Los cambios climáticos globales y el desafío de la ciudadanía planetaria. *Acta Bioethica*, Santiago, v. 7, n. 2, p. 287-292, 2001.

FELIPE, Beatriz. *El papel del sector privado europeo ante las migraciones climáticas: una propuesta de debida diligencia*. Zaragoza: ECODES, 2020. Disponible en: [https://migracionesclimaticas.org/wp-content/uploads/2020/11/Informe\\_El\\_Papel\\_del\\_Sector\\_Privado\\_Europeo\\_ante\\_las\\_Migraciones\\_Climaticas-ECODES\\_2020.pdf](https://migracionesclimaticas.org/wp-content/uploads/2020/11/Informe_El_Papel_del_Sector_Privado_Europeo_ante_las_Migraciones_Climaticas-ECODES_2020.pdf) Acceso en: 12 de agosto. 2021.

FEW, Roger; BROWN, Katrina; TOMPKINS, Emma. Public Participation and Climate Change Adaptation:

- avoiding the Illusion of Inclusion. *Climate Policy*, Canberra, v. 7, n. 1, p. 46-59, 2007.
- FIGUERA, Sorily; ARIZA, Andrea. Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, v. 53, p. 65-76, 2015.
- GIATTI, Leandro *et al.* La aparición del coronavirus y los desafíos socioambientales contemporáneos. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 23, n. 4, p. 1-7, 2020.
- GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales*. Santiago: Quimantú, 2019.
- GUMUCIO, Tatiana; TAFUR, Mariana. Influencing gender-inclusive climate change policies in Latin America. *Journal of Gender, Agriculture and Food Security*, Nairobi, v. 1, n. 2, p. 42-61, 2015.
- HALLEGATTE, S. *et al.* *Shockwaves: managing the impacts of climate change on poverty*. Washington: International Bank for Reconstruction and Development; The World Bank, 2016. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22787/9781464806735.pdf?sequence=13&isAllowed=y> Acceso en: 13 ago. 2021.
- HARRINGTON, Luke *et al.* Poorest countries experience earlier anthropogenic emergence of daily temperature extremes. *Environmental Research Letters*, v. 11, n. 5, p. 1-8, 2016.
- HORNEY, Jennifer *et al.* Measuring participation by socially vulnerable groups in Hazard Mitigation Planning, Bertie County, North Carolina. *Journal of Environmental Planning and Management*, v. 58, n. 5, p. 802-818, 2015.
- INNERARITY, Daniel. *La democracia del conocimiento: por una sociedad inteligente*. Barcelona: Paidós, 2011.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Cambio Climático 2014*. Ginebra: OMM; PNUMA, 2014. Disponible en: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR\\_AR5\\_FINAL\\_full\\_es.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR_AR5_FINAL_full_es.pdf) Acceso: 11 ago. 2021.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Global Warming of 1.5°C*. Ginebra: OMM; PNUMA, 2018. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/chapter-3/> Acceso en: 13 ago. 2021.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Glosario. In: STOCKER, T. *et al.* *Cambio Climático 2013*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Disponible en: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/08/WGI\\_AR5\\_glossary\\_ES.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/08/WGI_AR5_glossary_ES.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Sixth Assessment Report*. Climate Change 2021: the physical science basis. Ginebra: OMM; PNUMA, 2021. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/> Acceso: 15 ago. 2021.
- KARLSSON, Therese. Climate change litigation and the European Court of Human Rights: a strategic next step? *Journal of World Energy Law and Business*, Oxford, v. 13, n. 4, p. 331-342, 2020.
- KNOX, John. Linking human rights and climate change at the United Nations. *Harvard Environmental Law Review*, Harvard, v. 23, p. 477-478, 2009.
- LANDRIGAN, Philip; FULLER, Richard; ACOSTA, Nereus. The Lancet Commission on pollution and health. *The Lancet*, London, v. 391, n. 10119, p. 462-512, 2017. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)32345-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)32345-0/fulltext) Acceso en: 11 ago. 2021.
- LEITE, José; Souza, Beatriz. As complicadas inter-relações entre os sistemas internos e internacionais de proteção do direito ao meio ambiente sadio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 785-803, 2015.
- LEUZINGER, Marcia; SILVA, Solange. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 134-146, 2017.
- LEVITUS, S. *et al.* World ocean heat content and thermosteric sea level change (0-2000 m), 1955-2010. *Geophysical Research Letters*, Baltimore, v. 39, n. 10603, p. 1-5, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1029/2012GL051106> Acceso en: 11 ago. 2021.
- LIBRARY OF THE CONGRESS. *Protection of the Environmental Defenders in Latin America*. 2019. Disponible en: <https://www.loc.gov/law/help/environmental-defenders/latin-america-protections.pdf> Acceso en: 11 ago. 2021.
- LIDSKOG, Rolf; ELANDER, Ingemar. Representation, participation or deliberation? democratic responses to the environmental challenge. *Space and Polity*, London, v. 11, n. 1, p. 75-94, 2007.

- LUCAS, Andrea; GARCÍA, Tiare. Lineamientos para la vinculación entre cambio climático y derechos humanos en los Estados del Sistema Interamericano a la luz de la Opinión Consultiva 23/17. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, v. 16, n. 2, p. 161-175, 2020.
- LUCERO, Jairo. El juez multinivel y la transversalidad de garantías. Un acercamiento a los escenarios fácticos en América y Europa. *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 20, n. 41, p. 71-99, 2021.
- LUCERO, Jairo. Función de utilidad entre el ambiente y el sostenimiento de la economía. *Medio Ambiente & Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Sevilla, n. 32, 2018.
- LUCERO, Jairo; AGUILAR, Gonzalo; CONTRERAS, Cristian. Desafíos del acceso a la justicia ambiental en Chile. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 521-554, 2020.
- MAGRIN, Graciela. *Adaptación al cambio climático en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2015. Disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/39842/S1501318\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/39842/S1501318_es.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021.
- MIMURA, N. *et al.* Adaptation planning and implementation. In: FIELD, C. *et al.* (eds.). *Climate Change 2014: impacts, adaptation, and vulnerability. Part A: global and sectoral aspects*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 869-898.
- MING CHEN; MILLER, Danny. Reconceptualizing competitive dynamics: a multidimensional framework. *Strategic Management Journal*, London, v. 36, n. 5, p. 758-775, 2014.
- MORENO, Luis; CONVERSI, Daniele. Antropoceno, cambio climático y modelo social. *Documentación Social*, Madrid, n. 183, p. 13-30, 2016.
- NANSEN INITIATIVE. *Global Consultation*. 2015. Disponible en: <https://www.nanseninitiative.org/global-consultations/> Acceso en: 11 ago. 2021.
- NAVA, Cesar. De los derechos indígenas ambientales o de por que existen preceptos constitucionales virtuales. In: CARMONA, T. J.; HORIFOJACO, J. (coords.). *Derechos humanos y medio ambiente*. México D.C.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010. p. 101-122.
- NOGUEIRA, Humberto. *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Abeledo Perrot; Thomson Reuters, 2012. t. 1.
- NOGUEIRA, Humberto. *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Legal Publishing; Thomson Reuters, 2014. t. 2.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Frequently asked questions on human rights and climate change*. FactSheet No. 38, 2021. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/world/frequently-asked-questions-human-rights-and-climate-change> Acceso en: 11 ago. 2021.
- OLIVARES, Alberto; LUCERO, Jairo. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura: hacia la protección integral del medio ambiente. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 24, n. 3, p. 619-650, 2018.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Andorra, Argelia, Australia, Bangladesh, Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, ex República Yugoslava de Macedonia, Fiji, Filipinas, Maldivas, México, Pakistán, Paraguay, Perú, San Marino, Uruguay, VietNam, Zambia*: proyecto de resolución. A/HRC/38/L.5, 2 de julio de 2018. Disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d\\_res\\_dec/A\\_HRC\\_38\\_L5.pdf](http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_38_L5.pdf) Acceso en: 13 ago. 2021.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Disponible en: [https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/unfccc\\_sp.pdf](https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/unfccc_sp.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional*. A/RES/67/1 de 30 de noviembre de 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/67/1> Acceso en: 12 ago. 2021.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *El estado del litigio en materia de cambio climático: una revisión global*. Nairobi: PNUMA, 2017.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, presenta principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente*. A/HRC/37/59, 24 de enero de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/59> Acceso en: 11 ago. 2021.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones*



de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, acerca de la relación entre los derechos del niño y la protección del medio ambiente. A/HRC/37/58, 24 de enero de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/58> Acceso en: 13 ago. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. A/HRC/31/52, 1 de febrero de 2016. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/52> Acceso en: 12 ago. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/17/31> Acceso en: 12 ago. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Secretario General: Efectos a largo plazo de las tendencias actuales en las esferas económica, social y ambiental para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. E/2019/66, 3 de mayo de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/2019/66> Acceso en: 12 ago. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua*. A/HRC/46/28, 19 de enero de 2021. Disponible: <https://undocs.org/A/HRC/46/28> Acceso en: 12 ago. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler, Adición, misión a Bolivia. A/HRC/7/5/Add.2, 30 de enero de 2008. Disponible en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2018/03/G0810581.pdf> Acceso en: 12 ago. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler. A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/101/01/PDF/G0810101.pdf?OpenElement> Acceso en: 12 ago. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Proyecto de resolución 32. Los derechos humanos y el cambio climático*. A/HRC/32/L.34, 28 de junio de 2016. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G16/135/14/PDF/G1613514.pdf?OpenElement> Acceso en: 12 ago. 2021.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los pueblos indígenas y el cambio climático: de víctimas a agentes del cambio por medio del trabajo decente*. Ginebra: OIT, 2018. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_632113.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_632113.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Climate change and health*. Ginebra: OMS, 2018. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/climate-change-and-health> Acceso en: 11 ago. 2021.

PAZ, Isaac. Tendencias globales de la justicia ambiental y el litigio contra el cambio climático. *Ins et Praxis*, Talca, v. 27, n. 2, p. 72-93, 2021.

PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2018.

PERCEDO, María *et al.* COVID-19: necesidad del enfoque estratégico 'Una Salud'. *Revista de Salud Animal*, La Habana, v. 42, n. 3, p. 1-16, 2020.

PRÜSS-ÜSTÜN, Annette *et al.* *Preventing disease through healthy environments. A global assessment of the burden of disease from environmental risks*. Ginebra: OMS, 2016. Disponible en: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204585/9789241565196\\_eng.pdf;jsessionid=7B81E1FC3C006DD0D479B1BD92EED996?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204585/9789241565196_eng.pdf;jsessionid=7B81E1FC3C006DD0D479B1BD92EED996?sequence=1) Acceso: 11 de agosto. 2021.

RAVETLLAT, Isaac; LUCERO, Jairo. La defensa supraindividual de derechos ambientales en la Convención sobre los derechos del niño. *Iberoamérica*, Moscú, n. 1, p. 112-137, 2021.

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

RUIZ, Alfonso; ZÚÑIGA, Alejandra. Derecho a la vida y Constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 'Artavia

- Murillo v. Costa Rica'. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 12, n. 1, p. 71-104, 2014.
- SERRAGLIO, Andreola; SIVINI, Helene. As abordagens dos países da América Latina e Caribe sobre a mobilidade humana provocada pelas mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 89-114, 2019.
- SETZER, Joana; VANHALA, Lisa. Climate change litigation: a review of research on courts and litigants in climate government. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, v. 10, n. 3, p. 1-19, 2019.
- SICLARI, Paola. *Amenazas de cambio climático, métricas de mitigación y adaptación en ciudades de América Latina y el Caribe*. Santiago: Naciones Unidas, 2020. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46575/1/S2000867\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46575/1/S2000867_es.pdf) Acceso en: 12 ago. 2021.
- SIMONETTI, Luísa; SANT'ANA, Pedra. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p.519-537, 2020.
- TOLLEFSON, Jeff. Why deforestation and extinctions make pandemics more likely. *Nature*, v. 584, p. 175-176, 2020. Disponible en: <https://media.nature.com/original/magazine-assets/d41586-020-02341-1/d41586-020-02341-1.pdf> Acceso en: 13 ago. 2021.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cláudia Duarte Agostinho et autres contre le Portugal et 32 autres États*. Communiquée le 13 novembre 2020. Disponible en: [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201130\\_3937120\\_na.pdf](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201130_3937120_na.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021.
- U.S. GLOBAL CHANGE RESEARCH PROGRAM; ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. *The impacts of climate change on human health in the United States: a scientific assessment*. Washington: Global Change Research Program, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.7930/J0R49N> Acceso en: 13 ago. 2021.
- UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA. *Estado de conservación y distribución de la biodiversidad de agua dulce en los Andes Tropicales*. Gland: UICN, 2016. Disponible en: [https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/2016/andes\\_tropicales\\_biodiversidad\\_agua.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/2016/andes_tropicales_biodiversidad_agua.pdf) Acceso en: 13 ago. 2021.
- UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA. *Explaining ocean warming: causes, scale, effects and consequences*. Gland: UICN, 2016. Disponible en: [https://doi.org/10.2305/IUCN.CH.2016.08.en-https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2016-046\\_0.pdf](https://doi.org/10.2305/IUCN.CH.2016.08.en-https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2016-046_0.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021.
- UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA. *Informe anual 2019*. San José: UICN, 2019. Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2020-010-Es.pdf> Acceso en: 11 ago. 2021.
- UNIÓN INTERPARLAMENTARIA & ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos. Manual para Parlamentarios n. 26*. Ginebra: UI; ONU, 2016. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf) Acceso en: 11 ago. 2021.
- VALENCIA, Ana. *Los derechos ambientales y territoriales de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2012. Tesis (Máster Oficial en Derecho Ambiental) – Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2012. Disponible en: [https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1828/0316\\_Valencia.pdf;jsessionid=9A64AF64688D3C7105FFD DCA571E0C98?sequence=1](https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1828/0316_Valencia.pdf;jsessionid=9A64AF64688D3C7105FFD DCA571E0C98?sequence=1) Acceso en: 12 ago. 2021.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Vidas em movimento:** os sistemas de proteção dos direitos humanos como espaços de justiça para os migrantes climáticos

**Lives on the move:** human rights protection systems as justice spaces for climate migrants

Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville

Diogo Andreola Serraglio

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# Vidas em movimento: os sistemas de proteção dos direitos humanos como espaços de justiça para os migrantes climáticos\*

## Lives on the move: human rights protection systems as justice spaces for climate migrants

Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville\*\*

Diogo Andreola Serraglio\*\*\*

### Resumo

O artigo investiga como a litigância climática baseada em direitos presta-se ao reconhecimento e proteção dos chamados *migrantes climáticos*, sobretudo nos sistemas de proteção dos direitos humanos. Por meio do método dedutivo e pesquisa bibliográfica, a mobilidade humana é inicialmente relacionada aos preceitos da justiça climática. Na sequência, enfatiza-se a crescente aplicação do direito a um sistema climático seguro, um dos argumentos nos litígios vinculados ao tema. Ademais, as obrigações estatais, decorrentes dos tratados de direitos humanos e as responsabilidades do setor econômico, ambas aplicadas ao enfrentamento da crise climática, são apresentadas. Essas são contextualizadas à migração climática e a casos de litigância ligados ao fenômeno. Por fim, pleitos associados ao tema ajuizados ante os sistemas de proteção dos direitos humanos são analisados. As limitações e potencialidades da litigância climática, pautada em direitos no contexto da mobilidade humana, induzida pelo clima, são então evidenciadas. A estratégia permite a visibilidade dos migrantes climáticos pela comunidade internacional, oportunizando o desenvolvimento de respostas jurídicas para o tema.

**Palavras-chave:** crise climática; mobilidade humana; direitos humanos; litigância climática.

### Abstract

The paper investigates how rights-based climate litigation can serve to enhance the recognition and protection of the so-called *climate migrants*, with special focus on the human rights protection systems. Through deductive approach and desk review, human mobility is initially linked to the premises that shape climate justice. The growing acknowledgement of the right to a safe climate is emphasized, this being a feature of litigation cases related to the subject. Thereafter, the study presents states' obligations under human rights treaties and the economic sector's responsibilities, both aimed at addressing the current climate crisis. These are framed within the scope of climate-induced mobility and litigation cases related to the phenomenon. We then analyze litigation cases linked to the topic that were filed before human rights protection systems. Finally, the strengths and limitations of

\* Recebido em 30/07/2021  
Aprovado em 07/02/2022

\*\* Pós-Doutoranda na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – Programa Nacional de Pós-Doutorado (PNPD/CAPES). Pós-Doutora pela Universidade de Limoges, França. Doutora em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante, Espanha. Membro pesquisadora da Rede Sul-Americana para as Migrações Ambientais (RESAMA).  
E-mail: cavedon.capdeville@gmail.com.

\*\*\* Pós-Doutor pelo German Development Institute/Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Alemanha. Doutor e Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Membro pesquisador da RESAMA.  
E-mail: diogo.aserraglio@gmail.com.

rights-based climate litigation in the context of climate-induced mobility are presented. The strategy facilitates greater visibility of climate migrants by the international community, fostering the development of legal solutions to the topic.

**Keywords:** climate crisis; human mobility; human rights; climate litigation.

## 1 Introdução

O atual cenário de polícrise,<sup>1</sup> o qual inclui o desequilíbrio do sistema climático global, traz novos níveis de complexidade e de riscos para a humanidade. Morin e Kern<sup>2</sup> destacam que, ao mesmo tempo em que é marcado por incertezas e intensificação de riscos, tal cenário também favorece o desenvolvimento de soluções inovadoras. O sentido de urgência e a necessidade de respostas a esse desafio exige a reconfiguração de direitos e estratégias para a sua realização, sobretudo daqueles que estão na sua linha de frente, a exemplo dos migrantes climáticos.<sup>3</sup>

O descompasso entre o tempo do Direito e a urgência de desenvolver respostas jurídicas adequadas aos desafios do século XXI, como a ausência de proteção aos que se movem em consequência da mudança climática,<sup>4</sup>

leva à sobreposição de vulnerabilidades. Indaga-se, com base no paradigma da justiça climática, se os sistemas de proteção de direitos configuram-se como espaços de reconhecimento, visibilidade e proteção dos *inocentes climáticos*,<sup>5</sup> quer dizer, aqueles que menos contribuíram para a emergência dessa crise e que mais sofrem as suas consequências, em um cenário de *apartheid* climático.<sup>6</sup> Enquanto uma pequena parcela da população mundial dispõe dos recursos necessários para escapar dos impactos do clima, comunidades inteiras permanecem impossibilitadas e/ou são incapazes de se mover de forma digna e segura.

O artigo explora a litigância climática<sup>7</sup> pautada em direitos<sup>8</sup> como estratégia de reconhecimento daqueles que se encontram em risco de deslocamento ou outras formas de (i)mobilidade em razão das alterações induzidas do clima.<sup>9</sup> A análise se dá com base nas conexões

---

Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), realizada em 1992, a expressão mudança climática significa qualquer alteração do clima que “possa ser direta ou indiretamente atribuída à atividade humana que altere a composição da atmosfera mundial e que se some àquela provocada pela variabilidade climática natural observada ao longo de períodos comparáveis”. De igual forma, o Painel Intergovernamental sobre as Mudanças Climáticas (IPCC) acrescenta que a mudança climática se refere a “uma alteração no estado do clima, que pode ser identificada através de alterações na média e/ou variabilidade das suas propriedades e que persiste durante um longo período de tempo, tipicamente décadas ou mais. A alteração climática pode dever-se a processos internos naturais ou forçamentos externos, tais como modulações dos ciclos solares, erupções vulcânicas e alterações antropogênicas persistentes na composição da atmosfera ou na utilização dos solos”. In: (i) ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. 1992; e (ii) PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS (IPCC). *Working Group I: Contribution to the IPCC Fifth Assessment Report*. Climate Change 2013: the Physical Science Basis. Sweden: IPCC, 2013. p. 186.

<sup>5</sup> Termo utilizado para designar os que pagam pela chamada *faturo climática*, sem ter contribuído para a crise climática, à qual estão mais expostos. BORRAS, S. *El cuidado de la vida*: las personas em movimiento forzado en tiempos de emergencias ecosociales. 2020. Disponível em: <https://forotransiciones.org/wp-content/uploads/sites/51/2020/11/Borras.pdf> Acesso em: 23 fev. 2021. p. 29.

<sup>6</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Climate change and poverty*: report of the special rapporteur on extreme poverty and human rights. Doc. A/HRC/41/39. Suíça: UNHCR, 2019.

<sup>7</sup> Para a definição de *litigância climática*: (i) UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. *Global climate litigation report*: 2020 status review. Nairobi: UNEP, 2020. p. 6; e (ii) PEEL, J.; OSOFSKY, H. M. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2017.

<sup>8</sup> Do inglês, *rights-based litigation*.

<sup>9</sup> Para a melhor compreensão dos debates jurídicos que envolvem esta temática: (i) SERRAGLIO, D. A.; FERREIRA, H. S. As abordagens dos países da América Latina e Caribe sobre a mobilidade humana provocada pelas mudanças climáticas. *Revista de Direito Internac-*

<sup>1</sup> Para o conceito de *polícrise*, ver: MORIN, E.; KERN, A. B. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

<sup>2</sup> MORIN, E.; KERN, A. B. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 93.

<sup>3</sup> Adota-se o termo *migração climática* para indicar pessoas ou grupos humanos que, diante dos impactos da mudança do clima no local de seu *habitat* tradicional, compõem a onda migratória tanto no âmbito interno de cada Estado quanto na esfera internacional, de forma voluntária ou forçada, em caráter temporário ou permanente. A terminologia abarca diferentes formas de mobilidade: processos migratórios manifestados de forma voluntária, deslocamentos de indivíduos sob risco ou forçados a abandonar suas moradias, e realocações planejadas de indivíduos ou comunidades para uma nova localidade. Inclui-se, ainda, aqueles que estão sujeitos à imobilidade, isto é, situações em que o grau de exposição e de vulnerabilidade impedem quaisquer tipos de movimento. De acordo com o Secretariado da CQNUMC, as diferentes formas de movimento podem ser englobadas na expressão *mobilidade humana*, entendida como “an umbrella term that refers to all aspects of the movement of people: human mobility is understood to encompass involuntary internal and cross-border displacement of populations, voluntary internal and cross-border migration and planned and consented relocation”. ADVISORY GROUP ON CLIMATE CHANGE AND HUMAN MOBILITY. *Human mobility in the context of climate change*: elements for the UNFCCC Paris Agreement. Bona: UNFCCC, 2015.

<sup>4</sup> De acordo com o artigo 1.2 da Convenção-Quadro das Nações

entre mobilidade humana, mudança climática e direitos humanos, bem como no paradigma da justiça climática, considerando em que medida os sistemas de proteção de direitos humanos se configuram como novos espaços de justiça para os migrantes climáticos.

Por meio do método dedutivo e pesquisa bibliográfica e documental, a qual inclui a análise de casos específicos de litigância climática relacionados ao tema,<sup>10</sup> o estudo parte de uma breve contextualização da mobilidade humana como uma questão de direitos e de justiça climática. Identifica-se como o tema tem sido tratado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), com ênfase no reconhecimento do direito a um sistema climático seguro e sua importância para casos de litigância climática relacionados a situações de (i) mobilidade induzida pelo clima. Na sequência, detalham-se as obrigações estatais decorrentes dos tratados de direitos humanos, assim como as responsabilidades do setor econômico para o enfrentamento da crise climática, explorando-se como essas podem fundamentar litígios relacionados ao tema. Por fim, casos de litigância climática ajuizados perante os sistemas de proteção de direitos humanos são analisados. Concentra-se, neste artigo, nas demandas que guardam relação com situações de (i) mobilidade humana, averiguando-se o papel dos direitos humanos nesse tipo de litígio, suas potencialidades e limitações.

Conclui-se que a estratégia ainda é pouco explorada para abordar tópicos relacionados à mudança do clima, como a (i) mobilidade humana. Prevalecem menções genéricas a situações de risco de movimentos populacionais forçados em razão do fenômeno. O tema costuma ser debatido com base na agenda migratória e, em particular, do Direito Internacional dos Refugiados. Não se pode perder de vista, no entanto, que os direitos humanos têm se mostrado como argumento válido à consideração da migração climática, isso a partir dos sistemas de proteção desses direitos. A litigância estratégica e amparada em direitos visibiliza as necessida-

*ional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 89-114, 2019; e (ii) MONT'ALVERNE, T. C. F.; PEREIRA, A. C. B. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 45-55, 2012.

<sup>10</sup> O levantamento dos casos de litigância climática foi realizado a partir da base de dados *Climate Change Litigation Database* do *Sabin Center for Climate Change Law* (Universidade Columbia, EUA), disponível em: <http://climatecasechart.com> Consultas aos sistemas de petição individual e de controle do cumprimento dos tratados de direitos humanos dos organismos que compõem a Organização das Nações Unidas (ONU) também foram realizadas, permitindo o acompanhamento de casos específicos.

des dos migrantes climáticos em âmbito internacional e oportuniza o desenvolvimento de respostas jurídicas efetivas para o tema.

## 2 A mobilidade humana como uma questão de direitos e de justiça climática

A justiça climática<sup>11</sup> é uma questão de direitos humanos e inclui as prerrogativas daqueles que estão sujeitos à (i) mobilidade por conta da mudança do clima. Ela almeja a integração, promoção e proteção dos direitos daqueles que sofrem de maneira desproporcional os impactos da crise climática, assim como daqueles que são excluídos ou pouco considerados nos processos decisórios relacionados à agenda do clima. Engloba, ademais, indivíduos e comunidades que não contam com medidas adequadas de adaptação aos riscos e danos climáticos em razão de fatores não justificáveis racionalmente sob a ótica de um paradigma de ética e justiça, como etnia ou condição socioeconômica.

O movimento busca, assim, a visibilidade e empoderamento daqueles que estão na linha de frente da atual crise climática, personificando-o a partir da realidade de pessoas que sofrem suas consequências. Schlosberg<sup>12</sup> aponta que a justiça climática pautada em direitos deve ser complementada com a noção de capacidades, integrando as perspectivas de reconhecimento social e político capazes de reforçar a compreensão das vulnerabilidades. A falta de reconhecimento provoca situações de injustiça, sendo a (i) mobilidade humana no contexto climático um de seus exemplos.

Os principais afetados pela atual crise climática geralmente são os que menos contribuíram para o seu surgimento e os menos resilientes aos seus impactos devido às vulnerabilidades preexistentes, como pobreza e exclusão social. Trata-se, portanto, de uma abordagem centrada nas pessoas, protegendo os direitos dos mais vulneráveis,

<sup>11</sup> GONZALEZ, C. G. Environmental justice and international environmental law. In: SHAWKAT, A. et al. (eds.). *Routledge handbook of international environmental law*. Nova Iorque: Routledge, 2013. p. 77-97.

<sup>12</sup> SCHLOSBERG, D. Climate justice and capabilities: a framework for adaptation policy. *Ethics & International Affairs*, v. 26, n. 4, p. 445-461, 2012; e (ii) SCHLOSBERG, D.; COLLINS, L. B. From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, v. 5, n. 3, p. 359-374, 2014.



distribuindo os custos desse desequilíbrio e gerenciando os recursos do planeta de forma equitativa.<sup>13</sup>

A justiça climática exige ações consistentes com os tratados de direitos humanos. Para tanto, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)<sup>14</sup> afirma ser necessário: (i) reconhecer os grupos vulneráveis afetados e a obrigação dos Estados e da comunidade internacional de considerar tais disparidades; (ii) proteger os direitos dos mais ameaçados e ponderar como aspectos discriminatórios afetam a vulnerabilidade climática; (iii) assegurar a participação dos grupos vulneráveis nos processos decisórios, garantindo medidas alinhadas com a justiça climática; e (iv) enfatizar a extraterritorialidade dos compromissos estatais em matéria climática.

O reconhecimento dos direitos daqueles que se movem em razão dos impactos climáticos designa-se como uma estratégia de resiliência — e empoderamento — para o alcance dos preceitos da justiça climática.<sup>15</sup> A abordagem é defendida pela Fundação Mary Robinson, a qual apoia o desenvolvimento de um marco de ação relacionado à justiça climática<sup>16</sup> que resguarde as prerrogativas desses indivíduos.<sup>17</sup> À vista disso, discorre-se em que medida a agenda dos direitos humanos pode contribuir para o alcance desses objetivos, com foco na (i) mobilidade humana no contexto climático.

## 2.1 A migração climática na agenda de direitos humanos

Diante da ausência de mecanismos jurídicos específicos para a tutela das pessoas sujeitas à (i) mobilidade humana decorrente de impactos climáticos, os aportes do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) mostram-se de particular relevância. Isso porque as necessidades desse grupo de indivíduos não diferem daqueles que são afetados pela inércia estatal quanto ao provisionamento dos recursos mínimos necessários para a subsistência com dignidade em uma determinada localidade.<sup>18</sup> Considerando-se que os preceitos do DIDH giram em torno das condições básicas a serem usufruídas por todos os seres humanos, permite-se o estabelecimento de um aparato jurídico comum que gera obrigações decorrentes de direitos e deveres estatais aplicáveis a todos. Torna-se possível, diante disso, preencher lacunas do Direito contemporâneo para lidar com o fenômeno.

Aqueles que estão sujeitos à (i) mobilidade humana são diretamente afetados pelas condições ambientais do entorno. Insegurança alimentar, escassez de água potável, degradação do solo e eventos climáticos extremos são algumas delas. Essas operam com outros fatores estruturais, como conflitos, desigualdade e/ou exclusão social, pobreza ou, ainda, pertencimento a grupos vulneráveis. Os direitos humanos devem estar presentes em todas as etapas que compõem o processo de mobilidade: seja na decisão de migrar de forma ordenada e regular, de permanecer no local habitual de residência por meio de medidas adaptativas ou durante o ciclo de deslocamento (incluindo a devida assistência e integração no destino final). O resguardo das garantias elementares da pessoa humana representa, neste artigo, resiliência e a prevenção de fluxos populacionais forçados, bem como segurança e a manutenção das condições de sobrevivência para aqueles que optam pela mobilidade.

A inclusão da mudança climática, na agenda de direitos humanos, tem sido acompanhada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a qual tem destacado as interconexões entre as alterações induzidas do clima, mobilidade humana e direitos humanos. Ainda que implicitamente, a ONU reconhece os preceitos da justiça climática. Dentre outros, frisa-se o relatório *Direitos Humanos, Mudança Climática e Migração* de 2015, o qual elenca obrigações e responsabilidades estatais nos respectivos tópicos.<sup>19</sup> Além de assegurar processos migratórios

<sup>13</sup> MARY ROBINSON FOUNDATION. *Principles of Climate Justice*. Disponível em: <http://www.mrfcj.org/pdf/principles-of-climate-justice.pdf> Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>14</sup> OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Key messages on human rights and climate change*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/KeyMessages\\_on\\_HR\\_CC.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/KeyMessages_on_HR_CC.pdf) Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>15</sup> Sobre as relações entre mobilidade humana e justiça climática: CAVEDON-CAPDEVILLE, F. S. A mobilidade humana na agenda global do clima: uma questão de justiça climática. In: LEITE, J. R. M.; DINNEBIER, F. F. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 482-509.

<sup>16</sup> Do inglês, *Climate Justice Framework to Protect the Rights of Climate Displaced People*.

<sup>17</sup> MARY ROBINSON FOUNDATION. *Protecting the rights of climate displaced people*: position paper. Disponível em: <https://www.mrfcj.org/wp-content/uploads/2016/07/Protecting-the-Rights-of-Climate-Displaced-People-Position-Paper.pdf> Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>18</sup> CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW. *Climate change e human rights: a primer*. Suíça: CIEL, 2013. p. 1.

<sup>19</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Key messages on human rights, climate change and migration*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/Key\\_](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/Key_)

dignos que atendam aos preceitos do DIDH, destaca-se também a responsabilidade de “fornecer alimentos e água potável; o acesso à moradia adequada, à saúde e seguridade social, à educação e oportunidades de trabalho decentes; o cumprimento do princípio da não devolução e a proibição de expulsões coletivas; assim como a efetivação dos direitos à liberdade, integridade pessoal e unidade familiar”.<sup>20</sup>

Outrossim, em resposta à Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes de 2016, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) da ONU aprovou a Resolução n. 35/20, salientando o agravamento das vulnerabilidades enfrentadas por migrantes em decorrência de eventos climáticos extremos. A Resolução ressalta, ainda, a importância de se respeitar as obrigações estatais em matéria de direitos humanos para com migrantes e indivíduos deslocados para além das fronteiras nacionais.<sup>21</sup>

Em 2018, a CDH publicou um relatório sobre os impactos climáticos de início lento e a proteção dos direitos humanos de migrantes transfronteiriços.<sup>22</sup> Salientou-se que uma abordagem pautada em direitos deve ser aplicada a todas as etapas que compõem o ciclo de deslocamento forçado, bem como a outras situações de (i)mobilidade, como migração como estratégia de adaptação e realocação planejada. Considerou-se, ademais, que os fundamentos que alicerçam a justiça climática, combinados com os princípios da equidade e poluidor-pagador, obrigam as nações envolvidas a “assumir a liderança no combate à mudança climática e seus efeitos adversos”.<sup>23</sup>

No mesmo ano, a Assembleia Geral da ONU endossou o relatório apresentado pela ACNUDH, acima mencionado, por meio da Resolução n. 38/21. Reconheceu-se o dever estatal de resguardar a dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos, inclusive daqueles que cruzam fronteiras nacionais em decorrência de impactos climáticos. Para tanto, há de se falar no respeito aos “princípios básicos da justiça climática, incluindo

compromissos relacionados à proteção dos direitos das pessoas que são desproporcionalmente afetadas pela mudança do clima, bem como das gerações futuras”.<sup>24</sup> Aliás, a Resolução apresenta uma seção inteiramente dedicada à implementação do DIDH à tutela daqueles que estão sujeitos à (i)mobilidade humana no contexto climática. A seção acentua que, em virtude das prerrogativas do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PICDP) de 1966, os Estados devem se abster de “devolver pessoas a áreas em que a alta probabilidade de riscos climáticos ameaça [esses] direitos humanos”.<sup>25</sup>

Vale mencionar, ainda, os *Princípios Básicos sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente* de 2018.<sup>26</sup> Quanto aos fluxos populacionais decorrentes de condições ambientais desfavoráveis, o Princípio 14 (Ponto H) do documento atesta que desastres naturais e outros danos ambientais frequentemente provocam deslocamento interno e migração transfronteiriça, não apenas exacerbando vulnerabilidades, mas também causando violações e abusos adicionais dos direitos humanos.<sup>27</sup>

Por fim, o tema também tem sido considerado pelo Relator Especial da ONU sobre os direitos humanos das pessoas deslocadas internamente. A abordagem baseada em direitos foi recomendada em relatório de 2011 sobre mudança climática e deslocamento interno, o qual também propôs diretrizes para a Redução do Risco de Desastres (RRD) e estratégias para a prevenção de deslocamentos forçados.<sup>28</sup> Em 2020, a relatoria examinou, ainda, o deslocamento interno devido a eventos climáticos de início lento. Além de enfatizar os possíveis prejuízos para a garantia dos direitos humanos, o documento relaciona as obrigações e responsabilidades dos

Messages\_HR\_CC\_Migration.pdf Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>20</sup> UNHCR, 2021.

<sup>21</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Human rights and climate change*. Doc. A/HRC/35/L.32. Suíça: UNHCR, 2017.

<sup>22</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report on the slow-onset effects of climate change and human rights protection for cross-border migrants*. Doc. A/HRC/37/CRP.4. Nova Iorque: ACNUDH, 2018.

<sup>23</sup> Parágrafo 146 do referido documento. In: UNHCR, 2018.

<sup>24</sup> UNITED NATIONS. *Addressing human rights protection gaps in the context of migration and displacement of persons across international borders resulting from the adverse effects of climate change and supporting the adaptation and mitigation plans of developing countries to bridge the protection gaps*. Doc. A/HRC/38/21. EUA: UNGA, 2018.

<sup>25</sup> Parágrafo 45 do referido documento. In: UNGA, 2018.

<sup>26</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS SPECIAL PROCEDURES. *Framework principles on human rights and the environment 2018: the main human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable Environment*. United Nations Human Rights Special Procedures: Special Rapporteurs, Independent Experts & Working Groups, 2018. p. 20.

<sup>27</sup> UNHRSP, 2018. p. 20.

<sup>28</sup> UNITED NATIONS. *Protection of and assistance to internally displaced persons: report of the special rapporteur on the human rights of internally displaced persons*, Chaloka Beyani. UN Doc A/66/285. Genebra: UNGA, 2011.

Estados, do setor econômico e da comunidade internacional, aportando recomendações nesse sentido.<sup>29</sup>

Os instrumentos do DIDH desempenham papel relevante para a salvaguarda daqueles sujeitos à (i) mobilidade humana induzida pelo clima, seja como estratégia de adaptação voluntária ou como movimento forçado.<sup>30</sup> Além de estabelecer os padrões mínimos de proteção a serem aprovados por jurisdições nacionais, o DIDH fornece as bases legais de proteção em outros Estados e a proibição da não devolução diante de ameaças e danos climáticos.<sup>31</sup>

Os Estados não podem continuar ignorando as necessidades daqueles que se movem, seja em caráter voluntário ou forçado, internamente ou para além de fronteiras nacionais, por fatores climáticos. Evitar a perda do patrimônio cultural e físico, da capacidade laborativa e de um padrão de vida adequado como resultados, do acesso à água potável e alimentos, da possibilidade de autodeterminação, da liberdade de circulação e de escolha de residência, assim como das prerrogativas que garantem o direito à vida e à liberdade, configura-se, portanto como uma questão de justiça climática.<sup>32</sup>

Com base nos *Princípios de Bali sobre Justiça Climática*,<sup>33</sup> a abordagem da (i) mobilidade humana pressupõe: (i) o respeito à autodeterminação das comunidades afetadas, bem como consulta prévia e participação pública; (ii) a reparação de danos a partir da legitimação de direitos; (iii) a adoção de medidas que evitem a internalização de danos climáticos pelas comunidades afetadas; (iv) a

prevenção de impactos imateriais, como culturas, modos-de-vida e demais tradições; (v) a eliminação da discriminação de comunidades vulneráveis no desenvolvimento de políticas e outros processos decisórios; e (vi) a garantia dos direitos ambientais, sobretudo o direito a um sistema climático seguro.

A identificação das conexões entre mobilidade, clima e direitos, assim como das obrigações e responsabilidades decorrentes, reforça o papel do DIDH relativo ao reconhecimento dos migrantes climáticos, contribuindo para sanar a lacuna jurídica que envolve o tema. Fornece, igualmente, subsídios para os fundamentos da litigância climática baseada em direitos, a qual ganha reforço com o direito a um clima seguro, analisado a seguir.

## 2.2 O direito a um clima seguro como fundamento para a litigância climática: possibilidades em matéria de mobilidade humana

O papel dos direitos humanos para a promoção da justiça climática se reforça com o direito a um sistema climático seguro, o qual decorre da necessidade de um clima estável para a realização das garantias elementares da pessoa humana. Duas vias têm contribuído para a afirmação e desenvolvimento deste novo direito: (i) as manifestações do sistema de proteção dos direitos humanos da ONU e (ii) a litigância climática pautada em direitos.

Em 2019, o Relator Especial da ONU sobre as obrigações de direitos humanos relacionadas ao usufruto de um meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável concluiu que o clima seguro é um dos seis elementos substantivos do direito ao meio ambiente, informado pelos compromissos que decorrem da agenda global do clima.<sup>34</sup> Esse direito engaja os Estados a prevenir interferências danosas no sistema climático, destacando-se a obrigação estatal de promover o direito a um clima seguro. Nesse contexto, o descumprimento dos compromissos climáticos internacionais configuraria uma violação *prima facie* dos deveres estatais de direitos humanos. O direito a um sistema climático seguro resulta, logo, em obrigações estatais específicas que trazem im-

<sup>29</sup> UNITED NATIONS. *Human rights of internally displaced persons: report of the special rapporteur on the human rights of internally displaced persons in the context of the slow-onset adverse effects of climate change*. UN Doc. A/75/150. Genebra: UNGA, 2020.

<sup>30</sup> MARY ROBINSON FOUNDATION. *Human rights, migration, and displacement related to the adverse impacts of climate change*. 2016. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/EM2016/HumanRightsMigrationDisplacement.pdf> Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>31</sup> MARY ROBINSON FOUNDATION. *Human rights, migration, and displacement related to the adverse impacts of climate change*. 2016. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/EM2016/HumanRightsMigrationDisplacement.pdf> Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>32</sup> MARY ROBINSON FOUNDATION. *Human rights, migration, and displacement related to the adverse impacts of climate change*. 2016. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/EM2016/HumanRightsMigrationDisplacement.pdf> Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>33</sup> Os Princípios de Bali sobre Justiça Climática foram adotados em 2002 e endossados por distintas organizações da sociedade civil. BALI. *Bali Principles on Climate Justice*. Disponível em: <http://www.ejnet.org/ej/bali.pdf> Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>34</sup> UNITED NATIONS. *Report of the special rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment: safe climate*. A/74/161. Nova Iorque: UNGA, 2019.



plicações para as políticas climáticas nacionais e para a própria governança internacional do clima.

A existência desse direito e sua possível violação diante da inação, falta de ambição e de cumprimento de compromissos climáticos, assim como diante da ausência de medidas adequadas de mitigação e adaptação, tem se tornado argumento frequente nos casos de litigância climática. A alegação se torna evidente quando relacionada a grupos vulneráveis, como nos casos *La Rose c. Her Majesty the Queen*<sup>35</sup> e *Ali c. Paquistão*,<sup>36</sup> ambos associados aos direitos da criança e à perspectiva intergeracional.

Ainda que alguns casos tenham sido julgados improcedentes ou sigam pendentes de decisão, o recurso ao direito representa um passo importante para a discussão do seu conteúdo e fundamentos. Seus elementos são encontrados nos casos de litigância climática, os quais contribuem para aclarar seus preceitos. Inicialmente, o caso *Juliana c. Estados Unidos da América (EUA)*<sup>37</sup> discute a violação do direito a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana, considerando-o um direito fundamental.<sup>38</sup> No mesmo sentido, a existência de um princípio geral que respalda o direito de toda pessoa de viver em um sistema climático preservado é o argumento levantado no caso *Notre Affaire à Tous e Outros c. França (L'affaire du siècle)*.<sup>39</sup> Ainda que não expressamente reconhecido, o princípio resultaria da consciência jurídica contemporânea e das exigências do Estado de Direito.

O caso *Ali c. Paquistão* também consigna a relação entre a estabilidade do sistema climático e a proteção dos direitos humanos. Argumenta-se que os direitos à vida, liberdade, propriedade, dignidade, informação e igual proteção perante a lei pressupõem o direito inalienável a um clima estável. Ainda, o caso *Maria Khan e Outros c. Paquistão e Outros*<sup>40</sup> se baseia no direito a um siste-

ma climático capaz de promover a manutenção da vida para questionar a inação do governo quanto à mudança do clima, a qual afetaria, desproporcionalmente, mulheres e gerações futuras. O litígio climático menciona o direito a um sistema climático seguro como dimensão do direito ao meio ambiente, como previamente reconhecido no caso *Asghar Leghari c. Paquistão*.

Por fim, o caso *A Sud et al. c. Itália*<sup>41</sup> versa sobre a inércia do governo italiano quanto ao cumprimento das metas estabelecidas pelo Acordo de Paris de 2015 e, à vista disso, a transgressão de garantias elementares da pessoa humana — incluindo o direito humano a um clima estável e seguro. O reconhecimento desse direito ampara-se no Tratado de Maastricht de 1992, bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

O argumento tem sido igualmente suscitado em casos de litigância climática no Brasil. O caso *Instituto de Estudos Amazônicos c. Brasil*<sup>42</sup> argumenta a existência de um direito fundamental à estabilidade climática. Esse seria um direito e dever fundamentais implicitamente incrustados na Constituição da República (CR) de 1988, sobretudo no artigo 225 que reconhece o direito a um meio ambiente equilibrado. Trata-se de direito fundamental subjetivo capaz de irradiar deveres de ordem objetiva, constitucionalmente implícitos. O caso *PSB e Outros c. Brasil*,<sup>43</sup> referente a direitos fundamentais e dos povos indígenas no contexto dos danos à Amazônia, também consigna que o artigo 225 da CR permite o reconhecimento do direito a um clima estável e seguro.

Logo, o direito a um sistema climático seguro, mesmo sem previsão explícita em normas internacionais e/ou nacionais, se afirma com base na interpretação extensiva do direito ao meio ambiente. A prerrogativa ganha respaldo constitucional como direito fundamental implicitamente reconhecido por meio do direito ao meio ambiente, amplamente reconhecido em boa parte das constituições do mundo.

A estabilidade do sistema climático é condição para a efetivação dos demais direitos humanos e sua elevação à condição de direito mostra-se como etapa fundamental para uma abordagem da crise climática baseada em direi-

<sup>35</sup> Caso *La Rose c. Her Majesty the Queen* (Corte Federal do Canadá, 2019), ainda pendente de decisão.

<sup>36</sup> Caso *Ali c. Paquistão* (Suprema Corte do Paquistão, 2016), ainda pendente de decisão.

<sup>37</sup> Caso *Juliana c. EUA* (Tribunal de Apelação do Nono Circuito dos EUA), julgado improcedente janeiro de 2020.

<sup>38</sup> UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF OREGON EUGENE DIVISION. *Opinion and Order Case n. 6:15-cv-01517-TC*. Disponível em: [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2016/20161110\\_docket-615-cv-1517\\_opinion-and-order-2.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2016/20161110_docket-615-cv-1517_opinion-and-order-2.pdf) Acesso em: 17 ago. 2020.

<sup>39</sup> Caso *Notre Affaire à Tous c. França* (Tribunal Administrativo de Paris, 2018), pendente de decisão.

<sup>40</sup> Caso *Maria Khan e Outros. c. Paquistão e outros* (Corte Suprema de Lahore, 2019), pendente de decisão.

<sup>41</sup> Caso *A Sud et al. c. Itália* (Corte Civil de Roma, 2021), pendente de revisão.

<sup>42</sup> Caso *Instituto de Estudos Amazônicos c. Brasil* (Justiça Federal de Curitiba, 2020), pendente de decisão.

<sup>43</sup> Caso *PSB et al. c. Brasil* (Supremo Tribunal Federal, 2020), ainda pendente de decisão.

tos. Seu reconhecimento é uma importante ferramenta de proteção daqueles que estão sujeitos à (i) mobilidade por conta da mudança do clima. Trata-se, portanto, de argumento relevante em casos de litigância envolvendo a temática. Aqueles compelidos a deixar seus locais habituais de residência em razão do clima, ou que são impossibilitados de se mover como estratégia de sobrevivência, veem no direito a um clima seguro a possibilidade de garantia dos demais direitos e argumentar juridicamente sobre o contexto de injustiça climática em que se encontram.

### 3 As obrigações climáticas que decorrem dos tratados de direitos humanos: fundamentos para a litigância climática baseada em direitos

O reconhecimento das conexões entre a mudança climática e direitos humanos gera obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos que estão relacionadas à garantia de um clima seguro. Há que se falar, desse modo, na extensão das obrigações e responsabilidades dos Estados e do setor econômico em matéria de direitos humanos, abarcando assim medidas de enfrentamento à crise climática.<sup>44</sup> O preâmbulo do Acordo de Paris afirma que “as Partes deverão, ao adotar medidas para enfrentar a mudança do clima, respeitar, promover e considerar suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos”.<sup>45</sup> Desde então, integram-se os direitos humanos na governança do clima, exigindo o alinhamento das ações climáticas com as obrigações estatais que decorrem de tais prerrogativas. Essas obrigações, assim como as responsabilidades do setor econômico, são estabelecidas pelo DIDH e visam garantir um sistema climático seguro por meio de medidas de mitigação e adaptação, bem como ações de prevenção e resposta com um enfoque em direitos, especialmente dos mais vulneráveis.

Os *Princípios Básicos sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente*<sup>46</sup> de 2018 indicam que as obrigações de direitos

humanos relacionadas ao gozo de um ambiente equilibrado — as quais se estendem à garantia do clima seguro — são de três ordens: substantivas, procedimentais e obrigações relacionadas aos grupos vulneráveis. Nessa última, incluem-se todos aqueles sujeitos à (i) mobilidade por motivos climáticos e se encontram inseridos em contextos que propiciam violações de seus direitos. Dentre as obrigações elencadas, destaca-se que Estados (i) devem agir a fim de evitar a discriminação no gozo do direito ao meio ambiente que tem no clima seguro um dos seus elementos substantivos; e (ii) devem adotar medidas adicionais para proteger os direitos dos mais vulneráveis ou em situação particular de risco, considerando suas necessidades e capacidades.

Nesse contexto, aqueles que se movem em razão da mudança climática são vítimas de discriminação na fruição do direito ao clima seguro, encontrando-se em situação particular de vulnerabilidade no que se refere à exposição a riscos e violações de direitos humanos. Portanto, as obrigações em matéria ambiental decorrentes dos direitos humanos podem fundamentar litígios relacionados ao tema deste estudo. Os próximos subtópicos detalham tais obrigações, expressas pelos organismos do sistema de proteção dos direitos humanos da ONU.

#### 3.1 Obrigações dos estados para a proteção dos direitos humanos face à crise climática aplicadas à mobilidade humana<sup>47</sup>

A efetividade do direito a um clima seguro gera obrigações estatais, como não violar, proteger contra infrações por terceiros — especialmente empresas, e garantir

<sup>44</sup> Para uma visão geral das obrigações dos Estados decorrentes dos diferentes instrumentos de direitos humanos no contexto da crise climática, especialmente das manifestações dos organismos de controle da aplicação dos tratados de direitos humanos sobre o tema: MCKERNAN, L. *et al.* *States' human rights obligations in the context of climate change*. 2020 update. CIEL; GI-ESCR, 2020.

<sup>45</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Acordo de Paris. Decisão 1.CP/21*. Paris, França: ONU, 2015.

<sup>46</sup> UNHRSP, 2018.

<sup>47</sup> O estabelecimento das obrigações estatais em matéria climática que decorrem dos tratados de direitos humanos baseou-se no relatório *Clima Seguro* do Relator Especial da ONU sobre as Obrigações de Direitos Humanos Relacionadas ao Desfrute de um Meio Ambiente Seguro, Limpo, Saudável e Sustentável, de 2019. As disposições do relatório foram aplicadas ao contexto da mobilidade humana induzida por fatores climáticos e complementadas com outros documentos relacionados ao tema. UNITED NATIONS. *Report of the special rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment: safe climate*. A/74/161. Nova Iorque: UNGA, 2019. Entre os principais documentos complementares figura a manifestação conjunta de cinco organismos de direitos humanos da ONU (Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra Mulheres; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, Comitê dos Direitos da Criança, Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência) sobre direitos humanos e mudança climática (*Joint Statement on Human Rights and Climate Change*) que trazem um rol de obrigações estatais na matéria. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E>

a exequibilidade desse direito pela aplicação e cumprimento de leis, políticas e programas relacionados a sua realização. A obrigação reflete na prevenção de fluxos populacionais e situações de (i) mobilidade: há violação do direito ao clima seguro quando tais contextos se configuram porque as condições climáticas tornam-se inseguras para a subsistência e permanência nos locais de residência habitual. Também abarca medidas de controle sobre as atividades de empresas, sobretudo daquelas que produzem combustíveis fósseis ou emitem grandes quantidades de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), as quais contribuem para a instabilidade do sistema climático e para fluxos migratórios associados.

Outro aspecto que resulta do direito ao clima seguro é a obrigação de garantir a não discriminação e a equidade, evitando retrocessos na garantia desse direito e nas ações de mitigação e adaptação. Se comunidades e indivíduos estão expostos a situações de insegurança climática por razões não justificáveis, como aqueles que se movem por conta dos seus impactos, há descumprimento de tal obrigação. Medidas relacionadas à mitigação, adaptação, financiamento e perdas e danos associados à mudança climática devem ser regidas por tais princípios.

Obrigações em matéria climática também decorrem dos direitos procedimentais. Nesse sentido, os Estados devem fornecer informações acessíveis e inteligíveis sobre a atual crise climática. No contexto da (i) mobilidade humana, essas incluem: (i) informações sobre riscos climáticos aos quais estão expostas as comunidades, (ii) previsões e evidências de mudanças ambientais ligadas ao clima, (iii) possíveis efeitos sobre os meios de subsistência e segurança — incluindo a alimentar, os modos de vida, a saúde e perspectivas de futuro. Essas podem levar à adoção da migração como medida de adaptação com base em decisões informadas e ao estabelecimento de medidas de prevenção e reforço da resiliência, evitando movimentos forçados e em caráter de urgência.

Os Estados devem garantir uma abordagem inclusiva, equitativa e de gênero na participação pública em matéria climática, com ênfase no empoderamento dos grupos mais afetados, como aqueles sujeitos à (i) mobilidade humana. Para tanto, deve-se prever espaços e oportunidades de representação dos migrantes climáticos nos processos decisórios relacionados às agendas de RRD, migratória, ambiental, de desenvolvimento e de direitos humanos. O acesso à justiça para os migran-

tes, assim como para as comunidades expostas a risco de deslocamento ou imobilidade forçada, deve ser garantido, possibilitando a responsabilização de países e empresas diante do descumprimento de compromissos climáticos, suas contribuições para o fenômeno e consequentes violações de direitos. Corresponde, logo, ao direito desses indivíduos e comunidades de utilizar a litigância climática como estratégia de reconhecimento e proteção de seus direitos.

No âmbito das políticas e planos, os Estados devem avaliar seus impactos sobre o clima e direitos humanos, considerando-se que mesmo medidas de mitigação e/ou de adaptação podem prejudicar comunidades e seus direitos. As políticas climáticas devem refletir o mais alto nível de ambição possível, reforçando a resiliência aos riscos e impactos climáticos, garantindo que investimentos públicos e privados sejam coerentes com a redução de emissões e de vulnerabilidades. Por fim, devem garantir o protagonismo, promover o empoderamento e zelar pelos direitos de grupos vulneráveis, bem como a proteção e segurança dos defensores dos direitos desses indivíduos.

Outro aspecto fundamental em termos de obrigações estatais e suas implicações para a litigância climática no contexto da (i) mobilidade humana refere-se à extraterritorialidade.<sup>48</sup> O ACNUDH<sup>49</sup> lembra que as obrigações dos Estados se estendem a todos os titulares de direitos, bem como a riscos e danos que ocorram tanto no seu território como fora dele. São, portanto, responsáveis por suas contribuições à mudança climática, independentemente do local das emissões ou dos danos, abrangendo a regulação e controle de empresas sob sua jurisdição que contribuem para a crise climática.

Os organismos de controle da implementação de tratados de direitos humanos também se manifestaram sobre o caráter extraterritorial das obrigações relacionadas ao clima, especialmente de prevenir violações de direitos causadas pela mudança climática e de regular atividades que contribuem para tais danos. Os Estados devem controlar as atividades desenvolvidas por atores privados, responsabilizando-os por riscos e danos

<sup>48</sup> BELLINKX, V. *et al.*; Addressing climate change through international human rights law: from (extra)territoriality to common concern of humankind. *Transnational Environmental Law*, p. 1-25, 2021.

<sup>49</sup> OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Key messages on human rights and climate change*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/KeyMessages\\_on\\_HR\\_CC.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/KeyMessages_on_HR_CC.pdf) Acesso em: 10 jun. 2021.



causados tanto em seus territórios quanto além de suas fronteiras.

O entendimento foi igualmente expresso pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em sua Opinião Consultiva OC-23/17, relativa às obrigações estatais de cunho ambiental no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade física.<sup>50</sup> A Corte IDH estabelece que os Estados devem garantir que seus territórios não sejam utilizados de forma a causar danos significativos ao meio ambiente de outros países, adotando medidas para impedir que atividades sob sua jurisdição ou controle capazes de produzir danos ao meio ambiente, como os danos ao sistema climático, afetem os direitos de pessoas que estejam dentro ou fora de seu território.

A responsabilidade extraterritorial dos Estados em matéria de direitos humanos e mudança do clima ganha relevância no contexto da mobilidade humana na medida que fluxos populacionais se originam, prioritariamente, no Sul Global, em locais que menos contribuem para a crise climática. Aqueles que se movem nesse contexto frequentemente são vítimas do descumprimento de compromissos climáticos de outros países, assim como da falta de regulamentação efetiva de indústrias poluidoras sob sua jurisdição.

Quanto a deslocamentos internos no contexto climático, a Relatora Especial para os direitos humanos dos deslocados internos<sup>51</sup> afirma que os Estados devem adotar ações positivas para proteger os direitos humanos de ameaças naturais e deslocamentos relacionados. Essas devem incluir medidas preventivas e de resposta, recaindo sobre os Estados a promoção de resiliência e adoção de soluções duráveis às situações de deslocamentos provocados por fatores climáticos. Os deveres e responsabilidades seriam fixados pelos Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos de 1998.

No que se refere às obrigações estatais relacionadas aos migrantes climáticos, cinco organismos de controle dos tratados de direitos humanos,<sup>52</sup> em manifestação

conjunta, estabeleceram que os Estados devem abordar os fatores ambientais que atuam como vetores da mobilidade humana, como a mudança climática, garantindo que não impeçam a fruição dos direitos humanos pelos migrantes. Devem prever, portanto, mecanismos de proteção complementar, temporária ou outros meios de estadia para os deslocados em consequência do clima e de desastres e que não possam retornar aos seus países de origem.

Por fim, destaca-se que os documentos específicos do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos da ONU sobre mudança climática e mobilidade humana, abordados no item anterior, trazem recomendações aos Estados na matéria, tendo-se optado aqui por enfatizar somente aqueles que se referem a obrigações. As obrigações estatais extraídas da agenda de direitos humanos e contextualizadas à migração climática constituem fundamentos válidos para os litígios baseados em direitos que envolvem o tema.

### 3.2 Responsabilidades do setor econômico para a proteção dos direitos humanos face à crise climática

Mesmo não sendo formalmente considerados atores do DIDH sujeitos às obrigações decorrentes de tratados, o setor econômico tem participação decisiva na configuração e enfrentamento da crise climática, com repercussões na efetivação de direitos humanos. A responsabilidade de empresas pelo descumprimento de tais direitos em consequência de sua contribuição para a mudança do clima tem sido objeto de distintos litígios. Por exemplo, no caso *Milieudefensie e Outros c. Royal Dutch Shell*,<sup>53</sup> alegou-se que a contribuição da empresa para as alterações induzidas do clima violou obrigações de direitos humanos, assim como o dever de cuidado relativo à redução das emissões de GEE na atmosfera. Em decisão inédita, a Corte Distrital de Haia ordenou que a ré diminua suas emissões em 45% até 2030, tendo como base o ano de 2019.

No caso *Envol Vert e Outros c. Casino*,<sup>54</sup> uma coalizão internacional de Organizações Não Governamentais (ONGs) denunciou rede francesa de supermercados

<sup>50</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17 Medio Ambiente y Derechos Humanos*. San José: CIDH, 2017.

<sup>51</sup> UNGA, 2020; UNGA, 2011.

<sup>52</sup> São eles: Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra Mulheres, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, Comitê dos Direitos da Criança e Com-

itê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

<sup>53</sup> Caso *Milieudefensie e Outros c. Royal Dutch Shell* (Corte Distrital de Haia, Holanda), com decisão proferida em 26 de maio de 2021.

<sup>54</sup> Caso *Envol Vert e Outros c. Casino* (Tribunal Judicial de Saint-Etienne, França, 2021), pendente de decisão.

pela sua contribuição a danos ambientais, violações de direitos humanos e dos povos indígenas, bem como a destruição de sumidouros de carbono resultante do desmatamento causado pela indústria pecuária no Brasil e Colômbia. Buscam compelir a empresa a cumprir suas obrigações relacionadas ao dever de vigilância com base em lei francesa promulgada em 2017. Os direitos humanos se configuram, portanto, como argumentos jurídicos importantes na busca de ações efetivas dos atores econômicos e sua responsabilização face à desestabilização do clima global.

O Sistema de Proteção dos Direitos Humanos da ONU não foi indiferente ao papel dos atores econômicos para a crise climática, estatuindo sobre suas responsabilidades a partir dos *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*, endossados pelo CDH em 2011.<sup>55</sup> A interpretação desses princípios no contexto climático foi expressa pelo ACNUDH em 2020.<sup>56</sup> As empresas devem adotar ações positivas para identificar, prevenir, mitigar e resolver impactos climáticos provenientes de suas atividades, evitando a violação dos direitos humanos. A responsabilidade aplicar-se-ia mesmo diante da ausência de obrigações climáticas claras no direito interno ou de exigências e capacidades estatais de respeitar, proteger e cumprir tais prerrogativas.

À vista disso, as empresas devem cumprir o dever de devida diligência para identificar, prevenir e mitigar impactos climáticos decorrentes de suas atividades aos direitos humanos, ou ligadas às suas operações, serviços e relações comerciais. Também é preciso ter coerência entre a responsabilidade de respeitar os direitos humanos e as políticas/procedimentos que regem suas atividades e relações comerciais no que se refere ao clima. Aproximando a responsabilidade do setor econômico a litígios climáticos, cumpre às empresas reparar eventuais danos aos direitos humanos em razão das consequências que suas atividades e condutas geram para a estabilidade do clima global. Destaca-se, ainda, a importância da boa-fé a fim de não prejudicar os processos perante os tribunais em matéria de responsabilização das empresas por

danos climáticos. Nos casos de impactos severos, a reparação deve estar em consonância com sua parcela de responsabilidade. Exige-se, assim, que esse setor adote uma abordagem de direitos humanos em suas atividades que guardem relação com o clima.

Além dos princípios orientadores aplicados no contexto climático, o ACNUDH pede esforços desse setor para: (i) reforçar suas ambições climáticas com uma abordagem de direitos humanos; (ii) divulgar informações sobre possíveis impactos ao clima terrestre; (iii) informar sobre *lobbies* corporativos relacionados à políticas climáticas, abstendo-se de apoiar campanhas públicas com informações imprecisas, enganosas e infundadas sobre o tema; (iv) respeitar o direito à participação e garantir a consulta prévia sobre suas ações e decisões que possam impactar direitos humanos; (v) respeitar os defensores do meio ambiente e o espaço público, prevenindo represálias, assédios e ações judiciais contra a participação pública; (vi) respeitar o direito de se beneficiar da ciência e de suas aplicações em relação ao clima; (vii) comprometer-se com a realização dos objetivos do desenvolvimento sustentável e com a transição justa para uma economia descarbonizada; e (viii) adotar programas justos e equitativos para o enfrentamento da mudança climática.

O Relator Especial da ONU sobre direitos humanos e meio ambiente<sup>57</sup> também indica responsabilidades atribuídas ao setor econômico quanto à estabilidade do clima. Essas Estas se relacionam à redução das emissões de GEE oriundas de suas atividades, assim como de seus produtos e serviços; à minimização das emissões de seus fornecedores, bem como à divulgação sobre suas emissões e possíveis vulnerabilidades climáticas, garantindo que as vítimas de suas atividades tenham acesso a soluções reparatórias efetivas.

Pelo exposto, a agenda de direitos humanos estabelece princípios e diretrizes que guiam o setor econômico frente à crise climática, considerando sua responsabilidade de adotar uma abordagem pautada nos direitos humanos. As empresas, sobretudo aquelas relacionadas à indústria dos combustíveis fósseis e a atividades extrativistas/agronegócio, são atores chave para o enfrentamento da mudança climática e seus impactos sobre direi-

<sup>55</sup> OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations protect, respect and remedy framework*. Nova Iorque: OHCHR, 2011. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>56</sup> OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Human rights, climate change and business: key messages*. Suíça: OHCHR, 2020.

<sup>57</sup> UNITED NATIONS. *Report of the special rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment: safe climate*. A/74/161. Nova Iorque: UNGA, 2019.

tos e comunidades. Considerando-se que essas figuram em distintos casos de litigância climática por sua contribuição ao desequilíbrio do clima global e consequentes violações de direitos humanos, o setor econômico pode ser também responsabilizado por movimentos populacionais involuntários que tenham as alterações do clima como fatores preponderantes. As responsabilidades que lhes são atribuídas em matéria de clima e direitos servem de subsídio e fundamento para possíveis recursos aos tribunais para o reconhecimento e proteção dos que se movem no contexto da crise climática.

#### 4 Os sistemas de proteção dos direitos humanos como espaços de justiça para os migrantes climáticos: aspectos destacados para uma litigância pautada em direitos

A litigância climática tem se configurado como estratégia para que distintos atores possam influenciar a agenda do clima, integrando a perspectiva de grupos vulneráveis. Além de sua força simbólica em termos de empoderamento e visibilidade, litígios climáticos podem acelerar a progressividade de direitos e a implementação de ações de mitigação e adaptação, além de promover mudanças estruturais em políticas e normas. Desde os primeiros casos reconhecendo violações de direitos humanos em tribunais nacionais — como *Asghar Leghari c. Federação do Paquistão* (2015),<sup>58</sup> *Urgenda Foundation c. Holanda* (2019)<sup>59</sup> e *Gerações Futuras c. Colômbia* (2018)<sup>60</sup> —,

<sup>58</sup> Caso *Leghari c. Paquistão*, WP No. 25501/2015 (Suprema Corte de Lahore, 2015). Para detalhes sobre a importância do caso para o argumento dos direitos humanos na litigância climática do Sul Global: BARRITT, E.; SEDITI, B. The symbolic value of Leghari v. Federation of Pakistan: climate change adjudication in the global south. *King's Law Journal – Environmental Justice in the Anthropocene*, v. 30, n. 2, p. 203-210, 2019.

<sup>59</sup> *Urgenda c. Holanda*, Caso n. 200.178.245/01 (Corte de Apelação de Haia, 2018) e Caso n. 19/00135 (Suprema Corte da Holanda, 2020). Disponíveis em: <<https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/>>. Para outros detalhes sobre o caso, ver: i) LEIJTEN, I. Human rights v. insufficient climate action: the Urgenda case. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 37, n. 2, p. 112-118, 2019; ii) BACKES, C. W.; VAN DER VEEN, G. A. Urgenda: the final judgement of the Dutch Supreme Court. *Journal for European Environmental & Planning Law*, v. 17, n. 3, p. 307-321, 2020.

<sup>60</sup> *Generaciones Futuras v. Minambiente*, Caso n. STC4360-2018 (Corte Suprema de Justiça, 2018). ALVARADO, P. A. A.; RIVAS-RAMÍRES, D. A milestone in environmental and future generations' rights protection: recent legal developments before the Colombian Supreme Court. *Journal of Environmental Law*, v. 30, n. 3, p. 519-526,

o recurso ao argumento dos direitos humanos tem se consolidado como uma tendência nesse tipo de litígio.<sup>61</sup> Os impactos de tais decisões oriundas de tribunais nacionais não se limitam às normas e políticas climáticas domésticas, influenciando a própria governança global do clima e reforçando o papel dos direitos humanos nesse âmbito.<sup>62</sup>

Ainda que a utilização dos direitos humanos como argumento nos casos de litigância climática esteja presente em pleitos de distintos países e regiões, litígios pautados em direitos preponderam no Sul Global.<sup>63</sup> Com base no caso *Asghar Leghari c. Federação do Paquistão*,<sup>64</sup> outras vozes do Sul foram aos tribunais nacionais e sistemas de proteção de direitos humanos buscar justiça climática. Trata-se de mulheres,<sup>65</sup> meninas,<sup>66</sup> comunidades indígenas<sup>67</sup> e outras populações tradicionais,<sup>68</sup> gerações futuras,<sup>69</sup> e migrantes<sup>70</sup> que almejam reverter violação

2018.

<sup>61</sup> Sobre o argumento dos direitos humanos na litigância climática: i) PEEL, J.; OSOFSKY, H. M. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2017; e ii) SAVAREZI, A.; AUZ, J. Climate change litigation and human rights: pushing the boundaries. *Climate Law*, v. 9, n. 3, p. 244-262, 2019.

<sup>62</sup> KNOX, J.; VOIGT, C. Introduction to the Symposium on Jacqueline Peel & Jolene Lin transnational climate litigation: the contribution of the Global South. *AJIL Unbound*, v. 114, p. 35-39, 2020.

<sup>63</sup> Sobre a litigância climática no Sul Global: i) KNOX, J.; VOIGT, C. Introduction to the Symposium on Jacqueline Peel & Jolene Lin transnational climate litigation: the contribution of the Global South. *AJIL Unbound*, v. 114, p. 35-39, 2020; ii) RODRIGUEZ-GARAVITO, C. Human rights: the global south's route to climate litigation. *AJIL Unbound*, v. 114, p. 40-44, 2020; iii) SETZER, J.; BENJAMIN, L. Climate litigation in the global south: filling in gaps. *AJIL Unbound*, v. 114, p. 56-60, 2020; iv) OSOFSKY, H. M. The geography of emerging global south climate change litigation. *AJIL Unbound*, v. 114, p. 61-66, 2020; SETZER, J.; BENJAMIN, L. Climate litigation in the global south: constraints and innovations. *Transnational Environmental Law*, v. 9, n. 1, p. 77-101, 2020.

<sup>64</sup> Caso *Leghari c. Federação do Paquistão*, WP No. 25501/2015 (Suprema Corte de Lahore, 2015).

<sup>65</sup> Caso *Maria Khan e Outros. c. Federação do Paquistão et al.* (Suprema Corte de Lahore, 2019), ainda pendente de decisão.

<sup>66</sup> Caso *Ali c. Federação do Paquistão* (Suprema Corte de Lahore, 2016), ainda pendente de decisão, e caso *Pandey c. Índia* (National Green Tribunal, 2019), arquivado sem a análise do mérito.

<sup>67</sup> Caso *PSB et al. c. Brasil* (Supremo Tribunal Federal, 2020), ainda pendente de decisão.

<sup>68</sup> Caso *Gbemre c. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. and Others* (Suprema Corte Federal da Nigéria, 2005), devidamente decidido.

<sup>69</sup> Caso *Jovens c. Governo do México* (2020), caso *Sacchi et al. c. Argentina et al.* (Comitê da ONU para os Direitos da Criança, 2019), caso *Do-Hyun Kim et al. c. Coreia do Sul* (Corte Constitucional da Coreia do Sul, 2020), todos ainda pendentes de decisão.

<sup>70</sup> Caso *0907346 [2009] RRTA 116* (*Refugee Review Tribunal*, Austrália, 2009) decidido desfavoravelmente; caso *Ioane Teitiota c. The*



de direitos humanos resultantes da inação, falta de ambição e falhas para a implementação e cumprimento de normas e políticas por parte dos Estados e corporações transnacionais.<sup>71</sup>

Os seguintes aspectos são destacados como razões para o argumento dos direitos humanos na litigância climática do Sul Global: (i) o *Constitucionalismo Ambiental*, dado que boa parte dos países integra direitos ambientais em seus textos constitucionais; (ii) a experiência acumulada em matéria de ativismo e de litigância em direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, assim como dos direitos dos povos indígenas e demais comunidades tradicionais; (iii) a abordagem multi-nível, articulando tratados internacionais com normas (infra) constitucionais em distintos temas (por exemplo, direitos humanos e mudança do clima); (iv) a jurisprudência inovadora e postura progressista dos tribunais em matéria ambiental; (v) a judicialização de políticas por problemas de implementação; e (vi) a ecologização dos direitos humanos, sobretudo na América Latina.<sup>72</sup>

Tais elementos favorecem litígios relacionados à migração climática e permitem a contextualização dos direitos ambientais às situações de (i) mobilidade, a adequação das estratégias e experiências de litigância pelos direitos dos vulneráveis a esse grupo de indivíduos, a articulação das agendas ambiental, climática, migratória, de RRD e de direitos humanos de forma transversal (do local ao global); a utilização dos precedentes jurisprudenciais e argumentos inovadores em matéria ambiental e de direitos, como o direito a um clima seguro, a seu favor; e o aproveitamento das experiências de judicialização de políticas para questionar políticas climáticas e migratórias que não integrem a perspectiva da mobilidade humana induzida pelo clima.

---

*Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* (Suprema Corte da Nova Zelândia, 2015), com decisão final desfavorável.

<sup>71</sup> A litigância climática, centrada nos direitos, não se dá, exclusivamente, em face de Estados. O argumento também tem sido explorado nos litígios contra corporações por sua contribuição para o desequilíbrio do sistema climático global. Veja-se, por exemplo, o recente julgamento do caso *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell Plc.* (*The Hague District Court*, 2021), que se fundamenta em violações à Convenção Europeia de Direitos Humanos em razão das contribuições da empresa para a mudança climática, ameaçando os direitos à vida e ao respeito da vida privada e familiar.

<sup>72</sup> Destaca-se a Opinião Consultiva *Meio Ambiente e Direitos Humanos* (OC 23 de 2017), bem como o reconhecimento da violação do direito ao meio ambiente como direito autônomo (*Lbaka Honbat – Nuestra Tierra c. Argentina*, sentenciado em 06 de fevereiro de 2020), ambos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar disso, Peel e Osofsky<sup>73</sup> listam elementos que podem obstaculizar a litigância climática baseada em direitos humanos no contexto da mobilidade humana. São eles:

- Causalidade: refere-se à comprovação do nexo de causalidade entre emissões de GEE, inação, falta de ambição ou omissão no cumprimento de compromissos climáticos (ou ausência ou falhas de políticas de adaptação) e impactos climáticos. O grau de dificuldade é ainda maior quando se relacionam tais impactos a contextos específicos de ameaças e violações a direitos humanos. No caso dos migrantes climáticos, há que se falar na demonstração de fatores climáticos como principais vetores do movimento e suas implicações em termos de direitos.
- Temporalidade: ao passo que diversos litígios se pautam em impactos climáticos progressivos e previsões futuras, na prática dos direitos humanos, privilegiam-se as constatações de violações somente após a ocorrência do dano. Verifica-se a necessidade de integrar a perspectiva da prevenção e do risco de infração aos direitos humanos e das dificuldades de estabelecer relações entre movimentos populacionais, clima e violações de direitos quando se está diante de eventos climáticos de início lento, como a desertificação e o aumento do nível do mar.
- Espacialidade: associa-se à extraterritorialidade na proteção de direitos e das obrigações estatais relacionadas, essencial no contexto da justiça climática. Considera-se que os impactos climáticos são sentidos de forma mais aguda por populações que menos contribuem para o fenômeno. Isso se torna ainda mais evidente no contexto da mobilidade humana, pois fluxos migratórios e populações mais expostas ao risco de movimentos forçados estão localizados no Sul Global.

---

<sup>73</sup> PEEL, J.; OSOFSKY, H. M. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2017.

Identificadas as potencialidades e os obstáculos para uma litigância climática baseada em direitos, passa-se à análise das experiências que guardam relação com (i) mobilidade humana nos sistemas de proteção dos direitos humanos, demonstrando como essas estas contribuem para o reconhecimento e visibilidade dos migrantes climáticos.

#### 4.1 Petição submetida à Comissão Nacional de Direitos Humanos das Filipinas

Em 2015, a Comissão Nacional de Direitos Humanos das Filipinas recebeu uma petição de ONGs e cidadãos para investigar a responsabilidade dos chamados *carbon majors*,<sup>74</sup> por ameaças ou violações de direitos humanos decorrentes dos impactos da mudança climática, especialmente no contexto de desastres. Após o estabelecimento de um Inquérito Nacional sobre a Mudança Climática, a Comissão declarou que os 47 *carbon majors* indicados poderiam ser considerados legal e moralmente responsáveis por violações aos direitos humanos dos filipinos. O caso demonstra a transposição dos limites espaciais dos conflitos e respostas do Direito contemporâneo, bem como implica a responsabilidade de empresas ao redor do globo pela desestabilização do sistema climático terrestre e sua relação com impactos localizados sobre os direitos humanos.<sup>75</sup>

O memorando apresentado pela Comissão Nacional de Direitos Humanos é repleto de menções à mobilidade humana. Referenciando os relatórios do ACNUDH, abordados nos tópicos anteriores, afirma que impactos climáticos afetarão indivíduos e grupos humanos que já se encontram em situação de vulnerabilidade de forma desproporcional, como os migrantes. Aponta, ademais, que o direito à moradia se encontra diretamente relacionado a processos migratórios. O declínio da produção agrícola, a degradação de ecossistemas e a escassez de recursos naturais faz com que muitos ocupem centros urbanos e construam abrigos em áreas vulneráveis, colocando em risco suas garantias elementares.

Além disso, a comunicação atesta que as alterações induzidas do clima podem ampliar processos migrató-

rios, tanto internos quanto transfronteiriços. Condições climáticas extremas e processos graduais levarão à deterioração de cadeias alimentares essenciais à subsistência humana, provocando conflitos e o deslocamento humano. Enfatizou-se que o ciclone tropical Haiyan<sup>76</sup> de 2013 deslocou milhares de pessoas que, até hoje, necessitam de auxílio estatal para o restabelecimento de uma vida digna. O deslocamento de pessoas é apontado, diante disso, como impacto climático que prejudica a efetiva fruição e leva à violação de direitos humanos em todo o território nacional.

O caso se destaca por relacionar a violação de direitos humanos em razão de deslocamentos induzidos pelo clima, por atestar que os impactos climáticos afetam a dignidade e uma série de outras prerrogativas inerentes à pessoa humana, e sobretudo por ser favorável à responsabilização de empresas por violações de direitos humanos, independentemente de onde ocorram, que resultem do impacto de suas atividades sobre o clima.

#### 4.2 Casos de litigância climática ajuizados perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU

##### 4.2.1 Caso *Ioane Teitiota c. Nova Zelândia*

Trata-se de comunicação interposta no ano de 2015 por Ioane Teitiota, cidadão de Kiribati, Estado insular localizado no Oceano Pacífico, em face do governo neozelandês. Com base no PIDCP, o autor alegou que a Nova Zelândia teria violado seu direito à vida, assim como o de sua família, ao determinar a deportação de todo núcleo familiar para seu país de origem após ter o pedido de obtenção do *status* de refugiado rejeitado. Argumentou-se que os impactos da mudança climática teriam levado à migração forçada de toda a família da ilha de Tarawa (Kiribati) para o território neozelandês. A elevação do nível do mar, a escassez de água potável, a crescente erosão do solo (levando a uma crise habitacional e disputas por terras), combinadas com a instabilidade social e política, teriam gerado uma situação alarmante para toda a família. O retorno ao país de origem poderia ensejar, desse modo, a violação de seus direitos humanos.

<sup>74</sup> Trata-se das maiores empresas ligadas à exploração de combustíveis fósseis e, logo, responsáveis pela emissão de GEE na atmosfera.

<sup>75</sup> Documentos relacionados ao caso estão disponíveis em: [www.chr.gov.ph/nicc-2/](http://www.chr.gov.ph/nicc-2/) e <https://www.greenpeace.org/philippines/press/1237/the-climate-change-and-human-rights-petition/>

<sup>76</sup> O tufão Haiyan também é conhecido nas Filipinas como supertufão Yolanda.

O sistema judicial neozelandês não encontrou evidências de que Teitiota e sua família teriam riscos relacionados a disputas de terras, ou de que seriam incapazes de cultivar alimentos, ter acesso à água potável e à moradia. Quanto à violação do direito à vida por conta das condições ambientais, o órgão julgador declarou que a situação da família não era distinta dos demais cidadãos de Kiribati. Todas as alegações apresentadas pelo autor foram, dessa maneira, rechaçadas. O Comitê de Direitos Humanos da ONU validou a decisão deliberada pelo governo neozelandês. No entanto, reconheceu que:

[...] sem esforços nacionais e internacionais consistentes, os efeitos da mudança climática nos países de origem podem expor indivíduos à violação de seus direitos, nos termos dos Artigos 06 e 07 do PIDCP, desencadeando as obrigações de *non-refoulement* [não-devolução] dos países em que a proteção se faz necessária. Além disso, tendo em vista que a submersão de um país se designa como um risco extremo, as condições de vida em tais localidades podem se tornar incompatíveis com o direito de viver com dignidade antes que o risco se torne efetivo.<sup>77</sup>

O trecho ora citado tem atraído a atenção da comunidade internacional. Apesar de não coibir expressamente o retorno de um indivíduo ao seu local de origem ao buscar guarida devido aos impactos climáticos, o Comitê enfatiza que Estados podem ser proibidos de expatriar pessoas cujo direito à vida esteja ameaçado caso não cooperem para o enfrentamento da crise climática. Ademais, se a análise do contexto geral do país de origem e potenciais riscos forem desconsiderados, Estados poderiam violar suas obrigações relacionadas ao princípio da não devolução.

McAdam,<sup>78</sup> ao dispor sobre a impossibilidade de retornar indivíduos para locais em que os impactos da mudança climática os expõem a riscos que ameaçam a vida, destaca que o Comitê passou a oportunizar a emergência de novos julgados favoráveis sobre o tema a partir do princípio da não devolução. Até então, todas as reivindicações nesse sentido haviam falhado: além da dificuldade em caracterizar riscos ambientais como

agentes perseguidores a partir do Direito Internacional dos Refugiados, argumentos relacionados à ausência de impactos substanciais aos demandantes, ou de evidências concretas que fundamentassem tais reivindicações, eram comumente trazidos à baila por órgãos julgadores. Apesar de se relacionar às alterações induzidas do clima, o caso aborda a possível violação de direitos humanos com base em decisões adotadas na esfera da governança migratória, não discutindo as ações e/ou omissões estatais ligadas a políticas climáticas.

#### 4.2.2 Caso *Torres Strait Islanders c. Austrália*

Os autores do pleito são membros de comunidade tradicional, situada em uma das ilhas que compõem o Estreito de Torres, na Austrália. Sua cultura baseia-se em tradições e cosmovisões relacionadas ao meio ambiente, estando sua subsistência ameaçada pela mudança do clima. Em síntese, a elevação do nível do mar poderá ocasionar a perda de territórios com valor imaterial e a deterioração dos meios de vida e dos locais habituais de residência. Como resultado, o deslocamento forçado de famílias inteiras é esperado.

Alega-se a omissão do governo australiano quanto à implementação de medidas de mitigação e de adaptação aos impactos climáticos, assim como a sua negligência quanto à alocação de verbas para a devida proteção e resiliência de áreas costeiras. Face às falhas em lidar com os impactos e riscos climáticos, os autores acusam o governo nacional pela violação de obrigações associadas à proteção de direitos humanos da comunidade, em especial os direitos à cultura, privacidade, família, lar e vida, nos termos do PIDCP. É o primeiro caso levado ao Comitê de Direitos Humanos da ONU a se valer do descumprimento de direitos civis e políticos para responsabilizar a inação estatal em matéria de políticas climáticas, configurando-se como um litígio propriamente climático.

O caso vai além da exposição dos territórios tradicionais aos impactos da mudança climática, envolvendo, também, alterações na agenda doméstica do clima e nos compromissos assumidos pela Austrália perante a comunidade internacional. Além de propor a proteção efetiva do Estreito de Torres face ao fenômeno, solicita-se (i) o fornecimento recursos para medidas emergenciais e para estratégias de adaptação de longo prazo, permitindo que as ilhas continuem sendo habitadas; (ii)

<sup>77</sup> ODRIOZOLA, I.; SANTO, L. R. D. Comitê de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Teitiota c. Nueva Zelanda. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 10, n. 2, p. 265-297, 2020.

<sup>78</sup> MCADAM, J. Protecting people displaced by the impacts of climate change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 4, p. 708-725, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/ajil.2020.31> Acesso em: 15 jul. 2021.



a redução da emissão de GEE na atmosfera; e (iii) eliminação gradual do uso de combustíveis fósseis.

Apesar de permanecer pendente de decisão, o caso pode se tornar paradigmático por correlacionar a violação de direitos humanos aos impactos da mudança do clima e por incentivar a reforma das políticas climáticas em âmbito nacional. Em anúncio recente, o Comitê de Direitos Humanos se prepara para divulgar suas conclusões.<sup>79</sup>

### 4.3 Caso Chiara Sacci e outros C. Argentina, Brasil, França, Alemanha e Turquia no Comitê dos Direitos da Criança da ONU

A petição, apresentada ao Comitê dos Direitos da Criança em 2019 por 16 crianças de 12 países, foi inadmitida em outubro de 2021 por não ter esgotado todos os recursos jurídicos em âmbito doméstico. Os petionários alegaram ser diretamente afetados pela mudança climática: a alteração dos meios de vida e subsistência, a elevação do nível do mar, a exposição a doenças e a eventos climáticos extremos, assim como a perda de territórios tradicionais foram alguns dos impactos levantados. Enfatizaram-se, ademais, ameaças específicas à subsistência de crianças pertencentes a comunidades indígenas, incluindo a destruição de moradias e a evacuação de pessoas. Frisou-se que todos os riscos mencionados pelos autores podem levar a distintas formas de (i) mobilidade.

Ao correlacionar a atual emergência climática à crise dos direitos da criança, salientou-se que a inação e/ou omissão estatal quanto ao equilíbrio do sistema climático prejudicam a fruição de um meio ambiente sustentável para as futuras gerações. Assim, os Estados-réus deveriam ter sido responsabilizados por não terem reduzido as emissões de GEE a um nível capaz de garantir o bem-estar das gerações vindouras. Nesse ínterim — e com base na Opinião Consultiva 23/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, argumentou-se que a natureza coletiva das alterações induzidas do clima não isenta Estados de suas responsabilidades pelos danos que as emissões oriundas de seus territórios

podem causar às crianças, independentemente de sua localização geográfica.

Considerou, ainda, que as obrigações elencadas na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 devem ser interpretadas à luz do Direito Ambiental Internacional, com foco na agenda climática global. Ao estipular a limitação de danos contínuos e futuros, a Convenção de 1989 deixa brechas para a inclusão de danos causados por adversidades ambientais e/ou climáticas. Nesse sentido, as obrigações estatais de cunho climático, relacionadas aos direitos da criança, incluiriam: (i) evitar violações de direitos humanos que resultem dos impactos climáticos; (ii) cooperar para lidar com a atual crise climática; (iii) assegurar a justiça intergeracional; e (iv) aplicar o princípio da precaução, evitando danos irreversíveis. Ao contribuir para as alterações induzidas do clima, tais países não estariam respeitando o direito à vida, à saúde e à cultura, todos esses mencionados na referida Convenção.

O caso se destaca por (i) integrar a perspectiva intergeracional, ampliando o círculo dos seus sujeitos; (ii) se adequar à necessidade de revisar a temporalidade na abordagem desses direitos face aos impactos climáticos; e (iii) abordar a responsabilidade extraterritorial de Estados em questões climáticas.

### 4.4 Petição das tribos indígenas da Luisiana e Alasca aos relatores especiais de direitos humanos da ONU: o deslocamento induzido pela mudança climática como uma crise de direitos humanos

A petição foi apresentada em 2020 a 10 Relatores Especiais de Direitos Humanos da ONU<sup>80</sup> por 04 tribos indígenas situadas na Luisiana, assim como pela

<sup>79</sup> GALLOWAY, A. United Nations set to decide climate claims by Torres Strait Islanders against Australia. *The Sydney Morning Herald*, 14 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.smh.com.au/politics/federal/united-nations-set-to-decide-climate-claims-by-torres-strait-islanders-against-australia-20210614-p580sj.html> Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>80</sup> São eles: (i) Cecilia Jimenez-Damary, Relatora Especial sobre os direitos humanos dos deslocados internos; (ii) Victoria Lucia Tauli-Corpus, Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas; (iii) David R. Boyd, Relator Especial sobre direitos humanos e meio ambiente; (iv) Hilal Elver, Relatora Especial sobre o direito à alimentação; (v) Karima Bennouna, Relatora Especial sobre direitos culturais; (vi) Dainius Puras, Relator Especial sobre o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental; (vii) Leilani Fahra, Relatora Especial sobre moradia adequada como componente do direito a um padrão de vida adequado; (viii) Phillip Alston, Relator Especial sobre pobreza extrema e direitos humanos; (ix) Tendayi Achiume, Relatora Especial sobre formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata; e (x) Léo Heller, Relator Especial para os direitos humanos à água potável e saneamento.

aldeia indígena de Kivalina, no Alasca — estados que compõem os Estados Unidos da América (EUA). Os peticionários<sup>81</sup> argumentam que o governo norte-americano teria falhado em sua obrigação de proteger seus direitos humanos e, à vista disso, estariam obrigados a se deslocar devido aos impactos da mudança climática. O deslocamento ameaça a saúde, a vida e os meios de subsistência de tais comunidades, provocando, também, outros danos imateriais. Sustentam, ainda, que o princípio da autodeterminação dos povos indígenas foi desconsiderado, visto que estratégias de adaptação — como realocação planejada — foram estabelecidas sem a consulta prévia e a participação das respectivas tribos. Requer-se, diante disso, a caracterização dos deslocamentos populacionais induzidos pelos impactos da mudança climática nessas localidades como uma crise de direitos humanos.

Por ter sido submetida a distintos Relatores Especiais da ONU, as violações dos direitos apontadas englobam eixos temáticos diversos. Por exemplo, o deslocamento ameaça a satisfação de uma série de garantias elementares, como o direito à vida, à saúde, à água e alimentação, ao saneamento básico, assim como a um meio ambiente equilibrado. A investigação fundamenta-se nos Princípios Orientadores das Nações Unidas Relativos aos Deslocados Internos de 1998,<sup>82</sup> na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2008,<sup>83</sup> bem como em outras fontes do DIDH.

As tribos indígenas requerem: (i) o reconhecimento do princípio da autodeterminação no que tange à gestão de seus territórios; (ii) a implementação de mecanismos que permitam a efetiva consulta prévia e participação

<sup>81</sup> As 04 tribos indígenas da Luisiana são: (i) *Isle de Jean Charles Band of Biloxi-Chitimacha-Choctaw Indians of Louisiana*; (ii) *Pointe-au-Chien Indian Tribe*; (iii) *Grand Caillou/Dulac Band of Biloxi-Chitimacha-Choctaw Tribe*; e (iv) *Atakapa-Ishak Chawasha Tribe of the Grand Bayou Indian Village*. Por seu turno, a tribo indígena localizada no Alasca se chama *Aldeia Nativa de Kivalina*. Todas elas foram representadas pelo *Alaska Institute for Justice*, organização voltada à proteção de direitos humanos que se dedica, dentre outros, às prerrogativas daqueles que se deslocam em decorrência da crise climática.

<sup>82</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Princípios orientadores das Nações Unidas relativos aos deslocados internos*. 1998. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD\\_Legal/Documentos\\_da\\_ONU/Principios\\_orientadores\\_relativos\\_aos\\_deslocados\\_internos\\_1998.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Documentos_da_ONU/Principios_orientadores_relativos_aos_deslocados_internos_1998.pdf) Acesso em: 15 Jul. 2021.

<sup>83</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. UNIC/RIO/023. 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf) Acesso em: 15 jul. 2021.

em processos decisórios que envolvem as comunidades; (iii) a provisão de recursos financeiros para a proteção e restauração dos territórios indígenas; (iv) a consideração dos direitos humanos em processos de realocação planejada; (v) a preservação dos patrimônios culturais e outros bens imateriais; e (vi) o respeito ao acesso das tribos em seus respectivos territórios quando deslocados ou realocados. Apesar de aguardar a manifestação dos Relatores Especiais da ONU e de não tramitar em um dos organismos de controle dos tratados de direitos humanos, a petição aborda, de forma específica, os deslocamentos induzidos por fatores climáticos, trazendo a perspectiva dos povos indígenas.

#### 4.5 Caso Cité Soleil C. Haiti na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Em 2021, um grupo de crianças haitianas submeteu petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sob alegação de suposta violação de direitos humanos decorrentes do descarte incorreto de resíduos sólidos em seu distrito de residência, *Cité Soleil*, em Porto Príncipe, o que poderia causar danos à saúde daquelas crianças que habitam os entornos. Somado a isso, argumenta-se que os impactos das alterações climáticas — como inundações — têm contribuído para a disseminação de doenças transmitidas pela água, levando ao deslocamento de tais localidades. Os efeitos da mudança climática ampliariam a vulnerabilidade enfrentada pelas crianças e demais moradores de *Cité Soleil*, as quais já vivem sob condições insustentáveis e sujeitas à (i) mobilidade humana. Ainda, contesta-se que o desequilíbrio do sistema climático tem perturbado os sistemas de proteção à criança e agravado tensões familiares e sociais pré-existentes, deixando o grupo suscetível a abusos, trabalho infantil, tráfico, dentre outros.

Os peticionários alegam a violação dos direitos da criança, à dignidade, de viver em um ambiente equilibrado e saudável, bem como à assistência e proteção judiciária.<sup>84</sup> A Comissão analisa o juízo de admissibilidade da petição, a qual requer: (i) a adoção de medidas de precaução, proibindo o acúmulo de mais resíduos sólidos em *Cité Soleil*; (ii) a devida gestão de resíduos em âmbito nacional, sendo essa compatível com as normas internacionais; (iii) o fornecimento de assistência médi-

<sup>84</sup> Artigos 04, 11, 19, 25 e 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

ca especializada para todos os moradores do distrito; e (iv) a proteção contra atos de violência enquanto perseguem seus interesses como defensores do meio ambiente e dos direitos humanos.

O caso traz ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mesmo que de forma indireta, as relações entre mudança climática e violação de direitos, especialmente no que se refere ao risco de deslocamentos. A questão climática não é o objeto principal da demanda, mas como tem se verificado em distintos litígios do Sul Global, é invocada como tema transversal, reforçando vulnerabilidades, dificultando a realização de direitos e impactando outras políticas públicas. Também se alinha ao caso *Chiara Sacci e Outros*, destacando que as crianças (sobretudo meninas) se encontram em situação de maior vulnerabilidade face à crise climática. A partir da decisão da Corte IDH no caso *Lhaka Honbat (Nuestra Tierra) c. Argentina* de 2020,<sup>85</sup> o qual reconhece violação ao direito ao meio ambiente, tem-se um contexto mais favorável do que em 2005, quando a primeira petição relacionada à mudança climática, apresentada pelos povos Inuits do Ártico contra os EUA, não foi aceita pela Comissão IDH.

## 5 Considerações finais: As potencialidades e os limites da litigância climática em matéria de mobilidade humana induzida pelo clima

Em que pese o crescente emprego da litigância climática como estratégia para lidar com os impactos das alterações induzidas do clima, o instrumento ainda é pouco explorado para abordar temas correlatos, como a (i) mobilidade humana. Contudo, ainda que de forma secundária, o tópico aparece em diversos litígios decididos ou pendentes de decisão pelos sistemas de proteção dos direitos humanos. Prevalcem referências genéricas a situações de risco de movimentos forçados em razão do clima, inexistindo casos que sejam diretamente relacionados à mobilidade humana em trâmite nos órgãos jurisdicionais regionais ou nacionais.

A abordagem do fenômeno costuma ocorrer por vias judiciais relacionadas às esferas de governança mi-

gratória e de refúgio, não abordando políticas e compromissos climáticos e sua relação com o fenômeno. É dizer, a busca pela validação de direitos frequentemente se fundamenta nos preceitos da agenda migratória contemporânea e, em particular, nas prerrogativas do Direito Internacional dos Refugiados. Dada às dificuldades de se enquadrar condições ambientais adversas como agentes de perseguição, trata-se de demandas cujas decisões foram desfavoráveis.<sup>86</sup> Todavia, esses casos são precursores da temática, oportunizando o ajuizamento de novas demandas com base no descumprimento de metas e políticas climáticas.

Fala-se, desse modo, na transição para argumentos que estruturam as agendas internacionais e nacionais do clima, os quais podem ser levantados com base em casos de litigância climática específicos sobre o tema, fundamentados em direitos humanos. Ainda assim, os desafios persistem: como demonstrado no caso *Armando Ferrão Carvalho e Outros c. Conselho do Parlamento Europeu*,<sup>87</sup> o qual cita o risco de deslocamento de crianças induzido pelo clima, a comprovação do nexo de causalidade entre danos, mudança climática e violações de direitos é um dos impasses que precisa ser resolvido para a efetividade de litígios e a proteção dos migrantes climáticos.

A partir da análise realizada, estabelece-se uma tipologia dos casos que, de alguma forma, estão ligados à mobilidade humana no contexto climático, seguindo uma cronologia ou “ondas” de litigância climática. A primeira delas seria representada pelos casos que abordam o fenômeno em sua dimensão transfronteiriça, com base na perspectiva da governança migratória em tribunais nacionais e, posteriormente, no Comitê de Direitos Humanos da ONU. A segunda onda emergiria com casos propriamente climáticos, envolvendo políti-

<sup>86</sup> Cita-se, como exemplo: (i) *Caso n. 0907346 RRTA 1168 de 2009*, julgado por tribunal australiano que negou a concessão de *status* de refugiado para nacional de Kiribati que, por sua vez, alegou ser ameaçado pela elevação do nível do mar em seu país de origem; (ii) *Caso n. 501370-371 de 2014*, julgado por tribunal neozelandês que não autorizou a concessão de vistos de residência à família de Tuvalu que estaria com seus direitos humanos comprometidos pelos impactos adversos da mudança climática caso fosse deportada para seu país de origem; e (iii) *Caso Ioane Teitiota c. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, julgado por corte neozelandesa que indeferiu pedido de concessão de *status* de refugiado ao Sr. Ionae Teitiota e a sua família, afirmando que as suas condições básicas de sobrevivência no seu país de origem — Kiribati — restariam prejudicadas por conta dos impactos negativos da mudança climática.

<sup>87</sup> Também conhecido como *The People’s Climate Case*, o pleito foi extinto sem a análise do mérito.

<sup>85</sup> Caso *Lhaka Honbat (Nuestra Tierra) c. Argentina* (Corte IDH, Série CN. 400), sentenciado em 2020.



cas e compromissos estatais relacionados à agenda do clima. Esses trazem a mobilidade humana como um dos impactos esperados da crise climática. Por fim, a terceira onda, ainda embrionária, abarcaria casos que têm a migração climática como tema central, a exemplo da petição das tribos indígenas aos Relatores Especiais de Direitos Humanos da ONU. Nota-se que, até o momento, os direitos humanos têm sido o argumento central dos litígios que, de alguma forma, se relacionam à mobilidade humana.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)<sup>88</sup> aponta o aumento do número de casos que abordam as necessidades daqueles sujeitos a (i) mobilidade humana como tendência para a litigância climática. Considera que as obrigações dos Estados relativas aos casos de deslocamento de pessoas ganharão maior visibilidade nesse contexto. Os casos analisados nesta pesquisa confirmam esse direcionamento: ainda que menções à mobilidade humana apareçam de forma secundária nos pleitos existentes, os fundamentos que vêm sendo utilizados pelos demandantes e validados por órgãos jurisdicionais internacionais já permitem o surgimento de litígios que tenham a migração climática como tema central. Isso porque o reconhecimento do direito a um clima estável e seguro, a releitura dos direitos humanos, bem como a reinterpretação das obrigações estatais e responsabilidades do setor econômico à luz da atual crise climática se configuram como argumentos suficientemente válidos para uma abordagem pautada em direitos e na justiça climática capaz de visibilizar e reconhecer as necessidades daqueles que se movem em decorrência das alterações induzidas do clima. A litigância climática baseada em direitos serve, portanto, como instrumento estratégico para o desenvolvimento de respostas jurídicas efetivas para o tema, tanto na esfera internacional quanto em âmbito regional e/ou nacional.

## Referências

ADVISORY GROUP ON CLIMATE CHANGE AND HUMAN MOBILITY. *Human mobility in the context of climate change*. elements for the UNFCCC Paris Agreement. Bona: UNFCCC, 2015.

<sup>88</sup> UNEP, 2020.

ALVARADO, P. A. A.; RIVAS-RAMÍRES, D. A milestone in environmental and future generations' rights protection: recent legal developments before the Colombian Supreme Court. *Journal of Environmental Law*, v. 30, n. 3, p. 519-526, 2018.

BACKES, C. W.; VAN DER VEEN, G. A. Urgenda: the final judgement of the Dutch Supreme Court. *Journal for European Environmental & Planning Law*, v. 17, n. 3, p. 307-321, 2020.

BARRITT, E.; SEDITI, B. The symbolic value of Leghari v. Federation of Pakistan: climate change adjudication in the global south. *King's Law Journal – Environmental Justice in the Anthropocene*, v. 30, n. 2, p. 203-210, 2019.

BELLINKX, V. *et al.*; Addressing climate change through international human rights law: from (extra)territoriality to common concern of humankind. *Transnational Environmental Law*, p. 1-25, 2021.

BORRAS, S. *El cuidado de la vida*: las personas em movimiento forzado en tiempos de emergencias ecosociales. 2020. Disponível em: <https://forotransiciones.org/wp-content/uploads/sites/51/2020/11/Borras.pdf> Acesso em: 23 fev. 2021.

CAVEDON-CAPDEVILLE, F. S. A mobilidade humana na agenda global do clima: uma questão de justiça climática. In: LEITE, J. R. M.; DINNEBIER, F. F. *Estado de direito ecológico*: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 482-509.

CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW. *Climate change e human rights*: a primer. Suíça: CIEL, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17 Medio Ambiente y Derechos Humanos*. San José: CIDH, 2017.

CRUTZEN, P. J. The “Anthropocene”. In: EHLERS E.; KRAFFT T. (eds). *Earth system science in the anthropocene*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2006. p. 13-18.

GALLOWAY, A. United Nations set to decide climate claims by Torres Strait Islanders against Australia. *The Sydney Morning Herald*, 14 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.smh.com.au/politics/federal/united-nations-set-to-decide-climate-claims-by-torres-strait-islanders-against-australia-20210614-p580sj.html> Acesso em: 15 jul. 2021.

- GONZALEZ, C. G. Environmental justice and international environmental law. In: SHAWKAT, A. *et al.* (eds.). *Routledge handbook of international environmental law*. Nova Iorque: Routledge, 2013. p. 77-97.
- KNOX, J.; VOIGT, C. Introduction to the Symposium on Jacqueline Peel & Jolene Lin transnational climate litigation: the contribution of the Global South. *AJIL Unbound*, v. 114, p. 35-39, 2020.
- LEIJTEN, I. Human rights v. insufficient climate action: the Urgenda case. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 37, n. 2, p. 112-118, 2019.
- MARY ROBINSON FOUNDATION. *Human rights, migration, and displacement related to the adverse impacts of climate change*. 2016. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/EM2016/HumanRightsMigrationDisplacement.pdf> Acesso em: 20 jul. 2021.
- MARY ROBINSON FOUNDATION. *Principles of Climate Justice*. Disponível em: <http://www.mrfcj.org/pdf/principles-of-climate-justice.pdf> Acesso em: 10 jun. 2021.
- MARY ROBINSON FOUNDATION. *Protecting the rights of climate displaced people*: position paper. Disponível em: <https://www.mrfcj.org/wp-content/uploads/2016/07/Protecting-the-Rights-of-Climate-Displaced-People-Position-Paper.pdf> Acesso em: 15 jul. 2021.
- MCADAM, J. Protecting people displaced by the impacts of climate change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 4, p. 708-725, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/ajil.2020.31> Acesso em: 15 jul. 2021.
- MCKERNAN, L. *et al.* *States' human rights obligations in the context of climate change*: 2020 update. CIEL; GI-ESCR, 2020.
- MORIN, E.; KERN, A. B. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- ODRIOZOLA, I.; SANTO, L. R. D. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Teitiota c. Nueva Zelanda. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 10, n. 2, p. 265-297, 2020.
- OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Guiding principles on business and human rights*: implementing the United Nations protect, respect and remedy framework. Nova Iorque: OHCHR, 2011. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf) Acesso em: 15 jul. 2021.
- OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Human rights, climate change and business*: key messages. Suíça: OHCHR, 2020.
- OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Key messages on human rights and climate change*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/KeyMessages\\_on\\_HR\\_CC.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/KeyMessages_on_HR_CC.pdf) Acesso em: 10 jun. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Princípios orientadores das Nações Unidas relativos aos deslocados internos*. 1998. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Documentos\\_da\\_ONU/Principios\\_orientadores\\_relativos\\_aos\\_deslocados\\_internos\\_1998.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_da_ONU/Principios_orientadores_relativos_aos_deslocados_internos_1998.pdf) Acesso em: 15 Jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Acordo de Paris. Decisão 1.CP/21*. Paris, França: ONU, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. UNIC/RIO/023. 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf) Acesso em: 15 jul. 2021.
- OSOFSKY, H. M. The geography of emerging global south climate change litigation. *AJIL Unbound*, v. 114, p. 61-66, 2020.
- PEEL, J.; OSOFSKY, H. M. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2017.
- RODRIGUEZ-GARAVITO, C. Human rights: the global south's route to climate litigation. *AJIL Unbound*, v. 114, p. 40-44, 2020.
- SAVAREZI, A.; AUZ, J. Climate change litigation and human rights: pushing the boundaries. *Climate Law*, v. 9, n. 3, p. 244-262, 2019.
- SCHLOSBERG, D. Climate justice and capabilities: a framework for adaptation policy. *Ethics & International Affairs*, v. 26, n. 4, p. 445-461, 2012.
- SCHLOSBERG, D.; COLLINS, L. B. From environmental to climate justice: climate change and the

- discourse of environmental justice. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, v. 5, n. 3, p. 359–374, 2014.
- SETZER, J.; BENJAMIN, L. Climate litigation in the global south: filling in gaps. *AJIL Unbound*, v. 114, p. 56-60, 2020.
- SETZER, J.; BENJAMIN, L. Climate litigation in the global south: constraints and innovations. *Transnational Environmental Law*, v. 9, n. 1, p. 77-101, 2020.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. *Global climate litigation report: 2020 status review*. Nairobi: UNEP, 2020.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Climate change and poverty*: report of the special rapporteur on extreme poverty and human rights. Doc. A/HRC/41/39. Suíça: UNHCR, 2019.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Human rights and climate change*. Doc. A/HCR/35/L.32. Suíça: UNHCR, 2017.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Key messages on human rights, climate change and migration*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/Key\\_Messages\\_HR\\_CC\\_Migration.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/Key_Messages_HR_CC_Migration.pdf) Acesso em: 15 jul. 2021.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report on the slow-onset effects of climate change and human rights protection for cross-border migrants*. Doc. A/HRC/37/CRP.4. Nova Iorque: ACNUDH, 2018.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS SPECIAL PROCEDURES. *Framework principles on human rights and the environment 2018: the main human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable Environment*. United Nations Human Rights Special Procedures: Special Rapporteurs, Independent Experts & Working Groups, 2018.
- UNITED NATIONS. *Addressing human rights protection gaps in the context of migration and displacement of persons across international borders resulting from the adverse effects of climate change and supporting the adaptation and mitigation plans of developing countries to bridge the protection gaps*. Doc. A/HRC/38/21. EUA: UNGA, 2018.
- UNITED NATIONS. *Human rights of internally displaced persons*: report of the special rapporteur on the human rights of internally displaced persons in the context of the slow-onset adverse effects of climate change. UN Doc. A/75/150. Genebra: UNGA, 2020.
- UNITED NATIONS. *Protection of and assistance to internally displaced persons*: report of the special rapporteur on the human rights of internally displaced persons, Chaloika Beyani. UN Doc A/66/285. Genebra: UNGA, 2011.
- UNITED NATIONS. *Report of the special rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment: safe climate*. A/74/161. Nova Iorque: UNGA, 2019.
- UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF OREGON EUGENE DIVISION. *Opinion and Order Case n. 6:15-cv-01517-TC*. Disponível em: [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2016/20161110\\_docket-615-cv-1517\\_opinion-and-order-2.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2016/20161110_docket-615-cv-1517_opinion-and-order-2.pdf) Acesso em: 17 ago. 2020.



REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Emergência Climática e Direitos Humanos:** o caso do Fundo Clima no Brasil e as obrigações de Direito Internacional

**Climate Emergency and Human Rights:** the case of Climate Fund in Brazil and International Law enforcement

Leticia Albuquerque

Gabrielle Tabares Fagundez

Roger Fabre

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

# Emergência Climática e Direitos Humanos: o caso do Fundo Clima no Brasil e as obrigações de Direito Internacional\*

## Climate Emergency and Human Rights: the case of Climate Fund in Brazil and International Law enforcement

Leticia Albuquerque\*\*

Gabrielle Tabares Fagundez\*\*\*

Roger Fabre\*\*\*\*

### Resumo

O presente artigo aborda o tema das obrigações jurídicas impostas aos Estados-partes resultantes dos compromissos assumidos, internacionalmente, para a mitigação das mudanças climáticas. A ênfase recai sobre o relatório apresentado pelo relator especial de Direitos Humanos e Meio Ambiente, na condição de *Amicus Curiae*, nos autos da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 708, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF). Busca-se compreender as implicações da desestruturação da política climática e do *Fundo Clima* para a proteção dos direitos humanos e das comunidades especialmente afetadas pelas alterações ecológicas em curso. Sustenta-se que as medidas governamentais adotadas pelo Brasil, voltadas à desestruturação da política climática e das ações de fiscalização, contribuem para o enfraquecimento da proteção dos direitos humanos. Diante da emergência climática, o comprometimento ecossistêmico e das populações vulneráveis é real e iminente. Com base no exame de decisões internacionais, é possível concluir que a proximidade do atingimento de limiares críticos ecossistêmicos (*tipping points*) aumenta o nível de exigência do dever de cuidado (*duty of care*) do Poder Público, decorrente dos compromissos assumidos pelo Brasil e das disposições constitucionais e legais. Os instrumentos do *Fundo Clima* estão associados à compreensão científica por parte da sociedade das complexas inter-relações existentes entre as ações antrópicas e a funcionalidade dos ecossistemas. Os deveres procedimentais dos Estados justificam-se pela premência da tomada de uma posição ética intergeracional e de ações de corresponsabilidade globais. A metodologia utilizada é a analítica indutiva, com base na consulta à bibliografia especializada, decisões internacionais e análise documental.

**Palavras-chave:** emergência climática; Acordo de Paris; justiça climática; direitos humanos; fundo clima; deveres procedimentais.

\* Recebido em 19/07/2021  
Aprovado em 10/01/2022

\*\* Professora do Centro de Ciências Jurídicas e do Programa Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ) do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), nível 2. Coordenadora do Observatório de Justiça Ecológica, grupo de pesquisa cadastrado no CNPq.  
E-mail: laetitia.ufsc@gmail.com

\*\*\* Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Bolsista CNPq. Mestre em Direito pela UFSC. Pesquisadora do Observatório de Justiça Ecológica - grupo de pesquisa cadastrado no CNPq. Desenvolve pesquisa nas áreas de Direito Ambiental, Direitos Humanos e Direito Animal.  
E-mail: fagundez.gabrielle@gmail.com

\*\*\*\* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Observatório de Justiça Ecológica, grupo de pesquisa cadastrado no CNPq.  
E-mail: rogerfabre@hotmail.com



## Abstract

This paper addresses the issue of legal obligations imposed on state parties as a result of international commitments to mitigate climate change. The emphasis is on the report presented by the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment, as Amicus Curiae, in the case of the Action for breach of fundamental precept (ADPF) n. 708, currently before the Supreme Court. The aim is to understand the implications of the dismantling of climate policy and of the Climate Fund for the protection of human rights and of communities especially affected by the ecological changes underway. It is argued that the governmental measures adopted by Brazil aimed at deconstructing climate policy and enforcement actions contribute to the weakening of human rights protection. In the face of the climate emergency, the compromising of ecosystems and vulnerable populations is real and imminent. Based on the examination of international decisions, it is possible to conclude that the proximity of the reaching of critical ecosystem thresholds (tipping points) increases the level of demand of the duty of care by the Public Power, resulting from the commitments made by Brazil and the constitutional and legal provisions. The Climate Fund's instruments are associated with the scientific understanding by society of the complex interrelationships between human actions and ecosystem functionality. The States' procedural duties are justified by the urgency of taking an intergenerational ethical position and global co-responsibility actions. The methodology used is inductive analytical, based on the consultation of specialized bibliography, international decisions and document analysis.

**Keywords:** climate emergency; Paris Agreement; climate justice; human rights; climate fund; procedural duties.

## 1 Introdução

Cada vez mais, avolumam-se evidências científicas apontando que as mudanças climáticas, sobretudo nas últimas décadas, decorrem de escolhas socioeconômicas e político-institucionais adotadas pela espécie humana. A pressão antrópica, associada às intervenções sobre os sistemas ecológicos, causa alterações planetárias de

grande magnitude que já são suportadas pela sociedade global e comprometem ciclos ecológicos da biosfera. Nesse cenário, a ausência de acordos vinculantes para a proteção do *Sistema Terra*, o peso das soberanias nacionais e o desgaste dos mecanismos democráticos dos Estados-nação são apontados como fatores decisivos para a consolidação de um panorama de resistência ao cumprimento de compromissos internacionais assumidos frente à, assim, denominada emergência climática.

Nos últimos anos, no Brasil, normas ambientais vêm sendo flexibilizadas em nome de uma agilização dos negócios em uma economia globalizada. Além disso, estruturas de governança e de fiscalização ambientais passaram a suportar um processo de desarticulação, o que disparou o alerta sobre as responsabilidades do Estado e da sociedade em um contexto de crise ecológica e climática. Um exemplo emblemático pode ser extraído do ajuizamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 708 junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), proposta pelos partidos políticos PSB, PT, PSOL e Rede Sustentabilidade em face do Governo Federal. Na ação, sustenta-se a negligência governamental na gestão do Fundo Clima, em um contexto de descumprimento das obrigações climáticas, das políticas existentes e do aumento dos desmatamentos no Brasil.

O presente artigo indaga as consequências jurídicas advindas do cenário factual delineado na ADPF, em atenção às obrigações dos Estados para a proteção dos Direitos Humanos e considerando, também, a aproximação global a limiares ecológicos críticos (*tipping points*). Para além da tomada de providências que garantam, substancialmente, a redução da emissão de gases de efeitos estufa e de proteção a comunidades especialmente vulneráveis às modificações climáticas, o “Caso Fundo Clima”, no Brasil, chama a atenção para os aspectos relacionados aos deveres procedimentais do Estado na instituição de um ambiente político *accountable*, no qual seja incentivada a produção e a atualização de informações científicas recentes a respeito das mudanças climáticas. A complexidade dos fatores sociais, econômicos, culturais e ecológicos implicados exige providências por parte da sociedade e do Poder Público para uma melhor compreensão das alterações ambientais em curso e das suas consequências para a sociedade em geral e para a funcionalidade dos ecossistemas. Os compromissos internacionais ratificados pelo Brasil, nesse particular, delinham as suas obrigações e devem



ser interpretados conjuntamente com as disposições contidas na Constituição Federal e no marco normativo nacional da Política Climática.

A metodologia utilizada é a analítica indutiva, realizada com base na consulta à bibliografia especializada aos temas de Direito Internacional Ambiental, Direitos Humanos e questões climáticas, bem como na análise documental, em especial a ADPF n. 708/STF.

O artigo está estruturado em cinco capítulos, incluindo a introdução. No segundo, são abordadas as noções de emergência climática e de corresponsabilidade global em matéria de justiça climática. No terceiro, esclarecem-se, de modo cursivo, as obrigações resultantes dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e as evidências mais recentes da inércia governamental da condução da política de mudança do clima. Em seguida são examinados os deveres procedimentais do Estado brasileiro, relacionando-os com a instituição do Fundo Clima. No capítulo conclusivo, são incorporadas reflexões sobre as obrigações jurídicas do Estado brasileiro em um cenário de acirramento dos sinais da crise ecológica.

## 2 Emergência climática e a construção de uma corresponsabilidade global em matéria de justiça global e climática

Desde a publicação do primeiro relatório do IPCC, em 1990<sup>1</sup>, o mundo tem presenciado uma série de episódios climáticos intensos como ondas de calor ou de frio extremos, tempestades, degelo de zonas polares, entre tantos outros. A maneira como tais episódios são abordados tanto pela mídia como politicamente reforça o cenário de emergência climática.

Emergência climática, conforme definição do dicionário Oxford: “é uma situação em que uma ação urgente é necessária para reduzir ou interromper a mudança

climática e evitar danos ambientais potencialmente irreversíveis resultantes dela”. *Climate emergency*, emergência climática, foi considerada a palavra do ano em 2019 pelo dicionário Oxford. Os dados de Oxford mostraram que o uso de “emergência climática” aumentou 100 vezes (10.796%) ao longo do ano. Os dados também refletem o uso crescente de “emergência climática” entre a comunidade científica. Mais de 11.000 cientistas assinaram um artigo publicado na revista *BioScience*, declarando “de forma clara e inequívoca que o planeta Terra está enfrentando uma emergência climática”.<sup>2</sup>

A época em que se vive é caracterizada pelas incertezas existentes, sendo o destino da espécie humana e do sistema terrestre a que mais se destaca. Tais incertezas relacionam-se, intimamente, ao aquecimento global e às mudanças que estão crescentemente ficando mais evidentes. Tragédias “naturais”, como as chuvas torrenciais e enchentes que devastaram partes do oeste alemão e de países vizinhos, em julho de 2021, assim como ondas de calor e frio intensos são resultados de ações antrópicas<sup>3</sup>. A espécie humana é uma força geofísica planetária capaz de gerar profundas e inalteráveis mudanças. O uso de agrotóxicos, o crescimento do consumo, a criação de gado para abate, e a maior emissão de gás metano e carbônico causam o processo de acidificação dos oceanos e a redução da proteção atmosférica, a qual está diretamente associada ao aumento considerável das temperaturas<sup>4</sup>.

A evolução da relação entre os seres vivos e o clima ocorre desde as primeiras sociedades humanas, como salienta Pascal Acot em sua *História do Clima*<sup>5</sup>. A apropriação da questão ambiental pela agenda internacional, principalmente a partir da década de 1970, com as primeiras grandes conferências da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o tema e, posteriormente, com o

<sup>1</sup> IPCC, sigla em inglês para Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, nasceu em 1988, com o objetivo de fornecer informações e avaliações regulares sobre as mudanças climáticas. Composto por delegações e cientistas de diversos países, publicou o seu primeiro relatório em 1990: AR - ASSESSMENT REPORT. No ano de 2007, o IPCC ganhou o Prêmio Nobel da Paz, por seu trabalho de conscientização da comunidade e sobretudo, dos líderes mundiais, sobre as mudanças climáticas e suas consequências.

<sup>2</sup> WORLD scientists' of a climate emergency. *BioScience*, v. 70, n. 1, jan. 2020, p. 8–12. Disponível em: <https://academic.oup.com/bio-science/article/70/1/8/5610806>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>3</sup> FELLET, João. Mudanças climáticas: os preocupantes sinais que unem frio recorde no Brasil a enchentes e calor pelo mundo. *BBC News Brasil*, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-57992549>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>4</sup> FAGUNDEZ, Gabrielle Tabares; ALBUQUERQUE, Letícia; FILIPI, Humberto F. F. C. M. Violação de direitos humanos e esforços de adaptação e mitigação: uma análise sob a perspectiva da justiça climática. *Revista Interdisciplinar de direitos humanos*, v. 8, n. 1, p. 227-240, 2020. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/786/346>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>5</sup> ACOT, Pascal. *Histoire du climat*. Paris: Perrin, 2009.

aumento da percepção de que a ação humana poderia estar exercendo uma forte influência sobre o clima, fez com que a emergência climática fosse ganhando, cada vez mais, visibilidade e, como consequência, o direito internacional passou a ter um papel fundamental sobre esse problema global.

A emergência climática impõe considerações éticas para o seu enfrentamento, assim como a crise ambiental de forma geral. Ao analisar a macroética do discurso proposta por Karl-Otto Apel, Tonetto destaca que:

o enfrentamento das mudanças climáticas exige ações de corresponsabilidades globais urgentes que envolvam os diferentes agentes individuais e institucionais, principalmente, para fazer uma transição para uma economia livre de carbono e para promover o desenvolvimento sustentável. Para isso ser feito, é necessário que essa transição seja justa e que os encargos exigidos possam ser assumidos pelos diferentes agentes responsáveis. Nesse sentido, podemos afirmar que as implicações da macroética planetária são relevantes e atuais para lidar com as implicações éticas das mudanças climáticas<sup>6</sup>.

As implicações éticas das mudanças climáticas podem parecer um novo desafio, mas a preocupação em construir uma ética global que considere as interferências humanas e suas consequências no meio ambiente estão presentes há muito tempo na filosofia.

No entanto, foram poucos filósofos morais que escreveram a respeito das mudanças climáticas, o que é intrigante por diversos motivos. Em primeiro lugar, muitos políticos e legisladores apontam para as mudanças climáticas como não apenas o problema ambiental mais sério do mundo, mas também como o mais importante problema internacional *per se*. Em segundo lugar, muitos estudiosos de áreas não pertencentes à filosofia descrevem as mudanças climáticas como uma questão fundamentalmente ética. Em terceiro lugar, o problema é teoricamente desafiador, tanto em si quanto devido às questões mais amplas que levanta, como a questão da intergeracionalidade<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> TONETTO, Milene Consenso. Aplicando a ética do discurso de Apel: corresponsabilidade na justiça climática global. *Ethic@*, v. 19, n. 3, p. 637-655. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/77632/45029>. Acesso em: 23 mar. 2021.

<sup>7</sup> GARDINER, Stephen M. Ethics and global climate change. *The University of Chicago Press*, v. 114, n. 03, abr. p. 555-600, 2004. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/10.1086/382247?seq=4#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/10.1086/382247?seq=4#metadata_info_tab_contents). Acesso em: 27 jul. 2021.

As mudanças climáticas foram descritas como uma “tempestade moral perfeita”, pois reúne três grandes desafios para a ação ética em uma forma que tais desafios se reforçam mutuamente. O primeiro desafio relaciona-se ao fato de que as mudanças climáticas são um fenômeno verdadeiramente global. Os gases do efeito estufa, independentemente de sua fonte, podem afetar qualquer lugar do planeta. Isso, normalmente, resulta em uma tragédia dos comuns entre os Estados, uma vez que, coletivamente, todos os países preferam limitar as emissões globais a fim de diminuir o risco de consequências catastróficas, cada país, ao agir individualmente, prefere, ainda, continuar emitindo sem impedimentos. De forma simultânea, no mínimo de curto a médio prazo, muitos dos países e povos mais vulneráveis são aqueles que menos emitiram historicamente e que têm níveis atuais de emissão relativamente baixos. Isso é evidentemente injusto e dificulta tanto esforços práticos quanto teóricos para uma cooperação global segura<sup>8</sup>.

O segundo desafio são os efeitos inerentemente intergeracionais que as presentes emissões representam. A difusão temporal das mudanças climáticas gera um problema coletivo ético de ação que é ainda mais desafiador que a tragédia dos comuns, dado que formas usuais de cooperação não parecem ser possíveis entre gerações.

O terceiro desafio para a ação ética diz respeito ao fato de as ferramentas teóricas, ainda, não estarem desenvolvidas o suficiente em muitas áreas relevantes, como incerteza científica, justiça e ética intergeracional e as relações entre seres humanos e o restante da natureza. As mudanças climáticas, por exemplo, levantam questionamentos a respeito do valor moral da natureza não humana, tal como se temos obrigações de proteger a natureza como um todo e animais não humanos e que formato essas obrigações tomariam<sup>9</sup>.

O Princípio da Responsabilidade, publicado por Hans Jonas, em 1979, constitui um pilar de reflexão fundamental sobre a nossa responsabilidade moral em relação a todas as formas de vida e a necessidade de

<sup>8</sup> GARDINER, Stephen. M. *A perfect moral storm: the ethical challenge of climate change*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2011.

<sup>9</sup> GARDINER, Stephen. M.; HARTZELL-NICHOLS, Lauren. Ethics and global climate change. *Nature education knowledge*, v. 3, n. 10, 2012. Disponível em: <https://www.nature.com/scitable/knowledge/library/ethics-and-global-climate-change-84226631>. Acesso em: 23 jul. 2021.

adotar-se uma espécie de prudência ecológica frente aos avanços da tecnologia e da ciência. H. Jonas chama atenção desde já sobre a responsabilidade que se deve ter com as gerações futuras, tão presente atualmente no movimento *Fridays for future*, que ganhou o rosto da ativista sueca Greta Thunberg. O princípio e os pressupostos sobre os quais está baseada a doutrina de H. Jonas, como destaca Schneider, são os seguintes: o homem é dotado, por um lado, do conhecimento, e de outro, da liberdade, ou seja, tem a possibilidade de agir de uma ou de outra maneira; sendo assim é responsável pela sua ação, sem poder furtar-se dessa responsabilidade: o homem é responsável por tudo que faz<sup>10</sup>.

A ética da responsabilidade proposta por H. Jonas é mais atual do que nunca frente às consequências do estilo de vida das sociedades mais avançadas e suas implicações globais, como no caso das mudanças climáticas. Segundo o autor, quem não é diretamente ameaçado não se decide a mudar de modo de vida, mas, com tantos episódios climáticos extremos que se sucedem, pode ser que o medo da tragédia impulse a humanidade a agir:

(...) eu posso imaginar que faremos face a situações piores, que conduzirão a acordos fundados sobre compromissos entre os grupos das potências econômicas, políticas e sociais: é bastante concebível nos unirmos ao redor de um método que seja mais ou menos aceitável, tanto para o homem como para a natureza: é o que tentam fazer as convenções internacionais, cujo objetivo é encorajar uma renúncia global à competição selvagem pelos recursos limitados da terra<sup>11</sup>.

Esse cenário de desigualdade global, cada vez mais presente, e a necessidade de enfrentamento da crise ecológica, como salienta H. Jonas, ganha um reforço com o pensamento de Karl-Otto Apel, que defende uma macroética planetária frente aos desafios comuns da humanidade, considerando as desigualdades entre as diversas sociedades. Para o autor, o processo de modernização do pós-Segunda Guerra Mundial, principalmente com o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, ainda precisa de uma macroética de justiça global e corresponsabilidade para todos os seres humanos como complementação de uma microética e uma mesoética de comunidades particulares. Apel destaca que o perigo de uma guerra nuclear entre as potências mundiais pode

ter diminuído desde o colapso da União Soviética, mas a ameaça da crise ecológica, como consequência do crescimento industrial, econômico e populacional, é, ainda, o desafio número 1 numa escala global; e o antagonismo econômico e social entre o “Primeiro Mundo”, tecnologicamente desenvolvido e de países ricos, e o “Terceiro Mundo”, chamado de países em desenvolvimento, não foi desativado. Pelo contrário, o aumento da distância entre os ricos e as massas de pobres do “Terceiro Mundo” está confirmado pela mais recente fase do processo de modernização planetária: a assim chamada globalização da economia<sup>12</sup>.

Muitos países e povos, principalmente do sul global<sup>13</sup>, continuam vítimas da exploração extrativista dos países centrais, ou do norte global e são cenário constante da morte de defensores de Direitos Humanos, principalmente aqueles ligados aos conflitos socioambientais. Energias limpas, renováveis e medidas de sustentabilidade climática parecem distantes da realidade da maioria dos habitantes do planeta, que carecem de acesso à água, à segurança alimentar e à saúde em níveis mínimos para garantir a sua sobrevivência, e as mudanças climáticas são parte desse cenário de vulnerabilidade, como aponta o relatório publicado em outubro de 2020, pelo Banco Mundial, intitulado “Pobreza e Prosperidade compartilhada”<sup>14</sup>.

O relatório do Banco Mundial alerta para o aumento da extrema pobreza global, pela primeira vez, considerando as duas últimas décadas, afirmando que 1/4 da população mundial pode passar a se encontrar em uma grave situação de vulnerabilidade socioeconômica cair na extrema pobreza nos próximos anos. A pandemia, causada pelo novo coronavírus, contribui para tais resultados, mas não é a única responsável<sup>15</sup>. O relatório

<sup>12</sup> APEL, Karl-Otto. *The response of discourse ethics: to the moral challenge of the human situation as such and especially today*. Leuven, BE: Peeters, 2001. (Mercier Lectures, Louvain-la-Neuve. March, 1999). p. 65.

<sup>13</sup> A denominação geográfica “Norte/Sul” é usada para dividir os países em desenvolvidos e subdesenvolvidos ou como referido por Apel em países do “Primeiro Mundo” ou do “Terceiro Mundo”. Lacoste apresenta uma excelente crítica a estes geografismos. LACOSTE, Yves. *A geografia isso serve*, em primeiro lugar, para fazer a guerra. Campinas: Papirus, 1997.

<sup>14</sup> WORLD BANK GROUP. *Poverty and Share Prosperity 2020: reversals of fortune*. Washington, DC: The World Bank, 2020. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/34496/9781464816024.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>15</sup> As causas para o aumento desta extrema pobreza global estão além da atual pandemia de SARS-COV-2, que impactou, sem dúvi-

<sup>10</sup> SCHNEIDER, Wolfgang. *Remarque Préliminaire*. In: JONAS, Hans. *Une éthique pour la nature*. Ed. Arthaud Poche, 2017.

<sup>11</sup> JONAS, Hans. *Une éthique pour la nature*. Ed. Arthaud Poche, 2017. p.41.



aponta os conflitos mundiais e as mudanças climáticas como fatores que, também, contribuem para o aumento da pobreza no mundo. 82 % dos “novos pobres” vivem em países de renda média como o Brasil.

As mudanças climáticas e a injustiça dela advinda gerada pelas mesmas são pontos de extrema importância na teoria e movimento de justiça ambiental. Na década de 1960, emergiu, nos Estados Unidos, o movimento por justiça ambiental em um momento da história em que já havia a percepção de que a vulnerabilidade econômica dos grupamentos humanos é acompanhada de uma vulnerabilidade aos riscos ambientais<sup>16</sup>. Todo o mundo é atingido, de certa forma, pelas degradações ambientais, mas a distribuição dos riscos e danos não ocorre de forma igualitária. As mais prejudicadas são as pessoas que já estão em situação de desigualdade. Um exemplo disso são as doenças causadas pela contaminação da água, deficiência do saneamento básico e poluição do ar, as quais impactam com maior intensidade países mais pobres, assim como os grupos sociais mais desfavorecidos.<sup>17</sup>

Em sua origem, a justiça ambiental relaciona-se com a oposição frente ao racismo ambiental e à contaminação por substâncias tóxicas. Porém, frente à complexidade das demandas sociais e ambientais correntes, o termo justiça ambiental abarca hoje diversas pautas sociais, territoriais e ambientais, bem como climáticas. Dessa forma, houve a emergência da justiça climática a partir da justiça ambiental<sup>18</sup>.

---

da, a economia de diversos países: o aumento de conflitos internos e internacionais, bem como as mudanças climáticas e seus impactos, contribuíram para o agravamento do quadro de pobreza global. ALBUQUERQUE, Letícia. Justiça ambiental e desenvolvimento: um diálogo possível? In: FELDHAUS, Charles *et al* (org). *Temas em teorias da justiça III: o direito internacional em debate*. Guarapuava: Apolodoro Virtual Edições, 2021. p. 88. Disponível em: [https://issuu.com/apolodorovirtual/docs/o\\_direito\\_internacional\\_em\\_debate](https://issuu.com/apolodorovirtual/docs/o_direito_internacional_em_debate). Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>16</sup> FAGUNDEZ, Gabrielle Tabares; ALBUQUERQUE, Letícia.; FILIPI, Humberto. F. F. C. M. Violação de direitos humanos e esforços de adaptação e mitigação: uma análise sob a perspectiva da justiça climática. *Revista interdisciplinar de direitos humanos*, v. 8, n. 1, p. 227-240, 2020. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/786/346>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>17</sup> GRUBBA, Leilane Serratine; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; WANDERSLEBEN, Myrtha. Caminhos para uma cidadania planetária e ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 1-14 2012. DOI: 10.5102/rdi.v9i3.177.

<sup>18</sup> SCHLOSBERG, D. *Defining environmental justice: theories, movements, and nature*. United Kingdom: Oxford University Press, 2007. p. 46.

As mudanças climáticas são capazes de afetar a efetivação de direitos humanos diversos. As alterações no sistema climático e as suas consequências ameaçam o direito à água, alimentação, abrigo e propriedade; ao sustento e à cultura; à vida e à saúde; à segurança pessoal; e direitos relacionados à migração e reassentamento.

Quanto à ameaça aos direitos humanos no contexto de injustiça climática vigente, os indivíduos e grupos que mais sentem os efeitos das mudanças climáticas são aqueles que possuem direitos precariamente protegidos e assegurados. Espera-se, pois, que sejam as populações dos países em desenvolvimento que sentirão mais fortemente as consequências das mudanças climáticas<sup>19</sup>. A progressiva exposição de comunidades vulneráveis e o comprometimento socioecológico desses países têm motivado o deslocamento de enormes contingentes de pessoas em busca de condições dignas de vida, fato que tem desafiado o Direito Internacional e Humanitário.<sup>20</sup>

O modo como os efeitos das mudanças climáticas é distribuído é um dilema de justiça. Tornar a temática das mudanças climáticas um problema de justiça possibilita não a enquadrar como uma questão relacionada tão somente a ações individuais. A mudança do comportamento individual às mudanças climáticas não ocasiona a distribuição justa e coletiva das consequências, concentrando a reação a estas no contexto da ética pessoal<sup>21</sup>.

Em novembro de 2017, a UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), com o objetivo de auxiliar os Estados membros e outras partes interessadas a realizar decisões apropriadas e implementar políticas efetivas para o desenvolvimento sustentável, para a adaptação frente às mudanças climáticas e mitigação dos seus efeitos negativos, adotou a Declaração de princípios éticos em relação às mudanças climáticas.

Por conseguinte, reconhecendo que não apenas as mudanças climáticas por si só, mas também as respostas a elas podem ter importantes e variáveis implicações

---

<sup>19</sup> HUMPHREYS, Stephen. *Human rights and climate change*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 1.

<sup>20</sup> MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; MONT'ALVERNE, Tarin Cristina Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios na COP21? *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 2, p. 53-75, 2016. DOI: 10.5102/rdi.v13i2.3931.

<sup>21</sup> MOSS, Jeremy. *Climate justice*. In: MOSS, Jeremy. *Climate change and social justice*. Victoria: Melbourne University Press, 2009. p. 51.

éticas, a UNESCO adotou a mencionada declaração, a qual é baseada em seis princípios éticos.

Os princípios éticos são: prevenção de dano; abordagem precautória; equidade e justiça; desenvolvimento sustentável; solidariedade; conhecimento científico e integridade no processo de realização de decisões.

Destacam-se os princípios da equidade e justiça e da solidariedade. O primeiro foi formulado a fim de que a resposta à mudança climática ocorra de forma a beneficiar a todos, conforme o espírito de justiça e equidade. Possibilita aqueles injustamente afetados pelas mudanças climáticas, devido a medidas insuficientes e políticas inadequadas, a acessar procedimentos administrativos e judiciais, incluindo instrumentos de reparação. O segundo, por sua vez, apoia, individual e coletivamente, os indivíduos e grupos mais vulneráveis às mudanças climáticas e desastres naturais, especialmente os países menos desenvolvidos e os pequenos estados insulares em desenvolvimento. Além disso, fortalece a ação cooperativa oportuna em várias áreas, incluindo o compartilhamento e capacitação e o desenvolvimento e transferência de tecnologia<sup>22</sup>.

A crise ecológica e, conseqüentemente, a emergência climática tal qual nos é colocada atualmente não respeitam fronteiras. Portanto, é preciso buscar um consenso global para o enfrentamento do problema. Os acordos internacionais do clima, tais como a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas e o Acordo de Paris, podem representar um passo importante nesse sentido.

Nesse cenário, o Brasil desponta não apenas como uma liderança constante na agenda ambiental internacional, mas também como ator importante na construção de uma corresponsabilidade em justiça global e climática. No entanto, a desarticulação das ações necessárias ao cumprimento dos compromissos internacionais relacionados à matéria, em um cenário de acirramento da crise ecológica, não se justifica sob o ponto de vista jurídico. Nos próximos dois capítulos, são analisadas questões factuais e jurídico-institucionais relacionadas à postura do governo federal brasileiro, que não vem adotando uma ação condizente com a concretização dos instrumentos da política climática.

<sup>22</sup> UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *Records of the General Conference 39th session*, Paris, 30 October, 14 Nov. 2017, p. 130-131. Disponível em: <https://en.unesco.org/themes/ethics-science-and-technology/ethical-principles>. Acesso em: 10 jul. 2021.

### 3 Os limiares críticos ecológicos associados às mudanças climáticas e os deveres impostos ao Estado brasileiro em decorrência dos compromissos assumidos na Convenção-Quadro e no Acordo de Paris

Nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 708 (sob julgamento do Supremo Tribunal Federal)<sup>23</sup>, os partidos políticos autores alegaram a ocorrência de omissão inconstitucional do Governo Federal brasileiro diante das evidências de que o ente público não vem adotando providências para garantir a operacionalização do Fundo Clima, indevidamente paralisado em 2019 e 2020. De modo mais amplo, sustentou-se que as ações e as omissões na área ambiental vêm caracterizando um quadro geral de retrocesso e de desproteção dos ecossistemas e dos processos ecológicos essenciais, o que implica a violação do art. 225, *caput*, §1º, I, III e V, da Constituição brasileira (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; dever do Poder Público de protegê-lo para as presentes e as futuras gerações; dever de preservação dos processos ecológicos essenciais; dever de controle de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, qualidade de vida e para o meio ambiente). No presente capítulo, inicialmente, serão apresentados os contornos gerais dos compromissos assumidos pelo Brasil para mitigação dos efeitos das mudanças climáticas e evidências complementares a respeito da inércia governamental na implementação de medidas e políticas públicas concretizadoras dos instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei n. 12.187/2009).

Argumenta-se que a ausência de apoio às ações do Fundo Clima (vinculado ao Ministério do Meio Ambiente) — em um contexto institucional marcado pela desestruturação dos órgãos ambientais e das políticas públicas relacionadas às mudanças climáticas e também pelo aumento expressivo dos desmatamentos e de quei-

<sup>23</sup> Originalmente, foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO 60) pelos partidos políticos PSB, PT, PSOL e Rede Sustentabilidade, a qual tem previsão na Constituição da República Federativa do Brasil, art. 103, §2º. Posteriormente, a ação foi convertida em ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (CF/88, art. 102, §1º; Lei n. 9.882/1999), destinada a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (Lei n. 9.882/1999, art. 1º, *caput*).

madras — contribui para a concretização de um cenário nacional de falta de controle social e transparência sobre as ações necessárias para a mitigação dos efeitos das mudanças climáticas no Brasil. Entende-se que os compromissos assumidos pelo Brasil, em decorrência da ratificação da Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima e na Conferência de Paris (COP 21), conferem contornos específicos aos deveres constitucionais atribuídos ao Poder Público associados à manutenção de um ambiente político marcado pela contínua produção e difusão do conhecimento científico, pelo acesso às informações e pela abertura à autêntica participação das comunidades e grupos interessados e atingidos pelos efeitos negativos das mudanças climáticas.

O processo de comprometimento dos recursos de uso comum, em escala mundial, vem despertando debates em torno da efetividade das políticas públicas e das regulações jurídicas internacionais e nacionais para um enfrentamento dos fatores condicionantes da crise ecológica<sup>24</sup>. As condições de habitabilidade de todas as formas de vida no nosso planeta já se encontram comprometidas e têm sido documentadas alterações sem precedentes e de grande magnitude na estrutura e no funcionamento do *Sistema Terra*, as quais passaram a ser associadas, nas últimas décadas, prioritariamente à presença antrópica sobre os ecossistemas<sup>25</sup>.

Como salienta David Boyd, relator da Organização das Nações Unidas sobre direitos humanos relacionados ao uso saudável do meio ambiente, atuando como *Amicus Curiae* nos autos da ADPF n.708/STF, a crise climática causa severos efeitos nas vidas humanas e em consequência sobre direitos humanos: inundações, ondas de calor, secas e queimadas; aumento do nível do mar, exposição de pequenas ilhas e comunidades costeiras; recifes de corais danificados pela acidificação e aquecimento dos oceanos; perda da biodiversidade e comprometimento de ecossistemas naturais que possuem ligação com diversas comunidades sob o ponto de vista espiritual, material e cultural; aumento da gravidade de eventos extremos como furacões, que vêm matando milhares de pessoas. Nos termos desse relatório especial, as mudanças climáticas apresentam grande

impacto sobre diversos direitos humanos, tais como o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao fornecimento de água, ao tratamento sanitário e ao ambiente sadio<sup>26</sup>.

E os efeitos adversos das mudanças climáticas afetam, de modo muito mais grave, pessoas em estado de vulnerabilidade e que têm mínima contribuição para o desencadeamento do problema e são desprovidas de recursos para se adaptarem e se protegerem<sup>27</sup>. E essa especial condição de vulnerabilidade pode decorrer de diversos fatores de marginalização, tais como relacionados à renda, à idade, ao sexo, ou mesmo em razão de origens geográficas, culturais ou étnicas<sup>28</sup>. Como observado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva n. 23 (OC-23/2017), a tais grupos sociais devem ser garantidos o acesso às informações e uma participação autêntica, significativa, equitativa e transparente no que se refere às medidas de mitigação e adaptação às mudanças climáticas<sup>29</sup>.

Os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em razão das mudanças climáticas, resultam de discussões em fóruns internacionais acontecidas, prin-

<sup>26</sup> BOYD, David. *The right to a healthy environment in Brazil*: amicus curiae brief from the United Nations Special rapporteur on human rights and the environment. 2020. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian\\_climate\\_change\\_case.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian_climate_change_case.pdf). Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>27</sup> KLEIN, Naomi. *This changes everything*: capitalism vs the climate. London: Allen Lane, 2014;

SCHLOSBERG, David; COLLINS, Lisette B. From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. *WIREs Clim Change*, v. 5, p. 359-374, 2014.

<sup>28</sup> No item 28 do seu parecer, David Boyd salienta que, a despeito de pouco contribuírem para o problema, aproximadamente quatrocentos milhões de indígenas, no mundo, são especialmente vulneráveis às mudanças climáticas em razão da sua próxima conexão à natureza e dependência do mundo selvagem, das suas plantas e dos seus ecossistemas, tanto para obterem alimentação, quanto para necessidades medicinais e culturais. Por outro lado, tais populações podem trazer importantes contribuições para as soluções de problemas ecológicos por meio do seu conhecimento tradicional, regulações e culturas, que têm se mostrado efetivas para a conservação dos recursos naturais no decorrer do tempo. Cf. BOYD, David. *The right to a healthy environment in Brazil*: amicus curiae brief from the United Nations Special rapporteur on human rights and the environment. 2020. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian\\_climate\\_change\\_case.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian_climate_change_case.pdf). Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>29</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Opinião consultiva OC-23/17*: de 15 de novembro de 2017: solicitada pela República da Colômbia. Meio ambiente e direitos humanos. Obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serie\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serie_23_esp.pdf). Acesso em: 1 jul. 2021.

<sup>24</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei*: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995.

<sup>25</sup> STEFFEN, Will; BROADGATE, Wendy; DEUTSCH, Lisa; GAFFNEY, Owen; LUDWIG, Cornelia. The trajectory of the anthropocene: the great acceleration. *The Anthropocene Review*, v. 2, n. 1, p. 81-98, 2015. DOI:10.1177/2053019614564785.



principalmente, a partir dos anos 1990. Em 9 de maio de 1992, a Organização da Nações Unidas (ONU), por meio da sua Comissão Negociadora Intergovernamental (INC, em inglês), adotou a Convenção-Quadro sobre mudança do clima, que foi aberta à assinatura em 4 de junho de 1992, durante a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92). A convenção entrou em vigor em 21 de março de 1994<sup>30</sup>. O instrumento reconheceu a necessidade de maior cooperação possível de todos os países e a sua participação em uma resposta internacional efetiva e apropriada, conforme as suas responsabilidades comuns, mas diferenciadas, e respectivas capacidades e condições sociais e econômicas; e, entre outros princípios, reconheceu que as medidas necessárias à compreensão e à solução da questão da mudança do clima serão ambiental, social e economicamente mais eficazes se fundamentadas em relevantes considerações científicas, técnicas e econômicas e continuamente reavaliadas à luz de novas descobertas nessas áreas. Objetivou-se proteger o sistema climático para as presentes e futuras gerações e alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Essa preocupação importa no reconhecimento expresso — que de resto tem sido consagrado em diversas Constituições nacionais, dentre as quais a brasileira — de que se deve acolher uma ética intergeracional, cujo fundamento é preservar as liberdades de escolha dos que nos sucederão, evitando irreversibilidades. O desafio visa “possibilitar uma confrontação efetiva da dimensão de longo prazo e integrar os atores que devem intervir na gestão de um bem comum”<sup>31</sup>.

Nos termos do art. 7º da Convenção-Quadro, a Conferência das Partes (COP), seu órgão supremo, deve

<sup>30</sup> O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da Convenção-Quadro das Nações Unidas em 28 de fevereiro de 1994, passando esta a vigorar, para o Brasil, em 29 de maio de 1994. Em 1º de julho de 1998, foi expedido o Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1998, que promulgou a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Confira-se: BRASIL. Decreto n. 2.652, de 1 de julho de 1998. *Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima*, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>31</sup> MONTGOLFIER, Jean de; NATALI, Jean-Marc. Instrumentos para uma gestão patrimonial. In: VIEIRA, Paulo Freire; WEBER, Jacques (org.). *Gestão de recursos naturais renováveis e desenvolvimento: novos desafios para a pesquisa ambiental*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 361-363.

tomar as decisões necessárias para promover a efetiva implementação da Convenção, atualizando-a conforme os objetivos definidos, a experiência acumulada e a evolução dos conhecimentos científicos e tecnológicos. A partir da realização da Convenção-Quadro, foram realizadas diversas Conferência das Partes (COPs), a fim de detalhar e atualizar os encaminhamentos dos Estados-partes em matéria de mudanças climáticas. As obrigações atualmente assumidas pelo Brasil são resultantes do Acordo de Paris, aprovado durante a 21ª Conferência das Partes (COP 21). As suas prescrições tornaram-se soberanas a partir de 4 de novembro de 2016. No Brasil, o Acordo de Paris foi promulgado no dia 5 de junho de 2017, por meio do Decreto n. 9.073/2017. O art. 2º do Acordo de Paris dispõe que ele se dirige ao reforço da implementação da Convenção-Quadro e objetiva:

(a) Manter o aumento da temperatura média global bem abaixo dos 2 °C acima dos níveis pré-industriais e buscar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5 °C acima dos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e impactos das mudanças climáticas;

(b) Aumentar a capacidade de adaptação aos impactos negativos da mudança do clima e promover a resiliência à mudança do clima e um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa, de uma maneira que não ameace a produção de alimentos.

(c) Promover fluxos financeiros consistentes com um caminho de baixas emissões de gases de efeito estufa e de desenvolvimento resiliente ao clima<sup>32</sup>.

Conforme o art. 4º, itens 2 e 3, do Acordo de Paris, cada Parte deve preparar, comunicar e manter sucessivas contribuições nacionalmente determinadas, merecendo destaque que a contribuição sucessiva de cada Parte representará uma progressão em relação à contribuição nacionalmente então vigente e refletirá sua maior ambição possível. A Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC – *nationally determined contribution*) foi protocolada com o compromisso de implementá-la, nos termos do respectivo preâmbulo, em pleno respeito aos direitos humanos, em particular os direitos das comunidades vulneráveis, das populações indígenas, das comunidades tradicionais e dos trabalhadores dos setores afetados, inclusive com a promoção de medidas

<sup>32</sup> BRASIL. Decreto n. 9.073, de 5 de junho de 2017. *Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima*, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.

sensíveis à questão de gênero. A partir do ano de 2016, o Brasil comprometeu-se a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, até 2025; e, subsequentemente, reduzir as emissões de gases de efeitos estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, até 2030. Para esse objetivo, sinalizaram-se medidas consistentes, a título exemplificativo, no aumento da participação da bioenergia sustentável na matriz energética brasileira para aproximadamente 18% até 2030; e, no que se refere ao setor florestal e de mudança do uso da terra, fortalecer medidas e políticas com vistas a alcançar, na Amazônia brasileira, o desmatamento ilegal zero até 2030 e a compensação das emissões de gases de efeito estufa provenientes da supressão legal da vegetação até 2030, restaurando-se, ainda, 12 milhões de hectares de florestas até 2030, para múltiplos usos<sup>33</sup>.

Contudo, recentemente, evidências apontam: a) um aumento do desmatamento na Amazônia, normalmente seguido de queimadas<sup>34</sup>; o desmantelamento de políticas públicas e de ações de fiscalização voltadas a coibir as práticas ilegais<sup>35</sup>; cortes orçamentários significativos em detrimento da implementação de políticas ambientais<sup>36</sup>; contingenciamento do financiamento de iniciativas vol-

tadas para a preservação do meio ambiente, como o Fundo Amazônia e o Fundo Clima, este idealizado no país para financiar, direta e indiretamente, ações que visem combater as mudanças climáticas; não aplicação de recursos em caixa com a rubrica específica de financiar ações voltadas à mitigação das emergências climáticas (integrantes do Fundo Clima) e, em linhas gerais, o desmantelamento dos processos de participação e gestão desse fundo<sup>37</sup>; tais recursos, vinculados ao Ministério do Meio Ambiente, destinam-se ao financiamento de projetos/estudos e ao financiamento de empreendimentos que tenham como objetivo a mitigação das mudanças climáticas<sup>38</sup>.

No mês de dezembro de 2020, o Brasil enviou uma atualização da sua NDC, por meio da qual aumentou o montante de toneladas de CO<sub>2</sub> que pretende atingir para os anos de 2025 e 2030, reduzindo a sua ambição no que se refere aos compromissos adotados frente ao Acordo de Paris. Apesar de não alterar o percentual de corte de emissões, houve alteração da chamada linha de base e, na prática, os limites de emissão para 2025 e 2030 aumentaram e passaram a comportar as emissões de GEE decorrentes dos desmatamentos que estão sendo efetivados. Com as alterações, a título exemplificativo, o nível de emissões implicados na meta de 2030 (1,6 bilhão de toneladas de CO<sub>2</sub>) é praticamente o mesmo verificado pelo SEEG (Sistema de Estimativas de Emissões de Gases de Efeito Estufa do Observatório do Clima) em 2019<sup>39</sup>.

As ações e omissões dos Estados-partes devem ser analisadas em um contexto de acirramento dos efeitos da crise climática. Como sustenta David R. Boyd, a temperatura média global já subiu 1,1 grau Celsius acima dos níveis pré-industriais. Se chegar a 1,5 grau, haverá um aumento substancial do número de pessoas sujei-

<sup>33</sup> BRASIL. *Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) ao Acordo de Paris*. 2016. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Brazil%20First/BRAZIL%20iNDC%20english%20FINAL.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>34</sup> Aragão et. al. sustentam que. “além da perda direta de recursos madeireiros, carbono estocado na floresta e sua biodiversidade, devido ao processo de corte e queima, o desmatamento aumenta as fontes de ignição na região por criar áreas agrícolas que em sua maioria utilizam o fogo como ferramenta de manejo. O processo de desmatamento fragmenta a paisagem, aumentando a extensão de bordas florestais, tornando-a mais suscetível ao fogo, além de causar mudanças biofísicas na superfície que influenciam negativamente o transporte de umidade atmosférica através do bioma”. Cf. ARAGÃO, Luiz E. O. C.; SILVA JUNIOR, Celso H. L.; ANDERSON, Liana O. *O desafio do Brasil para conter o desmatamento e as queimadas na Amazônia durante a pandemia por COVID-19 em 2020: implicações ambientais, sociais e sua governança*. São José dos Campos, 2020. p. 15.

<sup>35</sup> CLIMAINFO. *STF realiza audiência histórica*. 2020. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2020/09/23/adpf-708-fundo-clima-e-politicas-ambientais>. Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>2021</sup>; ARAGÃO, Luiz E. O. C.; SILVA JUNIOR, Celso H. L.; ANDERSON, Liana O. *O desafio do Brasil para conter o desmatamento e as queimadas na Amazônia durante a pandemia por COVID-19 em 2020: implicações ambientais, sociais e sua governança*. São José dos Campos, 2020. 34p.

<sup>36</sup> ARAGÃO, Luiz E. O. C.; SILVA JUNIOR, Celso H. L.; ANDERSON, Liana O. *O desafio do Brasil para conter o desmatamento e as queimadas na Amazônia durante a pandemia por COVID-19 em 2020: implicações ambientais, sociais e sua governança*. São José dos Campos, 2020. 34p.

<sup>37</sup> CLIMAINFO. *STF realiza audiência histórica*. 2020. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2020/09/23/adpf-708-fundo-clima-e-politicas-ambientais>. Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>38</sup> O Fundo Nacional sobre Mudança do Clima constitui um dos instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima, instituída pela Lei n. 12.187/2009. Constitui um fundo de natureza contábil, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de garantir recursos para o apoio a projetos ou estudos e financiamento de empreendimentos que visem à mitigação da mudança do clima e à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos.

<sup>39</sup> OBSERVATÓRIO DO CLIMA. *NDA e “pedalada” de carbono: como o Brasil reduziu a ambição de suas metas no Acordo de Paris*. 2020. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/wp-content/uploads/2020/12/ANA%CC%81LISE-NDC-1012FINAL.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

tas a pobreza, desastres, insegurança alimentar, doenças e mortes. Apesar da entrada em vigor da Convenção-Quadro sobre o clima, as emissões de dióxido de carbono aumentaram 62% entre 1990 e 2019, o que vem gerando a preocupação dos cientistas a respeito do atingimento dos limiares críticos do sistema climático global, os quais, se ultrapassados, poderiam causar catastróficas disrupções em ecossistemas, nas economias e na sociedade<sup>40</sup>. Como explica William Ophuls:

o equilíbrio natural não é um estado simples ou estável, pois os sistemas vivos são fundamentalmente dinâmicos. A mudança e a adaptação são quase as únicas constantes. No entanto, como resultado do dinamismo fecundo da vida, emerge uma estabilidade surpreendente, mantida pelos mecanismos de realimentação que mantêm os sistemas vivos em equilíbrio homeostático, enquanto eles se defendem em relação à perturbação e à dança entre ordem e caos. [...]

Embora os sistemas naturais sejam resilientes quando sujeitos a agressões únicas, o estresse crônico provoca dano progressivo, pois a pressão constante, mesmo do estresse de baixa intensidade, inibe ou frustra as forças que promovem a recuperação homeostática<sup>41</sup>.

No caso *Urgenda versus Holanda*<sup>42</sup>, *The Hague Court of Appeal* reconheceu a aproximação aos chamados *tipping points* relacionados a mudanças radicais no clima<sup>43</sup>,

<sup>40</sup> BOYD, David. *The right to a healthy environment in Brazil*: amicus curiae brief from the United Nations Special rapporteur on human rights and the environment. 2020. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian\\_climate\\_change\\_case.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian_climate_change_case.pdf). Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>41</sup> OPHULS, William. *A vingança de Platão*: política na era da ecologia. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Edições Sesc SP, 2017.

<sup>42</sup> THE HAGUE COURT OF APPEAL. *Case number: 200.178.245/01*. Appellant The State of the Netherlands. Respondent Urgenda Foundation. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2610>. Acesso em: 13 jul. 2021.

<sup>2021</sup>. No caso em questão, questionou-se que, posteriormente à asunção da meta de diminuição de emissões de gases geradores de efeito estufa de 25 a 40% (em relação a 1990) até 2020, o governo da Holanda modificou esse objetivo, introduzindo nova política, com a previsão de redução de 19-27% como meta de redução das emissões de gases de efeitos estufa (em relação a 1990).

<sup>43</sup> Para Fikret Berkes, os sistemas naturais e os sistemas sociais são raramente lineares e previsíveis. É possível afirmar que em sistemas complexos pequenas mudanças podem se amplificar rapidamente podendo assumir muitas trajetórias: “quando as condições mudam, os circuitos de *feedback* do sistema tendem a manter o seu estado atual — até um dado ponto. A um certo nível de mudança nessas condições (ou limiar), o sistema pode se transformar de maneira brusca e catastrófica. O momento em que esta alteração súbita irá ocorrer e a nova configuração dos sistemas são raramente previsíveis. Cf. BERKES, Fikret. Conexões institucionais transescalares. In: VIEIRA, Paulo Freire; BERKES, Fikret; SEIXAS, Cristina S.

considerando os resultados científicos provenientes da ciência climática<sup>44</sup>, reconhecendo que o Governo tem o dever de cuidado (*a duty of care*), resultante da proteção de direitos humanos, os quais se encontram ameaçados diante da iminência dos efeitos negativos relacionados às mudanças climáticas. A decisão da Corte entendeu que as evidências científicas apontam para a existência de um perigo real que pode ofender o direito à vida e à convivência familiar (direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigos 2º e 8º). Para a sentença, o Estado deve adotar medidas precaucionais para evitar tais efeitos, embora ele conserve a prerrogativa de fazer as escolhas políticas necessárias à consecução dos objetivos assumidos. No entanto, como se assentou na decisão, o retardamento de tais medidas torna muito mais difícil a mitigação dos impactos das mudanças climáticas<sup>45</sup>.

A sentença proferida pela Corte Holandesa vai ao encontro de outras decisões de Cortes nacionais que vêm reconhecendo que os atuais e futuros efeitos ad-

(Org.). *Gestão Integrada e Participativa de Recursos Naturais*: Conceitos, Métodos e Experiências. Florianópolis: Secco/APED, 2005, p. 320.

<sup>44</sup> Na decisão reconheceu-se que, com a continuidade do aquecimento global, não só a severidade das consequências vai aumentar: “the accumulation of CO2 in the atmosphere may cause the climate change process to reach a ‘tipping point’, which may result in abrupt climate change, for which neither mankind nor nature can properly prepare. The risk of reaching such ‘tipping points’ increases ‘at a steepening rate’ with a temperature rise of between 1 and 2 °C (IPCC Fifth Assessment Report, 2013-2014, p. 72).” Cf. THE HAGUE COURT OF APPEAL. *Case number: 200.178.245/01*. Appellant The State of the Netherlands. Respondent Urgenda Foundation. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2610>. Acesso em: 13 jul. 2021.

<sup>45</sup> Confira-se o seguinte trecho da decisão de apelação no caso *Urgenda versus Holanda*: “42. Regarding the positive obligation to take concrete actions to prevent future infringements — which according to the claim is applicable here — the European Court of Human Rights has considered that Articles 2 and 8 ECHR have to be explained in a way that does not place an ‘impossible or disproportionate burden’ on the government. This general limitation of the positive obligation, which applies here, has been made concrete by the European Court of Human Rights by ruling that the government only has to take concrete actions which are reasonable and for which it is authorised in the case of a real and imminent threat, which the government knew or ought to have known. The nature of the (imminent) infringement is relevant in this. An effective protection demands that the infringement is to be prevented as much as possible through early intervention of the government. The government has a ‘wide margin of appreciation’ in choosing its measures”. THE HAGUE THE HAGUE COURT OF APPEAL. *Case number: 200.178.245/01*. Appellant The State of the Netherlands. Respondent Urgenda Foundation. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2610>. Acesso em: 13 jul. 2021.



versos da emergência climática e da crise ecológica possuem reflexos sobre um extenso rol de direitos humanos e estão correlacionados a deveres dirigidos ao Poder Público para que adotem ações imediatas para prevenir futuros danos<sup>46</sup>. Constituem obrigações jurídicas (e não opções políticas ou declarações de intenção), refletindo compromissos relacionados à proteção de direitos humanos internacionalmente reconhecidos ou à qualidade ambiental tutelada no direito ambiental internacional e nas ordenações jurídicas dos países. Petra Minnerop adverte que os Estados ainda conservam a prioridade na escolha de alocações de recursos e na análise de complexos aspectos associados à implementação das suas políticas públicas; mas as obrigações vinculadas à garantia dos direitos humanos podem proporcionar uma base jurídica para ações propostas contra os Estados por inadequada proteção climática e, dessa forma, clarificar um caminho de *accountability* dos governos quanto aos deveres resultantes da aplicação do direito internacional e dos direitos internos<sup>47</sup>.

Em síntese, as ações e as inações governamentais — associadas ao descumprimento dos seus compromissos internacionais e da sua legislação interna — devem ser correlacionadas ao aumento da vulnerabilidade das populações e comunidades (que já se encontram expostas aos efeitos negativos dessas mudanças) e implicam a violação dos direitos humanos à saúde, à vida, à alimentação, ao fornecimento de água e, de um modo geral, ao desfrute de uma vida digna. A urgência na adoção de medidas que deem concretude a metas de contenção de emissão de gases de efeito estufa está associada ao acúmulo de evidências científicas apontando a proximidade de limiares críticos ecossistêmicos — muitas vezes imprevisíveis — e se coaduna com o princípio de que os esforços da Partes representarão uma progressão ao longo do tempo (art. 3º do Acordo de Paris). Em razão da importância dos desmatamentos e das queimadas na aferição de emissões de GEE no Brasil, as ações governamentais, descritas no presente capítulo, representam

um retrocesso em matéria de proteção ao meio ambiente, o qual não é justificável sob o ponto de vista político, institucional ou financeiro.

A outra faceta dessa situação extremamente complexa é o descumprimento de obrigações procedurais ou procedimentais, dirigidas a contribuir para o levantamento de informações científicas recentes relacionadas às mudanças climáticas; para a concretização de uma participação autêntica no que se refere à compreensão dos seus efeitos, de medidas mitigadoras e de adaptação; para estimular o envolvimento da sociedade como um todo em um assunto que exige medidas rápidas, energéticas e bem embasadas cientificamente. Entende-se que tais obrigações (também associadas à implementação dos instrumentos do Fundo Clima) decorrem da observância da Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima, do Acordo de Paris, da Constituição da República Federativa do Brasil e do Acordo de Escazú<sup>48</sup>. Entende-se que a complexidade embutida no funcionamento dos sistemas ecológicos e climáticos exige o amadurecimento da justificativa teórica sobre os deveres procedimentais dos Estados nessa matéria.

## 4 Os deveres procedimentais do Estado brasileiro e a governança climática

Além das obrigações substantivas dirigidas aos Estados-partes em matéria de mudanças climáticas, no âmbito internacional, vem sendo destacada a crescente importância do cumprimento dos assim denominados deveres procedimentais do Estado. David R. Boyd, no relatório confeccionado em relação à ADPF n.708/STF, sustentou que essas obrigações relacionam-se com: i) as informações sobre causas e consequências das modificações climáticas e da crise ecológica, assim como a garantia de uma equitativa participação das populações afetadas, de modo inclusivo; ii) a avaliação de impactos sociais, ambientais e culturais das propostas e dos planos que possam agravar o quadro ecológico e colocar em cheque a garantia dos direitos humanos

<sup>46</sup> Cf. a título exemplificativo, a decisão da CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA, na STC 4360-2018, Radicación n. 11001-22-03-000-2018-00319-01. 2018. Disponível em: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

<sup>47</sup> MINNEROP, Petra. Integrating the ‘duty of care’ under the european convention on human rights and the science and law of climate change: the decision of the hague court of appeal in the Urgenda case. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 37, n. 2, p. 149-179, 2019.

<sup>48</sup> Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe, adotado em Escazú, Costa Rica, em 4 de março de 2018. O Acordo representa um marco do multilateralismo no desenvolvimento sustentável do continente e está dentro do escopo da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável.

das comunidades afetadas; iii) respeitar o conhecimento tradicional, as práticas tradicionais, proporcionando que sejam ouvidos previamente os representantes dessas comunidades<sup>49</sup>.

A esse respeito é importante salientar que, no ano de 2018, foi celebrado, na América Latina, o Acordo de Escazú, que trata sobre o acesso à informação, a participação pública e o acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe. O instrumento entrou em vigor para os países que o ratificaram em abril de 2021. Até o momento, não houve adesão por parte do Brasil. A sua celebração decorreu de discussões iniciadas na Conferência do Rio, em 2012. Acolhendo, entre outros, os princípios da transparência, da prestação de contas e da não regressão e progressividade, o Acordo prevê que os Estados: i) devem garantir que as autoridades competentes produzam, disponibilizem e difundam as informações ambientais relevantes de maneira sistemática, proativa, oportuna, regular, acessível e compreensível, atualizando-as periodicamente, além de encorajar a sua descentralização para os níveis regionais e locais (art. 6º, item 1); ii) poderão contar com sistemas de informações, tais como informes e estudos elaborados por instituições acadêmicas e de investigação, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras (art. 6º, item III, “f”); iii) incentivem a produção de fontes de informações relativas às mudanças climáticas que contribuam para o fortalecimento das capacidades nacionais nesta matéria (art. 6º, item III, “g”); iv) devem garantir a participação pública na tomada de decisões ambientais, de modo inclusivo e aberto, em assuntos de interesse público, tais como ordenamento do solo, e elaboração de estratégias, planos, programas, normas e regulamentos que tenham ou possam ter um significativo impacto sobre o meio ambiente (art. 7º, itens I e III)<sup>50</sup>. Para François Ost:

<sup>49</sup> BOYD, David. *The right to a healthy environment in Brazil*: amicus curiae brief from the United Nations Special rapporteur on human rights and the environment. 2020. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian\\_climate\\_change\\_case.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian_climate_change_case.pdf). Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>50</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Acuerdo de Escazú*: acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. Costa Rica. 4 mar. 2018. Disponível em: [https://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/203\\_Acuerdo\\_Escazu.pdf](https://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/203_Acuerdo_Escazu.pdf). Acesso em: 13 jul. 2021.

<sup>51</sup> Conforme a Opinião Consultiva 23/2017, emitida pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituem obrigações de procedimiento (para garantir os direitos à vida e à integridade pessoal no contexto da proteção do meio ambiente) o acesso à informação

é, pois, absolutamente essencial, que as questões ligadas à ética do porvir sejam objeto de um debate democrático e de uma ação militante, sob a iniciativa, nomeadamente, das associações que representam a vanguarda da opinião pública. Também aqui, o papel do direito é importante, num sentido mais clássico desta vez, com vista ao desenvolvimento das garantias processuais deste debate democrático. Tudo deverá, com efeito, ser aplicado, para assegurar o mais amplo acesso possível à informação: a população deverá ser o mais amplamente possível associada à tomada das decisões e devem lhe ser abertas as vias de recursos eficazes. [...]

*Non é utópico pensar, efetivamente, que os interesses das gerações futuras encontrarão, graças ao exercício dos direitos processuais das gerações presentes, uma base de apoio eficaz*<sup>52</sup>. (grifo nosso)

Na Convenção-Quadro sobre mudança do clima, reconhece-se: i) que as medidas necessárias à compreensão e à solução da questão da mudança do clima serão ambientais, social e economicamente mais eficazes se fundamentadas em relevantes considerações científicas, técnicas e econômicas e continuamente reavaliadas à luz de novas descobertas nessas áreas, devendo as Partes elaborar inventários nacionais de emissões e remoções por sumidouro; ii) implementar e atualizar regularmente programas nacionais e regionais que incluam medidas para mitigar a mudança do clima e cooperar nos preparativos para a adaptação aos impactos da mudança do clima; iii) promover e cooperar em pesquisas científicas, tecnológicas, técnicas, socioeconômicas e outras, em observações sistemáticas e no desenvolvimento de bancos de dados relativos ao sistema climático, cuja finalidade seja esclarecer e reduzir ou eliminar as incertezas ainda existentes em relação às causas, efeitos, magnitude e evolução no tempo da mudança do clima e as consequências econômicas e sociais de diversas estratégias de resposta; iv) promover e cooperar no intercâmbio pleno, aberto e imediato de informações científicas, tecnológicas, técnicas, socioeconômicas e jurídicas relativas ao sistema climático e à mudança do clima, bem

— que possui estreita ligação com a transparência, com o controle social dos atos públicos e com a democracia —, assim como a participação pública e o acesso à justiça. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Opinión consultiva OC-23/17*: de 15 de novembro de 2017: solicitada pela República da Colômbia. Meio ambiente e direitos humanos. Obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf). Acesso em: 1 jul. 2021.

<sup>52</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1995.

como esclarecer as consequências econômicas e sociais de diversas estratégias de resposta; promover e cooperar na educação, treinamento e conscientização pública em relação à mudança do clima, e estimular a mais ampla participação nesse processo, inclusive a participação de organizações não governamentais<sup>53</sup>.

A Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC (Lei n. 12.187/2009), em seu art. 3º, enunciou que as ações decorrentes observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã e do desenvolvimento sustentável. A respeito da implementação das medidas de promoção da adaptação à mudança do clima, deve ser garantida a participação dos setores econômicos e sociais envolvidos, e, especialmente, aos que estão em posição de especial vulnerabilidade (art. 4º, V). Por outro lado, figura, também, como diretriz da Política Nacional sobre Mudança do Clima (art. 5º, V, VI, “a” e “b”):

o estímulo e o apoio à participação dos governos federal, estadual e municipal, assim como do setor produtivo, do meio acadêmico e da sociedade civil organizada, no desenvolvimento e na execução de políticas, planos, programas e ações relacionados à mudança do clima;

a promoção e o desenvolvimento de pesquisas científico-tecnológicas, e a difusão de tecnologias, processos e práticas orientados a: a) mitigar a mudança do clima [...]; b) reduzir as incertezas nas projeções nacionais e regionais futuras da mudança do clima.

O Fundo Nacional sobre Mudança do Clima constituiu instrumento da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei n. 12.187/2009, art. 6º) e foi criado pela Lei n. 12.114/2009. O FNMC, de natureza contábil, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, tem como finalidade assegurar recursos para apoio a projetos ou estudos e financiamento de empreendimentos que visem à mitigação da mudança do clima e à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos (art. 2º). Conforme o art. 5º, §4º, da Lei, os seus recursos poderão ser destinados, entre outras, a atividades de: i) educação, capacitação, treinamento e mobilização na área de mudanças climáticas; ii) ciência do clima, análise de impactos e vulnerabilidades; iii) adaptação da sociedade e dos ecossistemas aos impactos das mudanças climáticas; iv) difusão

de tecnologias para mitigação de emissões de gases de efeito estufa; v) formulação de políticas públicas<sup>54</sup>.

Conforme demonstrado acima, as modificações climáticas decorrem de diversos eventos inter-relacionados e as consequências das ações antrópicas sobre os ecossistemas, às vezes, desencadeiam efeitos que serão expressos em eventos visíveis muito tempo depois. Mas, como adverte Boyd<sup>55</sup>, a ciência climática indica a proximidade e o atingimento a limiares críticos em que o sistema pode mudar de configuração e apresentar consequências de extrema gravidade. Por isso mesmo, as obrigações procedimentais relatadas acima possuem um sentido especial em tempos de emergência climática: a difusão e a discussão sobre o conhecimento científico relacionado às mudanças climáticas devem nortear o desenvolvimento das políticas públicas e as escolhas socioeconômicas. A criação de um ambiente democrático no qual seja garantida a circulação de informações científicas bem embasadas configura uma condição indispensável para uma tomada de posição responsável que envolva fazer justiça a comunidades especialmente vulneráveis (por meio de medidas de adaptação) e em atenção à manutenção da resiliência<sup>56</sup> dos ecossistemas e à

<sup>54</sup> O Acuerdo de Escazú (Acordo Regional sobre o acesso à informação, a participação pública e à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe) determina, em seu artigo 6, que: “Cada Parte garantizará, en la medida de los recursos disponibles, que las autoridades competentes generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible, y que actualicen periódicamente esta información y alienen la desagregación y descentralización de la información ambiental a nivel subnacional y local. Cada Parte deberá fortalecer la coordinación entre las diferentes autoridades del Estado”. O Acordo entrou em vigor em 22 de abril de 2021, foi assinado pelo Brasil, mas ainda não foi ratificado. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Acuerdo de Escazú: acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Costa Rica. 4 mar. 2018. Disponível em: [https://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/203\\_Acuerdo\\_Escazu.pdf](https://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/203_Acuerdo_Escazu.pdf). Acesso em: 13 jul. 2021.

<sup>55</sup> BOYD, David. *The right to a healthy environment in Brazil: amicus curiae brief from the United Nations Special rapporteur on human rights and the environment*. 2020. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian\\_climate\\_change\\_case.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian_climate_change_case.pdf). Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>56</sup> Para Fikret Berkes, resiliência consiste na habilidade de um sistema de absorver perturbações e de capacitar-se para a auto-organização, a aprendizagem e a adaptação. Para o autor, resiliência é uma ideia central na aplicação dos princípios da gestão adaptativa, possuindo três características essenciais, (i) relaciona-se à quantidade de mudança que um sistema pode suportar, sem perder o controle sobre a sua estrutura e suas funções; (ii) do nível que o sistema é capaz

<sup>53</sup> Confira-se: BRASIL. Decreto n. 2.652, de 1 de julho de 1998. *Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima*, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.



proteção aos direitos humanos. O Fundo Clima, se observados os seus objetivos, detém estreita relação com o delineamento de um ambiente político que proporcione uma participação bem informada das comunidades, da academia, dos setores econômicos e do Poder Público na produção de evidências e no financiamento de projetos voltados à mitigação das mudanças climáticas.<sup>57</sup>

Estudo recente desenvolvido por Geraldo Esteve Pinto *et al.* analisou, com base em pesquisa realizada pelo IBOPE (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística), a percepção e a consciência dos brasileiros a respeito das mudanças climáticas. Apurou-se que a população considera as mudanças climáticas um grave problema, embora não o coloque como as principais preocupações ambientais. A particularidade existente é que as mudanças climáticas (não obstante sentidas e vivenciadas pelas pessoas) relacionam-se a causas estruturais e sistêmicas, que, frequentemente, não são explicadas no ambiente público de modo satisfatório, predominando uma abordagem fragmentada, descontextualizada e imprecisa.<sup>58</sup> Diante desse cenário, torna-se cada vez mais nítida a importância do fortalecimento dos mecanismos de produção do conhecimento científico e de controle social a respeito de temas revestidos de alto grau de complexidade.

Essa forma de encarar as obrigações procedimentais dos Estados-partes vai ao encontro do objetivo de formação de uma cultura global de responsabilidade ecológica, que é condicionante do desenvolvimento, do *enforcement* e da efetividade de normas internacionais; afinal, um sistema efetivo de segurança ecológica requer

---

de alcançar em termos de auto-organização; (iii) da habilidade de criar e aumentar progressivamente a capacidade de aprendizagem e adaptação. Cf. BERKES, Fikret. Conexões institucionais transescolares. In: VIEIRA, Paulo Freire; BERKES, Fikret; SEIXAS, Cristina S. (org.). *Gestão integrada e participativa de recursos naturais: conceitos, métodos e experiências*. Florianópolis: Secco/APED, 2005.

<sup>57</sup> Carvalho e Barbosa destacam que a litigância climática apresenta-se como estratégia promissora para compelir e impulsionar o setor empresarial e o Poder Público a assumirem e se responsabilizarem pelo controle do aquecimento global, contribuindo para a institucionalização de um ambiente político de cobrança. Cf. CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 2, p. 55-73, 2019. DOI: 10.5102/rdi.v16i2.5949.

<sup>58</sup> PINTO, Geraldo Esteve; PIRES, André, GEORGES, Marcos Ricardo Rosa. A antropoceno e a mudança climática: a percepção e a consciência dos brasileiros segundo a pesquisa IBOPE. *Desenvolvimento e Meio ambiente (DMA)*, v. 54, p. 1-25, jul./dez. 2020. DOI: 10.5380/DMA.V54Io.67833.

o desenvolvimento de um cultura que exija a instituição de um ambiente político *accountable*.<sup>59</sup> A manutenção de um ambiente político transparente, em que circulem e sejam incentivadas produções científicas sobre as mudanças climáticas constitui dever constitucional dos Estados-partes, que advêm dos compromissos internacionais assumidos, da Constituição Federal do Brasil e da legislação nacional aplicável à mudança do clima. Não se trata de uma exigência desproporcionalmente custosa ao Poder Público. Tampouco implica a interferência sobre escolhas a respeito dos caminhos para a redução das emissões de GEE. Trata-se, em última análise, da exigência do cumprimento de políticas públicas que forneçam à população suficientes informações sobre o alcance das mudanças globais, o que constitui um problema de justiça intra e intergeracional.

## 5 Considerações finais

Desde a realização das primeiras conferências mundiais sobre meio ambiente, o Brasil despontou como um país relevante na agenda ambiental, ao ponto de construir um verdadeiro *soft power* em matéria de liderança ambiental no cenário internacional<sup>60</sup>. Nos últimos anos, no entanto, o país presenciou um aumento considerável dos índices de desmatamento e de queimadas no território nacional, em um contexto político-institucional marcado pela adoção de medidas governamentais que vêm enfraquecendo os marcos normativos e as políticas públicas ambientais. O esvaecimento dos instrumentos previstos para a concretização da Política Climática (como é o caso do Fundo Clima) deve ser compreendido sob o ponto de vista ético e jurídico-institucional.

Em primeiro lugar, a assim denominada *emergência climática* (cujos fundamentos estão embasados na Ciência do Clima) coloca em novo patamar a exigência de uma tomada de posição ética — intra e intergeracional

---

<sup>59</sup> BOSELTMANN, Klaus. Global environmental constitutionalism: mappin the Terrain. In: BOSELTMANN, K.; TAYLOR, P. *Ecological approaches to environmental law*. Auckland, NZ: Edward Elgar Pub, 2017. p. 171-185.

<sup>60</sup> MOSMANN, Marcelo Pretto; ALBUQUERQUE, Letícia; BARBIERI, Isabele Bruna Barbieri. Agrotóxicos e direitos humanos no contexto global: o Brasil em risco de retrocesso? *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 16, n. 2, p. 150-167, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6107>. Acesso em: 23 jul. 2021.

—, que considere o funcionamento dos grandes ciclos biosféricos. A partir do exame de decisões internacionais recentes, é possível concluir que a proximidade do atingimento de limiares críticos ecossistêmicos (*tipping points*) aumenta o nível de exigência do dever de cuidado (*duty of care*) do Poder Público, decorrente dos compromissos assumidos pelo Brasil e das disposições constitucionais e legais. Particularmente, os compromissos internacionais assumidos pelo país, em decorrência da ratificação da Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas e do Acordo de Paris, conferem contornos específicos aos deveres constitucionais atribuídos ao Poder Público associados à manutenção de um ambiente político participativo, *accountable* e voltado à coleta das melhores evidências científicas disponíveis sobre as mudanças climáticas. Esses deveres sobressaem-se diante da complexidade dos fatores antrópicos e ecológicos implicados nessas modificações.

Por outro lado, o acirramento dos sinais da crise climática reforça a importância da discussão sobre as injustiças relacionadas à maior exposição de grupos especialmente vulneráveis às modificações do clima. Decisões recentes — no âmbito do que se convencionou chamar *Litigância Climática* — reconhecem o perigo real e iminente de ofensa a direitos humanos em razão das modificações climáticas. O Fundo Clima constitui instrumento que visa fortalecer o controle social e prevê medidas conjuntas entre os diversos atores sociais com o objetivo de melhor conhecer as providências indicadas para a mitigação e adaptação aos efeitos da mudança do clima. Em última análise, contribui para a concretização do pacto societário em defesa do meio ambiente previsto no art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, fator condicionante de *enforcement* dos marcos normativos internos e normas internacionais.

## Referências

ACOT, Pascal. *Histoire du climat*. Paris: Perrin, 2009.

ALBUQUERQUE, Letícia. Justiça ambiental e desenvolvimento: um diálogo possível? In: FELDHAUS, Charles *et al* (org.). *Temas em teorias da justiça III: o direito internacional em debate*. Guarapuava: Apolodoro Virtual Edições, 2021. p. 88. Disponível em: [https://issuu.com/apolodorovirtual/docs/o\\_direito\\_internacional\\_em\\_debate](https://issuu.com/apolodorovirtual/docs/o_direito_internacional_em_debate). Acesso em: 23 jul. 2021.

APEL, Karl-Otto. *The response of discourse ethics: to the moral challenge of the human situation as such and especially today*. Leuven, BE: Peeters, 2001. (Mercier Lectures, Louvain-la-Neuve. March, 1999).

ARAGÃO, Luiz E. O. C.; SILVA JUNIOR, Celso H. L.; ANDERSON, Liana O. *O desafio do Brasil para conter o desmatamento e as queimadas na Amazônia durante a pandemia por COVID-19 em 2020: implicações ambientais, sociais e sua governança*. São José dos Campos, 2020. 34 p.

BERKES, Fikret. Conexões institucionais transescolares. In: VIEIRA, Paulo Freire; BERKES, Fikret; SEIXAS, Cristina S. (org.). *Gestão integrada e participativa de recursos naturais: conceitos, métodos e experiências*. Florianópolis: Secco/APED, 2005.

BOYD, David. *The right to a healthy environment in Brazil: amicus curiae brief from the United Nations Special rapporteur on human rights and the environment*. 2020. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian\\_climate\\_change\\_case.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/Brazilian_climate_change_case.pdf). Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. *Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) ao Acordo de Paris*. 2016. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Brazil%20First/BRAZIL%20iNDC%20english%20FINAL.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. *Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) ao Acordo de Paris*. 2020. Disponível em: [https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Brazil%20First/Brazil%20First%20NDC%20\(Updated%20submission\).pdf](https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Brazil%20First/Brazil%20First%20NDC%20(Updated%20submission).pdf). Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Decreto n. 2.652, de 1 de julho de 1998. *Pro-mulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima*, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Decreto n. 9.073, de 5 de junho de 2017. *Pro-mulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima*, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.

BOSELTMANN, Klaus. Global environmental constitutionalism: mapping the Terrain. In: BOSELTMANN,

- K.; TAYLOR, P. *Ecological approaches to environmental law*. Auckland, NZ: Edward Elgar Pub, 2017. p. 171-185.
- CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 2, p. 55-73, 2019. DOI: 10.5102/rdi.v16i2.5949.
- CLIMAINFO. *STF realiza audiência histórica*. 2020. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2020/09/23/adpf-708-fundo-clima-e-politicas-ambientais>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Opinião consultiva OC-23/17*: de 15 de novembro de 2017: solicitada pela República da Colômbia. Meio ambiente e direitos humanos. Obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf). Acesso em: 1 jul. 2021.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA. *STC 4360-2018*. Radicación n. 11001-22-03-000-2018-00319-01. 2018. Disponível em: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- FAGUNDEZ, Gabrielle Tabares; ALBUQUERQUE, Letícia; FILIPI, Humberto F. F. C. M. Violação de direitos humanos e esforços de adaptação e mitigação: uma análise sob a perspectiva da justiça climática. *Revista Interdisciplinar de direitos humanos*, v. 8, n. 1, p. 227-240, 2020. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/786/346>. Acesso em: 23 jul. 2021.
- FELLET, João. Mudanças climáticas: os preocupantes sinais que unem frio recorde no Brasil a enchentes e calor pelo mundo. *BBC News Brasil*, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-57992549>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- GARDINER, Stephen. M. *A perfect moral storm: the ethical challenge of climate change*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2011.
- GARDINER, Stephen M. Ethics and global climate change. *The University of Chicago Press*, v. 114, n. 03, abr. p. 555-600, 2004. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/10.1086/382247?seq=4#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/10.1086/382247?seq=4#metadata_info_tab_contents). Acesso em: 27 jul. 2021.
- GARDINER, Stephen. M; HARTZELL-NICHOLS, Lauren. Ethics and global climate change. *Nature education knowledge*, v. 3, n. 10, 2012. Disponível em: <https://www.nature.com/scitable/knowledge/library/ethics-and-global-climate-change-84226631>. Acesso em: 23 jul. 2021.
- GRUBBA, Leilane Serratine; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; WANDERSLEBEN, Myrtha. Caminhos para uma cidadania planetária e ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 1-14 2012. DOI: 10.5102/rdi.v9i3.177.
- HUMPHREYS, Stephen. *Human rights and climate change*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- JONAS, Hans. *Une éthique pour la nature*. Ed. Arthaud Poche, 2017.
- KLEIN, Naomi. *This changes everything: capitalism vs the climate*. London: Allen Lane, 2014.
- LACOSTE, Yves. *A geografia isso serve, em primeiro lugar, para fazer a guerra*. Campinas: Papirus, 1997.
- MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; MONT'ALVERNE, Tarin Cristina Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios na COP21? *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 2, p. 53-75, 2016. DOI: 10.5102/rdi.v13i2.3931.
- MINNEROP, Petra. Integrating the ‘duty of care’ under the european convention on human rights and the science and law of climate change: the decision of the hague court of appeal in the Urgenda case. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 37, n. 2, p. 149-179, 2019.
- MONTGOLFIER, Jean de; NATALI, Jean-Marc. Instrumentos para uma gestão patrimonial. In: VIEIRA, Paulo Freire; WEBER, Jacques (org.). *Gestão de recursos naturais renováveis e desenvolvimento: novos desafios para a pesquisa ambiental*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 361-363.
- MOSMANN, Marcelo Pretto; ALBUQUERQUE, Letícia; BARBIERI, Isabele Bruna Barbieri. Agrotóxicos e direitos humanos no contexto global: o Brasil em risco de retrocesso? *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 16, n. 2, p. 150-167, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6107>. Acesso em: 23 jul. 2021.



- MOSS, Jeremy. Climate justice. In: MOSS, Jeremy. *Climate change and social justice*. Victoria: Melbourne University Press, 2009.
- OBSERVATÓRIO DO CLIMA. *NDA e “pedalada” de carbono: como o Brasil reduziu a ambição de suas metas no Acordo de Paris*. 2020. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/wp-content/uploads/2020/12/ANA%CC%81LISE-NDC-1012FINAL.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- OPHULS, William. *A vingança de Platão: política na era da ecologia*. São Paulo: Edições Sesc SP, 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Acuerdo de Escazú: acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia em asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Costa Rica. 4 mar. 2018. Disponível em: [https://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/203\\_Acuerdo\\_Escazu.pdf](https://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/203_Acuerdo_Escazu.pdf). Acesso em: 13 jul. 2021.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1995.
- PINTO, Geraldo Esteve; PIRES, André, GEORGES, Marcos Ricardo Rosa. A antropoceno e a mudança climática: a percepção e a consciência dos brasileiros segundo a pesquisa IBOPE. *Desenvolvimento e Meio ambiente (DMA)*, v. 54, p. 1-25, jul./dez. 2020. DOI: 10.5380/DMA.V54I0.67833.
- SCHLOSBERG, David; COLLINS, Lisette B. From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. *WIREs Clim Change*, v. 5, p. 359-374, 2014.
- SCHLOSBERG, David. *Defining environmental justice: theories, movements, and nature*. United Kingdom: Oxford University Press, 2007.
- SCHNEIDER, Wolfgang. Remarque préliminaire. In: JONAS, Hans. *Une éthique pour la nature*. Ed. Arthaud Poche, 2017.
- STEFFEN, Will; BROADGATE, Wendy; DEUTSCH, Lisa; GAFFNEY, Owen; LUDWIG, Cornelia. The trajectory of the anthropocene: the great acceleration. *The Anthropocene Review*, v. 2, n. 1, p. 81-98, 2015. DOI:10.1177/2053019614564785.
- THE HAGUE COURT OF APPEAL. *Case number: 200.178.245/01*. Appellant the State of the Netherlands. Respondent Urgenda Foundation. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2610>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- TONETTO, Milene Consenso. Aplicando a ética do discurso de Apel: corresponsabilidade na justiça climática global. *Ethic@*, v. 19, n. 3, p. 637-655. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/77632/45029>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *Records of the General Conference 39th session*, Paris, 30 October, 14 Nov. 2017, p. 130-131. Disponível em: <https://en.unesco.org/themes/ethics-science-and-technology/ethical-principles>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- WORLD BANK GROUP. *Poverty and Share Prosperity 2020: reversals of fortune*. Washington, DC: The World Bank, 2020. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/34496/9781464816024.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- WORLD scientists’ of a climate emergency. *BioScience*, v. 70, n. 1, jan. 2020, p. 8–12. Disponível em: <https://academic.oup.com/bioscience/article/70/1/8/5610806>. Acesso em: 10 mar. 2021.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Perspectivas da litigância  
climática em face de empresas: o  
caso Milieudefensie et al. vs. Royal  
Dutch Shell**

**Perspectives on climate litigation  
in the face of companies: the  
case Milieudefensie et al. v. Royal  
Dutch Shell**

Julia Stefanello Pires

Danielle Anne Pamplona

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# Perspectivas da litigância climática em face de empresas: o caso Milieudéfensie et al. vs. Royal Dutch Shell\*

## Perspectives on climate litigation in the face of companies: the case Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell

Julia Stefanello Pires\*\*

Danielle Anne Pamplona\*\*\*

### Resumo

Em maio de 2021, o julgamento do caso *Milieudéfensie et al. vs. Royal Dutch Shell* condenou, pela primeira vez, uma empresa a assumir uma atuação efetiva de redução da emissão de gases de efeito estufa em suas atividades. Baseando-se em declarações e compromissos públicos da *Royal Dutch Shell*, a sentença chamou a empresa à responsabilidade por sua contribuição na crise climática, determinando que reduzisse a emissão de CO<sub>2</sub> em 45% até o final de 2030. A partir da sentença do caso proposto em face da *Royal Dutch Shell*, o objetivo do artigo é analisar as possibilidades de avanço na litigância climática em face de empresas, tendo em vista seu compromisso com os direitos humanos e as expectativas de sua concretização por meio das demandas judiciais. Utilizando-se método dedutivo, realizando uma pesquisa bibliográfica e documental, estrutura-se a abordagem em três partes: descrição de aspectos do caso, o embasamento do julgamento e o impacto nos debates sobre o tema. Verifica-se, ao final, a contribuição das argumentações do caso para a construção e julgamento de outras demandas similares, viabilizando a efetivação de políticas e compromissos climáticos relevantes para a eficácia das soluções climáticas.

**Palavras-chave:** empresas e direitos humanos; litígios climáticos; princípios orientadores; responsabilidade climática.

### Abstract

In March 2021, the trial of *Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell* imposed, for the first time, an order for a company to take effective action to reduce greenhouse gas emissions in its activities. Based on Shell's public statements and commitments, the sentence calls the company to assume responsibility for its contribution to the climate crisis, determining a 45% reduction in CO<sub>2</sub> emissions by the end of 2030. Based on the Shell case, the purpose of this article is to analyze the possibilities of advancing in climate litigation against companies, taking into account their commitment to human rights and the expectations of achieving them through legal actions. Using the

\* Recebido em 31/07/2021  
Aprovado em 21/02/2022

\*\* Doutoranda em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Graduação em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Advogada. Professora. Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Melo (UFGD). Membro da Global Business and Human Rights Scholars Association.  
E-mail: julia stefanello@outlook.com.br

\*\*\* Professora titular da Pós-Graduação e da Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). International Visiting Scholar na Washington College of Law na American University em Washington, DC. Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).  
E-mail: danielle.pamplona@pucpr.br



deductive method and conducting bibliographical and documentary research, the approach is structured in three parts, addressing the aspects of the case, the basis of the judgment, and the impact on debates about the topic. At the end, the contribution of the arguments of the case to the construction and judgment of other similar lawsuits is verified, enabling the implementation of policies and climate commitments relevant to achieving effective climate solutions.

**Keywords:** business and human rights; climate litigation; guiding principles; climate responsibility.

## 1 Introdução

De acordo com os dados do *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC)<sup>1</sup>, as principais fontes emissores de Gases de Efeito Estufa (GEE) estão relacionadas às atividades empresariais. No entanto, documentos internacionais, geralmente, se voltam à regulação da ação dos Estados, e, ainda assim, quando se trata de questões climáticas, os principais documentos são compromissos voluntários, como é o caso do Acordo de Paris (2015). Dessa forma, um avanço na proposição de medidas eficazes para solucionar questões do clima, permanece à mercê da vontade de Estados e empresas, vontade que se mostra insuficiente diante da urgência climática.

Desde a adoção do Protocolo de Kyoto (1997), os debates internacionais colecionam repetidos fracassos no avanço da política climática. Diante da insuficiência nas ações dos Estados, a litigância climática surge como um meio para a efetivação de compromissos assumidos. Assim, levar o debate às cortes parece ser uma alternativa mais imparcial e menos burocrática do que realizar negociação e pressão direta na seara administrativa de agências e órgãos do governo<sup>2</sup>.

Em 2021, o *Grantham Research Institute on Climate Change*, em conjunto com o *Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy*, lançou um relatório sobre as tendências globais em litigância climática<sup>3</sup>,

apontando que o número destes casos teve um aumento exponencial desde 2015. Observa-se que a maioria dos casos foi proposta em face dos Estados e governos, seja chamando-os à responsabilidade ou exigindo o cumprimento de normas ou compromissos globais. Segundo o relatório, atualmente, há 33 processos ativos em face das chamadas Carbon Majors, empresas que têm suas principais atividades relacionadas a combustíveis fósseis. Dentro desse panorama, a condenação da empresa *Royal Dutch Shell*, pelo Tribunal Distrital de Haia, representa um importante passo no avanço da litigância climática que tem empresas no banco dos réus.

Embora se compreenda que o julgado se baseia em normas e precedentes particulares à corte neerlandesa, é importante que se investiguem as estratégias utilizadas e a forma em que a argumentação foi apresentada, para que tais conclusões possam auxiliar a construção de casos de litígios climáticos similares. Os litígios climáticos têm rompido com a inércia dos governos, transferindo, para o Judiciário, um debate que, há muito tempo, se encontra travado nos Poderes Legislativo e Executivo<sup>4</sup>. Além disso, trata-se de uma condenação de grande impacto no cenário internacional, posto que reconhece a responsabilidade de uma empresa controladora sobre a política adotada e disseminada entre as suas subsidiárias. O caso fortalece a utilização do meio judicial como uma forma de combate às condutas que levam às mudanças climáticas, ao mesmo tempo em que aponta para uma mudança de paradigmas na concepção do papel das empresas diante das responsabilidades coletivas.

O artigo tem como objetivo analisar as perspectivas e singularidades dos litígios climáticos apresentados em face de empresas, com base no caso bem sucedido *Milieudefensie et al. vs. Royal Dutch Shell*, em que a Corte Distrital de Haia determinou que a empresa reduzisse suas emissões globais de carbono em 45% até 2030, tendo por base seus níveis de 2019<sup>5</sup>. O caso ainda não foi encerrado, e a *Royal Dutch Shell*, recentemente, anunciou

tute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy; London School of Economics and Political Science, 2021.

<sup>4</sup> CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019. p. 62.

<sup>5</sup> TRIBUNAL DE HAIA. Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.3.5”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>1</sup> IPCC. *Climate change 2007: mitigation. Contribution of working group III to the fourth assessment. Report of the intergovernmental panel on climate change*. Cambridge, Nueva York. Cambridge university Press, 2007.

<sup>2</sup> LIN, Jolene. Climate change and the courts. *Legal Studies*, v. 32, n. 1, mar. 2012, p. 35-57.

<sup>3</sup> SETZER, Joana. HIGHAM, Catherine. *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. London: Grantham Research Insti-

que irá recorrer da decisão<sup>6</sup>. No entanto, ainda que pendente de apreciação pela segunda instância, o julgamento é um marco histórico e traz diversas lições na proposição de demandas climáticas em face de empresas.

Na presente análise, os aspectos normativos internos utilizados pela corte neerlandesa serão tratados sem maiores aprofundamentos, compreendendo que um estudo dos institutos legais apresentados não cabe no artigo. Serão abordadas, de maneira mais profunda, as argumentações que possam trazer impactos relevantes às demandas climáticas propostas em face de empresas, observando o segundo pilar dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos<sup>7</sup>, que aborda a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos que é independente das condutas dos estados.

A pesquisa proposta neste artigo tem orientação bibliográfica e documental e está estruturada em três partes. Primeiramente, debate-se a configuração do caso apresentado pela Organização Não Governamental (Ong) *Milieudefensie* em face da *Royal Dutch Shell*, buscando compreender as particularidades do caso. Então, passa-se a analisar a sentença prolatada pela Corde Distrital de Haia, abordando elementos de debates ocorridos após a decisão do caso *Urgenda*<sup>8</sup>, precedente que influenciou a decisão do caso em comento. Por fim, com base no segundo pilar dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, que aborda a responsabilidade das empresas em evitar os impactos negativos de suas atividades e em enfrentar as suas consequências<sup>9</sup>, investiga-se o impacto dessa decisão para futuras proposições judiciais em face de empresas.

<sup>6</sup> ROYAL DUCH SHELL (RDS). *Shell confirms decision to appeal court ruling in Netherlands climate case*. 20 jul. 2021. Disponível em: <https://www.shell.com/media/news-and-media-releases/2021/shell-confirms-decision-to-appeal-court-ruling-in-netherlands-climate-case.html>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>7</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>8</sup> URGENDA Foundation v. State of the Netherlands. *Eerste aanleg, ECL:NL:RBDHA:2015:7196*. 9 out. 2018. Disponível em: [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009\\_2015-HAZA-C0900456689\\_decision-4.pdf](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009_2015-HAZA-C0900456689_decision-4.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>9</sup> SILVA, Ana Rachel F.; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINQUINI, Eliete Doretto (org.). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e DIREITOS humanos*. Curitiba: CRV, 2016, v. 1, p. 147-168.

## 2 O caso *Milieudefensie et al. vs. Royal Dutch Shell*

A construção do caso em face da *Royal Dutch Shell* começou em 2018, quando a Ong *Milieudefensie* enviou uma notificação<sup>10</sup>, baseando-se no sistema normativo neerlandês, em que solicitava que a empresa assumisse a responsabilidade por manter uma política climática inadequada. No mês seguinte, a empresa anunciou que não responderia a demanda, por considerá-la injustificável<sup>11</sup>.

No decorrer de um ano, milhares de pessoas aderiram ao processo, e, em abril de 2019, a *Royal Dutch Shell* recebeu a citação em sua sede em Haia, nos Países Baixos, em nome de 17.379 requerentes e sete organizações, incluindo a *Milieudefensie*<sup>12</sup>. As partes apresentaram suas alegações perante o Tribunal Distrital de Haia, sendo realizadas audiências orais em dezembro de 2020 e alegações finais em fevereiro de 2021. O julgamento do caso foi realizado em 26 de maio de 2021.

Apesar de a decisão basear-se no sistema normativo neerlandês, da leitura dos documentos fica clara a influência de compromissos internacionais assumidos pela *Royal Dutch Shell* e pelo Estado neerlandês. Assim, a análise do caso traz importantes contribuições para o futuro das litigâncias climáticas, sendo essencial compreender, inicialmente, os argumentos e bases apresentadas pela acusação e defesa, como se passa a demonstrar.

### 2.1 As denúncias e reivindicações feitas em face da *Royal Dutch Shell*

Na carta enviada em abril de 2018, *Milieudefensie* aponta, com a apresentação de relatórios e compromissos públicos assumidos pela *Royal Dutch Shell*, que a empresa tem consciência das causas e dos impactos das mudanças climáticas, da relação de sua atividade com elas e, ainda assim, continua a investir em combustíveis

<sup>10</sup> MILIEUDEFENSIE. *Noticeletter Shell*. Liability for inadequate climate policy. Disponível em: <https://en.milieudefensie.nl/news/noticeletter-shell.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>11</sup> MILIEUDEFENSIE. *Reaction Shell*. Milieudefensie zet klimaatzaak tegen Shell door. Disponível em: <https://milieudefensie.nl/actueel/milieudefensie-start-definitief-klimaatzaak-tegen-shell>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>12</sup> MILIEUDEFENSIE. *Timeline climate case Shell*. 2018. Disponível em: <https://en.milieudefensie.nl/climate-case-shell/timeline>. Acesso em: 23 jan. 2021.

fósseis e a tomar iniciativas de prevenção e mitigação insuficientes<sup>13</sup>. Os argumentos foram construídos para levar à responsabilidade civil (*liability*)<sup>14</sup> da empresa, decorrente de sua contribuição substancial para alterações climáticas, as quais geram danos sociais e ambientais.

A princípio, buscava-se um compromisso da empresa, com base na assunção de sua responsabilidade (*responsability*) em alterar suas políticas e estratégias empresariais, alinhando-as com os objetivos climáticos estabelecidos no Acordo de Paris<sup>15</sup>. Em 21 de outubro de 2020, a *Milieudefensie* alterou suas demandas, fazendo-as mais objetivas, para que fosse determinado em sentença que a Shell reduzisse o volume de suas emissões, tendo por parâmetro os dados do ano de 2019.

O fundamento jurídico baseia-se no Livro 6, Seção 162 do Código Civil neerlandês<sup>16</sup>, do qual, de acordo com a sentença do caso<sup>17</sup>, poderia ser extraída a determinação de um dever de cuidado de contribuir para a prevenção do aquecimento global. Esse padrão de cuidado não está previsto, expressamente, no ordenamento neerlandês. No entanto, os demandantes utilizaram um precedente da Suprema Corte Neerlandesa, denominado de critérios *Kelderluik*<sup>18</sup>, também utilizado no julgamento do caso *Urgenda*<sup>19</sup>. Tal fundamentação per-

mite que o tribunal possa usar critérios adicionais para averiguar se o dever de cuidado foi respeitado.

No caso apresentado pela *Milieudefensie*, foram utilizados os direitos humanos, especificamente o direito à vida e o direito ao respeito pela vida privada e familiar, e documentos internacionais voluntários que foram assumidos como compromissos públicos pela *Royal Dutch Shell*, como os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos<sup>20</sup>, o Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>21</sup> e as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para Empresas Multinacionais<sup>22</sup>. Embora haja outras referências que possam dar embasamento ao debate, como a Conduta Empresarial Responsável ou os critérios ESG (*Environmental, Social and Corporate Governance*), o presente artigo se limita a analisar os documentos mencionados na decisão do caso em comento.

Sobre tais documentos, importa fazer uma breve introdução. Em 2008, John Ruggie, então Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, propôs um quadro referencial que chamou de “Proteger, Respeitar e Remediar”, composto por três pilares: o dever do Estado de proteger, a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos (independente da atuação estatal) e a necessidade de garantir acesso das vítimas de violações a uma reparação efetiva dos danos causados<sup>23</sup>. Esse trabalho culminou na apresentação, ao Conselho de Direitos Humanos, dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos<sup>24</sup>, adotados em 2011.

<sup>13</sup> MILIEUDEFENSIE. *Noticeletter Shell*. Liability for inadequate climate policy. Disponível em: <https://en.milieudefensie.nl/news/noticeletter-shell.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>14</sup> É importante ressaltar que, enquanto, em Língua Inglesa, há denominações diferentes para a liability e a responsibility, em língua portuguesa, ambos se traduzem como responsabilidade. A primeira (liability) se refere à responsabilidade civil, denominação jurídica prevista no Código Civil brasileiro decorrente de ato ilícito que cause danos a outrem. Já a “responsability”, também traduzida como responsabilidade, refere ao dever de cuidado.

<sup>15</sup> UNITED NATIONS (UN). *Paris Agreement*. 2015. Disponível em: [https://unfccc.int/sites/default/files/english\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>16</sup> DUTCH CIVIL CODE. *Book 6 The law of obligations*. Disponível em: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>; Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>17</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.3.5”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>18</sup> VÉASE *Kelderluik-arrest*. Hoge Raad. NJ 1966, 136. *ECLI:NL:HR:1965:AB7079*. Datum uitspraak: 5 nov. 1965. Datum publicatie: 24 set. 2019. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:1965:AB7079>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>19</sup> URGENDA Foundation v. State of the Netherlands. *Eerste aanleg*. *ECLI:NL:RBDHA:2015:7196*. 9 out. 2018. Disponível em: [\[HAZA-C0900456689\\\_decision-4.pdf\]\(https://www.unglobalcompact.org/\). Acesso em: 23 jan. 2021.](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009_2015-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>20</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>21</sup> UNITED NATIONS. *Global compact*. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>22</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). *Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais*. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>23</sup> RUGGIE, John Gerard. *Apenas negócios*. São Paulo: Planeta sustentável, 2014.

<sup>24</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.



Esses princípios não abordam, especificamente, questões relacionadas ao clima ou ao meio ambiente. No entanto, estabelecem que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, o que consiste na abstenção de infringir os direitos humanos e no enfrentamento de eventuais impactos negativos que suas atividades possam gerar<sup>25</sup>. Ainda que não exista um tratado internacional reconhecendo o clima equilibrado como um direito humano, a ONU já se manifestou sobre a relação entre as mudanças do clima e maciças violações de direitos humanos decorrentes da crise climática<sup>26</sup>.

O segundo pilar, que trabalha a responsabilidade das empresas, divide-se em dois pontos: do princípio 11 ao 15, determinam-se os princípios fundamentais, quais, como e quando a atividade empresarial deve respeitar os direitos humanos. Já na segunda parte desse pilar, do princípio 16 ao 24, há os princípios operacionais, que abordam os compromissos políticos e os métodos de auditoria das empresas<sup>27</sup>.

Em relação a quais direitos devem ser respeitados, o princípio 12 faz alusão aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, referindo como patamar mínimo a Carta de Direitos Humanos da ONU e a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Em 2021, a ONU reconheceu o direito ao meio ambiente seguro, limpo, sadio e sustentável como um direito humano<sup>28</sup>. Desse modo, a percepção dos riscos climáticos guarda estreita relação com a promoção e efetivação de direitos mínimos.

Finalmente, embora esses princípios não sejam vinculantes, o que os tornam objeto de críticas por sua adesão e aplicação voluntária, o documento desenvol-

ve uma importante contribuição para o tema: a devida diligência em direitos humanos<sup>29</sup>. Ela aparece a partir do princípio 17, ao estabelecer que as empresas devem realizá-la com a finalidade de “identificar, prevenir, mitigar e reparar os impactos negativos de suas atividades sobre os direitos humanos”<sup>30</sup>. De acordo com os princípios, o instituto da devida diligência tem o objetivo de compreender os eventuais e prováveis impactos negativos da atividade empresarial, de modo que possam ser estabelecidos meios de prevenir, mitigar e reparar tais impactos. Além disso, essas auditorias devem ser realizadas tanto na atividade principal quanto naquelas desenvolvidas pela cadeia de produção, que tenham relação direta com suas operações, produtos ou serviços prestados por suas relações comerciais.

Nesses termos, a devida diligência em direitos humanos é um instrumento que traz à empresa a responsabilidade de fiscalização da sua própria cadeia de produção, o que pode significar uma mitigação dos riscos gerados pela atividade empresarial, principalmente em nível transnacional. É importante mencionar que mesmo que as corporações desenvolvam atividades de devida diligência, isso não as exime de uma responsabilização civil e criminal pelos reais impactos de suas atividades comerciais<sup>31</sup>. O Pacto Global da ONU<sup>32</sup> já havia sido lançado em 2000, chamando as empresas a alinharem suas políticas e sua atuação a dez princípios universais, que abordam as áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção. Mais tarde, o Pacto Global absorve os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), cujo ODS 13 estabelece que os Estados devem agir contra a mudança global do clima e seus impactos<sup>33</sup> e o ODS 17 estabelece que a implementação de todos

<sup>25</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>26</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS (OCDE). *Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais*. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>27</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>28</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão de Direitos Humanos. Resolução A/HRC/48/13 de 2021.

<sup>29</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>30</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>31</sup> MERE, Winibaldus S. In search of viable standards of culpability for corporate complicity liability in human rights abuses. *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. 2526-0774, v. 3, n. 1, ago./jan. 2019.

<sup>32</sup> UNITED NATIONS. *Global compact*. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>33</sup> UNITED NATIONS. *Global compact*. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

os objetivos deve ser realizada pela atuação conjunta de Estados e iniciativa privada.

Já as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais<sup>34</sup> são recomendações dirigidas às empresas, estabelecendo princípios e boas práticas, de acordo com a legislação aplicável e padrões internacionalmente reconhecidos, com enfoque nas áreas de direitos humanos, empregos, meio ambiente, combate à corrupção, dentre outros<sup>35</sup>. As Diretrizes também descrevem a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos internacionalmente conhecidos.

É interessante observar como esses documentos foram utilizados na argumentação do caso, posto que são voluntários, e não preveem sanções aos signatários que não cumprirem seus termos. As críticas a tais documentos apontam, justamente, que, ao mesmo tempo em que muitas empresas gozam do status social de signatárias de tais compromissos, diante da ausência de mandato ou capacidade de monitorar e verificar as práticas corporativas por parte dos organismos internacionais envolvidos, estas têm margem para continuar violando direitos básicos<sup>36</sup>. O que, na argumentação da *Milieudefensie*, é o caso da *Royal Dutch Shell*.

Para demonstrar a legitimidade da *Royal Dutch Shell* para responder a ação, os autores da demanda apontam para seus relatórios de sustentabilidade em que expõe as emissões de CO<sub>2</sub> de suas subsidiárias e estabelece que a Diretoria da *Royal Dutch Shell* tem a supervisão do gerenciamento dos riscos das mudanças climáticas, determinando que o CEO tem a responsabilidade final pela administração geral do grupo *Shell*<sup>37</sup>, nas empresas estabelecidas ao redor do mundo. Verifica-se, portanto,

que no que tange à territorialidade, a própria empresa reconhece a centralização das decisões no controle da *holding Royal Dutch Shell*<sup>38</sup>.

Na documentação disponibilizada nos sites eletrônicos da empresa, a própria *Royal Dutch Shell* reconhece os riscos das mudanças climáticas, e divide suas emissões em três fontes diferentes: emissões diretas de fontes que pertencem ou são controladas pelo grupo (escopo 1); indiretas, de fontes de terceiros, decorrentes de eletricidade, vapor ou aquecimento para suas operações (escopo 2); e emissões indiretas, decorrentes das atividades da organização, porém de propriedade ou controladas por terceiros, e.g., consumidores (escopo 3). No ano de 2018, 85% das emissões do grupo foram identificadas como de escopo 3.

Assim, a denúncia constrói-se não apenas na indubitável contribuição do grupo *Shell* às causas das mudanças climáticas, mas também encontra embasamento nos compromissos voluntários assumidos publicamente pela empresa. Embora tais documentos não sejam fundamento para levar, por si sós, à aplicação de sanções, seus princípios e determinações serviram à *Milieudefensie* para a construção da existência de dever de cuidado da empresa signatária. E esse dever de cuidado está devidamente previsto no ordenamento jurídico neerlandês.

Outro ponto que merece destaque refere-se ao fato de que, assim como no caso *Urgenda*<sup>39</sup>, a ação baseia-se em normas cíveis, e não na lei administrativa ambiental neerlandesa, tendo como ponto principal um ato ilícito cometido pela *Royal Dutch Shell*, ao violar o dever de cuidado. Em 2016, Roger Cox, advogado que atuou em nome da *Milieudefensie*, discorreu sobre a acertada decisão da *Urgenda*<sup>40</sup> em apresentar um caso com base nas

<sup>34</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS (OCDE). *Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais*. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>35</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS (OCDE). *Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais*. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>36</sup> KINLEY, David; TADAKI, Junko. From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law. *Virginia Journal of International Law*, v. 44, n. 4, p. 931-1023, 2004. p. 951.

<sup>37</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “2.5”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>38</sup> De acordo com as evidências apresentadas nos autos do caso, desde 2005 a *Royal Dutch Shell* é a empresa controladora do Grupo *Shell*, que consta como acionista direta e indireta de mais de 1.100 empresas estabelecidas em todo o mundo. Assim, quando o artigo mencionar o grupo *Shell*, faz referência às empresas instaladas ao redor do globo, e ao descrever a *Royal Dutch Shell*, refere-se à controladora do grupo. TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “2.2”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>39</sup> URGENDA Foundation v. State of the Netherlands. *Eerste aanleg. ECLI:NL:RBDHA:2015:7196*. 9 out. 2018. Disponível em: [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009\\_2015-HAZA-C0900456689\\_decision-4.pdf](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009_2015-HAZA-C0900456689_decision-4.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>40</sup> URGENDA Foundation v. State of the Netherlands. *Eerste aanleg*.

normas cíveis, posto que um dos principais problemas das questões climáticas é, justamente a insuficiência da proteção das leis ambientais, que não dão conta de suprir as necessidades demandadas pelo tema<sup>41</sup>. Observa-se uma clara influência do precedente Urgenda, como se abordará mais à frente. Antes, necessário identificar os principais pontos da defesa apresentada pela *Royal Dutch Shell*.

## 2.2 Os argumentos da defesa e a viabilidade da litigância climática

Em 28 de maio de 2018, a *Royal Dutch Shell* respondeu a primeira carta enviada pela *Milieudefensie*, declarando que as reivindicações eram infundadas, e que as discussões de tais demandas não caberiam na sede de um tribunal. Embora reconheça a necessidade de avanço no combate às mudanças climáticas, a *Royal Dutch Shell* afirma que a solução deve ser fornecida pelo legislador e no desenvolvimento de debates políticos<sup>42</sup>, e não se utilizando de demandas judiciais.

Na construção argumentativa da empresa, contesta a tese de adoção uma política de influência sobre as emissões de CO<sub>2</sub> por parte do grupo *Shell*. Afirma, ainda, que a adoção de uma política é um mero ato preparatório, e não seria capaz de causar danos, de modo que o caso não se encaixaria na previsão dos dispositivos normativos apontados pela acusação<sup>43</sup>. Em síntese, a empresa não vislumbra a conexão entre suas políticas e compromissos empresariais com a causa e contribuição das mudanças climáticas. Ainda que assim o considerasse, não acredita que o âmbito judicial seria o local correto para tal discussão.

ECLI:NL:RBDHA:2015:7196. 9 out. 2018. Disponível em: [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009\\_2015-HAZA-C0900456689\\_decision-4.pdf](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009_2015-HAZA-C0900456689_decision-4.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>41</sup> COX, Roger. A climate change litigation precedent: Urgenda Foundation v The State of the Netherlands. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 34, n. 2, p. 143-163, 2016.

<sup>42</sup> TRIBUNAL DE HAIA. Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.1.2”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>43</sup> TRIBUNAL DE HAIA. Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

Nesse ponto, embora não se negue a importância das iniciativas legislativas e da adoção de uma política de Estado voltada às soluções climáticas, a experiência internacional demonstra que apenas a boa vontade dos governos não é o suficiente para o combate às mudanças do clima. Como se trata de um problema internacional, a política climática encontra uma grande dificuldade para o estabelecimento de um consenso universal acerca de como o tema deve ser abordado, ocasionada por uma série de fatores, como diferentes interesses e circunstâncias, políticas domésticas e o debate entre economias desenvolvidas e subdesenvolvidas<sup>44</sup>.

Em uma tentativa de superar a insuficiência das políticas climáticas, emergem, cada vez mais, casos de litígios climáticos, que pretendem utilizar meios judiciais para superar violações ou apontar o descumprimento de normas e compromissos climáticos. Embora em número reduzido em relação aos casos apresentados em face de Estados e governos, é crescente a apresentação desses litígios cobrando ações concretas e a responsabilização de empresas por sua contribuição nas mudanças climáticas<sup>45</sup>. Não se pode negar, portanto, a viabilidade de utilização das vias judiciais para efetivar respostas às causas e consequências das mudanças climáticas.

No que tange às causas e efeitos, a *Royal Dutch Shell* apresenta argumentações que não negam completamente as acusações dos autores, mas enfocam em minimizar a gravidade da situação, buscando uma relativização da aplicação do dever de cuidado ao caso. A defesa da empresa se constrói da seguinte maneira: apesar de assumir a existência do aquecimento global e a sua contribuição na causa do problema, tanto em documentos quanto na sua própria de defesa, a empresa defende que não é a única causadora, de modo que não poderia ser a única responsabilizada, ou, ainda que responsabilizada, a modificação de suas ações não seria o suficiente para solucionar a questão<sup>46</sup>. Além disso, como mencionado

<sup>44</sup> BODANSKI, Daniel; RAJAMANI, Lavanya. The evolution and governance architecture of the United Nations Climate Change regime. In: *Global climate policy: actors, concepts, and enduring challenges*. coord. urs Luterbacher, Detlef F. Sprinz Regim. Cambridge, MA: The MIT Press, 2018. p. 14

<sup>45</sup> SETZER, Joana. HIGHAM, Catherine. *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy; London School of Economics and Political Science, 2021.

<sup>46</sup> TRIBUNAL DE HAIA. Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.3.5”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocu>



acima, afirma que a adoção das medidas perseguidas pela *Milieudefensie* deveria ser determinadas pelo Estado, por meio de leis ou políticas públicas, e não pela corte<sup>47</sup>.

Na outra ponta do debate, ao abordar as consequências das mudanças climáticas, a defesa questionou a concretização da natureza e gravidade desses impactos<sup>48</sup>. Alegou que embora se saiba que existirão consequências, não se pode afirmar, precisamente, quais serão e se atingirão a região de Wadden, jurisdição onde tramita o caso. Observa-se que tal ponto é de extrema relevância para o julgamento de casos similares, posto que levanta o questionamento se a competência para julgar o caso decorre do local de onde o dano é causado ou de onde ele é efetivado<sup>49</sup>. Ao decidir, os julgadores consideraram que embora haja uma incerteza, esta não é suficiente para afastar a previsão de que esses impactos acontecerão.

A empresa também alegou que a *Milieudefensie* deixou de demonstrar como os direitos humanos constantes dos documentos internacionais que utilizou, ofereceriam proteção contra as mudanças climáticas<sup>50</sup>. No entanto, a Corte ressaltou que o caminho a ser observado é justamente o contrário, pois os direitos humanos não oferecem proteção em face da crise climática, mas sim estão ameaçados por essas mudanças e devem ser, portanto, protegidos.

A defesa ainda alegou que há possibilidade de adaptação às consequências das mudanças climáticas, afirmando que pouco se abordou sobre as estratégias de adaptação, utilizadas para combater os impactos<sup>51</sup>. No entanto, falar sobre adaptação no presente caso apenas seria relevante se fosse discutida uma espécie de responsabilidade civil da empresa emissora de GEE em relação a isso, o que não é o caso. A ONU aponta que, quando se fala de capacidade de adaptação, deve-se garantir que populações mais vulneráveis também consigam desenvolvê-la<sup>52</sup>. Ou seja, é insuficiente a argumentação da empresa de que a utilização de aparelhos de refrigeração poderiam ser uma alternativa para a adaptação ao calor, posto que direitos humanos continuarão a ser violados na medida em que populações menos abastadas não terão acesso a essa tecnologia.

Da argumentação da defesa, extrai-se que ela não negou a existência das mudanças do clima, ou a sua contribuição para o agravamento do fenômeno. Ainda assim, a base argumentativa proposta pela *Milieudefensie* precisou ser robusta o bastante para que fosse possível realizar uma conexão entre os eventos, possibilitando a inédita decisão judicial do caso. Na seção 2, analisa-se a argumentação considerada pelo Tribunal Distrital de Haia.

### 3 Aspectos do julgamento e da decisão

No tópico 4.1. da sentença<sup>53</sup>, restou determinada que a controvérsia girava em torno do seguinte ponto: se a *Royal Dutch Shell* tem, ou não, a obrigação de reduzir suas taxas de emissão de CO<sub>2</sub> até 2030, levando em consideração os níveis de 2019, de todo o portfólio de energia do grupo *Shell*, controlado pela *Royal Dutch Shell*.

ment?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>47</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.1.2”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>48</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.7”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>49</sup> Sobre as possibilidades e implicações da definição de diferentes competências para julgar litígios envolvendo atividades de transnacionais ou de impactos que extrapolam fronteiras, ver: PAMPLONA, Danielle Anne; CERQUEIRA, Daniel L. Jurisdição extraterritorial: um passo necessário para enfrentar abusos corporativos. In: COLACI, Angelina; BERTAZOLLI, Carolina; PAMPLONA, Danielle A. (org.). *Atividade econômica e direitos humanos*. Naviraí: Ipuvaiva, 2020. v. 1. p. 221-240.

<sup>50</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.10”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>51</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>52</sup> UNITED NATIONS (UN). *Key messages on human rights and climate change*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/keyMessages\\_on\\_HR\\_CC.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/keyMessages_on_HR_CC.pdf). Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>53</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.1”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

A decisão abordou, portanto, temas como a admissibilidade da demanda, a legitimidade das partes e a obrigação, ou não, da redução de emissões, pleito principal da *Milieudefensie*.

Sobre as fundamentações da corte, uma observação deve ser feita antes da análise do julgamento. É evidente que, quando se analisam decisões judiciais, deve-se considerar a particularidade das normas internas do país, eventuais precedentes judiciais e até mesmo os meios e institutos jurídicos para a persecução do objeto de estudo. Visa-se mais, portanto, enfatizar a construção da argumentação — como os institutos internacionais disponíveis foram utilizados — do que realizar um estudo dos institutos processuais em si. Assim, comentam-se alguns dos argumentos que merecem destaque para o desenvolvimento de litígios climáticos em face de empresas.

Quando se fala em julgamento de empresas transnacionais, um dos pontos de discussão é a competência da jurisdição para o julgamento de casos envolvendo a atividade empresarial que ultrapassa fronteiras. Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos apontam que as corporações devem ser responsáveis pela garantia e não violação dos direitos humanos em toda a sua cadeia de produção<sup>54</sup>. Seguindo esse princípio, normas vinculativas sobre a *due diligence* em direitos humanos ganham espaço no debate, como é o caso da Lei de Dever de Vigilância, aprovada pela França em 2017<sup>55</sup>.

No entanto, poucos são os países que possuem normas ou projetos sobre o tema, o que dificulta a construção argumentativa sobre a possibilidade de condenação de empresas transnacionais por violações cometidas fora do território de suas sedes. Um dos pontos relevantes para a discussão da responsabilidade de empresas por violações a direitos humanos neste caso é a fundamentação para a condenação da *holding* do grupo pela responsabilidade em conduzir operações e implementar

políticas gerais nas empresas subsidiárias que compõem o grupo *Shell*<sup>56</sup>.

Primeiramente, a Corte apresenta como a *Royal Dutch Shell*, acionista direta ou indireta de mais de 1.100 companhias distintas estabelecidas em todo o mundo, é, desde 2005, a principal *holding* do grupo *Shell*. Assim, a *holding* seria a responsável por determinar a política geral do grupo<sup>57</sup>, estabelecendo, ainda, diretrizes de investimento e apoio à transição energética<sup>58</sup>. Um ponto que chama atenção na sentença é a utilização das próprias políticas empresariais para demonstrar que a *Royal Dutch Shell* reconhece a centralidade das decisões tomadas pela *holding*<sup>59</sup>.

Tais declarações foram, justamente, um dos pontos principais para a configuração da violação do dever de cuidado, que resultou na obrigação ao final determinada. Como mencionado acima, esse dever decorre do Livro 6 Seção 162 do Código Civil neerlandês<sup>60</sup>, que determina que é ilegal agir em desacordo ao que, normalmente, é aceito de acordo com a normativa não escrita. Nesses termos, a *Royal Dutch Shell* deveria observar o devido cuidado que deveria exercer ao estabelecer as políticas<sup>61</sup> que serão seguidas por outras empresas do grupo.

O embasamento principal do caso, evidentemente, repousa em um padrão normativo específico da norma

<sup>54</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>55</sup> FRANCE. *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626>. Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>56</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “2.2.1”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>57</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “2.2.1”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>58</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “2.5”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>59</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “2.2.1”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>60</sup> DUTCH CIVIL CODE. *Book 6 The law of obligations*. Disponível em: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>; Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>61</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.1”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

neerlandesa. Além disso, é necessário lembrar que o Tribunal Distrital de Haia também estabeleceu a condenação do Estado neerlandês no caso Urgenda<sup>62</sup>, de modo que existem precedentes que demonstravam uma abertura da corte para a abordagem do tema. O precedente da decisão de Urgenda foi relevante ao presente caso, por estabelecer que os direitos humanos e os valores que eles incorporam sejam estabelecidos em sua interpretação do padrão de cuidado não escrito. Como se observa, a construção dos elementos caracterizados desse dever de cuidado, ou da ausência dele, são os pontos relevantes para o estudo do caso.

Para a interpretação do dever de cuidado, o Tribunal incluiu um total de quatorze pontos que foram considerados na análise do caso: (i) a posição política da *Royal Dutch Shell* no grupo *Shell*; (ii) as emissões de CO<sub>2</sub> do grupo *Shell*; (iii) as consequências das emissões de CO<sub>2</sub> para os Países Baixos e a região de Wadden (onde ocorreu o julgamento); (iv) o direito à vida e o direito ao respeito pela vida privada e familiar dos residentes neerlandeses e dos habitantes da região de Wadden; (v) os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU; (vi) a verificação e influência da *Royal Dutch Shell* sobre as emissões de CO<sub>2</sub> do grupo Shell e suas relações comerciais; (vii) o que é necessário para evitar mudanças climáticas perigosas; (viii) possíveis caminhos de redução de impactos; (ix) o duplo desafio de frear a perigosa mudança climática e atender à crescente demanda global de energia da população; (x) o sistema ETS<sup>63</sup> e outros sistemas de emissões *cap and trade* que se aplicam em outras partes do mundo, licenças e obrigações atuais do grupo Shell; (xi) a eficácia da obrigação de redução; (xii) a responsabilidade dos Estados e da sociedade; (xiii) a onerosidade imposta à *Royal Dutch Shell* e ao grupo *Shell* por cumprir a obrigação de redução, e (xiv) a proporcionalidade da obrigação de redução do *Royal Dutch Shell*<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> URGENDA Foundation v. State of the Netherlands. Eerste aanleg. ECLI:NL:RBDHA:2015:7196. 9 out. 2018. Disponível em: [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009\\_2015-HAZA-C0900456689\\_decision-4.pdf](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009_2015-HAZA-C0900456689_decision-4.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>63</sup> O Sistema de Comércio de Emissões (EU-ETS) é um regime obrigatório, que exige relatórios anuais das emissões de gases de efeito estufa e outros dados para verificar o cumprimento regulamentar.

<sup>64</sup> TRIBUNAL DE HAIA. Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.1”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Aces-

Ao discutir a posição política e a contribuição do grupo *Shell* na emissão de CO<sub>2</sub>, o Tribunal entendeu que, como *holding* do grupo, é inegável a sua responsabilidade e influência no estabelecimento de políticas a serem seguidas pelas subsidiárias, considerando-se, ainda, que o total de emissões do grupo excede as emissões de CO<sub>2</sub> de muitos Estados, inclusive dos Países Baixos. A sentença deixa claro que não abrirá discussão sobre se essas emissões contribuem para o aquecimento global e a mudança climática nos Países Baixos e na região de Wadden<sup>65</sup>. Ou seja, em relação às causas e os danos das questões climáticas, o local de produção de riscos pode não ser o mesmo que sofrerá as consequências.

Nesse ponto, é interessante trazer ao debate a existência de uma sociedade definida pelo risco. As causas e as consequências dos riscos da degradação ambiental estão no centro da sociedade moderna. É necessário considerar que, nesse conceito, os riscos são objetos de distribuição, assim como as riquezas, e podem igualmente constituir-se em “posições de ameaça ou posições de classe”<sup>66</sup>. Dessa maneira, os julgamentos, considerando-se eventos que contribuem para as mudanças climáticas, não devem dispor que as consequências dessas emissões se deem diretamente no local de sua produção, posto que se trata de ocasiões que ultrapassam fronteiras politicamente estabelecidas.

Os documentos publicados pela *Royal Dutch Shell* indicam os dados referentes à emissão de CO<sub>2</sub> do grupo e demonstram a alta contribuição das suas atividades para as causas das mudanças climáticas, mas, ainda assim, esses documentos falham em propor medidas que enfrentem esses impactos negativos. Diante disso, o Tribunal de Haia aborda a responsabilidade das empresas a respeito das violações de direitos humanos, tendo como incontroverso que as mudanças climáticas representam um risco para esses direitos, como bem restou determinando no precedente do caso Urgenda<sup>67</sup>.

so em: 23 jul. 2021.

<sup>65</sup> TRIBUNAL DE HAIA. Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.5”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>66</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 31

<sup>67</sup> TRIBUNAL DE HAIA. Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.5”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.



O tribunal manifesta uma clara posição de que muito pode ser esperado da *Royal Dutch Shell*, considerando-se seu tamanho, estrutura e poder de influência sobre suas subsidiárias e parceiros comerciais. Com base nesses Princípios Orientadores<sup>68</sup> e nos comentários feitas pela própria *Royal Dutch Shell* sobre o tema, posiciona-se no sentido de que a responsabilidade em respeitar os direitos humanos não se trata de uma responsabilidade opcional, e exige atuação ativa das empresas para que ela se concretize, posto que as atividades empresariais que violam os direitos humanos podem ser caracterizadas em ações ou omissões das empresas<sup>69</sup>.

A respeito da análise da responsabilidade da *Royal Dutch Shell*, o maior questionamento repousa em como a empresa teria uma influência, ou controle, na emissão de CO<sub>2</sub> de escopo 3, ou seja, emissões indiretas decorrentes das atividades da organização, porém de propriedade ou controladas por terceiros. Nesse ponto, a sentença leva em consideração que o nível de responsabilidade está relacionado à medida que as empresas têm controle e influência sobre as emissões de GEE<sup>70</sup>, assim como considera o fato incontroverso de que a *Royal Dutch Shell* tem conhecimento da quantidade de suas emissões, e das consequências e riscos de suas atividades, como deixa claro no seguinte trecho:

it knows that the exploration, production, refinery, marketing, and the purchase and sale of oil and gas by the Shell group as well as the use of products of the Shell group generates significant CO<sub>2</sub> emissions worldwide, which undoubtedly contributes to climate change in the Netherlands and the Wadden region (see 4.4 (2.)). RDS has for a long time known of the dangerous consequences of CO<sub>2</sub> emissions and the risks of climate change to Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region. RDS also knows the amount of CO<sub>2</sub> emissions of the

<sup>68</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

<sup>69</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudéfensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.1”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>70</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudéfensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.18”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

Shell group; it has reported on the volume of CO<sub>2</sub> emissions (see 2.5.3)<sup>71</sup>.

Em relação às emissões de escopo 1 e 2, no tópico 4.4. (6.), defende-se que, a partir da influência que a *Royal Dutch Shell* tem sobre as empresas subsidiárias que compõem o grupo *Shell*, essas emissões podem ser atribuídas à companhia, e são, invariavelmente, de responsabilidade da *Royal Dutch Shell*. Dessa maneira, a *holding* teria responsabilidade pelas relações comerciais e pelas atividades dessas empresas, posto que são dirigidas de acordo com as políticas da *holding*<sup>72</sup>. Nesse ponto, a sentença deixa claro que não se discute a responsabilidade da *Royal Dutch Shell* em relação aos fornecedores, mas sim a sua influência e a capacidade de controle que pode ser exercido mediante a política corporativa do grupo, e que essa política considere iniciativas necessárias para prevenir as mudanças climáticas.

O Acordo de Paris<sup>73</sup> é utilizado, nesse ponto, para abordar o que deveria ser feito pela empresa. Embora o tratado não seja vinculante para os signatários e não vincule a *Royal Dutch Shell* ao cumprimento de seus objetivos, o documento prevê que a redução das emissões de CO<sub>2</sub> não será alcançada apenas com a atuação dos Estados. É necessário, portanto, que outros atores também se engajem e assumam compromissos de redução de suas emissões. Nesse tópico a decisão utiliza como parâmetro os relatórios do IPCC, que também baseiam as metas do Acordo de Paris.

Outro dos pontos relevantes da sentença é o reconhecimento de que para que seja possível alcançar as metas determinadas pelo Acordo de Paris, é preciso promover a transição energética, tema sobre o qual a *Royal Dutch Shell* deveria estabelecer políticas mais claras e aprofundadas<sup>74</sup>. Por se tratar de um grupo empresa-

<sup>71</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudéfensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.20”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>72</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudéfensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.25”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>73</sup> UNITED NATIONS (UN). *Paris Agreement*. 2015. Disponível em: [https://unfccc.int/sites/default/files/english\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>74</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudéfensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.30”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>.

rial, com atividades em todo o mundo, que tem como base de seu negócio a exploração de combustíveis fósseis — tendo o conhecimento e os meios para explorar novas fontes de energia, e influenciar, diretamente, suas subsidiárias, e indiretamente, seus fornecedores e consumidores —, a *Royal Dutch Shell* teria a obrigação de estabelecer políticas que se atentem aos objetivos determinados pelo Acordo de Paris.

Para os julgadores, a responsabilidade não gira apenas em torno da *Royal Dutch Shell*, e que a imposição da condenação à empresa não será capaz de frear, por si só, as causas e consequências do aquecimento global. Mas isso não a isenta de sua responsabilidade individual. Tal condenação espera que a *Royal Dutch Shell* não apenas faça a sua parte, mas também influencie e coopere juntamente a outros atores a fim de que estes também contribuam para o atingimento das metas do Acordo de Paris<sup>75</sup>.

Em determinado ponto, o julgamento apresenta, de maneira clara, que os benefícios sociais e ambientais de se combater as mudanças climáticas devem estar acima dos interesses econômicos e comerciais das empresas<sup>76</sup>. Diante da evolução dos direitos humanos, e da participação das corporações na não violação e na promoção desses direitos, é interessante observar como o Tribunal Distrital de Haia combate tais pontos, geralmente, conflitantes, e resume qual deve ser o objetivo da atuação empresarial em não apenas gerar lucros para si, mas ter, também, um enfoque na sociedade que a rodeia, como se lê na decisão

the reduction obligation requires a change of policy, which will require an adjustment of the Shell group's energy package (see legal ground 4.4.25). This could curb the potential growth of the Shell group. However, the interest served with the reduction obligation outweighs the Shell group's commercial interests, which for their part are served with an uncurtailed preservation or even growth of these activities. Due to the serious threats and risks to the human rights of Dutch residents and

the inhabitants of the Wadden region, private companies such as RDS may also be required to take drastic measures and make financial sacrifices to limit CO2 emissions to prevent dangerous climate change.

Assim, com base nessa construção argumentativa, e compreendendo uma responsabilidade política e de influência sobre suas subsidiárias, e sobre o próprio mercado do qual faz parte, utilizando-se dos parâmetros estabelecidos pelo Acordo de Paris, o Tribunal Distrital de Haia definiu que a *Royal Dutch Shell* tem a obrigação de limitar ou fazer limitar o volume anual agregado de todas as emissões de CO2 na atmosfera (escopo 1, 2 e 3) devido às operações comerciais e aos produtos portadores de energia vendidos do grupo Shell, a tal ponto que esse volume terá sido reduzido em, pelo menos, 45% líquidos ao final de 2030, em relação aos níveis de 2019.

#### 4 O futuro da litigância climática em face de empresas pós-*Milieudéfensie et al. vs. Royal Dutch Shell*: um compromisso com os direitos humanos

Conforme se observou acima, o reconhecimento de que atividades empresariais têm impactos sobre direitos humanos<sup>77</sup> e caracterização da responsabilidade das empresas em respeitá-los figura como ponto relevante para julgamento do caso. Os direitos humanos foram utilizados como parâmetros para estabelecer a observância ao dever de cuidado, e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos<sup>78</sup> foram utilizados para a interpretação e caracterização desse dever de cuidado.

Os pontos e argumentos abordados no julgamento fortalecem teses jurídicas em litígios climáticos em face

Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>75</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudéfensie et al.* Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.32” 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzie ndocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>76</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudéfensie et al.* Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.53” 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzie ndocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>77</sup> PAMPLONA, Danielle Anne; CERQUEIRA, Daniel L. Jurisdição extraterritorial: um passo necessário para enfrentar abusos corporativos. *In: COLACI, Angelina; BERTAZOLLI, Carolina; PAMPLONA, Danielle A. (org.). Atividade econômica e direitos humanos*. Naviraí: Ipuvaíva, 2020. v. 1. p. 221-240.

<sup>78</sup> UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

de empresas, demonstrando a possibilidade de apresentação de casos robustos que levem à conclusão de que o respeito aos direitos humanos deve ser estar dentre os objetivos finais das atividades empresariais. Por isso, nesse tópico é analisado o compromisso e a responsabilidade das empresas com os direitos humanos, e como o caso comentado acima contribui para o panorama das demandas climáticas em face de empresas.

Em 12 de julho de 2019, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou a Resolução n. 41/21<sup>79</sup>, sobre os Direitos Humanos e a Mudança Climática. No referido documento, destaca-se que os efeitos das mudanças climáticas possuem uma série de consequências, diretas e indiretas, resultando no aquecimento da Terra. Como fruto desse aquecimento, instala-se um desequilíbrio climático que altera fluxos de chuva, acidez dos oceanos, seca etc. Tais alterações ambientais podem impedir o desfrute dos direitos humanos, como o direito à alimentação, água potável, e até mesmo à própria vida.

Dentre outras situações que afetam o meio ambiente, em 2015, a *Lancet Commission on Health and Climate Change*<sup>80</sup> destacou que as mudanças climáticas (e seus vários impactos) seriam as principais causadoras de problemas de saúde na população mundial nas próximas décadas. Esses problemas vão desde questões causadas pelo clima e temperatura até novas epidemias ou pandemias. Importante ressaltar que esses efeitos se somam e se agravam.

Enquanto problemas como poluição e acúmulo de resíduos causam impactos imediatos e locais, o que torna mais fácil a visualização e materialização da questão a ser enfrentada, as mudanças climáticas geram prejuízos a longo prazo, com consequências em locais que, muitas das vezes, não contribuíram em sua intensificação, se tornando um reflexo da sociedade de risco<sup>81</sup>. Desse modo, combater esse problema se torna uma questão complexa, exigindo a atenção de atores que, além de lucrar com essa exploração, estão relativamente protegidos de suas consequências.

É inegável a contribuição das atividades empresariais para a criação e distribuição de riscos climáticos, assim como o interesse econômico, relativo a tais ações. As atividades empresariais afetam, de maneira direta ou indireta, quase todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, e, em decorrência das conjecturas modernas, essas violações não se restringem a uma localidade, o que leva a um problema de regulamentações e leis nacionais que não são compatíveis, ou que não determinam réguas de impactos em direitos humanos<sup>82</sup>. Embora documentos como os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, o Pacto Global da ONU e as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais representem marcos no debate do tema de Empresas e Direitos Humanos, há obstáculos a serem superados. Além de ultrapassar a ideia do Estado como único responsável pela defesa e não violação de direitos humanos, é necessário que se ultrapasse o individualismo metodológico, reconhecendo o valor de cada ser humano e a capacidade emancipatória da coletividade<sup>83</sup>.

Ante à ausência de normas vinculantes para que Estados e empresas reduzam suas emissões de GEE, levar o debate sobre a responsabilidade para a contribuição das mudanças climáticas se mostra uma forma de governança, como estímulo para alterar comportamentos<sup>84</sup>. No caso proposto em face da *Royal Dutch Shell*, restou evidente que o grupo se beneficiava da imagem de signatário de vários compromissos voluntários com os direitos humanos, como é o caso dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, o Pacto Global da ONU e Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, sem, no entanto, efetivar esses objetivos dentro de suas políticas empresariais. Observa-se, em casos similares, um uso simbólico da ciência, política e direito na percepção e normalização dos riscos, em que conforme a intenção política oculta do ato normativo, o direito assume uma posição de “racionalidade da irresponsabilidade organizada”, em que por um lado viabiliza a exploração do meio ambiente, e por outro opera

<sup>79</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão de Direitos Humanos. Resolução n. 41/21 de 2019. *Los derechos humanos y el cambio climático*. A/HRC/RES/41/21.

<sup>80</sup> COSTELLO, Anthony; ABBAS, Mustafa; ALLEN, Adriana *et al.* Managing the health effects of climate change: Lancet and University College London Institute for Global Health Commission. *Lancet*. v. 373, p. 1693-1733, 2009.

<sup>81</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 163

<sup>82</sup> LOPEZ, Andres Felipe. Contemporary responses to businesses negative human rights impact. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 340-361, 2020.

<sup>83</sup> FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 324-339, 2020.

<sup>84</sup> CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019. p. 104.



de forma simbólica, impondo obstáculos a uma efetiva proteção ambiental”<sup>85</sup>.

O impacto da atuação empresarial na economia global é de grande relevância, segundo a Ong *Global Justice Now*, das 100 maiores entidades econômicas do mundo, 69 são empresas e apenas 31 são países<sup>86</sup>. Nesse sentido, Beck<sup>87</sup> explica que, na modernidade tardia, a produção de riquezas é “acompanhada pela produção social de riscos”, que constituem objetos de distribuição. No caso das questões climáticas, segundo o estudo *The Carbon Majors Database*<sup>88</sup>, realizado em 2017 pela Ong *Carbon Disclosure Project*, 100 empresas são responsáveis por cerca de 71% das emissões de GEE. No caso da *Royal Dutch Shell*, inclusive, o Tribunal Distrital de Haia destacou que as emissões apresentadas pelos relatórios do grupo *Shell* são superiores às emissões dos Países Baixos<sup>89</sup>.

Decisões como a do caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell* demonstram que apesar de voluntários, os compromissos assumidos publicamente pelas empresas com os direitos humanos, ou questões ambientais que se relacionam com esses direitos de maneira indireta podem e devem ser utilizados na interpretação de obrigações legais. No caso em comento, com base em premissas do código neerlandês, verificou-se que faz parte do dever de cuidado não escrito a responsabilidade da empresa em relação aos impactos que provoque aos direitos humanos. No entanto, outros casos emble-

máticos vêm sendo discutidos em relação à litigância climática em face de empresas, sobre os quais poderá ser possível observar os impactos pós-*Milieudefensie et al. vs. Royal Dutch Shell*.

Embora o caso tenha gerado impacto por se tratar da primeira condenação de uma empresa, os litígios climáticos vêm sendo utilizados, também, como forma de pressionar e influenciar comportamentos corporativos<sup>90</sup>. A chamada terceira onda dos litígios climáticos vem sendo apresentada em face de entidades privadas, buscando-se que sejam chamadas à responsabilidade, ou que sejam responsabilizadas, por sua alta contribuição nas causas das mudanças climáticas. Geralmente, tais processos vêm sendo propostos em face das empresas envolvidas com a extração, refinaria e venda de combustíveis fósseis, como é o caso do grupo Shell.

Há, pelo menos, 33 casos em face das *Carbon Majors*, e em, pelo menos, 23 casos busca-se estabelecer o reconhecimento da responsabilidade das empresas por sua contribuição histórica, argumentando-se, inclusive, sobre desinformações com base na atuação dessas empresas<sup>91</sup>. Enquanto uma parte dos processos em face das empresas busca uma responsabilidade civil pelos danos e impactos causados pelas mudanças climáticas, registra-se que é crescente o número de casos envolvendo argumentações sobre riscos financeiros, deveres fiduciários e a devida diligência empresarial, existindo, também, a abordagem acerca da falha na manutenção dos riscos climáticos e, por fim, a responsabilidade sobre os impactos nos direitos humanos. O caso da Shell contribui para o avanço no debate em relação à utilização desta última argumentação.

Cerca de 48% dos casos de litigância climática, baseados em violações de direitos humanos, ainda pendem de julgamento<sup>92</sup>, e podem ser impactados pelos ar-

<sup>85</sup> FERREIRA, Heline Sivini. A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco. In: FERREIRA, Heline Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (org.). Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estados, Sociedades e Meio Ambiente. Curitiba: Letra da Lei, 2016. p. 130 – 142.

<sup>86</sup> Conforme anunciado pela Ong em 17 de outubro de 2018, em seu site, onde podem ser encontrados os dados e o briefing da pesquisa, sob o título: 69 OF THE RICHEST 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show. *Global Justice Now*. 17 out. 2018. Disponível em <https://www.globaljustice.org.uk/news/2018/oct/17/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show>. Acesso em: 10 fev. 2020.

<sup>87</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 25–31.

<sup>88</sup> CARBON DISCLOSURE PROJECT (CDP). *The carbon majors database*. 2017. Disponível em: <https://b8f65cb373b1b7b15feb-c70d8ead6ced550b4d987d7c03fcd1d.ssl.cf3.rackcdn.com/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

<sup>89</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>90</sup> SETZER, Joana. HIGHAM, Catherine. *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy; London School of Economics and Political Science, 2021. p. 27.

<sup>91</sup> SETZER, Joana. HIGHAM, Catherine. *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy; London School of Economics and Political Science, 2021. p. 28-30

<sup>92</sup> SETZER, Joana. HIGHAM, Catherine. *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy; London School of Economics and Political Science, 2021. p. 33.

gumentos utilizados no caso *Milieudefensie et al. vs. Royal Dutch Shell*. Além disso, a argumentação do Tribunal Distrital de Haia sobre a responsabilidade do grupo, e a insuficiência das suas ações perante o seu próprio conhecimento dos impactos das suas atividades, demonstra uma mudança de paradigma na interpretação do papel das empresas em relação ao contexto social e ambiental do mundo atual.

Como mencionado no início deste artigo, o caso, ainda, pendente de julgamento recursal, e a *Royal Dutch Shell* já anunciou que pretende recorrer da decisão<sup>93</sup>. No entanto, ainda assim, o julgamento já é passível de influenciar outros casos pendentes de julgamento, ou ainda a ser apresentados, posto que a construção argumentativa da corte se mostra juridicamente bem estruturada, trazendo referências e interpretações de compromissos internacionais assumidos pela própria empresa.

Vislumbra-se, portanto, um chamado à ação de uma empresa que tem conhecimentos e meios para efetivar iniciativas concretas de combate ao aquecimento global e aos impactos das mudanças climáticas. Superando a inércia de ações do governo, a litigância climática visa “impulsionar ações de controle e diminuição da emissão antropogênica de gases de efeito estufa, e demais medidas de contenção”<sup>94</sup>. No caso da condenação da *Royal Dutch Shell*, o Tribunal constatou que a holding tinha capacidade de fomentar políticas de investimento para transição energética<sup>95</sup>. Além disso, resta claro que a proteção dos direitos humanos, ambientais e dos interesses sociais deve ser colocada como prioridade na promoção de políticas empresariais, superando o ideal capitalista vigente, de que a produção de capital estaria acima de qualquer outro interesse. A mensagem da corte neerlandesa é clara: as empresas têm obrigação de assumir a sua responsabilidade pela geração dos riscos climáticos, e não se podem furtar dessa responsabilidade com o

argumento de competitividade de mercado, posto que possuem conhecimento, meios e influência para ditar os rumos a serem seguidos.

## 5 Considerações finais

A responsabilidade das empresas por suas atividades globais, principalmente transnacionais, reconhecida por cortes locais, é um assunto que vem tomando força nas últimas décadas, principalmente a partir de uma mudança de paradigma do local que as corporações ocupam na promoção e não violação dos direitos humanos. A condenação no caso *Royal Dutch Shell* representa um marco não somente a respeito dos litígios climáticos, mas também da condenação da controladora de um grupo de empresas por sua influência política sobre as subsidiárias que coordena.

Observa-se, na construção da argumentação dos julgadores, que não se condena a *Royal Dutch Shell* pelos danos causados, ou mesmo pelas atividades das empresas dos grupos, mas sim por entender-se que esta concentra em si a responsabilidade de estabelecer as políticas e rumos das subordinadas, e daí decorre a sua obrigação de alinhar essas políticas com os interesses climáticos. Os quais, inclusive, a *Royal Dutch Shell* manifesta em diversos documentos ter, não somente o conhecimento, mas também um compromisso público, e voluntário, com os objetivos dos documentos sobre o tema<sup>96</sup>. Um ponto que se destaca é que a condenação reforça a obrigatoriedade das metas negociadas no Acordo de Paris<sup>97</sup>.

Ao utilizar esses compromissos voluntários, como os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, o Pacto Global da ONU, as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais e o próprio Acordo de Paris, para contextualizar o dever de cuidado da *Royal Dutch Shell*, a corte rompe com o uso simbólico desses documentos não vinculantes. Se a Shell tem o conhecimento dos riscos e se compromete a superá-los,

<sup>93</sup> ROYAL DUCH SHELL (RDS). *Shell confirms decision to appeal court ruling in Netherlands climate case*. 20 jul. 2021. Disponível em: <https://www.shell.com/media/news-and-media-releases/2021/shell-confirms-decision-to-appeal-court-ruling-in-netherlands-climate-case.html>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>94</sup> CARVALHO, Délon Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019.

<sup>95</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. “4.4.30”. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzien?document?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>96</sup> TRIBUNAL DE HAIA. *Milieudefensie et al. Verweerder: Royal Dutch Shell. Procs: C/09/571932/HA ZA 19-379*. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzien?document?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>97</sup> MACCHI, Chiara; ZEBEN, Van, Josephine. Business and Human Rights Implications of Climate Change Litigation: *Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell. Review of European, Comparative & International Environmental Law*, v. 30, n. 3, p. 409-415, 2021. p. 414.

deve efetivar esse compromisso, e não apenas se beneficiar com a imagem de ser uma empresa preocupada, mas que em realidade não se esforça em por tais temas em pauta.

A condenação da *Royal Dutch Shell* é um chamado à ação da empresa, e um presságio do que pode estar por vir nos próximos anos, ou décadas, de que a atividade empresarial não pode mais ser pautada, apenas, pelo lucro. Além disso, apesar da atuação de uma empresa não determinar sozinha o futuro das questões climáticas, não se pode afastar a sua obrigação individual, de modo que se reconheça a sua responsabilidade em respeitar os direitos humanos e ambientais, conseqüentemente, tomar ações em prol das questões climáticas.

Assim, o caso, ainda, merece ser acompanhado, tanto pelo julgamento em segunda instância quanto para, sendo mantida a condenação, observar-se como serão postas em prática as obrigações determinadas em sentença. Muito se espera dos frutos dessa condenação, sendo anunciado por Donald Pols, diretor da *Milieudefensie*, ao comentar a decisão, como a primeira vez que se tem uma “grande chance de se reduzir as mudanças climáticas”<sup>98</sup>. Deve-se, portanto, acompanhar se tais expectativas se converterão em ações concretas, nos termos determinados nesse caso e nos que, ainda, estão pendentes de julgamento.

## Referências

69 OF THE RICHEST 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show. *Global Justice Now*. 17 out. 2018. Disponível em <https://www.globaljustice.org.uk/news/2018/oct/17/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

<sup>98</sup> Declaração feita por Donald Pols para a imprensa em 28 de maio de 2021, após o pronunciamento da decisão, na reportagem “Climate landmark: Court orders Royal Dutch Shell to cut emissions”, feita pela Al Jazeera. CLIMATE landmark: court orders Royal Dutch Shell to cut emissions. Publicado pelo canal Al Jazeera English. 27 maio 2021. 1 vídeo (2min. 38seg.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-Y8XSuKN06I&t=86s>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BODANSKI, Daniel; RAJAMANI, Lavanya. The evolution and governance architecture of the United Nations Climate Change regime. In: *Global climate policy: actors, concepts, and enduring challenges*. coord. urs Luterbacher, Detlef F. Sprinz Regim. Cambridge, MA: The MIT Press, 2018.

CARBON DISCLOSURE PROJECT (CDP). *The carbon majors database*. 2017. Disponível em: <https://b8f65cb373b1b7b15feb-c70d8e-ad6ced550b4d987d7c03fcdd1d.ssl.cf3.rackcdn.com/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

CARVALHO, Délton Winter de. Uma incursão sobre a litigância climática: entre mudança climática e responsabilidade civil. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa; OH! Multimédia, 2017. v. 6. p. 95-118. Disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_dialogoambiental\\_6\\_3-18.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_dialogoambiental_6_3-18.pdf). Acesso em: 28 jan. 2019.

CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019.

CLIMATE landmark: court orders Royal Dutch Shell to cut emissions. Publicado pelo canal Al Jazeera English. 27 maio 2021. 1 vídeo (2min. 38seg.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-Y8XSuKN06I&t=86s>. Acesso em: 28 jul. 2021.

COSTELLO, Anthony; ABBAS, Mustafa; ALLEN, Adriana *et al.* Managing the health effects of climate change: Lancet and University College London Institute for Global Health Commission. *Lancet*. v. 373, p. 1693-1733, 2009.

COX, Roger. A climate change litigation precedent: Urgenda Foundation v The State of the Netherlands. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 34, n. 2, p. 143-163, 2016.

DUTCH CIVIL CODE. *Book 6 The law of obligations*. Disponível em: <http://www.dutchcivilaw.com/civilcodebook066.htm>; Acesso em: 15 fev. 2022.

FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista*



- de *Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 324-339, 2020.
- FERREIRA, Heline Sivini. A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco. In: FERREIRA, Heline Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). *Direito Socioambiental e Sustentabilidade*. Estados, Sociedades e Meio Ambiente. Curitiba: Letra da Lei, 2016.
- FRANCE. *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- IPCC. *Climate change 2007: mitigation. Contribution of working group III to the fourth assessment. Report of the intergovernmental panel on climate change*. Cambridge, Nueva York. Cambridge university Press, 2007.
- KINLEY, David; TADAKI, Junko. From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law. *Virginia Journal of International Law*, v. 44, n. 4, p. 931-1023, 2004.
- LIN, Jolene. Climate change and the courts. *Legal Studies*, v. 32, n. 1, mar. 2012, p. 35-57.
- LOPEZ, Andres Felipe. Contemporary responses to businesses negative human rights impact. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 340-361, 2020.
- MACCHI, Chiara; ZEBEN, Van, Josephine. Business and Human Rights Implications of Climate Change Litigation: Milieudefensie *et al.* v Royal Dutch Shell. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, v. 30, n. 3, p. 409-415, 2021.
- MERE, Winibaldus S. In search of viable standards of culpability for corporate complicity liability in human rights abuses. *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. 2526-0774, v. 3, n. 1, ago./jan. 2019.
- MILIEUDEFENSIE. *Noticeletter Shell*. Liability for inadequate climate policy. Disponível em: <https://en.milieudefensie.nl/news/noticeletter-shell.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.
- MILIEUDEFENSIE. *Reaction Shell*. Milieudefensie zet klimaatzaak tegen Shell door. Disponível em: <https://milieudefensie.nl/actueel/milieudefensie-start-definitief-klimaatzaak-tegen-shell>. Acesso em: 23 jan. 2021.
- MILIEUDEFENSIE. *Timeline climate case Shell*. 2018. Disponível em: <https://en.milieudefensie.nl/climate-case-shell/timeline>. Acesso em: 23 jan. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão de Direitos Humanos. Resolução n. 41/21 de 2019. *Los derechos humanos y el cambio climático*. A/HRC/RES/41/21.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão de Direitos Humanos. Resolução A/HRC/48/13. 2021.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS (OCDE). *Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais*. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- PAMPLONA, Danielle Anne. Responsabilidades de Entes Privados Diante dos Direitos Humanos. In: SARLET, Ingo; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcilio (org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 143-150.
- PAMPLONA, Danielle Anne; CERQUEIRA, Daniel L. Jurisdição extraterritorial: um passo necessário para enfrentar abusos corporativos. In: COLACI, Angelina; BERTAZOLLI, Carolina; PAMPLONA, Danielle A. (org.). *Atividade econômica e direitos humanos*. Naviraí: Ipuvaíva, 2020. v. 1. p. 221-240.
- ROYAL DUCH SHELL (RDS). *Shell confirms decision to appeal court ruling in Netherlands climate case*. 20 jul. 2021. Disponível em: <https://www.shell.com/media/news-and-media-releases/2021/shell-confirms-decision-to-appeal-court-ruling-in-netherlands-climate-case.html>. Acesso em: 23 jan. 2021.
- RUGGIE, John Gerard. *Apenas negócios*. São Paulo: Planeta sustentável, 2014.
- SETZER, Joana. HIGHAM, Catherine. *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy; London School of Economics and Political Science, 2021.
- SILVA, Ana Rachel F. ; PAMPLONA, Danielle Anne . Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: VAILATI, Diogo Basílio; DOMINIQUINI, Eliete Doret-

to (org). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e DIREITOS humanos*. Curitiba: CRV, 2016, v. 1. p. 147-168.

TRIBUNAL DE HAIA. Milieudéfensie *et al.* Verweerder: Royal Dutch Shell. *Proces: C/09/571932/HA ZA 19-379*. 26 maio 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

UNITED NATIONS (UN). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

UNITED NATIONS (UN). *Key messages on human rights and climate change*. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/keyMessages\\_on\\_HR\\_CC.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/keyMessages_on_HR_CC.pdf). Acesso em: 23 jul. 2021.

UNITED NATIONS (UN). *Paris Agreement*. 2015. Disponível em: [https://unfccc.int/sites/default/files/english\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

UNITED NATIONS. *Global compact*. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

URGENDA Foundation v. State of the Netherlands. Eerste aanleg. *ECLI:NL:RBDHA:2015:7196*. 9 out. 2018. Disponível em: [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009\\_2015-HA-ZA-C0900456689\\_decision-4.pdf](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009_2015-HA-ZA-C0900456689_decision-4.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

VÉASE Kelderluik-arrest. Hoge Raad. NJ 1966, 136. *ECLI:NL:HR:1965: AB7079*. Datum uitspraak: 5 nov. 1965. Datum publicatie: 24 set. 2019. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:1965:AB7079>. Acesso em: 23 jan. 2021.



REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**The efforts to respond to climate change and implementation of the Sustainable Development Goals (SDGS) from the hardest-affected countries: Vietnam case analysis**

**Os esforços para responder às mudanças climáticas e a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) dos países mais afetados: análise de caso do Vietnã**

Yen Thi Hong Nguyen

Dung Phuong Nguyen

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# The efforts to respond to climate change and implementation of the Sustainable Development Goals (SDGs) from the hardest-affected countries: Vietnam case analysis\*

## Os esforços para responder às mudanças climáticas e a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) dos países mais afetados: análise de caso do Vietnã

Yen Thi Hong Nguyen\*\*

Dung Phuong Nguyen\*\*\*

\* Recebido em 31/07/2021  
Aprovado em 31/01/2022

\*\* Doctor of International Law at Hanoi Law University. She has 15 years of researching and teaching in the international law field. She is currently Head of Public International Law Division of Hanoi Law University (HLU) of Vietnam, the Founding Member of the Asian Association of Law Professors (AALP) and a member of the Vietnam Association of International Law (VSIL). She has carried out some research projects and published many books and articles in prestigious law journals in Vietnam and other countries. She has obtained numerous governmental scholarships in international law and assumed visiting appointments and fellow positions in European universities (i.e., Lund University, The Hague Academy of International Law, Oslo University). Currently, she is interested in research on sea law, human rights law, climate change and other aspects of international environmental law.  
E-mail: hongyennghuyen.hlu@gmail.com

\*\*\* LL.M. NGUYEN, Phuong Dung received LL.M. in International Business Law from Newcastle Law School (Class of 2013 – 2014), Newcastle University, the United Kingdom. Before earning her LL.M. in Newcastle Law School, she completed her LL. B. from Hanoi Law University, Hanoi, Vietnam. She is now a legal practitioner, mainly in international business law. Her research interest lies in maritime law, international human rights, climate change, and other areas of international law. She is the co-author of several publications published in prestigious national and international journals and publishers. She is also qualified as a solicitor to practise law in Vietnam.  
E-mail: p.d.nguyen1812@gmail.com

### Abstract

Climate change is rapidly becoming one of the foremost crises of humanity, effects of which are particularly observable in developing countries. Economic underdevelopment or weak economies have somewhat limited the adaptation to rapid climate change of these countries, exposing them to continuous difficulties in different spheres of life. Despite accomplishing significant achievements in responding to climate change and safeguarding human rights, due to the impacts of globalization and other domestic problems, Vietnam still faces significant difficulties and challenges in striving to respond to climate change and comprehensively achieve the sustainable development goals. Considering the adverse impacts of climate change and adaptations to climate change in developing countries with a focus on Vietnam, by using scientific methodologies including research, data collation, analysis and evaluation, the authors provide insights into significant issues from a legal perspective, in particular: (i) assessing the impact of climate change on developing countries development and Vietnam; (ii) analysing international and Vietnamese legal frameworks in response to climate change; (iii) analysing challenges faced by developing countries and Vietnam in the process of implementing measures to respond to climate change and the implementation of the SDGs; and (iv) proposing solutions that Vietnam needs to focus on in the future.

**Keywords:** Climate change; Climate change's impacts; Vietnam; Sustainable development; Developing countries; Human rights; Paris agreement.

### Resumo

A mudança climática está rapidamente se tornando uma das principais crises da humanidade, cujos efeitos são particularmente observáveis nos países

em desenvolvimento. O subdesenvolvimento econômico ou as economias fracas limitaram um pouco a adaptação às rápidas mudanças climáticas desses países, expondo-os a dificuldades contínuas em diferentes esferas da vida. Apesar de alcançar conquistas significativas na resposta às mudanças climáticas e na salvaguarda dos direitos humanos, devido aos impactos da globalização e outros problemas internos, o Vietnã ainda enfrenta dificuldades e desafios significativos na tentativa de responder às mudanças climáticas e alcançar de forma abrangente os objetivos de desenvolvimento sustentável. À luz disso, os autores fornecerão insights sobre questões significativas do ponto de vista jurídico, em particular: (i) avaliação do impacto das mudanças climáticas no desenvolvimento dos países em desenvolvimento e no Vietnã; (ii) analisar os marcos legais internacionais e vietnamitas em resposta às mudanças climáticas; (iii) analisar os desafios enfrentados pelos países em desenvolvimento e pelo Vietnã no processo de implementação de medidas para responder às mudanças climáticas e a implementação dos ODS; e (iv) propor soluções nas quais o Vietnã precisa se concentrar no futuro.

**Palavras-chave:** Direito Internacional; Direito Ambiental

## 1 Introduction of climate change and its adverse impacts on Vietnam and study methodologies

Al Gore, in his address before the Senate Foreign Relations Committee, declared the following: “We have arrived at a moment of decision. Our home – Earth – is in grave danger. What is at risk of being destroyed is not the planet itself, of course, but the conditions that have made it hospitable for human beings.”<sup>1</sup>

Earth, the only planet in the solar system with life, the common home of all humankind, is facing a huge challenge, namely, the unusual and rapid change of the global climate system. The increase in temperature of the Earth’s surface, accompanied by rising sea levels, floods, droughts, crop failures and epidemics, are having profound effects on economic development and the economic and social prosperity of most countries

<sup>1</sup> GORE, Al. We’ve arrived at a moment of decision. *Huffpost*, 2009. Available at: [https://www.huffpost.com/entry/were-arrived-at-a-moment\\_b\\_161627](https://www.huffpost.com/entry/were-arrived-at-a-moment_b_161627) Accessed on: 31 July 2021.

and regions in the world. With modern science not yet possessing solid evidence pointing to another potentially habitable planet, the adaptation to climate change and reduction of its negative impacts are considered the only viable means to ensure the preservation of life on Earth for future generations.

According to the United Nations Environment Programme (UNEP), “while the world had spent 30 years debating whether global warming was happening, the cost of climate change was growing ever higher, and a history of lost opportunity after lost opportunity was growing longer.”<sup>2</sup> Climate change is becoming one of the great crises of all humanity, particularly for developing countries. Economic weakness has somewhat limited the ability of these countries to adapt to rapid climate change, exposing them to continuing economic, security, and social difficulties.

As a developing country located in the Asia-Pacific region, Vietnam has come under increasing pressure to promote economic development while at the same time suffering from increasingly severe weather phenomena over the past several decades. Vietnam has observed numerous extreme weather events and natural hazards such as increases in temperature, typhoons and tropical depressions in the East Sea, severe droughts, precipitation, sea-level rise, and El Nino and La Nina effects.<sup>3</sup>

According to the recent annual reports of the Global Climate Risk Index, Vietnam is one of the world’s developing countries substantially exposed and vulnerable to the adverse impacts of climate change given its geographical location, economic development patterns and population size.<sup>4</sup> Within the two decades from 1999 to 2018, based on its average weighted ranking and analysed indicators, Vietnam was listed as one of

<sup>2</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Press Conference on Launch of Report by United Nations Environment Programme, ‘Global Environment Outlook: environment for development’*. 2007. Available at: [https://www.un.org/press/en/2007/071025\\_UNEP.doc.htm](https://www.un.org/press/en/2007/071025_UNEP.doc.htm). Accessed on: 31 July 2021.

<sup>3</sup> MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT. *Summary for policymakers: climate change and sea level rise, scenarios for Vietnam: summary for policymakers*. 2016. Available at: [http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS\\_SPM\\_2016.pdf](http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS_SPM_2016.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>4</sup> MCELWEE, Pamela. *The social dimensions of adaptation of climate change in Vietnam*. the social dimensions of adaptation of climate change in Vietnam. Available at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/955101468326176513/The-social-dimensions-of-adaptation-of-climate-change-in-Vietnam> Accessed on: 31 July 2021.

the ten most affected countries due to extreme weather events as follows:<sup>5</sup>

CRI 1999-2018 (1998-2017)	CRI score	Death toll	Deaths per 100,000 inhabitants	Total losses in million US\$ PPP (Purchase power parity)	Losses per unit Gross domestic product (GPD) in %	Number of events (total 1999-2018)
6 (9)	29.83	285.80	0.33	2 018.77	0.47	226

Overall, in the 2000-2019 period, the statistics show that Vietnam was ranked in 13th place globally with the climate risk index (CRI) score of 35.67. In terms of fatalities and economic loss, the country was ranked 15<sup>th</sup> in annual fatalities, 47<sup>th</sup> in fatalities per 100,000 inhabitants, 11<sup>th</sup> in losses and 47<sup>th</sup> in losses per unit GDP amongst all countries analysed in the study.<sup>6</sup>

High catastrophe risk levels were attributable to the country's exposure and vulnerability to natural hazards. According to the INFORM Report 2021, the statistics of climatic risks contribute to feature Vietnam in the position of 92<sup>nd</sup> out of 191 countries for overall inform risk level. Vietnam has high exposure to natural risk, with a level of 7.4 being recorded. The increasing severity of floods in central Vietnam represents the greatest risk to Vietnam, followed by other natural disasters such as tropical cyclones and tsunamis. Some rankings of indicators of climatic risks selected from the INFORM Risk Index 2021 for Vietnam are as follows:<sup>7</sup>

Flood (0-10)	Tropical Cyclone (0-10)	Tsunami (0-10)	Epidemic (0-10)	Drought (0-10)	Earthquake (0-10)	Overall Natural Risk Level (0-10)
10.0	7.9	7.4	6.8	4.3	4.1	7.4

<sup>5</sup> ECKSTEIN, David; KUNZEL, Vera; SCHAFER, Laura. Briefing paper: global climate risk index 2020: who suffers most from extreme weather events? Weather-related loss events in 2018 and 1999-2018. *Germanwatch e.V.*, 2021. Available at: [https://germanwatch.org/sites/default/files/20-2-01e%20Global%20Climate%20Risk%20Index%202020\\_14.pdf](https://germanwatch.org/sites/default/files/20-2-01e%20Global%20Climate%20Risk%20Index%202020_14.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>6</sup> ECKSTEIN, David; KUNZEL, Vera; SCHAFER, Laura. Briefing paper: global climate risk index 2020: who suffers most from extreme weather events? Weather-related loss events in 2018 and 1999-2018. *Germanwatch e.V.*, 2021. Available at: [https://germanwatch.org/sites/default/files/20-2-01e%20Global%20Climate%20Risk%20Index%202020\\_14.pdf](https://germanwatch.org/sites/default/files/20-2-01e%20Global%20Climate%20Risk%20Index%202020_14.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>7</sup> INTER-AGENCY STANDING COMMITTEE; THE EUROPEAN COMMISSION. *Inform Report 2021: shared evidence for managing crises and disasters*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021. Available at: <https://drmkc.jrc.ec.europa.eu/inform-index> Accessed on: 31 July 2021.

The negative impacts of climate change have become barriers for Vietnam in implementing socio-economic development policies and achieving the goals of sustainable development and human rights, including environmental rights.

In Vietnam, due to the impacts of climate change, the occurrence of large-scale extreme weather events is more frequent. In the Mekong Delta and the Central region, droughts will continue to recur in 2019-2020 on a larger scale and severity than the saline intrusion and droughts in 2016. The water volume of rivers and streams in the Central and Central Highlands regions continues to decline and are deficient from 35% to 70% compared to the average of many years in the same period. Some rivers decrease in volume by more than 80%. Category 4 and 5 hurricanes have been increasingly more frequent in the past 35 years and have gradually moved south over the past five decades.<sup>8</sup>

Recent climate change studies show that Vietnam's climate has shown clear signs of significant change. Specifically, over the past century, the average monthly temperature has increased by about 0.4°C nationwide, rising from 27.1°C in the 1901-1930 period to 27.5°C in the 1991-2015 period.<sup>9</sup> The 1958-2014 period witnessed a rise of the average nationwide temperature of around 0.62°C, meaning that each decade experienced an increase of 0.10°C.<sup>10</sup> The maximum monthly precipitation showed an upward trend from 270 mm (1901-1930) to 281 mm (1991-2015).<sup>11</sup> However, rainfall levels fluctuated, exhibiting a tendency to decrease in the North and increase in the South of the territory.<sup>12</sup> The average an-

<sup>8</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Biến đổi khí hậu đang trở thành thách thức an ninh*. [Climate change has become a matter of national security]. 2021. Available at: <http://baochinhphu.vn/Khoa-hoc-Cong-nghe/Bien-doi-khi-hau-dang-tro-thanh-thach-thuc-an-ninh/426559.vgp> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>9</sup> OPEN DEVELOPMENT VIETNAM. *Average monthly temperature and rainfall for Vietnam from 1901-2015*. Available at: <https://data.vietnam.opendevlopmentmekong.net/en/dataset/nhi-t-d-va-lung-mua-trung-binh-hang-thang-t-i-vi-t-nam-t-1901-2015> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>10</sup> MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT. *Summary for policymakers: climate change and sea level rise, scenarios for Vietnam: summary for policymakers*. 2016. Available at: [http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS\\_SPM\\_2016.pdf](http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS_SPM_2016.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>11</sup> OPEN DEVELOPMENT VIETNAM. *Average monthly temperature and rainfall for Vietnam from 1901-2015*. Available at: <https://data.vietnam.opendevlopmentmekong.net/en/dataset/nhi-t-d-va-lung-mua-trung-binh-hang-thang-t-i-vi-t-nam-t-1901-2015> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>12</sup> MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRON-



nual temperature has been on the rise in the years 2018 and 2019, especially in the North and North Central of Vietnam, going up from 0.5°C to 1°C, compared to the data recorded in the previous years.<sup>13</sup> Extreme climatic hazards also showed record-breaking high temperatures, rainfall and flooding levels frequently occurring.<sup>14</sup>

As a nation with a coastline of 3,260 km<sup>15</sup>, changes in sea level will cause detrimental repercussions for Vietnam. In its report in 2001, the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) pointed out that the rising sea-level contributed to extensive coastal inundation, loss and salinization of agricultural land, and depletion of crop yields. The IPCC also anticipated that the sea-level rise in Vietnam would be 100 cm without adaptation measures, leading to land loss of 40,000 km<sup>2</sup> accounting for 12.1% of the total area and adversely impacting 17.1 million people, equivalent to 23.1% of the total population.<sup>16</sup> The recent data showed that from 1993 to 2014, the sea level in the East Sea increased by 4.05±0.6mm/year, and the average sea level rose by 3.5±0.7 mm/year. The coast of Central Vietnam, particularly the South Central Coast, experienced a considerable increase with the sea level rise of 4 mm/year and 5.6 mm/year, respectively.<sup>17</sup> The Red River Delta and the Mekong River Delta, which are crucial areas for agricultural cultivation and livestock farming, are sub-

stantially vulnerable to inundation and salinity intrusion as a consequence of rising sea levels caused by climate change. If the sea level rises by 100 cm, 16.8% of the Red River Delta and 38.9% of the Mekong River Delta will be inundated, jeopardising staple crops and the lives of local people. It was estimated that a rise of sea levels by 100cm leading to serious risk of salinization and flooding, would cause half of the agricultural land to be lost, 7 million residents displaced, and over 14.2 million houses demolished.<sup>18</sup>

Climate change causes great losses of life and widespread damage to local people, property, and infrastructure, negatively impacting all aspects of the economy, society and environment. According to the General Statistics Office (GSO), in 2020, natural disasters occurred such as heavy rain, flash floods, floods, high tides and landslides, causing 379 deaths and missing, 1,060 injured, destroying 4.3 thousand houses, damaging 594.9 thousand houses, nearly 269 thousand hectares of rice and 134.9 thousand hectares of arable crops, and causing the deaths of 38.6 thousand cattle and 4.1 million poultry. The total value of the damage caused by natural disasters was estimated at 39.1 trillion VND, considerably contributed by damage caused by storms and floods, which amounted to 82.8% of the total loss (32.3 trillion VND).<sup>19</sup>

Climate change is also becoming the cause of climate security challenges, potential threats to national stability and development, and waves of environmental migration across the country. Environmental degradation is amongst the crucial factors along with economic and demographic reasons significantly triggering changes to Vietnamese population mobility patterns. It was recorded that in the 2008-2015 period, extreme weather events displaced over 2 million people along with the country, in which the number of displaced people in

MENT. *Summary for policymakers: climate change and sea level rise, scenarios for Vietnam: summary for policymakers*. 2016. Available at: [http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS\\_SPM\\_2016.pdf](http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS_SPM_2016.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>13</sup> NATIONAL CENTRE FOR HYDRO. *Hydro – Meteorological Forecast Newsletter for the season*. 2018. Available at: <https://web.archive.org/web/20180902095144/http://www.nchmf.gov.vn/web/vi-VN/70/16/Default.aspx> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>14</sup> OPEN DEVELOPMENT VIETNAM. *Climate change*. 2019. Available at: <https://vietnam.opendevelopmentmekong.net/topics/climate-change/#ref-2897204-11> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>15</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Overview on Vietnam geography*. Available at: <http://chinhphu.vn/portal/page/portal/English/TheSocialistRepublicOfVietnam/AboutVietnam/AboutVietnamDetail?categoryId=10000103&articleId=10000505> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>16</sup> INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate Change 2001: impacts, adaptation, and vulnerability: contribution of working group II to the third assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. 2001. Available at: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WGII\\_TAR\\_full\\_report-2.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WGII_TAR_full_report-2.pdf). Accessed on: 31 July 2021.

<sup>17</sup> MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT. *Summary for policymakers: climate change and sea level rise, scenarios for Vietnam: summary for policymakers*. 2016. Available at: [http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS\\_SPM\\_2016.pdf](http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS_SPM_2016.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>18</sup> MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT. *Summary for policymakers: climate change and sea level rise, scenarios for Vietnam: summary for policymakers*. 2016. Available at: [http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS\\_SPM\\_2016.pdf](http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS_SPM_2016.pdf) Accessed on: 31 July 2021; DANG, Nguyen Anh; LEONARDELLI, Irene; DIPIERRI, Ana Alicia. Assessing the evidence: migration, environment and climate change in Vietnam. *International Organization for Migration*, 2016. Available at: <https://publications.iom.int/books/assessing-evidence-migration-environment-and-climate-change-viet-nam> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>19</sup> GENERAL STATISTICS OFFICE. *Statistical Yearbook of Vietnam 2020*: statistical publishing house. 2020. Available at: <https://www.gso.gov.vn/wp-content/uploads/2021/07/Sach-NGTK-2020Ban-quyen.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

2013-2014 occupied more than half.<sup>20</sup> Hundreds of thousands of people were displaced annually in the aftermath of extreme rainfall events and flooding caused by tropical cyclones. The occurrence of Typhoon Nok Ten in 2011 caused the displacement of around 200,000 people. In 2013, several severe catastrophes adversely affected Vietnam, leaving many people displaced, particularly those living in central Vietnam. Between September and October 2013, about 215,000 people were displaced due to heavy precipitation and flooding due to tropical storms. In November of 2013, Typhoon Haiyan, a powerful tropical cyclone, contributed to the displacement of around 800,000 Vietnamese people.<sup>21</sup>

In addition, recent statistics show that from 2004 to 2009, the displacement of around 714,000 people occurred in the Mekong River Delta to the south-eastern region around Ho Chi Minh City.<sup>22</sup> Within the past 10 years, 1.7 million people have migrated out of the Mekong Delta, while only 700,000 people have moved in. This migration rate is twice as high as the national average.<sup>23</sup> The data on the number of migrants and displaced people outlines the connection between migration and environmental degradation.

Hence, the impacts of climate change on the country's socio-economic development are indubitable. Such impacts threaten the implementation of Vietnam's poverty reduction and sustainable development goals if plans to adapt to climate change with a long-term vision are not formulated.

Given the above, in this paper, the authors employ qualitative methods with collated data and literature to clarify the detrimental impacts of climate change on the hardest-affected countries with particular refer-

ence to the case of Vietnam in adaptations to climate change implementation of sustainable development goals. Qualitative methods support exploratory research which assists the authors in developing insights into the concerned matter. In addition, on the basis of the State's practices, the authors focus on using data collected and assessed from various sources including international and national legal instruments, national policies, reports of international and national organisations, experts' opinions in academic books and papers and others to obtain different perspectives and develop critical thinking on the concerned matter in the legal context. Throughout this paper, the authors have found that, despite a lot of efforts in taking measures, particularly establishing and complementing the legal framework and enforcement in response to climate change, the hardest-affected countries, especially Vietnam, are still facing numerous challenges in practice.

Therefore, in light of the foregoing methodologies and considerations, the authors' paper aims to analyse the international and Vietnamese legal framework in response to climate change, the challenges faced by Vietnam in the process of implementing measures to respond to climate change and propose solutions for Vietnam to respond more effectively to the impacts of climate change, towards achieving the goal of sustainable development in the coming period.

## 2 Efforts of the international community in establishing and developing a legal framework to respond to climate change

As the concentration of this paper is on the statutory framework on climate change, prior to proceeding with the analysis, it is necessary to elucidate the establishment and development of international legal instruments on climate change and the difference between developed countries and developing countries in such process.

There exists injustice between advanced countries and emerging countries in addressing the impacts of climate change. Developing countries are seriously affected by climate change's impacts which were not

<sup>20</sup> DANG, Nguyen Anh; LEONARDELLI, Irene; DIPIERRI, Ana Alicia. Assessing the evidence: migration, environment and climate change in Vietnam. *International Organization for Migration*, 2016. Available at: <https://publications.iom.int/books/assessing-evidence-migration-environment-and-climate-change-viet-nam> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>21</sup> LAVELL, Chris; GINNETTI, Justin. *The risk of disaster-induced displacement in south-east Asia and China*. 2014. Available at: 201410-south-east-asia-china-technical-report-en.pdf Accessed on: 31 July 2021.

<sup>22</sup> ENTZINGER, Han; SCHOLTEN, Peter. *Adapting to climate change through migration: a case study of the Vietnamese Mekong River Delta*. Geneva: International Organization for Migration (IOM), 2016. p. 8.

<sup>23</sup> CHAPMAN, Alex; PHAM, Van Dang Tri. Climate change is triggering a migrant crisis in Vietnam. *The Conversation*, 2018. Available at: <https://theconversation.com/climate-change-is-triggering-a-migrant-crisis-in-vietnam-88791> Accessed on: 31 July 2021.

attributable to them.<sup>24</sup> Developed nations' economic growth was primarily based on the exploitation of natural resources and the use of substances causing the generation of greenhouse gas emissions and ozone depletion. Hence, developing nations considered that they should enjoy the same right. Due to limited financial and technological capacity, it is difficult for developing countries to pursue their economic development objectives to satisfy citizens' basic needs while simultaneously complying with environmental protection obligations given the high economic cost of curbing carbon emissions. In other words, as the developing world is still faced with addressing poverty, overpopulation, and lack of sanitation, consequently, environmental protection is not an utmost priority. Therefore, emergent countries are likely to "sacrifice the environment to increase their economic growth and raise their standard of living".<sup>25</sup> The "polluter pays principle"<sup>26</sup> is another argument for developing countries that "because the industrialized nations caused the pollution problems, they should pay the developing countries to avoid making the same development decisions that would further contribute to the problem".<sup>27</sup> Such arguments remain compelling ones for developing countries in the climate change debate.<sup>28</sup>

The division between the developed North and the developing South hinders the global response to climate change.<sup>29</sup> The key solution is global cooperation and

response. Although the majority of developing countries are not large polluters and do not play the leading role in dealing with environmental problems, for reaching the collective targets of sustainability, their engagement in combating climate change is necessary and should never be disregarded.<sup>30</sup>

Throughout the contemporary development of international law, numerous international legal standards on combating climate change have been articulated, demonstrating the determination and efforts of the international community in combating the impacts of climate change. These norms are mainly recognized in core international treaties on climate change such as the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer in 1985 (the Vienna Convention)<sup>31</sup>, the Montreal Protocol in 1987<sup>32</sup>, the United Nations Framework Convention on Climate Change in 1992 (UNFCCC)<sup>33</sup>, the Kyoto Protocol in 1997<sup>34</sup> and several other documents. These international instruments collectively create obligations on the developed countries considered the main contributors to the emergence of global climate change. These obligations mainly focus on (i) providing financial support to countries directly affected by climate change (mostly developing countries), and (ii) providing scientific and technological support to developing countries to combat climate change.

The first effort of the international community in dealing with climate change was reflected in Principle

<sup>24</sup> SFORNA, Giorgia. Climate change and developing countries: from background actors to protagonists of climate negotiations. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, v. 19, p. 273-295, 2019. p. 273-274; GETU, Mulugeta. Accommodating the interests of developing countries in the climate change regime: lessons from the ozone layer regime. *Mizan Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-44, 2012. p. 12.

<sup>25</sup> GETU, Mulugeta. Accommodating the interests of developing countries in the climate change regime: lessons from the ozone layer regime. *Mizan Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-44, 2012. p. 12-15.

<sup>26</sup> GALLAGHER, Anne. The "New" Montreal Protocol and the Future of International Law for Protection of the Global Environment. *Houston Journal of International Law*, v. 14, n. 2, p. 270-364, 1992. p. 297.

<sup>27</sup> DUVAL, Lee Anne. The future of the Montreal Protocol: money and methyl bromide. *Virginia Environmental Law Journal*, v. 18, p. 609-636, 1999. p. 623.

<sup>28</sup> SFORNA, Giorgia. Climate change and developing countries: from background actors to protagonists of climate negotiations. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, v. 19, p. 273-295, 2019. p. 273-274; GETU, Mulugeta. Accommodating the interests of developing countries in the climate change regime: lessons from the ozone layer regime. *Mizan Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-44, 2012. p. 12.

<sup>29</sup> GETU, Mulugeta. Accommodating the interests of developing

countries in the climate change regime: lessons from the ozone layer regime. *Mizan Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-44, 2012. p. 28.

<sup>30</sup> THOMS, Laura. A comparative analysis of international regimes on ozone and climate change with implications for regime design. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 3, p. 795-860, 2003. p. 799.

<sup>31</sup> UNITED NATIONS. *Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer*. 1985. Available at: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/09/19880922%2003-14%20AM/Ch\\_XXVII\\_02p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/09/19880922%2003-14%20AM/Ch_XXVII_02p.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>32</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Montreal protocol on substances that deplete the ozone layer*. 1987. Entered into force on 01 January 1989. Available at: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201522/volume-1522-i-26369-english.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>33</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*. 1992. Available at: [https://unfccc.int/files/essential\\_background/background\\_publications\\_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf](https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>34</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. 1997. Available at: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> Accessed on: 31 July 2021.



21 of the Stockholm Declaration 1972 articulated by the United Nations International Law Commission (ILC). According to this, along with the right to exploit natural resources within their national jurisdiction, States bear the responsibility to ensure their exploitation activities do not cause damage to the environment of other States or areas.<sup>35</sup> In addition to setting out State responsibility in protecting the environment, this Principle mentions the conflict between environmental protection and State sovereignty. In addition to the fact that the Stockholm Declaration is a soft law instrument, this Principle is not effective in addressing climate change since it attempts to redress the balance between the sovereign right to exploit natural resources of States and their responsibilities to the environment, which is difficult to implement. To developing countries, sovereignty over natural resources equals the right to economic development, and it is necessary to prioritize their development goals over the commitment to theoretical liability to the environment.<sup>36</sup> Due to the infeasibility of Principle 21 under the Stockholm Declaration, in the following years, the international community recognized that the workable way was international cooperation and thereby tried to allocate and impose responsibilities on States throughout the articulation of multilateral environmental agreements.<sup>37</sup>

For ozone layer protection, the Vienna Convention was adopted in 1985. Even though this Convention failed to specify provisions and commitments on ozone depletion, it represented an initial step towards the advent of the latter protocol and its amendments. After years of research advanced by scientific knowledge about ozone depletion and negotiations, the Montreal Protocol was adopted in 1987, and subsequent amendments were developed. The Montreal Protocol scheme has improved the existing flaws of the former protocol by determining a large number of substances depleting the ozone to be put under control and, as a result, has

generated positive outcomes that show some signs that the ozone has been recovering.<sup>38</sup>

Faced with the challenge of the unusual and rapid change of the Earth's climate, since 1990, a series of international conferences have been organized to issue urgent calls for the birth of a global multilateral international treaty to respond to climate change. In June 1992, at the United Nations Conference on Environment and Development, the UNFCCC was born with the goal of "stabilizing greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system".<sup>39</sup> This Convention represents a significant milestone in the process of raising the international community's awareness of environmental protection and dealing with global warming. It has become one of the most universally ratified treaties on climate change, with 166 signatures since its inception and 197 members until now.<sup>40</sup> Considering differences between countries enshrines common responsibilities and specific responsibilities for the States parties. The Convention promotes developing nations' economic growth whilst guarding against the effects of climate change. In the spirit of the UNFCCC, developed nations should assume the foremost position in "combating climate change and the adverse effects thereof".<sup>41</sup> Thereby, it imposes the responsibilities on industrialized countries listed in Annex I to reduce greenhouse gases (GHG) emissions to their 1990 levels<sup>42</sup> and all developed countries to provide financial support, including technology transfer, to

<sup>35</sup> UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*. A/CONF.48/14/Rev.1. Stockholm, 5-16 June 1972. Principle 21.

<sup>36</sup> NANDA, Ved P. Climate change and developing countries: the international law perspective. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 16, n. 2, p. 539-556, 2010. p. 545-546.

<sup>37</sup> NANDA, Ved P. Climate change and developing countries: the international law perspective. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 16, n. 2, p. 539-556, 2010. p. 546.

<sup>38</sup> GETU, Mulugeta. Accommodating the interests of developing countries in the climate change regime: lessons from the ozone layer regime. *Mizan Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-44, 2012. p. 6-7.

<sup>39</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Status of Ratification of the Convention*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/status-of-ratification/status-of-ratification-of-the-convention> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>40</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Status of Ratification of the Convention*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/status-of-ratification/status-of-ratification-of-the-convention> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>41</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. 1997. Available at: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>42</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. 1997. Available at: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> Accessed on: 31 July 2021

vulnerable developing countries to comply with their obligations.<sup>43</sup>

Despite calling for a reduction in greenhouse gas emissions, the UNFCCC set forth abstract ideas without a specific schedule to achieve such goals and delay the formulation of the latter instrument.<sup>44</sup> The parties' commitments under the UNFCCC regime were not robust and binding enough for effective implementation. These then paved the way for the adoption of the Kyoto Protocol.<sup>45</sup>

The advent of the Kyoto Protocol in 1997, as a result of the Third Conference of the Parties to the UNFCCC, was an effort to address the shortcomings and enhance the implementation of the UNFCCC. This Protocol endeavours to balance and reconcile the rights and benefits between developed and developing countries to achieve the collective goals.<sup>46</sup> It also manages to allay the concerns of developing nations by creating more flexible mechanisms and initiatives suitable for them and facilitating their involvement.

The Clean Development Mechanism (CDM) is a market-based scheme to mitigate carbon emissions. This mechanism creates a mutually beneficial situation for both developed and emergent countries. Industrialized countries can conform to and fulfil their commitments to reduce carbon emissions by conducting low-emission projects in developing countries while promoting and directing developing countries towards sustainable development.<sup>47</sup> Although the efficacy of CDM is dubious regarding whether emission-reduction projects will bring benefits to developing countries<sup>48</sup> and there

exists unequal distribution when the least developed countries are excluded, this mechanism constitutes an important step towards partnerships with developing countries, through which technology transfer encompassing both knowledge and equipment transfer from the developed world can occur.<sup>49</sup> Under the auspices of the Kyoto Protocol, for providing financial assistance to emerging countries vulnerable to climate change's negative impacts, the Adaptation Fund (AF), sharing the proceeds from the CDM, was founded to capitalize on pollution abatement programmes and projects in developing countries.<sup>50</sup>

Within the purview of the UNFCCC, throughout sessions of the Conference of the Parties (COP), developing countries have been actively engaged in the implementation of other schemes designed to stimulate their significant contributions. As a part of the agreed outcome of COP7, the National Adaptation Programmes of Actions (NAPAs) and its financial fund were established to help the least developed countries stimulate the climate-resilient development path by adopting medium and long-term adaptation plans. Through formal submission of NAPAs, the least developed countries determine and prioritise which actions should be taken in response to climate change in accordance with their capacity and national development goals.<sup>51</sup> The establishment of the Technology Mechanism is an outcome of COP16 in 2010 to enhance technology development and transfer in favour of emergent countries.<sup>52</sup> The National Adaptation Plan (NAP), which was established under the Cancun Adaption Framework in 2011, is another instrument through which the participation of developing countries is leveraged to help promote the achievement of the common goals of climate change mitigation. NAP is a flexible and country-led process

<sup>43</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. 1997. Available at: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>44</sup> NANDA, Ved P. Climate change and developing countries: the international law perspective. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 16, n. 2, p. 539-556, 2010. p. 547.

<sup>45</sup> GETU, Mulugeta. Accommodating the interests of developing countries in the climate change regime: lessons from the ozone layer regime. *Mizan Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-44, 2012. p. 9.

<sup>46</sup> NANDA, Ved P. Climate change and developing countries: the international law perspective. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 16, n. 2, p. 539-556, 2010. p. 547.

<sup>47</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. 1997. Available at: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>48</sup> GETU, Mulugeta. Accommodating the interests of developing countries in the climate change regime: lessons from the ozone layer regime. *Mizan Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-44, 2012. p. 10-11.

<sup>49</sup> SFORNA, Giorgia. Climate change and developing countries: from background actors to protagonists of climate negotiations. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, v. 19, p. 273-295, 2019. p. 275.

<sup>50</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Adaptation Fund*. Available at: <https://unfccc.int/Adaptation-Fund> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>51</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *National Adaptation Programme of Action*. Available at: <https://unfccc.int/topics/resilience/workstreams/national-adaptation-programmes-of-action/introduction> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>52</sup> SFORNA, Giorgia. Climate change and developing countries: from background actors to protagonists of climate negotiations. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, v. 19, p. 273-295, 2019. p. 275.

for developing countries to determine priority needs in respect of climate change adaptation. NAP is conducted at the national level and allows developing countries to formulate medium and long-term policies, strategies and programmes addressing climate change's adverse impacts that they have suffered.<sup>53</sup> As a result of COP18 in 2012, the Nationally Appropriate Mitigation Actions (NAMAs) is the instrument involving the participation of developing countries to help them reduce emissions. Through NAMAs, considering their capacity and national development goals, developing countries can specify their needs and receive international support related to technology, financing and capacity-building to facilitate their mitigation efforts in emission mitigation.<sup>54</sup>

The Paris Agreement<sup>55</sup> is a historic landmark in the international community's efforts to respond to climate change. Adopted in 2015 after considerable negotiation, the Paris Agreement was considered a resounding success of multilateralism when adopted by 196 parties at COP21, marking the next stage in the evolution of the right to a healthy environment in a way that adopts a human rights-based approach. With the common goal of reducing the rise in Earth's temperature, the Paris Agreement is a multilateral response by all member states to climate change that aims to protect the environment for all.<sup>56</sup>

Building on the UNFCCC, the Paris Agreement brings together all countries for the first time with a common goal to make full efforts towards the ambition of combatting climate change and adapting to its impacts, with increased support for developing countries. According to Article 2 thereof, the central and long-term goal is to strengthen the global response to the threat of climate change by keeping the global tempe-

rate rise this century below 2°C above pre-industrial levels and pursue efforts to limit further temperature rise to 1.5°C.<sup>57</sup> The Paris Agreement is a crucial instrument complementing existing multilateral efforts in combating climate change, such as the UNFCCC and the Kyoto Protocol. It continues to stimulate climate change adaption and environment-friendly economic development.<sup>58</sup>

In the spirit of the principle of “common but differentiated responsibility”, which is the basis for the climate change regime, the Paris Agreement reflects this principle in a different way compared to the former instrument – the Kyoto Protocol. To achieve and stabilize the temperature of the Earth as mentioned, the parties, including developing countries, aim to reach the pre-industrial levels of GHG emissions as soon as possible, pledging to rapid reductions. Additional time is required for developing countries to achieve that goal.<sup>59</sup> The Agreement expects developing countries to gradually assume a more central role by contributing to the development of a low-carbon economy in a commensurate manner with their capabilities, national contexts and national development goals. Unlike the Kyoto Protocol, the Paris Agreement highlights that all attempts to achieve the common goal will be unsuccessful without the contribution of developing nations. Therefore, for the effective implementation of the regime under the Paris Agreement, the participation of emergent countries in carbon emission mitigation is no longer voluntary like it was under the Kyoto Protocol.<sup>60</sup> Even though developed nations still spearhead efforts to combat climate change,<sup>61</sup> the disparity related to the division

<sup>53</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *National Adaptation Plans (NAPs)*. Available at: <https://unfccc.int/topics/adaptation-and-resilience/workstreams/national-adaptation-plans> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>54</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Nationally Appropriate Mitigation Actions (NAMAs)*. Available at: <https://unfccc.int/topics/mitigation/workstreams/nationally-appropriate-mitigation-actions> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>55</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. 2015. Available at: [https://unfccc.int/sites/default/files/english\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>56</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>57</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>58</sup> BOYLE, Alan. Climate change, the Paris agreement and human rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 759-777, 2018. p. 763-764.

<sup>59</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>60</sup> BOYLE, Alan. Climate change, the Paris agreement and human rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 759-777, 2018. p. 764; THOMS, Laura. A comparative analysis of international regimes on ozone and climate change with implications for regime design. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 3, p. 795-860, 2003. p. 799.

<sup>61</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>



of responsibilities between developed and developing countries no longer exists.<sup>62</sup> It was recorded that China and India emitted the most carbon emissions in 2012. The arrival of the Paris Agreement is a prompt action of the international community in combating climate change if being successfully implemented. The largest contributors to GHG emissions have to adopt carbon emission management and control regimes. A significant milestone in the development of the UN climate change regime is evident in the Paris Agreement, which recognises that developed nations do not solely cause climate change and its effects.<sup>63</sup>

Following the “bottom-up” approach, the Paris Agreement aims to leverage cooperation and communications amongst the parties with the UNFCCC Secretariat through the Nationally Determined Contributions (NDCs) policy for the global solution to reduce GHG emissions.<sup>64</sup> Despite being an optional scheme, the NDCs is formed on the basis of the parties’ obligatory preparation, communication and maintenance.<sup>65</sup> The formal submission of NDCs is required on a five-year basis (e.g. by 2020, 2025, 20130), and NDCs can be revised by a party from time to time to record its intent to achieve the highest possible ambition.<sup>66</sup> By now, there have been 192 countries having completed the submission of the first NDCs and 11 countries having submitted the second NDCs.<sup>67</sup>

In addition, to facilitate carbon emission reduction, the Paris Agreement encourages the parties to maintain

and enhance carbon sinks and reservoirs, including forests.<sup>68</sup> In other words, under the Paris Agreement, the parties should take measures to reduce GHG emissions not only directly but also indirectly, such as protection of forest resources, prevention and minimisation of deforestation, forest degradation, land pollution and marine pollution, which are set forth in the existing instruments and initiatives within the purview of the UNFCCC.<sup>69</sup>

Another notable provision of the Paris Agreement is that it offers solutions to reduce and combat climate change and refers to solutions to improve capacity to adapt to climate change and damage. The participants all acknowledged that adaptation is a major challenge for the world, especially countries frequently negatively impacted by climate change.<sup>70</sup> The Paris Agreement strengthens and supports the implementation of the foregoing institution of the NAP within the scope of the Cancun Adaption Framework. Each party is encouraged to “submit and update periodically an adaptation communication, which may include its priorities, implementation and support needs, plans and actions”<sup>71</sup>, paving the way for integrating climate change into the national decision-making process and effective partnerships amongst countries.<sup>72</sup>

Regarding financial support, technology and capacity building, the Paris Agreement reaffirms developed countries’ obligations to support developing country efforts to develop climate change countermeasures on a voluntary basis as recorded in the previous UNFCCC voluntarily. The provision of expanded financing aims

agreement Accessed on: 31 July 2021.

<sup>62</sup> EDIBOGLU, Ezgi. The Paris agreement: effectiveness analysis of the new UN climate change regime. *University College Dublin Law Review*, v. 17, 2017. p. 177-178.

<sup>63</sup> BOYLE, Alan. Climate change, the Paris agreement and human rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 759-777, 2018. p. 764.

<sup>64</sup> SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Advancing the Paris agreement on climate change for sustainable development. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 202-237, 2016. p. 209.

<sup>65</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021; EDIBOGLU, Ezgi. The Paris agreement: effectiveness analysis of the new UN climate change regime. *University College Dublin Law Review*, v. 17, 2017. p. 178-179.

<sup>66</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>67</sup> NDC Registry (interim). Available at: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>68</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>69</sup> SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Advancing the Paris agreement on climate change for sustainable development. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 202-237, 2016. p. 210-211.

<sup>70</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>71</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>72</sup> SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Advancing the Paris agreement on climate change for sustainable development. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 202-237, 2016. p. 211-212.

to strike a balance between adaptation and mitigation, taking into account country-directed strategies and developing country priorities and needs, in particular countries that are vulnerable to the adverse effects of climate change and have significant capacity constraints, such as least developed countries and small island developing countries, considering their adaptation needs for financing and other resources. In addition to financial support, international cooperation on technology development and climate-safe technology transfer in developing countries have also been reinforced. A technology framework established under the Paris Agreement to guide the Technology Mechanism and the capacity building activities will be enhanced through increased support for developing countries and appropriate institutional arrangements.<sup>73</sup>

The Paris Agreement sets out a transparency and compliance framework. The Paris Agreement relies on a robust accounting and transparency system to provide clarity on the actions and support of the parties based on the transparency framework, with the flexibility of different capabilities of the parties. Transparency arrangements under the Convention, including national communications, biennial reports and biennial update reports, international assessment and review, and international consultation and analysis, will form part of the experience to develop this transparency paradigm. In addition to reporting information on mitigation, adaptation and support, the information for tracking progress submitted by each party must undergo an international technical expert review. The transparency framework will also aim to clarify the support provided and received by stakeholders in the context of climate change actions.<sup>74</sup> On the other hand, to ensure effective implementation of the Agreement's provisions, a mechanism to facilitate implementation and promote compliance with the provisions of the Agreement is also established. The mechanism consists of a specialised and favourable committee and functions in a transparent, non-conflicting and non-punitive. The Committee will

pay particular attention to the parties' respective national capabilities and circumstances.<sup>75</sup>

To implement the Paris Agreement, COP22 in Marrakech, Morocco, in 2016, launched an action plan to combat devastating climate change, create consensus on the global response to climate change, and transform the political consensus of COP21 into tangible steps.<sup>76</sup> However, the process of implementing the Paris Agreement became more difficult when the US announced its decision to withdraw from the Paris Agreement in May 2017, under which the US would stop providing financial support to the Green Climate Fund, the largest international climate fund established within the framework of the UNFCCC.<sup>77</sup> Despite this US proclamation, COP23, held in Bonn, Germany in 2017, finally reached a consensus to uphold its commitment in Paris to tackling climate change. COP23 has also made progress in drafting a detailed set of regulations to implement the Paris Agreement on ending the use of fossil fuels in the 21st century.<sup>78</sup>

After 3 years of implementation with many difficulties, the United Nations and its member states have made unremitting efforts to solve the problem of climate change. COP24 in Katowice, Poland, from 3 to 14 December 2018, was one of the last two conferences before 2020 when the Paris Agreement came into force. Before COP24, the international community was still standing still in the fight against climate change. Further difficulties emerged when Brazil's new government announced it was withdrawing its proposal to host COP25 in 2019 and announced plans to withdraw from the Paris Agreement due to disagreements with other countries. Furthermore, divisions within the European Union and

<sup>73</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>74</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>75</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>76</sup> PEET, Karl *et al.* *Transport@COP22 Marrakech*: After 'COP of Action', transport prepared to act: final report. 2016. Available at: <https://www.yumpu.com/en/document/read/56594855/after-cop-of-action-transport-prepared-to-act> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>77</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *UNFCCC Statement on the US Decision to Withdraw from Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/news/unfccc-statement-on-the-us-decision-to-withdraw-from-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>78</sup> VERKUIJL, Cleo *et al.* Policy brief: aligning fossil fuel production with the Paris agreement: insights for the UNFCCC Talanoa Dialogue. *Stockholm Environment Institute*, 2008. Available at: <https://cdn.sei.org/wp-content/uploads/2018/03/verkuijl-fossil-fuels-paris-pb.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

the US-China trade war also influenced climate change policies around the world. Under Article 9 of the Paris Agreement, developed country Parties shall provide financial resources to assist developing country Parties in both mitigation and adaptation in order to continue to meet their current obligations under UNFCCC. At COP21, developed countries intended to continue their collective mobilization target until 2025. In particular, advanced economies have officially agreed to mobilize 100 billion USD per year by 2020, from a variety of sources, to address the urgent mitigation and adaptation needs of developing countries.<sup>79</sup> However, overcoming these hurdles, at COP24, the member states' representatives finally completed and approved the "rule book", the Katowice Climate Package, a set of guidelines for implementing the Paris Agreement, marks a milestone on the long road to tackle climate change problem.<sup>80</sup> At the Conference, countries agreed on how governments would measure, report and verify their emissions reduction efforts.

According to the UN Climate Press Release dated 26 February 2021, the Initial NDC Synthesis Report was published by UN Climate Change on NDCs, submitted by countries at the end of 2020. These plans came from 75 countries and territories in the United Nations, about 30% of global greenhouse gas emissions. However, while most countries are gradually increasing their target levels, the overall impact of these efforts is limited to put into effect their achievement to reduce their emissions by 1% by 2030 compared to 2010 levels. The Intergovernmental Panel on Climate Change warned that emissions reductions would need to be lowered by about 45% to meet the 1.5°C target.<sup>81</sup> UN Climate

Change Executive Secretary Patricia Espinosa recently appealed to G20 nations for their more proactive leading role to attain the common goal under the Paris Agreement, saying that "The G20 accounts for 80 per cent of all global emissions. There is no path to 1.5°C without the G20".<sup>82</sup>

### 3 Vietnamese legislation in response to climate change requirements: the efforts of a developing country to a global problem

The Vietnamese Government signed the UNFCCC on June 11, 1992, ratifying it on November 16, 1994, and signed the Kyoto Protocol on December 3, 1998, ratifying it on September 25, 2002.<sup>83</sup> As a party to the UNFCCC and Kyoto Protocol, Vietnam has developed and issued several legal documents to contribute to the realization of the UNFCCC's ultimate goal over the past years.

According to the provisions of these treaties, as one of the non-Annex I Parties to the UNFCCC, Vietnam is not yet obliged to commit to a quantitative reduction of greenhouse gas emissions under the provisions of the Kyoto Protocol. However, Vietnam, like other developing countries participating in the UNFCCC, has to perform some common obligations such as (i) developing national notification on climate change, (ii) preparing a national inventory of greenhouse gases from anthropogenic sources and the amount of greenhouse gases absorbed by sinks, (iii) assessing the impacts of climate change on socio-economic sectors and identify those vulnerable to climate change and sea-level rise, (iv) developing and implementing climate change adaptation measures, (v) developing and implementing programs and plans to reduce greenhouse gas emissions when fully supported in terms of capital and technology transfer from developed countries and international organizations, (vi) conducting research and monitoring

<sup>79</sup> ESPAGNE, Étienne. *CEPII Policy Brief: Climate Finance at COP21: Lessons Learnt*. No. 9, February 2016. Available at: [http://www.cepii.fr/PDF\\_PUB/pb/2016/pb2016-09.pdf](http://www.cepii.fr/PDF_PUB/pb/2016/pb2016-09.pdf). Accessed on: 31 July 2021. ESPAGNE, Étienne. *CEPII Policy Brief: climate finance at COP21: lessons learnt*. n. 9, February 2016. Available at: [http://www.cepii.fr/PDF\\_PUB/pb/2016/pb2016-09.pdf](http://www.cepii.fr/PDF_PUB/pb/2016/pb2016-09.pdf). Accessed on: 31 July 2021.

<sup>80</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Katowice climate package*. making the Paris agreement work for all. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/katowice-climate-package>. Accessed on: 31 July 2021.

<sup>81</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *UN Climate Press Release: Greater Climate Ambition Urged as Initial NDC Synthetic Report is Published*. 26 February 2021. Available at: <https://unfccc.int/news/greater-climate-ambition-urged-as-initial-ndc-synthesis-report-is-published>. Accessed on: 31 July 2021.

<sup>82</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *UN Climate Change News: Patricia Espinosa: "There is no path to 1.5oC without the G20"*. 23 July 2021. Available at: <https://unfccc.int/news/patricia-espinosa-there-is-no-path-to-15degc-without-the-g20>. Accessed on: 31 July 2021.

<sup>83</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ratification status: Viet Nam*. Available at: <https://unfccc.int/node/61236>. Available at: 31 July 2021.



activities on issues/factors related to climate and climate change, and (vii) updating and disseminating information to raise awareness of policymakers and the public on climate change and the CDM.<sup>84</sup>

After becoming a member of the above-mentioned international treaties, Vietnam has made strenuous efforts in internalizing the provisions of international law into the national legal system, contributing to guaranteeing the implementation of Vietnam's international commitments related to the legislative aspect. The Vietnamese Government ensures national policies and legislation are comprehensively formulated and developed in accordance with the international treaties. Upon the nation's participation in the UNFCCC, the Government organised the Vietnam Initial National Communication in 2003 with the Ministry of Natural Resources and Environment (MONRE), as the State agency mainly responsible for environmental issues. In the next two years, Directive 35/2005/CT-TTg was issued by the Prime Minister to initiate the implementation of the Kyoto Protocol.<sup>85</sup>

To implement the UNFCCC and the Kyoto Protocol more effectively, the Government, through Decision 79/2006/QĐ-TTg dated April 14, 2006, approved the "National Target Program on Efficient Use and Saving of Energy". This Program included information dissemination, encouragement and promotion of scientific and technological research and development of mandatory management measures to synchronously implement activities on economical and efficient use of energy society-wide. The goal was to save from 3% - 5% of the total energy consumption in the country in the period 2006 - 2010 and from 5% - 8% in the period 2011 - 2015.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> MINH, Nguyen Duc. *Xây Dựng Chính Sách, Pháp Luật và Triển Khai các Hành Động Ứng Phó Biến Đổi Khí Hậu ở Việt Nam. Nghiên Cứu Lập Pháp*, v. 19, n. 347, 2017. Available at: <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=208092> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>85</sup> DANG, Nguyen Anh; LEONARDELLI, Irene; DIPIERRI, Ana Alicia. Assessing the evidence: migration, environment and climate change in Vietnam. *International Organization for Migration*, 2016. p. 51. Available at: <https://publications.iom.int/books/assessing-evidence-migration-environment-and-climate-change-viet-nam> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>86</sup> GOVERNMENT OF VIETNAM. *National Target Program on Efficient Use and Saving Energy, approved by Decision 79/2006/QĐ-TTg*. Available at: <https://climate-laws.org/geographies/vietnam/policies/national-target-program-on-efficient-use-and-saving-energy-euse-approved-by-decision-79-2006-qd-ttg> Accessed on: 31 July 2021.

Subsequently, on April 16, 2007, Decision No. 47/2007/QĐ-TTg was issued to approve the Plan to organize the implementation of the Kyoto Protocol for the 2007-2010 period to mobilize all resources to implement the country's socio-economic development plan during this period in the direction of rapid, sustainable development, and environmental protection in line with the UNFCCC, the Kyoto Protocol and their initiatives. The Decision also encouraged technological improvement, receipt and application of modern technology, clean technology, and modern techniques, which contributes to the effective management, exploitation, and use of natural resources, and the mitigation of GHG emissions.<sup>87</sup>

Regarding the CDM, the Prime Minister issued Decision No. 130/2007/QĐ-TTg dated August 02, 2007 stipulating a number of financial mechanisms and policies for investment projects. Investment projects under the clean development mechanism, according to which, a CDM project means an investment project in production adopting new, advanced, and environmentally friendly technologies, with GHG emission reduction results approved by the CDM Executive Board (EB) to be registered and issued with GHG emission reduction certificates. As CDM projects represent primarily foreign investment projects, CDM projects in Vietnam are governed by the legal documents of Vietnam, including those regulating investment.<sup>88</sup>

Taking the following step in response to climate change, the Prime Minister enacted Decision No. 158/2008/QĐ-TTg dated December 02, 2008 approving the National Target Program to respond to climate change, stating the central object was to

assess climate change impacts on sectors and regions in specific periods and to develop feasible action plans to effectively respond to climate change in the short-term and long-term to ensure sustainable development of Vietnam, to take opportunities moving towards the development of a low-carbon

<sup>87</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 47/QĐ-TTg of April 6, 2007, approving the Plan on Organization of the Implementation of the Kyoto Protocol under the United Nations Framework Convention on Climate change in the 2007-2010 Period*. Available at: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/vic72962.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>88</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 130/2007/QĐ-TTg of August 02, 2007, on several financial mechanism and policies applied to investment projects on clean development mechanism*. Available at: <https://vanbanphapluat.co/130-2007-qd-ttg> Accessed on: 31 July 2021.

economy, and to join the international community's efforts in mitigating change and protecting the climatic system.

The climate change response was carried out on the principle of sustainable development, following a country-specific approach that ensured gender equality, poverty reduction, and comprehensive participation of relevant parties, especially stakeholders and in line with the principle of "common but differentiated responsibility" defined in the UNFCCC. The Vietnamese Government pledged to effectively implement the climate change mitigation program when sufficient capital support and technology transfer from developed countries and other international funding sources.<sup>89</sup>

Realising that climate change would have far-reaching effects on the future development of the country, under Decision 2139/QĐ-TTg dated December 05, 2011, the National Strategy on Climate Change was launched, which set out strategies for alleviating the adverse impacts of climate change, including (i) Vietnam's response to climate change must build upon sustainable development towards a low-carbon economy, (ii) adaptation efforts to climate change and a reduction of GHG emissions should be made, (iii) participatory engagement of all stakeholders (including the State, corporations, professional organizations, and communities) and international cooperation are necessary, (iv) combatting measures must be implemented in a systematic, integrated, interregional and interdisciplinary manner; and (v) the strategy must have a century-long vision to serve as a basis for developing and implementing strategies and programmes to address climate change.<sup>90</sup> Under this Strategy, several missions were enshrined to tackle climate change issues such as natural disasters, sea-level rise, and GHG emission reduction. The Government recognized the importance of

forests and oceans as natural carbon sinks in reducing carbon emissions, preserving biodiversity, and protecting the Earth's climate. Empowerment of climate-resilient communities, reinforcement of the State's leading role, and development of modern technology for green growth in response to climate change was essential.<sup>91</sup> In light of this Strategy, laws directed at protecting natural resources have been enacted, including the Law on Energy Efficiency in 2011, the Law on Water Resources in 2012, the Law on Environmental Protection in 2014 and the Forestry Law in 2017. These national legislative documents recognise and emphasise the crucial role of natural resources in adapting to climate change and future generations of the country. Hence, they impose responsibilities on all stakeholders for effective use and preservation.<sup>92</sup>

According to the Intended Nationally Determined Contribution (INDC) report that Vietnam submitted to UNFCCC on September 30, 2015, as of June 2015, Vietnam had 254 CDM projects endorsed and registered by the EB. Amongst 254 projects, projects on energy accounted for 87.6%, waste treatment accounted for 10.2%, afforestation and reforestation accounted for 0.4%, and other types accounted for 1.8%. The number of Certified Emission Reductions (CERs) issued by the EB is over 12 million, ranking eleventh in the world.<sup>93</sup> In particular, Dong Nai 4 Hydropower Project with a capacity of 340MW is the largest hydroelectric project in Vietnam currently built under the CDM mechanism and successfully registered with the EB on November 27, 2012 and archived in the list of projects on the UNFCCC CDM's website with the name "Project 8405: Dong Nai 4 Hydropower Project". This Project helps

<sup>89</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 158/2008/QĐ-TTg of December 02, 2008, approving the National target program on response to climate change*. Available at: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/vie85707.pdf> Accessed on: 31 July 2021; DANG, Nguyen Anh; LEONARDELLI, Irene; DIPIERRI, Ana Alicia. Assessing the evidence: migration, environment and climate change in Vietnam. *International Organization for Migration*, 2016. p. 51-52. Available at: <https://publications.iom.int/books/assessing-evidence-migration-environment-and-climate-change-viet-nam> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>90</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 2139/QĐ-TTg on December 05, 2011, approving the national strategy on climate change*. Available at: <http://www.chinhphu.vn/portal/page/portal/English/strategies/strategiesdetails?categoryId=30&articleId=10051283> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>91</sup> DANG, Nguyen Anh; LEONARDELLI, Irene; DIPIERRI, Ana Alicia. Assessing the evidence: migration, environment and climate change in Vietnam. *International Organization for Migration*, 2016. p. 52-53. Available at: <https://publications.iom.int/books/assessing-evidence-migration-environment-and-climate-change-viet-nam> Accessed on: 31 July 2021. p. 52-53.

<sup>92</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *NDC Registry (interim)*. Country page: the Socialist Republic of Vietnam: updated Nationally Determined Contribution of Vietnam (NDC). Available at: [https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Viet%20Nam%20First/Viet%20Nam\\_NDC\\_2020\\_Eng.pdf](https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Viet%20Nam%20First/Viet%20Nam_NDC_2020_Eng.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>93</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *NDC Registry (interim)*. Country page: Vietnam: intended nationally determined contribution of Vietnam. Available at: <https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Viet%20Nam%20First/VIETNAM'S%20INDC.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

to reduce 594,017 metric tonnes of carbon dioxide per year.<sup>94</sup>

Regarding the trading and transfer of GHG emission reduction certificates (CERs), Certified Emission Reduction (CERs) are carbon credits awarded by the EB for CDM projects. 1 CERs is defined as one tonne of CO<sup>2</sup> equivalent. The transfer, purchase and sale of greenhouse gas emission quotas between Vietnam and foreign countries are currently regulated by the Prime Minister. After receiving CERs, investors, who build and implement CDM projects, can offer them immediately to interested partners or choose an appropriate time during the valid period of CERs. The quantity and selling price of CERs are determined based on the signed contract of sale of CERs. In addition, Vietnamese law also stipulates that investors who build and implement CDM projects when selling CERS must pay a CERS selling fee. This fee is calculated as a percentage of CERS sales that investors who build and implement CDM projects receive.<sup>95</sup>

In respect of GHG emission reduction options, based on the results of the GHG inventory in 2000, State ministries and supporting agencies have coordinated to develop many GHG emission reduction plans for 3 main areas, namely energy, agriculture and land use land use change and forestry (LULUCF). In addition, on December 22, 2015, the Prime Minister issued Decision No. 2359/QD-TTg approving the national system of greenhouse gas inventory, which facilitates the national inventory of greenhouse gases to be conducted efficiently, in accordance with the standards set forth in the UNFCCC. As a member of the UNFCCC, Vietnam has an obligation to fully implement its commitments, including the obligation to develop and update the National Notification periodically and biennial update reports (BUR) submitted to the UNFCCC Secretariat. Accordingly, the first national notification was submitted by Vietnam to the UNFCCC Secretariat in 2000, the second time in 2010 and the third time in 2018 in which

<sup>94</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Project Search: Project 8405: Dong Nai 4 Hydropower Project*. Available at: <https://cdm.unfccc.int/Projects/DB/TUEV-RHEIN1353929993.69/view> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>95</sup> MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT. *Summary for policymakers: climate change and sea level rise, scenarios for Vietnam: summary for policymakers*. 2016. Available at: [http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS\\_SPM\\_2016.pdf](http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS_SPM_2016.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

the inventory process and methods, as well as the calculation of coefficients of all emissions, are in line with the UNFCCC and in commensurate with the national circumstances.

**Table 1** - GHG emissions in 2010 and emissions estimates for 2020 and 2030

*Unit: million tons of CO<sub>2</sub> equivalent*

Sector	2010	2020	2030
Energy	141,1	381,1	648,5
Agriculture	88,3	100,8	109,3
LULUCF	-19,2	-42,5	-45,3
Waste	15,4	26,6	48,0
<b>Total</b>	<b>225,6</b>	<b>466,0</b>	<b>760,5</b>

Fonte: SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM<sup>96</sup>

The Vietnamese Government additionally set forth sanctions for violations. Vietnam's climate change response measures are always associated with environmental protection measures. Regarding criminal sanctions, any environmental violation, depending on the severity thereof, may constitute one of the crimes specified in Chapter XIX of the Criminal Code 2015 (as amended in 2017). When committing environmental crimes, individuals can be punished with imprisonment for a maximum term of 15 years. At the same time, the Penal Code 2015 also stipulates those individuals and legal entities that commit illegal acts causing harm to the environment may also be subject to fines with the highest fines of VND 5 billion (around USD 217,000) for individuals and VND 20 billion (around USD 868,000) for legal entities, respectively. In addition, individuals may be prohibited from holding certain professional positions, practising certain professions, doing certain jobs for a period of time, or suspended from working with the legal entity temporarily or permanently.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM; MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT. The initial biennial updated report of Vietnam to the United Nations framework convention on climate change. *Vietnam Publishing House of Natural Resources, Environment and Cartography*, 2014. Available at: [https://data.vietnam.opendevlopmentmekong.net/vi/library\\_record/bao-cao-c-p-nh-t-hai-nam-m-t-l-n-l-n-th-nh-t-c-a-vi-t-nam-d-g-i-cho-unfccc](https://data.vietnam.opendevlopmentmekong.net/vi/library_record/bao-cao-c-p-nh-t-hai-nam-m-t-l-n-l-n-th-nh-t-c-a-vi-t-nam-d-g-i-cho-unfccc) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>97</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Criminal Code n. 100/2015/QH13 dated November 27, 2015*. Available at: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/vn/vn086en.pdf>. Accessed on: 31 July 2021; As amended by Law No. 12/2017/QH14 dated June 20, 2017. Available at: <https://vanbanphapluat.co/law-12-2017-gh14-amendments-100-2015-gh13>. Accessed on: 31 July 2021.



In the civil context, Vietnam’s Civil Code 2015 also provides for liability to compensate for damage caused by environmental pollution. Article 602 provides that “A subject that pollutes the environment and thereby causes damage must compensate according to the provisions of law, even if the subject is not at fault”.<sup>98</sup> According to this provision, “subject” here can include both individuals and legal entities. When they pollute the environment and cause harm, they must compensate according to the law even if they are not at fault. As such, subjects must have enjoyed benefits from their production and businesses for not employing the carbon emission and waste management control regime, when their non-compliance causes damages to the environment, they shall be held liable for such damages. This, thereby, is completely consistent with fairness.

In the administration area, measures to handle administrative violations are prescribed in Decree No. 155/2016/ND-CP in 2016 on sanctioning violations in environmental protection. Accordingly, there are two forms of sanction for administrative violations in environmental protection, including warnings and fines. In particular, the maximum fine for an administrative violation in environmental protection is VND 1 billion (approximately USD 43,834) for individuals and VND 2 billion (about USD 86,768) for organizations, respectively. Besides the main sanctions, the Decree also stipulates additional sanctions, including the withdrawal of permits such as hazardous waste treatment permits, discharge permits, industrial emission permits, and others, and confiscation. In addition, individuals and organizations that commit administrative violations may also be required to take remedial measures to restore the environment.<sup>99</sup>

In terms of implementing the common goal under the Paris Agreement, on October 28, 2016, as a result of Decision No. 2053/QĐ-TTg, the action plan to implement the Paris Agreement on climate change was launched. The common goal was for Vietnam to identify

and implement appropriate activities and solutions by 2020 and 2030, thereby gradually and comprehensively implementing the provisions of the Paris Agreement on climate applicable to Vietnam. Vietnam also set five specific goals to be achieved when implementing the Paris Agreement Implementation Plan. Under which, there are three goals to fulfil its commitments in Vietnam’s Nationally Determined Contribution (INDC), including (i) implementation of GHG emission reduction commitments, (ii) implementation of adaptation commitments to climate change, and (iii) preparation and mobilisation of human, technological and financial resources. The remaining two specific goals that Vietnam needs to achieve are to (iv) establish and operate an open and transparent system (measuring, reporting and verification (MRV) systems) and (v) perfect institutions and policies to facilitate the implementation and focus on national efforts for climate change responses.<sup>100</sup>

## 4 Impact of climate change on the implementation of sustainable development goals in Vietnam

The term sustainable development first appeared in the “World Conservation Strategy” of the International Union for Conservation of Nature (IUCN) in 1980 with a narrow scope, emphasizing the sustainability of ecological development and conservation of biological resources. In 1987, in the Report “Our Common Future”, the United Nations World Commission on Environment and Development (WCED), the concept of “sustainable development” was explained as “development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”.<sup>101</sup> Although, in 1992, the United Nations Environment and Development Summit held in

<sup>98</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Civil Code n. 91/2015/QH13 dated November 24, 2015*. Available at: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/vn/vn079en.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>99</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decree n. 155/2016/ND-CP dated November 18, 2016*. Available at: <https://www.resource-data.org/dataset/rgi--18-2016-penalties-for-administrative-violations-against-regulations-on-environmental-protection/resource/83ce4139-2f53-4ce0-86ce-a53c5eb8768a> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>100</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 2053/QĐ-TTg dated October 28, 2016, approving the Plan for Implementation of the Paris Agreement*. Available at: <https://www.ccacoalition.org/en/resources/decision-no-2053qd-ttg-vietnam%C2%B4s-action-plan-implement-paris-agreement#> Accessed on: 31 July 2021; VIETNAM ENERGY. *Vietnam Plan for Implementation of the Paris Agreement*. Available at: <http://nangluongvietnam.vn/news/en/mechanical-project/vietnam-plan-for-implementation-of-the-paris-agreement.html> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>101</sup> UNITED NATIONS. *Report of the World Commission on Environment and Development*. UN Doc A/42/427. 1987. Available at: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/42/427&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/42/427&Lang=E) Accessed on: 31 July 2021.

Rio de Janeiro set out the Global Agenda for the 21st Century referred to as the concept of “sustainable development”, the concept of sustainable development was not complemented until the World Summit on Sustainable Development in 2002. It was defined as a development process that combines closely, rationally and harmoniously the three core aspects of development, including economic development, social development, and environmental protection.<sup>102</sup>

A set of Sustainable Development Goals (SDGs) adopted by the United Nations in 2015 in the 2030 Agenda for Sustainable Development

have given the concept of sustainable development more concrete content and affirmed the need for international cooperation and partnerships amongst States. The SDGs, also known as the global goals, are universal goals designed to end poverty, protect the planet, promote gender equality, improve sanitation and hygiene, ensure fundamental rights for all citizens, and enjoy peace and prosperity by 2030 in each United Nations’ member state.<sup>103</sup>

In Vietnam, the view of sustainable development has been affirmed in the lines and policies of the Party such as Directive No. 36-CT/TW dated June 25, 1998 of the Politburo on strengthening environmental protection in the current period of industrialization and modernization of the country; Resolution No. 41-NQ/TW dated November 15, 2004 of the Politburo on environmental protection in the period of accelerating industrialization and modernization of the country and other legal documents. Article 3(4) of the Law on Environmental Protection 2014 states that sustainable development “is the development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet those needs based on closely and harmoniously combining economic growth, ensuring social progress and environmental protection”.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> UNITED NATIONS. *Report of the World Summit on Sustainable Development*. UN Doc A/CONF.199/20. 2002. Available at: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/Conf.199/20> Accessed on: 31 July 2021; BOYLE, Alan. Climate change, the Paris agreement and human rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 759-777, 2018. p. 761.

<sup>103</sup> BOYLE, Alan. Climate change, the Paris agreement and human rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 759-777, 2018. p. 761.

<sup>104</sup> SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Law on Environmental Protection n. 55/2014/QH13 dated June 23, 2014*. Available at: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/vie168513.pdf> Accessed on: 31 July 2021; VIETNAM ENVIRONMENT ADMINISTRATION MAGAZINE. *Phát triển bền vững và việc bảo vệ môi trường có mối quan hệ như thế nào?* [How Does Sustainable Development

a) *Impact of climate change on the implementation of SDG No. 13: Conservation and sustainable use of oceans, seas, and marine resources for sustainable development*

Vietnam has a coastline of more than 3,260 km, and according to marine scientists, in Vietnam’s vast seas, there are up to 500,000 km<sup>2</sup> containing a huge amount of oil and gas. In addition to oil and gas, the Vietnamese seabed contains numerous precious minerals, such as coal, iron, titanium, glass sand, and other construction materials, potentially supporting economic development. Additionally, Vietnam’s seafood resources are plentiful and a main source of income to the region, comprising various specialities of high economic value such as shrimp, crab, squid, sea cucumber, seaweed, and others. Regarding fish, marine biologists said that they had discovered more than 2,000 different species, in which over 100 species have high economic value with a total seafood reserve of about 3 - 4 million tons, the exploitation capacity is 1.5 - 1.8 million tons/year.<sup>105</sup> The precious natural conditions in Vietnam mean that the sea plays a vital role in the nation’s sustainable development.

In conjunction with this advantage, like other nations in the world, Vietnam faces several severe impacts of climate change, especially during the implementation of each of the SDGs related to the environment, in particular:

Climate change is constantly changing the ocean environment as well as adversely affecting marine creatures. This will greatly affect the marine ecosystem as well as Vietnam’s economic development, particularly the coastal wetlands such as the mangrove areas in Ca Mau, Ho Chi Minh City, Vung Tau and Nam Dinh. Climate change causes coastal biodiversity and aquatic resources to sharply decrease, as well as coastal ecosystems to degrade and reduce in area. Flora and fauna populations tend to move farther from shore due to changes in the coastal circulation structures, changes in river-sea

relate to Environmental Protection?]. Available at: <http://vem.tapchimoitruong.vn/pages/article.aspx?item=Ph%C3%A1t-tri%E1%BB%83n-b%E1%BB%81n-v%E1%BB%AFng-v%C3%A0-vi%E1%BB%87c-b%E1%BA%A3o-v%E1%BB%87m%C3%B4i-tr%E1%BB%9Dng-c%C3%B3-m%E1%BB%91i-quan-h%E1%BB%87-nh%C6%B0-th%E1%BA%BF-n%C3%A0o?-48300>. Accessed on: 31 July 2021.

<sup>105</sup> PHUONG OANH. *Vì sự phát triển bền vững biển đảo Việt Nam* [For the sustainable development of Vietnam’s ocean and islands]. 2017. Available at: <http://www.bienphong.com.vn/vi-su-phat-trien-ben-vung-bien-dao-viet-nam/> Accessed on: 31 July 2021.

interactions in coastal estuaries, and the loss of up to 60% of natural habitats. The El-Nino phenomenon has exhibited a tendency to increase both in frequency and intensity, causing sea temperature to rise, changes to the growing season, an increase in the outbreak of phytoplankton, and environmental changes unfavourable the growth of seagrass beds<sup>106</sup>.

Climate change also intensifies ocean acidification and tropical storms, leading to the destruction of coral reefs and seagrass beds. Consequently, marine ecosystems' distribution, biodiversity, and biological productivity will be reduced. When these ecological functions are impaired, coastal ecosystems become weakened and are less able to recover from the accelerating impacts of climate change.<sup>107</sup> In specific, sea water pollution causes negative effects on the habitat of fishes and other marine species and their growth and reproduction. On the other hand, climate change will also affect the operation of offshore projects, drilling rigs, gas pipelines and gas-fired power plants built along the coast, increasing operation, maintenance, and repair costs.

*b) Impact of climate change on the implementation of SDG 14: Timely and effective response to climate change and natural disasters*

Proactively responding to climate change, strengthening natural resource management, and protecting the environment are issues of special importance, having a great influence on determining the country's sustainable development. These are the grounds and premises for making guidelines and policies for socio-economic development, ensuring national defence, security and social security. These also are amongst the most crucial tasks of the political system and the responsibilities and obligations of all classes of society. Examining Vietnam's achievements in the process of preventing, adapting to and dealing with climate change, it is appar-

<sup>106</sup> VIETNAM COAST GUARD. *Hệ sinh thái biển Việt Nam trước tác động của biến đổi khí hậu* [Vietnam's Aquatic Ecosystem under the Impacts of Climate Change]. 13 August 2017. Available at: <https://canhsatbien.vn/portal/bien-dao-viet-nam/he-sinh-thai-bien-viet-nam-truoc-tac-dong-cua-bien-doi-khi-hau>. Accessed on: 31 July 2021.

<sup>107</sup> VIETNAM COAST GUARD. *Hệ sinh thái biển Việt Nam trước tác động của biến đổi khí hậu* [Vietnam's Aquatic Ecosystem under the Impacts of Climate Change]. 13 August 2017. Available at: <https://canhsatbien.vn/portal/bien-dao-viet-nam/he-sinh-thai-bien-viet-nam-truoc-tac-dong-cua-bien-doi-khi-hau>. Accessed on: 31 July 2021.

ent that Vietnam has responded rapidly and flexibly to the impacts that environmental change brings.

Although Vietnam has prepared in all aspects, the nation is still only beginning to overcome the consequences and anticipate, as well as using all measures to prevent natural disasters and address climate change challenges. Most response measures merely temporarily halt rather than completely solve climate change. Given the status quo of environmental issues in the country as analysed above, the Vietnamese Government and other State agencies have coordinated with the public to enact numerous natural disaster prevention and control measures to minimise potential damages. However, climate change undeniably poses problems that cannot be readily foreseen.

*c) Impact of climate change on the implementation of SDG 15: Protect and develop sustainable forests, conserve biodiversity, develop ecosystem services, combat desertification, prevent degradation and restore resources*

Vietnam is one of 16 countries with high biodiversity globally<sup>108</sup>, with many types of ecosystems, species, and genetic resources. Ecosystems in Vietnam include forest ecosystems (terrestrial ecosystems), mangrove ecosystems (wetland ecosystems), coral reef ecosystems, and seagrass beds. marine ecosystems). Regarding species biodiversity, Vietnam is home to nearly 16,500 species of vascular plants, large fungi and terrestrial mosses, of which the number of endemic plant species accounts for a large proportion (about 30%).<sup>109</sup> Ecosystems with rich biological resources have directly benefited humans and made significant economic contributions, especially in agricultural, forestry and fishery production. Ecosystems also play an important role in climate regulation and environmental protection.

To ensure the implementation of the SDGs in biodiversity conservation, Vietnam has set a target by 2030, to strengthen the implementation of sustainable mana-

<sup>108</sup> BUTLER, Rhett A. The top 10 most biodiverse countries: what are the world's most biodiverse countries? *Mongabay News*, 2016. Available at: <https://news.mongabay.com/2016/05/top-10-biodiverse-countries/>. Accessed on: 31 July 2021.

<sup>109</sup> MINISTRY OF RESOURCES AND ENVIRONMENT. *Chiến lược quốc gia về đa dạng sinh học đến năm 2020 tầm nhìn đến năm 2030* [National strategy on biodiversity to 2020 vision to 2030]. Available at: [https://absch.cbd.int/api/v2013/documents/B1386951-E447-D99A-E059-6D45AE9EF54B/attachments/Chiến%20lược%20QG%20về%20Đa%20dạng%20sinh%20h%E1%BB%8Dc\\_QĐ1250\\_Fulltext.pdf](https://absch.cbd.int/api/v2013/documents/B1386951-E447-D99A-E059-6D45AE9EF54B/attachments/Chiến%20lược%20QG%20về%20Đa%20dạng%20sinh%20h%E1%BB%8Dc_QĐ1250_Fulltext.pdf). Accessed on: 31 July 2021.



gement of all types of forests, prevent deforestation, restore degraded forests, and promote tree planting and forest regeneration, bringing forest cover to about 45% nationwide. According to data from the Forestry Production Development Department, the Ministry of Agriculture and Rural Development, as of June 2018, Vietnam had 6,765,936 hectares of production forests (including 3,905,504 hectares of natural forests 2,860,432 hectares of regenerated forests) out of a total of 14,415,381 hectares of forested land. The area of large timber forest is 201,220 ha, of which 28,658 ha is converted forest, 172,562 hectares are planted with intensive cultivation.<sup>110</sup>

However, in the context of climate change, fragmented ecosystems will certainly respond more slowly to these changes and will inevitably lose species at a very high rate. For Vietnam, if the sea level rises by 1m, 250,000 h of existing mangroves will be lost<sup>111</sup>. If the sea level rises by 1 m, 46 important biosphere reserves and 9 special-use forests of high biodiversity value will be severely affected. Tropical species in coastal ecosystems will decrease. An increase in carbon emissions will directly affect the growth and development of plants and animals in the mangrove ecosystem. Sea level rise along with monsoons, storms, high tides will continue to contribute to coastal erosion. Besides, climate change also increases the area of land being deserted and degraded in many localities across the country. The area of degraded land and land degradation will increase with the destruction of forests as well as the impact of factors that cause extreme events due to climate change, such as saline intrusion.

<sup>110</sup> NATIONAL COMMITTEE OF THE NETHERLANDS. *Một số ghi nhận và khuyến nghị Hội thảo Cải thiện tài chính và chính sách cho phát triển trồng rừng gỗ lớn ở Việt Nam*. [Recognitions and recommendations: the conference of financial improvement and policies for the development of forest planting in Vietnam]. 2018. Available at: [https://nature.org.vn/vn/wp-content/uploads/2018/06/011018\\_Ghi-nhan-va-khuyen-nghi\\_Rung-trong-go-lon-o-Viet-Nam\\_2018.pdf](https://nature.org.vn/vn/wp-content/uploads/2018/06/011018_Ghi-nhan-va-khuyen-nghi_Rung-trong-go-lon-o-Viet-Nam_2018.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

<sup>111</sup> MINISTRY OF AGRICULTURE AND RURAL DEVELOPMENT. *Biến đổi khí hậu và những ảnh hưởng lên nghề cá tại các khu vực rừng ngập mặn ven biển* [Climate change and its effects on fisheries in coastal mangrove areas]. Available at: <https://www.mard.gov.vn/Pages/bien-doi-khi-hau-va-nhung-anh-huong-len-nghe-ca-tai-cac-khu-vuc-rung-ngap-man-ven-bien-4378.aspx> Accessed on: 31 July 2021.

## 5 Difficulties and challenges that Vietnam is facing in taking urgent actions to respond to climate change and realizing the SDGs

The birth of the Paris Agreement on climate change has significantly impacted the international community, including Vietnam. This agreement creates not only new opportunities for Vietnam in the fight against climate change but also poses significant challenges that Vietnam has to face and quickly solve.

First, perfecting the legal system for environmental protection on climate change will be more complicated because it requires reforming institutions and policies to be in line with international regulations. Currently, there is no united law on climate change, with laws and legal documents only touching on the issue of climate change and enforcement mechanisms are minimal. There exist several gaps in the legal framework, mechanisms and policies on coordination and activities in solving climate change issues. On the other hand, there is a lack of public understanding about climate change and awareness of the law in dealing with climate change, leading to difficulties in implementing and complying with the law.

Second, the Paris Agreement also challenges transforming from a conventional and low-cost development model based on natural resources to an environment-friendly and high-cost development model<sup>112</sup>. Meanwhile, Vietnam's financial, scientific and technical resources in environmental science are still limited and have not met urgent practical needs. In practice, many investors and production units aim for immediate profit without caring for environmental issues. They use and apply high-carbon and low-cost production models, which in return generate large amounts of toxic substances and GHG emissions. Therefore, changing the perception of these actors directing them to switch to a more expensive but environmentally friendly model and structure of renewable energy sources, is a big challenge for Vietnam.

<sup>112</sup> INDUSTRY AND ENVIRONMENT. *Thỏa thuận Paris và cơ hội, thách thức đối với Việt Nam* [The Paris Agreement and opportunities and challenges for Vietnam]. 19 September 2018. Available at <https://congngiepmoitruong.vn/thoa-thuan-paris-va-co-hoi-thach-thuc-doi-voi-viet-nam-1124.html> Accessed on: 31 July 2021.

Third, climate change will also affect many professions and different spheres of life, economy and production, especially agriculture, fisheries, forestry and others, so it will place significant demands on resources and material resources for adapting to and overcoming the consequences of natural disasters, while still meeting the goals of sustainable economic development<sup>113</sup>. Climate change is becoming increasingly severe, manifesting as natural disasters such as storms, floods, droughts, and others occurring with increasing frequency and severity, negatively affecting people's lives hindering the country's socio-economic development. Therefore, the State faces a significant challenge pertaining to ensuring the goal of green growth by balancing economic development and environmental protection.

Fourth, investing in scientific and technological research developing renewable energy instead of raw materials and fossil energy is costly and requires a stable financial source to meet these investment requirements<sup>114</sup>. Although the Government has approved and implemented many research programs and applied technology to combat climate change, this requires huge investments that are not affordable to the State, and scientists still face a shortage of funds to develop their research projects. On the other hand, there are still many products and scientific works applied to the environment that only stop at the level of preliminary projects research, and the results thereof are unsuccessful. The product quality is low-level and low-profit, proving difficult to be put into practice and unable to compete with scientific products of other countries in the world in the field of combatting climate change.

Fifth, although the Paris Agreement has placed the responsibility on developed countries to provide financial support with a 100 billion USD/year by 2020 to developing countries to overcome the consequences of climate change<sup>115</sup>. However, major countries also

want to receive a clearer commitment from developing countries in increasing financial support to implement their plans to reduce greenhouse gas emissions adapt to climate change and transition to a clean energy usage model. Accompanying that, the contribution of major countries to the support fund is still stagnant and insufficient, which is also a big challenge for Vietnam as it cannot overly rely on financial aid commitments from the Governments of developed nations.

## 6 Some proposals to improve the legislation to respond to climate change and implement the SDGs in Vietnam in the coming time

### *a) Continue to improve national policies and laws on climate change prevention*

- Conduct a review of the entire system of legal documents regulating climate change control in order to make reasonable, timely and appropriate adjustments to specific conditions and circumstances;
- Review and adjust socio-economic development strategies, master plans and plans of ministries, branches and localities on a scientific basis and with due regard to economic efficiency and taking into account risks and uncertainties of climate change and sea-level rise, supplemented by the integration of climate change issues in regional and local socio-economic development master plans and plans.
- Study the formulation and promulgation of the Law on Climate Change Prevention and Control and the system of legal documents under the Law; Resolutions of the Politburo, the Central Committee of the Party and the National Assembly on climate change.
- Strengthen the participation of the entire

<sup>113</sup> COMMUNIST PARTY OF VIETNAM. *Thực hiện mục tiêu của Thỏa thuận Paris – Những thách thức không dễ vượt qua* [Implementing the Goals of the Paris Agreement – Challenges Not Easy to Overcome]. 19 December 2015. Available at <https://dangcongsan.vn/tieu-diem/thuc-hien-muc-tieu-cua-thoa-thuan-paris-nhung-thach-thuc-khong-de-vuot-qua-361760.html>, Accessed on: 31 July 2021.

<sup>114</sup> INDUSTRY AND ENVIRONMENT. *Thỏa thuận Paris và cơ hội, thách thức đối với Việt Nam* [The Paris Agreement and opportunities and challenges for Vietnam]. 19 September 2018. Available at <https://congnghiepmoitruong.vn/thoa-thuan-paris-va-co-hoi-thach-thuc-doi-voi-viet-nam-1124.html> Accessed on: 31 July 2021.

<sup>115</sup> INDUSTRY AND ENVIRONMENT. *Thỏa thuận Paris và cơ*

*hội, thách thức đối với Việt Nam* [The Paris Agreement and opportunities and challenges for Vietnam]. 19 September 2018. Available at <https://congnghiepmoitruong.vn/thoa-thuan-paris-va-co-hoi-thach-thuc-doi-voi-viet-nam-1124.html> Accessed on: 31 July 2021.

political system in organizing, directing and inter-sectoral coordination on climate change response, improve the effectiveness and efficiency of climate change management from central to local levels, and perfect functions, tasks, organizational structure and human resources to respond to climate change.

- Proactively form a strategy to adapt to the climate of the Earth with a vision of at least a century. The focus of this strategy should be on several vulnerable sectors such as marine resources, agriculture, the planning of residential and industrial zones in coastal areas, energy and transportation.
- Further promote the development and completion of policies and plans on national GHG inventories (in which it is recommended to consider making GHG inventories a periodic activity) and CDM projects in Vietnam.
- Establish mechanisms for the participation of communities and non-governmental organizations in implementing, monitoring and supervising climate change response activities.

*b) Addressing the relationship between the need for economic development and the task of combating climate change*

The Resolution of the 11<sup>th</sup> National Congress of the Communist Party of Vietnam (January 2011) identified one of the main tasks of the State in the 2011-2015 period as “environmental protection, proactively prevent natural disasters and effectively respond to climate change”. Responding to climate change is a difficult job, requiring a great deal of money and time. In the past, when climate change had yet to cause apparent impacts, the important task was to take advantage of both internal and external resources to invest in national construction and development and to meet people’s basic needs. However, with the current climate situation, implementing international commitments to combat climate change, countries have no choice but to share their budgets for a new arduous task: investing in combating climate change. Addressing the relationship between investment costs for national development and invest-

ment costs to combat climate change is a difficult problem, especially for developing countries and for those that are still receiving various sources of development aid from the international community such as Vietnam. According to several scientists, in 2010 - 2050, Vietnam must invest 850 million USD/year to adapt to climate change. From which, the annual cost for four main investment areas includes the agricultural sector (160 million USD), the anti-flood infrastructure (540 million USD), the aquaculture sector (130 million USD) and seaports (12 million USD). This is a significant number compared to Vietnam’s limited budget. This fact also explains why Vietnam’s anti-climate change activities have been slow and moderate in recent years. It is thought that in the coming time, competent state agencies should continue to develop more specific plans to combat climate change, balancing spending sources for both development needs and anti-climate change tasks so that Vietnam’s anti-climate change activities become more substantive and practical.

*c) Proactively respond to natural disasters and mitigate damage caused by climate change*

- Build and effectively operate a monitoring system for climate change and sea-level rise to meet the requirements of building inundation maps, disaster risk maps, and climate according to climate change and sea-level rise scenarios.
- Modernize the monitoring system and hydro-meteorological forecasting technology to ensure early warning and forecast extreme climate phenomena. By 2020, develop a hydrometeorological monitoring network with a station density equivalent to that of developed countries and automate over 90% of stations; strengthen remote measurement systems, ensure continuous monitoring of changes in weather, climate, and others.
- Build an information system and apply modern technologies to monitor climate change and sea-level rise, integrate with the region by 2020 and expand in the coming periods.
- Improve the quality of forests, afforestation, greening bare land and bare hills, ensuring



the effective exploitation of all types of forests to maintain and improve the ability to prevent natural disasters, combat desertification and land degradation...

- Ensure food security, water resource security and energy security in the context of climate change.

*d) Promote the training of highly qualified human resources on climate change*

Vietnam's climate change experts are mainly part-time, and many people's foreign language skills are limited. Moreover, the number of experts with in-depth knowledge of climate change issues is small and scattered in different agencies. Climate change is a big problem, having a direct impact on the survival of each country, so training and forming a high-quality staff on climate change represents an urgent need. This source of staff would not only contribute directly to the process of preparing and negotiating international treaties on climate change but would also be an important source of advice for the process of formulating and promulgating policies and national climate change legislation. Such experts' knowledge and highly specialized scientific research would propose appropriate measures to mitigate and respond to extreme impacts of climate change.

*e) Strengthening international cooperation in the field of climate change prevention and control*

- Strengthen cooperation with countries and international organizations in the process of implementing the UNFCCC, Kyoto Protocol and other relevant international treaties to actively, proactively and creatively build multilateral and bilateral agreements and agreements on climate change;
- Strengthen external information on climate change, focusing on cooperation activities in monitoring and sharing information on cross-border issues to ensure harmonization of interests between countries.

*f) Developing awareness-raising campaigns about the impacts of climate change and climate change prevention and control activities for all classes of people*

In Vietnam, the awareness of climate change of all social sectors is still limited, not meeting the management requirements of the state and society. Therefore, raising awareness about climate change is an urgent task that needs to be carried out immediately. To achieve high efficiency, information dissemination should be deployed in the following directions:

- Raising awareness and the responsibility of officials, civil servants, public employees and all sectors of society on climate change issues.
- Developing appropriate methods to access and use the information on climate change for all segments of society; diversifying forms of information dissemination of impacts, risks and opportunities from climate change, paying particular attention to populated communities and key areas.
- Incorporating basic knowledge on climate change into education and training programs.
- Increasing awareness, personal responsibility and responsibility to support the community in preventing and avoiding disaster risks and encouraging and replicating effective models in responding to climate change.

## 7 Conclusion

UN Secretary-General Antonio Guterres stated if before this mission was an urgent task, now it is a mission of paramount importance. This is a rare moment that we cannot afford to miss. When rebuilding society (post-COVID-19), we cannot return to the former normal. The NDCs need to reflect this reality and the big emitters, especially the G20 countries, need to be at the forefront.<sup>116</sup> Climate change is becoming a great danger, threatening the survival of humanity with no one other

<sup>116</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *UN Climate Press Release: Greater Climate Ambition Urged as Initial NDC Synthetic Report is Published*. 26 February 2021. Available at: <https://unfccc.int/news/greater-climate-ambition-urged-as-initial-ndc-synthesis-report-is-published> Accessed on: 31 July 2021.

than humans being the subject bearing the heaviest consequences from that change.

As one of the countries heavily affected by climate change and also a member of the international treaties on climate change as well as the Paris Agreement, Vietnam has always been active, making efforts to fulfil its member service obligations in implementing commitments to combat climate change according to the common roadmap. However, from the initial practice of implementing the Paris Agreement, Vietnam needs to make reasonable adjustments to the Paris Agreement Implementation Plan to suit national conditions and circumstances. In other words, Vietnam needs to soon update the contents related to the NDC so that it can most objectively assess its contributions to the fight against climate change, thereby contributing to the completion of Vietnam's Implementation Plan of the Paris Agreement. At the same time, Vietnam also needs to improve the legal system quickly as well as take measures to create the best conditions and improve the efficiency of the implementation of the Paris Agreement in the current period. To do that, Vietnam needs to mobilize all resources in the pursuit of the accomplishment of the goals already set forth.

## Reference

- BOYLE, Alan. Climate change, the Paris agreement and human rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 759-777, 2018.
- BUTLER, Rhet A. The top 10 most biodiverse countries: what are the world's most biodiverse countries? *Mongabay News*, 2016. Available at: <https://news.mongabay.com/2016/05/top-10-biodiverse-countries/> Accessed on: 31 July 2021.
- CENTRE FOR ENVIRONMENT MONITORING. *Biodiversity*. 2016. Available at: <http://cem.gov.vn/Portals/0/2016/TinBai/Chuong%207> Accessed on: 31 July 2021.
- CHAPMAN, Alex; PHAM, Van Dang Tri. Climate change is triggering a migrant crisis in Vietnam. *The Conversation*, 2018. Available at: <https://theconversation.com/climate-change-is-triggering-a-migrant-crisis-in-vietnam-88791> Accessed on: 31 July 2021.
- DANG, Nguyen Anh; LEONARDELLI, Irene; DIPIERRI, Ana Alicia. Assessing the evidence: migration, environment and climate change in Vietnam. *International Organization for Migration*, 2016. Available at: <https://publications.iom.int/books/assessing-evidence-migration-environment-and-climate-change-viet-nam> Accessed on: 31 July 2021.
- DUVAL, Lee Anne. The future of the Montreal Protocol: money and methyl bromide. *Virginia Environmental Law Journal*, v. 18, p. 609-636, 1999.
- ECKSTEIN, David; KUNZEL, Vera; SCHAFER, Laura. Briefing paper: global climate risk index 2020: who suffers most from extreme weather events? Weather-related loss events in 2018 and 1999-2018. *Germanwatch e.V.*, 2021. Available at: [https://germanwatch.org/sites/default/files/20-2-01e%20Global%20Climate%20Risk%20Index%202020\\_14.pdf](https://germanwatch.org/sites/default/files/20-2-01e%20Global%20Climate%20Risk%20Index%202020_14.pdf) Accessed on: 31 July 2021.
- EDIBOGLU, Ezgi. The Paris agreement: effectiveness analysis of the new UN climate change regime. *University College Dublin Law Review*, v. 17, 2017.
- ENTZINGER, Han; SCHOLTEN, Peter. *Adapting to climate change through migration: a case study of the Vietnamese Mekong River Delta*. Geneva: International Organization for Migration (IOM), 2016.
- ESPAGNE, Étienne. *CEPII Policy Brief: climate finance at COP21: lessons learnt*. n. 9, February 2016. Available at: [http://www.cepii.fr/PDF\\_PUB/pb/2016/pb2016-09.pdf](http://www.cepii.fr/PDF_PUB/pb/2016/pb2016-09.pdf) Accessed on: 31 July 2021.
- GENERAL STATISTICS OFFICE. *Statistical Yearbook of Vietnam 2020*: statistical publishing house. 2020. Available at: <https://www.gso.gov.vn/wp-content/uploads/2021/07/Sach-NGTK-2020Ban-quyen.pdf> Accessed on: 31 July 2021.
- GETU, Mulugeta. Accommodating the interests of developing countries in the climate change regime: lessons from the ozone layer regime. *Mizan Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-44, 2012.
- GORE, Al. We've arrived at a moment of decision. *Huffpost*, 2009. Available at: [https://www.huffpost.com/entry/were-arrived-at-a-moment\\_b\\_161627](https://www.huffpost.com/entry/were-arrived-at-a-moment_b_161627) Accessed on: 31 July 2021.
- GOVERNMENT OF VIETNAM. *National Target Program on Efficient Use and Saving Energy, approved by Decision 79/2006/QĐ-TTg*. Available at: <https://clima>

te-laws.org/geographies/vietnam/policies/national-target-program-on-efficient-use-and-saving-energy-eu-se-approved-by-decision-79-2006-qd-ttg Accessed on: 31 July 2021.

INTER-AGENCY STANDING COMMITTEE; THE EUROPEAN COMMISSION. *Inform Report 2021: shared evidence for managing crises and disasters*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021. Available at: <https://drmkc.jrc.ec.europa.eu/inform-index> Accessed on: 31 July 2021.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate Change 2001: impacts, adaptation, and vulnerability: contribution of working group II to the third assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. 2001. Available at: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WGII\\_TAR\\_full\\_report-2.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WGII_TAR_full_report-2.pdf). Accessed on: 31 July 2021.

LAVELL, Chris; GINETTI, Justin. *The risk of disaster-induced displacement in south-east Asia and China*. 2014. Available at: [201410-south-east-asia-china-technical-report-en.pdf](http://201410-south-east-asia-china-technical-report-en.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

MCELWEE, Pamela. *The social dimensions of adaptation of climate change in Vietnam: the social dimensions of adaptation of climate change in Vietnam*. Available at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/955101468326176513/The-social-dimensions-of-adaptation-of-climate-change-in-Vietnam> Accessed on: 31 July 2021.

MINH, Nguyen Duc. Xây Dựng Chính Sách, Pháp Luật và Triển Khai các Hành Động Ứng Phó Biến Đổi Khí Hậu ở Việt Nam. *Nghien Cuu Lap Phap*, v. 19, n. 347, 2017. Available at: <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=208092> Accessed on: 31 July 2021.

MINISTRY OF FINANCE; MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT. *Joint Circular 58/2008/TTLT-BTC-BTN&MT dated July 4, 2008*. Amended by Joint Circular No. 204/2010/TTLT-BTC-BTN&MT dated December 15, 2010.

MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT. *Summary for policymakers: climate change and sea level rise, scenarios for Vietnam: summary for policymakers*. 2016. Available at: [http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS\\_SPM\\_2016.pdf](http://www.imh.ac.vn/files/doc/KichbanBDKH/CCS_SPM_2016.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

NANDA, Ved P. Climate change and developing countries: the international law perspective. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 16, n. 2, p. 539-556, 2010.

NATIONAL CENTRE FOR HYDRO. *Hydro – Meteorological Forecast Newsletter for the season*. 2018. Available at: <https://web.archive.org/web/20180902095144/http://www.nchmf.gov.vn/web/vi-VN/70/16/Default.aspx> Accessed on: 31 July 2021.

NATIONAL COMMITTEE OF THE NETHERLANDS. *Một số ghi nhận và khuyến nghị Hội thảo Cải thiện tài chính và chính sách cho phát triển trồng rừng gỗ lớn ở Việt Nam*. [Recognitions and recommendations: the conference of financial improvement and policies for the development of forest planting in Vietnam]. 2018. Available at: [https://nature.org.vn/vn/wp-content/uploads/2018/06/011018\\_Ghi-nhan-va-khuyen-nghi\\_Rung-trong-go-lon-o-Viet-Nam\\_2018.pdf](https://nature.org.vn/vn/wp-content/uploads/2018/06/011018_Ghi-nhan-va-khuyen-nghi_Rung-trong-go-lon-o-Viet-Nam_2018.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

NDC Registry (interim). Available at: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx> Accessed on: 31 July 2021.

OPEN DEVELOPMENT VIETNAM. *Average monthly temperature and rainfall for Vietnam from 1901-2015*. Available at: <https://data.vietnam.opendevelopmentmekong.net/en/dataset/nhi-t-d-va-lu-ng-mua-trung-binh-hang-thang-t-i-vi-t-nam-t-1901-2015> Accessed on: 31 July 2021.

OPEN DEVELOPMENT VIETNAM. *Climate change*. 2019. Available at: <https://vietnam.opendevelopmentmekong.net/topics/climate-change/#ref-2897204-11> Accessed on: 31 July 2021.

PEET, Karl *et al.* *Transport@COP22 Marrakech: After ‘COP of Action’, transport prepared to act: final report*. 2016. Available at: <https://www.yumpu.com/en/document/read/56594855/after-cop-of-action-transport-prepared-to-act> Accessed on: 31 July 2021.

PHUONG OANH. *Vì sự phát triển bền vững biển đảo Việt Nam* [For the sustainable development of Vietnam’s ocean and islands]. 2017. Available at: <http://www.bienphong.com.vn/vi-su-phat-trien-ben-vung-bien-dao-viet-nam/> Accessed on: 31 July 2021.

SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Advancing the Paris agreement on climate change for sustainable deve-



- lopment. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 202-237, 2016.
- SFORNA, Giorgia. Climate change and developing countries: from background actors to protagonists of climate negotiations. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, v. 19, p. 273-295, 2019.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Biến đổi khí hậu đang trở thành thách thức an ninh*. [Climate change has become a matter of national security]. 2021. Available at: <http://baohinhphu.vn/Khoa-hoc-Cong-nghe/Bien-doi-khi-hau-dang-tro-thanh-thach-thuc-an-ninh/426559.vgp> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Civil Code n. 91/2015/QH13 dated November 24, 2015*. Available at: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/vn/vn079en.pdf> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Criminal Code n. 100/2015/QH13 dated November 27, 2015*. Available at: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/vn/vn086en.pdf>. Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 130/2007/QĐ-TTg of August 02, 2007, on several financial mechanism and policies applied to investment projects on clean development mechanism*. Available at: <https://vanbanphapluat.co/130-2007-qd-ttg> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 158/2008/QĐ-TTg of December 02, 2008, approving the National target program on response to climate change*. Available at: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/vie85707.pdf> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 2053/QĐ-TTg dated October 28, 2016, approving the Plan for Implementation of the Paris Agreement*. Available at: <https://www.ccacoalition.org/en/resources/decision-no-2053qd-ttg-vietnam%C2%B4s-action-plan-implementation-paris-agreement#> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 2139/QĐ-TTg on December 05, 2011, approving the national strategy on climate change*. Available at: <http://www.chinhphu.vn/portal/page/portal/English/strategies/strategiesdetails?categoryId=30&articleId=10051283> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decision n. 47/QĐ/TTg of April 6, 2007, approving the Plan on Organization of the Implementation of the Kyoto Protocol under the United Nations Framework Convention on Climate change in the 2007-2010 Period*. Available at: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/vie72962.pdf> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Decree n. 155/2016/ND-CP dated November 18, 2016*. Available at: <https://www.resourcedata.org/dataset/rgi--18-2016-penalties-for-administrative-violations-against-regulations-on-environmental-protection/resource/83ce4139-2f53-4ce0-86ce-a53c5eb8768a> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Law on Environmental Protection n. 55/2014/QH13 dated June 23, 2014*. Available at: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/vie168513.pdf> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM. *Overview on Vietnam geography*. Available at: <http://chinhphu.vn/portal/page/portal/English/TheSocialistRepublicOfVietnam/AboutVietnam/AboutVietnamDetail?categoryId=10000103&articleId=10000505> Accessed on: 31 July 2021.
- SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM; MINISTRY OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT. The initial biennial updated report of Vietnam to the United Nations framework convention on climate change. *Vietnam Publishing House of Natural Resources, Environment and Cartography*, 2014. Available at: [https://data.vietnam.opendevlopmentmekong.net/vi/library\\_record/bao-cao-c-p-nh-t-hai-nam-m-t-l-n-l-n-th-nh-t-c-a-vi-t-nam-d-g-i-cho-unfccc](https://data.vietnam.opendevlopmentmekong.net/vi/library_record/bao-cao-c-p-nh-t-hai-nam-m-t-l-n-l-n-th-nh-t-c-a-vi-t-nam-d-g-i-cho-unfccc) Accessed on: 31 July 2021.
- THOMS, Laura. A comparative analysis of international regimes on ozone and climate change with implications for regime design. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 3, p. 795-860, 2003.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Press Conference on Launch of Report by United Nations Environment Programme, 'Global Environment Outlook: environment for development'*. 2007. Available at: [https://www.un.org/press/en/2007/071025\\_UNEP.doc.htm](https://www.un.org/press/en/2007/071025_UNEP.doc.htm). Accessed on: 31 July 2021.
- UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Adaptation Fund*. Available at: <https://unfccc.int/Adaptation-Fund> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Katowice climate package: making the Paris agreement work for all*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/katowice-climate-package> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. 1997. Available at: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Montreal protocol on substances that deplete the ozone layer*. 1987. Entered into force on 01 January 1989. Available at: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201522/volume-1522-i-26369-english.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *National Adaptation Plans (NAPs)*. Available at: <https://unfccc.int/topics/adaptation-and-resilience/workstreams/national-adaptation-plans> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *National Adaptation Programme of Action*. Available at: <https://unfccc.int/topics/resilience/workstreams/national-adaptation-programmes-of-action/introduction> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Nationally Appropriate Mitigation Actions (NAMAs)*. Available at: <https://unfccc.int/topics/mitigation/workstreams/nationally-appropriate-mitigation-actions>. Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *NDC Registry (interim)*. Country page: the Socialist Republic of Vietnam: updated Nationally Determined Contribution of Vietnam (NDC). Available at: [https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Viet%20Nam%20First/Viet%20Nam\\_NDC\\_2020\\_Eng.pdf](https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Viet%20Nam%20First/Viet%20Nam_NDC_2020_Eng.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *NDC Registry (interim)*. Country page: Vietnam: intended nationally deter-

mined contribution of Vietnam. Available at: <https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Viet%20Nam%20First/VIETNAM'S%20INDC.pdf> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Project Search: Project 8405: Dong Nai 4 Hydropower Project*. Available at: <https://cdm.unfccc.int/Projects/DB/TUEVRHEIN1353929993.69/view> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ratification status: Viet Nam*. Available at: <https://unfccc.int/node/61236> Available at: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Status of Ratification of the Convention*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/status-of-ratification/status-of-ratification-of-the-convention> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. 2015. Available at: [https://unfccc.int/sites/default/files/english\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *The Paris Agreement*. Available at: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *UN Climate Change News: Patricia Espinosa: "There is no path to 1.5oC without the G20"*. 23 July 2021. Available at: <https://unfccc.int/news/patricia-espinosa-there-is-no-path-to-15degc-without-the-g20> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *UN Climate Press Release: Greater Climate Ambition Urged as Initial NDC Synthetic Report is Published*. 26 February 2021. Available at: <https://unfccc.int/news/greater-climate-ambition-urged-as-initial-ndc-synthesis-report-is-published> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *UNFCCC Statement*

on the US Decision to Withdraw from Paris Agreement. Available at: <https://unfccc.int/news/unfccc-statement-on-the-us-decision-to-withdraw-from-paris-agreement> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*. 1992. Available at: [https://unfccc.int/files/essential\\_background/background\\_publications\\_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf](https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf) Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*. A/CONF.48/14/Rev.1. Stockholm, 5-16 June 1972. Principle 21.

UNITED NATIONS. *Report of the World Commission on Environment and Development*. UN Doc A/42/427. 1987. Available at: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/42/427&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/42/427&Lang=E) Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS. *Report of the World Summit on Sustainable Development*. UN Doc A/CONF.199/20. 2002. Available at: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/Conf.199/20> Accessed on: 31 July 2021.

UNITED NATIONS. *Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer*. 1985. Available at: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/09/19880922%2003-14%20AM/Ch\\_XXVII\\_02p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/09/19880922%2003-14%20AM/Ch_XXVII_02p.pdf). Accessed on: 31 July 2021.

VERKUIJL, Cleo *et al.* Policy brief: aligning fossil fuel production with the Paris agreement: insights for the UNFCCC Talanoa Dialogue. *Stockholm Environment Institute*, 2008. Available at: <https://cdn.sei.org/wp-content/uploads/2018/03/verkuijl-fossil-fuels-paris-pb.pdf>. Accessed on: 31 July 2021.

VIETNAM COAST GUARD. *Hệ sinh thái biển Việt Nam trước tác động của biến đổi khí hậu* [Vietnam's Aquatic Ecosystem under the Impacts of Climate Change]. 13 August 2017. Available at: <https://canhsatbien.vn/portal/bien-dao-viet-nam/he-sinh-thai-bien-viet-nam-truoc-tac-dong-cua-bien-doi-khi-hau>. Accessed on: 31 July 2021.

VIETNAM ENERGY. *Vietnam Plan for Implementation of the Paris Agreement*. Available at: [http://nangluongvietnam.vn/news/en/mechanical-project/vietnam-plan-](http://nangluongvietnam.vn/news/en/mechanical-project/vietnam-plan-for-implementation-of-the-paris-agreement.html)

[for-implementation-of-the-paris-agreement.html](http://nangluongvietnam.vn/news/en/mechanical-project/vietnam-plan-for-implementation-of-the-paris-agreement.html) Accessed on: 31 July 2021.

VIETNAM ENVIRONMENT ADMINISTRATION MAGAZINE. *Phát triển bền vững và việc bảo vệ môi trường có mối quan hệ như thế nào?* [How Does Sustainable Development relate to Environmental Protection?]. Available at: <http://vem.tapchimoitruong.vn/pages/article.aspx?item=Ph%C3%A1t-tri%E1%BB%83n-b%E1%BB%81n-v%E1%BB%AFng-v%C3%A0-v%E1%BB%87c-b%E1%BA%A3o-v%E1%BB%87-m%C3%B4i-tr%E1%BB%9Dng-c%C3%B3-m%E1%BB%91i-quan-h%E1%BB%87-nh%C6%B0-th%E1%BA%BF-n%C3%A0o?-48300> Accessed on: 31 July 2021.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Constitucionalismo climático  
como fundamento transnacional  
aos litígios climáticos**

**Climate constitutionalism as a  
transnational foundation for  
climate litigation**

Délton Winter de Carvalho

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

# Constitucionalismo climático como fundamento transnacional aos litígios climáticos\*

## Climate constitutionalism as a transnational foundation for climate litigation

Délton Winter de Carvalho\*\*

### Resumo

Os efeitos das mudanças climáticas, cada vez mais presentes na sociedade, exigem do Direito o enfrentamento e a regulação das demandas de nível global, regional e local por respostas à mitigação, à adaptação e às perdas e danos relacionadas a este fenômeno potencializado no Antropoceno. Nesse contexto, valendo-se de uma perspectiva metodológica comparada, se analisou, a partir do Constitucionalismo Ambiental, o surgimento e o reconhecimento do Constitucionalismo Climático alicerçado na tridimensionalidade do direito das mudanças climáticas, balizado nos regimes internacional, nacional e transnacional de tratamento das mudanças no clima e seus efeitos. Para ilustrar a importância prática de um constitucionalismo climático, foram explorados os paradigmáticos litígios climáticos *Leghari v. Paquistão* e *Juliana v. USA* que, em comum, refletem sobre o papel exercido pelas previsões constitucionais, como estratégia para enfrentar a fragilização de direitos fundamentais em razão dos efeitos negativos das mudanças climáticas.

**Palavras-chave:** Mudanças climáticas; tridimensionalidade do direito das mudanças climáticas; constitucionalismo ambiental; *Leghari v. Paquistão*; *Juliana v. USA*.

### Abstract

The effects of climate change, increasingly present in society, demand from the Law the confrontation and regulation of global, regional, and local demands for responses to mitigation, adaptation, and the losses and damages related to this phenomenon, enhanced in the Anthropocene. In this context, from a comparative methodological perspective, the emergence and recognition of Climate Constitutionalism based on the three-dimensionality of climate change law, based on international, national, and transnational regimes for dealing with changes in the climate and its effects. To illustrate the practical importance of climate constitutionalism, the paradigmatic climate disputes *Leghari v. Pakistan* and *Juliana v. USA* that, in common, reflect on the role played by constitutional provisions as a strategy to face the weakening of fundamental rights due to the negative effects of climate change.

\* Recebido em 02/07/2021  
Aprovado em 23/08/2021

\*\* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutor University of California, Berkeley, CA, USA. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade (CNPq). Advogado.  
Email autor: delton@deltoncarvalho.com.br



**Keywords:** Climate changes; three-dimensionality of climate change law; environmental constitutionalism; Leghari v. Pakistan; Juliana v. USA.

## 1 Introdução

Com a intensificação dos eventos climáticos extremos e sua chegada antecipada frente as previsões científicas, o Direito passa a uma posição de protagonismo no processo global que vem demandando por respostas à mitigação, à adaptação e às perdas e danos relacionadas às mudanças climáticas. Diante desta constatação, há a necessidade de delinear as bases estruturantes deste ramo, construído nas fronteiras do sistema jurídico com o da ciência. Para tanto, o presente texto elucidará não apenas o Direito das Mudanças Climáticas nas dimensões mais tradicionais do Direito, isto é, o Direito Internacional e o Direito Nacional, mas também apresentará a formação de uma nova dimensão, a transnacional. Esta dimensão emerge tanto dos instrumentos internacionais clássicos como das aquisições evolutivas obtidas nos direitos nacionais e regionais, que ganham influência global por uma metodologia de direito comparado. Como fator propulsor destas aquisições, encontra-se um fenômeno, cada vez mais intenso, que é o da litigância climática.

Em seguida, o presente texto aprofunda uma análise acerca desta dimensão transnacional. Necessário trazer à tona que uma geração de conflitos e problemas ambientais surgiram a partir do avançar da Sociedade Industrial. Este fenômeno produziu uma vasta consagração do *direito ao meio ambiente equilibrado e sadio* em diversas tradições constitucionais com o objeto apresentar respostas aos desafios da justiça ambiental, formando-se aquilo que vem sendo denominado Constitucionalismo Ambiental. Com a entrada do *Antropoceno*<sup>1</sup> em cena, agregam-se a uma primeira geração de conflitos ambientais, problemas de ordem mais complexa, desterritorializada e transtemporal. E é nesta nova geração onde os litígios

climáticos encontram-se. Tais litígios trazem à discussão jurídica uma nova dimensão de (in)justiça, para além da social e da ambiental. Trata-se da justiça climática. A entrada do Direito no *Antropoceno* demanda por uma teoria constitucional compatível e apta a guiar o Estado de Direito nesta nova dimensão de conflitos e de justiça climática. Aí que começam os recentes debates acerca da formação de um Constitucionalismo Climático, uma evolução de seu predecessor, o ambiental.

Finalmente, a importância de um Constitucionalismo Climático, como um elo congruente entre as diversas experiências constitucionais para tratamento da matéria climática, é trazida a partir de um estudo lançado sobre dois dos mais relevantes casos de litígios climáticos, Leghari v. Paquistão e Juliana v. USA. Apesar das diferenças entre estes casos, ambos trazem uma reflexão sobre a importância do papel exercido pelas previsões constitucionais, como estratégia para enfrentar a fragilização de direitos fundamentais em razão dos efeitos negativos das mudanças climáticas. Ainda em nível de semelhanças, estes aproximam-se também na influência que produziram e produzem em nível transnacional.

## 2 Regime climático internacional

O Direito das Mudanças Climáticas é constituído por *um regime jurídico tridimensional*, constituído pelos regimes internacional, transnacional e nacional de tratamento da mudança climática e seus efeitos. Entre 1988 e 1990<sup>2</sup>, as mudanças climáticas passaram a ser determinadas como “uma preocupação comum para a humanidade”, momento em que a Assembleia das Nações Unidas formalmente começou a colocar em movimento as negociações para um tratado que enfrentasse tanto a mudança climática quanto seus efeitos.<sup>3</sup>

Tais negociações culminaram com a adoção da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (UNFCCC, em inglês) em 1992. O *regime internacional* do Direito das Mudanças Climáticas orbita a partir de três instrumentos de Direito Internacional: a

<sup>1</sup> Antropoceno consiste em um conceito que representa “era dos humanos”, criado para descrever uma nova era geológica, ainda não oficial, a partir da qual as dinâmicas do sistema terrestre são determinadas pela atividade humana. O termo foi proposto por Paul J. Crutzen em 2002, em texto publicado na revista *Nature*. CRUTZEN, Paul J. *Geology of mankind*. *Nature*, United Kingdom, v. 415, n. 6867, p. 23, 2002. Gale Academic OneFile. Disponível em: <link.gale.com/apps/doc/A187492027/AONE?u=anon~5b737584&sid=googleScholar&xid=ab3cd6bc>. Acesso em: 26 jun. 2021.

<sup>2</sup> Neste sentido, vide a Resolução 43/53, de 6 de dezembro de 1988, a Resolução 44/207, de 22 de dezembro de 1989, a Resolução 45/212, de 21 de dezembro de 1990 e a Resolução 46/169, de 19 de dezembro de 1991, todas da Assembleia Geral das Nações Unidas.

<sup>3</sup> SANDS, Philippe; PEEL, Jacqueline. *Principles of International Environmental Law*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 299.



referida Convenção-Quadro de 1992, o Protocolo de Quioto de 1997 e o Acordo de Paris de 2015<sup>4</sup>. A Convenção-Quadro consiste em um instrumento bastante amplo que estabelece objetivos e princípios básicos, assim como as estruturas de negociação para converter estes princípios em obrigações mais concretas. Portanto, esta depende de regulamentação. Já o Protocolo de Quioto é um tratado derivado da Convenção-Quadro, cujo conteúdo estabelece metas e cronogramas para reduzir a emissão de gases do efeito estufa. Este adota um regime *top-down*, estabelecendo obrigações vinculantes independentes para a redução de emissões por países desenvolvidos, a ser obtida por meio de uma série de instrumentos de mercado de mitigação climática e atendimento de suas metas.

O Acordo de Paris, por seu turno, representa o ápice deste processo de negociações no plano internacional e prevê a estrutura normativa para governança climática a partir de 2020. O tratado compromete as Partes, por meio de um consenso político internacional, “a manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envia esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e os impactos da mudança do clima.”<sup>5</sup>

Diferentemente do Protocolo de Quioto, o Acordo de Paris não tem um prazo final definido, prevendo um processo contínuo de submissão de ações climáticas voluntárias pelos países, as chamadas Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDCs, acrônimo na língua inglesa). Como manifestação ao *princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas*, estas devem refletir a mais alta ambição possível de cada Parte, sendo periódica e progressivamente revistas pelos países<sup>6</sup>. Ao invés de metas e cronogramas rígidos para as reduções de emissões, o Acordo de Paris adotou uma abordagem *bottom-up*, com as ações de mitigação e de adaptação sendo determinadas individualmente pelas partes em

conformidade com as prioridades políticas e econômicas domésticas de cada Parte.

### 3 Regime climático nacional

De outro lado, as respostas jurídicas às mudanças climáticas devem também ser objeto de atenção em nível de direito doméstico. Em outras tintas, as mudanças climáticas devem ser pensadas e negociadas globalmente, mas as ações mitigadoras, adaptativas e de perdas e danos devem ser executadas localmente. Para tanto, os países passam a desenvolver seu Direito das Mudanças Climáticas em nível interno: (i) ratificando tratados climáticos de direito internacional; (ii) promulgando normativas acerca da matéria climática, tais como previsões constitucionais, processos legislativos nacionais, subnacionais e municipais, e atos normativos infralegais; (iii) por meio do desenvolvimento de planos executivos de mitigação e adaptação climática. As estratégias também podem se basear em instrumentos de mercado, como é o caso da taxação do carbono, de um lado, e a formação de um mercado de carbono (*cap-and-trade*), de outro. Assim, qualquer medida para combate nacional às mudanças climáticas necessariamente terá de lançar mão de alguma destas estratégias: regulação jurídica convencional, taxação das emissões ou mercado de quotas de emissões. Finalmente, um importante fator de propulsão e definição da regulação climática é exercido pelas cortes jurisdicionais (nacionais, regionais, comunitárias ou mesmo internacionais), naquilo que é denominado *litigância climática*.<sup>7</sup>

O regime jurídico climático brasileiro é estruturado sobre as bases da Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC, instituída pela Lei nº 12.187 de 29 de dezembro de 2009, de um lado, e a ratificação do Acordo de Paris pelo Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017, de outro. Também, o direito doméstico deve adotar como diretrizes da PNMC todos os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito da Convenção-Quadro

<sup>4</sup> FARBER, Daniel A.; CARLARNE, Cinnamon P. *Climate Change Law*. St. Paul: Foundation Press, 2018. p. 57.

<sup>5</sup> Vide o artigo 1º, (a), do Acordo de Paris de 2015. UNFCCC - UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Acordo de Paris. 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>6</sup> FARBER, Daniel A.; CARLARNE, Cinnamon P. *Climate Change Law*. St. Paul: Foundation Press, 2018. p. 67.

<sup>7</sup> UNEP - United Nations Environment Programme. *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*. Nairobi: United Nations Environment Programme; Sabin Center for Climate Change Law, 2020.

<sup>Ac</sup>erca do conceito de litigância climática, vide: CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5949/pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

das Nações Unidas sobre o Clima e demais documentos sobre mudança climática dos quais o país vier a ser signatário (art. 5º da Lei nº 12.187/2009). Importante destacar que, no sistema pátrio, há uma ambiguidade de metas, capaz de causar confusões e insegurança jurídica. Primeiro, o texto legal da PNMC prevê como meta a redução de 36.1% a 38.9% das emissões projetadas até 2020, tendo como base o inventário de 2010 (art. 12 da Lei nº 12.187/2009). Para a obtenção e sistematização desta meta climática nacional, a projeção das emissões para 2020 são quantificadas setorialmente para (i) mudança de uso da terra, (ii) energia, (iii) agropecuária, (iv) processos industriais e tratamento de resíduos, mediante regulamentação emanada do Decreto nº 9.578, de 22 de novembro de 2018 (vide art. 18). Finalmente, esta regulamentação infra legal define *planos setoriais de mitigação e adaptação climática* para a consecução dos objetivos definidos pela PNMC, notando-se forte destaque ao combate ao desmatamento (art. 17). Tais planos consistem em planejamentos executivos setoriais de *conteúdo científico*, com *função* de operacionalizar a *governança climática* por setores e com *força normativa*. Nota-se, portanto, um sistema normativo, com metas setoriais quantificáveis e planejamentos executivos operacionais.

De outro lado, a ratificação do Acordo de Paris, promulgada pelo Decreto nº 9.073/2017, torna norma doméstica a meta climática de *manutenção do aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e evitar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais*. Para tanto, a NDC brasileira prevê, como meta brasileira ao Acordo de Paris, *a redução de 37% na emissão de gases do efeito estufa para 2025 em comparação às emissões registradas em 2005, e 43% em 2030, com obtenção de neutralidade climática em 2060*. Digno de destaque que referida meta está construída sobre bases diversas daquelas previstas na PNMC, havendo uma ambígua duplicidade de metas climáticas no sistema jurídico climático nacional. Da mesma forma, giza-se a ausência de um sistema completo, coerente e operacional da NDC brasileira, uma vez ausente a uma setorização quantificável das metas e de respectivos planos executivos.

## 4 Regime climático transnacional

Para além das dimensões internacional e nacional, há a formação de uma, cada vez mais forte, *dimensão trans-*

*nacional*. Esta, volta-se para os aspectos globais do Direito das Mudanças Climáticas, tendo por base propulsora a expansão global dos litígios climáticos que, por seu turno, desencadeiam um *movimento transnacional por justiça climática*<sup>8</sup>. Neste processo, cada vez mais frequente, casos paradigmáticos mundiais passam a influenciar e ter sua aderência testada em outras jurisdições, desencadeando uma verdadeira *governança climática transnacional* pelo litígio<sup>9</sup>. Os litígios climáticos são fenômenos jurisdicionais e, portanto, frequentemente ocorrem em âmbito local, em cortes nacionais ou subnacionais. Ante a constante ausência de um caráter vinculante (*binding*) e de execução forçada (*enforcement*) dos instrumentos internacionais, como o Acordo de Paris, os litígios climáticos envolvem litigantes e decisões de cortes domésticas<sup>10</sup>. Apesar de frequentemente os litigantes serem de uma mesma nação, onde tramita a demanda jurisdicional, o caráter *transnacional* decorre da constatação de que os seus reflexos judiciais adquirem um alcance local e global, simultaneamente<sup>11</sup>.

Um dos aspectos mais destacados desta dimensão, originadas nas orientações emanadas do próprio Acordo de Paris, é o fato da *governança climática*: (i) ser multinível e para além do Estado (tendo como atores indivíduos, organizações não governamentais, cidades, estados, países, entre outros); (ii) ter uma sólida base científica (fundada em Relatórios Científicos do Intergovernmental Panel on Climate Change - IPCC); e (iii) identificar o potencial que as mudanças climáticas têm de afetar os mais vulneráveis e ocasionar a violação aos

<sup>8</sup> PEEL, Jacqueline; LIN, Joline. Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. *The American Society of International Law*, Singapore, v. 113, n. 4, p. 679–726, 2019. p. 681. No que tange a relação entre as mudanças climáticas e os aspectos transnacionais do direito, ver: SAINT-GENIÈS, Géraud de Lassus. Direito transnacional e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 49-61. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4377/pdf>. Acesso em: 12 ago. 2012.

<sup>9</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 188-197. CARVALHO, Délton Winter de. Estado de Direito Ambiental. In: *Gestão Jurídica Ambiental*. p. 124-151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 140-149.

<sup>10</sup> PEEL, Jacqueline; LIN, Joline. Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. *The American Society of International Law*, Singapore, v. 113, n. 4, p. 679–726, 2019. p. 696.

<sup>11</sup> BODANSKY, Daniel. Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder? In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory (Eds.). *Transnational Legal Orders and Regulatory Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 287-308.

direitos humanos, tais como a vida, a dignidade da pessoa humana, a propriedade, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros. E é no âmbito deste movimento transnacional que um constitucionalismo global passa a adquirir sua face ambiental e, mais recentemente, climática.

## 5 O constitucionalismo ambiental

O aumento das preocupações com o equilíbrio ambiental global repercute em um crescimento da inserção de direitos e obrigações ambientais nas constituições de diversos países. A inserção de disposições ambientais constitucionais substanciais teve seu início na década de 70, sendo a Iugoslávia, por exemplo, um dos primeiros países a adotar um direito ao meio ambiente em nível constitucional, em 1974<sup>12</sup>, em decorrência da influência internacional exercida pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo em 1972. Esta proliferação de previsões de direitos substanciais ou procedimentais ambientais em constituições ao redor do mundo estabeleceu a marca de que, em 2015, 76 países já reconheciam expressamente o direito ao meio ambiente em suas constituições<sup>13</sup>.

Não obstante uma influência internacional, as previsões constitucionais de cada país são marcadas por especificidades nos respectivos textos constitucionais, influenciados por suas próprias culturas, teorias, doutrinas e jurisprudências constitucionais nacionais. Há uma grande diversidade no tratamento constitucional do meio ambiente dado pelos países, destacando-se, aqui, a região latino-americana. A exemplo do Equador e da Bolívia, que consideram a natureza como uma entidade legal (*Pachamama* e o princípio do “*buen vivir*”). Outros países como Brasil, México, Colômbia e Argentina inseriram o direito ao meio ambiente em suas constituições na década de 80, em grande parte atribuindo *direitos subjetivos individuais* ao ambiente sadio. No caso do Brasil, a inserção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado envolve uma dupla dimensão,

de um lado *direitos subjetivos públicos* e, de outro, *deveres objetivos de proteção*<sup>14</sup>.

A partir de uma perspectiva metodológica comparada<sup>15</sup>, o Constitucionalismo Ambiental atua em uma dimensão transnacional, a partir da qual a comparação entre a adoção da proteção ambiental nas diversas tradições constitucionais mundiais, no direito internacional, nos direitos humanos e no direito ambiental, é capaz de formar um corpo coerente apto a permitir o preenchimento de lacunas e uma influência recíproca em prol de uma efetiva proteção do ambiente a partir de um nível e um status constitucional. Trata-se, portanto, de um fenômeno global emergente de direito constitucional comparado, formando um processo de interpretação coerente das diversas culturas constitucionais em multiníveis, tais como subnacional, nacional e supranacional<sup>16</sup>.

Erin Daly e James May chamam a atenção para cinco vantagens do constitucionalismo ambiental ou, em outras palavras, da proteção constitucional do ambiente em detrimento de sua previsão apenas em normas infraconstitucionais<sup>17</sup>. A *primeira* vantagem é a superioridade normativa e maior durabilidade das normas constitucionais em relação àquelas de natureza diversa. A *segunda*, se dá no sentido de que, como parte de uma lei superior de um dado território, a provisão constitucional guia o próprio discurso e comportamento público. Um *terceiro* benefício é a probabilidade de obediência, que aumenta em face de provisões constitucionais. A *quarta* vantagem apresentada pelos autores diz respeito ao fato de que, quando comparadas com leis ambientais ordinárias, estas cobrem questões mais específicas, as disposições constitucionais ambientais protegem direitos substantivos ambientais amplos, não apenas inerentes a matérias específicas ou isoladas. Finalmente, a *quinta* vantagem da tutela constitucional em detrimento da proteção apenas por leis infraconstitucionais, consiste em que o constitucionalismo ambiental fornece uma rede de se-

<sup>12</sup> KOTZÉ, Louis J. The Fundamentals of Environmental Constitutionalism. In: KOTZÉ, Louis J. *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*. Cap. 5, p. 133-175. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2016. p. 136.

<sup>13</sup> DALY, Erin; MAY, James R. Comparative environmental constitutionalism. *Jindal Global Law Review*, Sonipat, v. 6, n. 1, p. 9-30, 2015. p. 10.

<sup>14</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020a. p. 139-140.

<sup>15</sup> MAY, James R; DALY, Erin. *Global Environmental Constitutionalism*. New York: Cambridge University Press, 2015.

<sup>16</sup> DALY, Erin; MAY, James R. Comparative environmental constitutionalism. *Jindal Global Law Review*, Sonipat, v. 6, n. 1, p. 9-30, 2015. p. 10.

<sup>17</sup> DALY, Erin; MAY, James R. Comparative environmental constitutionalism. *Jindal Global Law Review*, Sonipat, v. 6, n. 1, p. 9-30, 2015. p. 21-22.



gurança para proteger o meio ambiente quando regras internacionais ou outras leis domésticas não se mostram suficientemente fortes para sua imposição judicial.

Digno de nota que a constitucionalização de uma determinada matéria torna sua proteção mais perene e guia as decisões jurídicas futuras de um sistema jurídico, controlando a temporalidade jurídica, a partir de uma dimensão constitucional. Limita-se, assim, o âmbito de discricionariedade futura, quer da Administração Pública quer das próprias cortes judiciais. Nos termos acima enfrentados, o constitucionalismo ambiental envolve uma dimensão fundamental (constitucionalismo ambiental fundamental), a partir dos dispositivos constitucionais textuais que protegem direitos substantivos e procedimentais dos cidadãos à qualidade ambiental, assegurados por instrumentos nacionais ou subnacionais<sup>18</sup>. Além disso, há uma segunda forma de constitucionalismo ambiental, naquilo que se denomina “constitucionalismo ambiental estrutural” como a alocação de autoridade regulatória ambiental nos diversos níveis governamentais e que reflete os limites e restrições estruturais à implementação de políticas ambientais<sup>19</sup>.

## 6 O constitucionalismo climático

A consolidação, desde o final do século passado, da nova era geológica, ainda informalmente denominada de *Antropoceno*, demanda por uma governança transnacional e um constitucionalismo climático apto a fornecer as bases para à uma *nova onda de constituintividade jurídica global*, dentre a qual destaca-se a climática. O Antropoceno impõe não apenas a necessidade de compreensão de uma narrativa de emergência física (*physis*) mas, também, uma crise por justiça (*polis*)<sup>20</sup>, fortemente orientada pelo combate às vulnerabilidades climáticas. Para lidar com este novo momento histórico, há a necessidade de integração entre a governança climática e o constituio-

nalismo global, naquilo que vem sendo descrito como *constitucionalismo climático*<sup>21</sup>.

A conscientização acerca da gravidade da emergência climática levou a uma evolução do constitucionalismo ambiental para um de índole climática, com algumas constituições começando a incluir direitos especificamente relacionados à estabilidade climática. Neste sentido, há pelo menos sete países que já incorporaram o assunto mudanças climáticas em seus respectivos textos constitucionais, sendo eles República Dominicana (1998), Venezuela (1999), Equador (2008), Vietnã (2013), Tunísia (2014), Costa do Marfim (2016) e Tailândia (2017)<sup>22</sup>. Outros países, como França e Chile consideram a realização de referendos para a inclusão de referências ao ambiente e à luta às mudanças climáticas. No Brasil, há a Proposta de Emenda Constitucional – PEC n° 233/2019 da Estabilidade Climática, a qual visa incluir entre os “princípios da ordem econômica a manutenção da estabilidade climática e determina que o poder público deverá adotar ações de mitigação da mudança do clima e adaptação aos seus efeitos adversos”, por meio do acréscimo do inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao §1° do art. 225, da Constituição Federal de 1988<sup>23</sup>.

Em nível transnacional, a Convenção-Quadro e o Acordo de Paris formam as bases do processo de constitucionalização da governança climática<sup>24</sup>. A imposição de novos problemas ambientais globais trazidos pelo Antropoceno, desencadeiam a necessidade de uma transição constitucional, apta a lidar com tais desafios. Ante ausência de coercitividade do Direito Internacional e a dificuldade do direito doméstico em lidar com

<sup>18</sup> HUDSON, Blake. Structural Environmental Constitutionalism. *Widener Law Review*. Wilmington, v. 21, p. 201-216, 2015. p. 201.

<sup>19</sup> HUDSON, Blake. Structural Environmental Constitutionalism. *Widener Law Review*. Wilmington, v. 21, p. 201-216, 2015. p. 202.

<sup>20</sup> JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana. Introduction to the Research Handbook on Global Climate Constitutionalism. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana (Eds.). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. p. 1-17. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019. p. 3.

<sup>21</sup> JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana. Introduction to the Research Handbook on Global Climate Constitutionalism. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana (Eds.). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. p. 1-17. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019.

<sup>22</sup> MAY, James R.; DALY, Erin. Global Climate Constitutionalism and Justice in the Courts. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana (Eds.). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. p. 235-245. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019. p. 240-241.

<sup>23</sup> BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n° 233, de 2019. Acrescenta o inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao § 1° do art. 225 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2019.

<sup>24</sup> JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana. Introduction to the Research Handbook on Global Climate Constitutionalism. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana (Eds.). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. p. 1-17. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019. p. 10.

problemas globais, o *constitucionalismo global* passa a conceber um corpo coerente para lidar com os desafios impostos pela *justiça climática*. Inicialmente, textos constitucionais nacionais, textos normativos internacionais ou regionais, assim como decisões em cortes nacionais constitucionais, regionais e internacionais, começam a formar peças que, apesar de num primeiro momento mostrarem-se fragmentadas, logo em um segundo, formam um corpo global integrado e coerente capaz de exercer uma influência recíproca entre países e suas cortes, num constitucionalismo climático de dimensão transnacional.

Este movimento evolutivo *transconstitucional* direcionado à reflexão acerca da inclusão de direitos e deveres relacionados à estabilidade climática consiste em uma resposta jurídica aos efeitos deletérios das mudanças climáticas. Para James May e Erin Daly<sup>25</sup>, o constitucionalismo climático oferece ao menos dois caminhos adicionais para o avanço da *justiça climática*: a incorporação expressa das mudanças climáticas no texto constitucional ou a inferência de que outros direitos constitucionais expressos (vida, dignidade, devido processo e meio ambiente equilibrado) incorporam implicitamente obrigações que exigem respostas às mudanças climáticas.

A importância do constitucionalismo climático é permitir a absorção de aquisições evolutivas envolvendo elementos científicos e jurídicos transnacionais que sejam compatíveis e coerentes com a prática constitucional em nível nacional. Também, por se tratar de norma frequentemente aceita como de *status superior* e direcionada a uma determinada comunidade nacional ou subnacional, a Constituição e o seu texto desfrutam de uma perenidade e legitimidade perante as cortes. Desta maneira, o tratamento do conteúdo climático pela teoria constitucional tem como efeito fornecer a capacidade de seu tratamento ser mais acessível judicialmente, de ter maior capacidade de operacionalidade e maior aplicação prática local. Como dito na Constituição Norte-americana, a Constituição trata-se da lei suprema de uma terra (“The Supreme Law of the Land”).<sup>26</sup> O papel do constitucionalismo climático é, portanto, induzir o

enfrentamento do fenômeno global das mudanças climáticas por meio de soluções (constitucionais) mais localizadas, oriundas de um *aprendizado transnacional* em prol de uma justiça climática. Ao termo *justiça climática* atribuímos o sentido decorrente da forma pelas quais a mudança climática impactará direitos humanos básicos, exacerbando vulnerabilidades. No cenário brasileiro, uma manifestação deste Constitucionalismo Climático tem sido descrita a partir da ação civil pública climática do IEA *v. Brasil*<sup>27</sup>, cujo conteúdo postula a defesa de um *direito fundamental à estabilidade climática* assim como o cumprimento da meta climática de combate ao desmatamento na Amazônia prevista no Plano de Prevenção e Combate ao Desmatamento na Amazônia Legal - PP-CDAm, como plano setorial de mitigação climática.

A forte adesão das cortes judiciais e o *status* destacado do texto constitucional nos sistemas jurídicos nacionais demonstra o potencial significativo que o constitucionalismo climático detém para desenhar respostas à justiça climática, a partir do desenho institucional do Estado de Direito, especialmente a partir do nível doméstico. Além disso, o maior atributo do constitucionalismo é servir de fundamento e sustentação para decisões em nível territorial nacional, direcionadas a solucionar conflitos climáticos referentes às circunstâncias particulares de cada país<sup>28</sup>. É a partir do constitucionalismo climático, como fenômeno transnacional, que há a formação de uma base mais sólida para uma sustentação cada vez mais efervescente dos litígios climáticos.

## 7 *Rights-turn*: a virada da litigância climática em aproximação aos direitos humanos

Como é amplamente conhecido, a litigância vem se mostrando uma profícua estratégia de governança cli-

<sup>25</sup> MAY, James R.; DALY, Erin. Global Climate Constitutionalism and Justice in the Courts. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana (Eds.). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. p. 235-245. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019. p. 240.

<sup>26</sup> Conforme disposto no artigo VI da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

<sup>27</sup> SETZER, Joana; CARVALHO, Délton Winter de. Climate Litigation to Protect the Brazilian Amazon: Establishing a Constitutional Right to a Stable Climate. *Review of European, Comparative & International Environmental Law* – RECIEL; John Wiley & Sons, Nova Jersey, v. 30, issue 32, p. 197-206, jul. 2021. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/reel.12409>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

<sup>28</sup> MAY, James R.; DALY, Erin. Global Climate Constitutionalism and Justice in the Courts. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana (Eds.). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. p. 235-245. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019. p. 245.

mática pela judicialização dos compromissos e metas assumidas em nível internacional e doméstico. Também não se trata de novidade o fato deste fenômeno consistir em um processo dinâmico e inovador que faz uso de instrumentos judiciais com o escopo de cobrar medidas necessárias para a mitigação, adaptação ou perdas e danos climáticos, a serem adotadas pelos governos ou atores privados. Como já demonstrado, as iniciativas ocorridas em cada país dialogam influenciando transnacionalmente umas às outras, despertando reflexões acerca da viabilidade e aderência destas estratégias em nível doméstico. Uma importante característica deste fenômeno emergente em plena efervescência é a utilização de instrumentos judiciais para lidar com os desafios trazidos pela mudança climática, permeando tais debates pela reinterpretação de conceitos jurídicos tradicionais.

Apesar de uma inegável fragmentariedade deste fenômeno, também é verdade que tais ações guardam relação e semelhanças por refletirem em última instância respostas jurídicas às informações e dados científicos climáticos. Num padrão mais recente, estas demandas judiciais climáticas vêm chamando a atenção para a relação direta entre as consequências da mudança do clima e seus efeitos deletérios (violação ou fragilização) aos direitos humanos. A esta aproximação histórica entre litígios climáticos e direitos humanos (“*rights-based litigation*”)<sup>29</sup>, foi endossada e fortalecida pelo próprio texto contido no Preâmbulo do Acordo de Paris<sup>30</sup>. Em nível global, a recente direção dos litígios climáticos apresenta um padrão estrutural que demanda judicialmente por medidas mitigatórias ou adaptativas (1) para atender aos *objetivos do regime climático* traçados pelo Acordo de Paris em 2015 (governança climática); (2) a partir dos conhecimentos científicos quantificáveis vigentes, trazidos pelo IPCC em seus relatórios e avaliações; (3)

<sup>29</sup> PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. A Rights Turn in Climate Change Litigation? *Transnational Environmental Law - TEL*, Cambridge, v. 7, n. 1, p. 37-67, dez. 2017. p. 37-67.

<sup>30</sup> “Reconhecendo que a mudança do clima é uma preocupação comum da humanidade, as Partes deverão, ao adotar medidas para enfrentar a mudança do clima, respeitar, promover e considerar suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos, direito à saúde, direitos dos povos indígenas, comunidades locais, migrantes, crianças, pessoas com deficiência e pessoas em situação de vulnerabilidade e o direito ao desenvolvimento, bem como a igualdade de gênero, o empoderamento das mulheres e a equidade intergeracional.” UNFCCC - UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Acordo de Paris. 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>. Acesso em: 10 jun. 2021.

invocando as normas, molduras (*frameworks*) e mecanismos para a aplicação dos direitos humanos, a fim de responsabilizar juridicamente governos a cumprirem com tais objetivos<sup>31</sup>.

Na sequência passamos a enfrentar alguns casos emblemáticos para demonstrar a força tanto da virada dos litígios climáticos em direção aos direitos humanos quanto a importância de um constitucionalismo transnacional para sustentar um Estado de Direito capaz de enfrentar os desafios da justiça climática. Este é o caso exatamente de *Leghari v. Paquistão*<sup>32</sup>, onde há uma importante transição da noção de *justiça ambiental* em direção de sua *dimensão climática*. De outro lado, em casos de litígios estratégicos não é raro o fato de que, mesmo os casos que não tenham sido julgados procedentes são capazes de servir de bases para iniciativas futuras bem como de induzir mudanças de comportamentos, indutivamente. Este é o caso de *Juliana v. USA*, que lançou luzes sobre o potencial de um *direito fundamental à estabilidade climática*.

### 7.1 Case Leghari v. Paquistão: a reinterpretação dos direitos fundamentais ante os novos desafios da justiça climática

O enfrentamento judicial da complexa questão climática deve ser analisado como um processo histórico, de superação da estratégia jurídica baseada exclusivamente na regulação de comando e controle. A aproximação da questão climática e os direitos humanos vem na esteira evolutiva das conquistas da justiça social, num primeiro momento, devidamente seguidas por sua dimensão ambiental e, mais recentemente, climática. Como bem explica Randall S. Abate<sup>33</sup>, o “*rights-based thinking*” estava,

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Litigating the Climate Emergency: The Global Rise and Impact of the ‘Rights Turn’ in Climate Litigation. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (Ed.). *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (prelo), Cambridge: Cambridge University Press, 2021. No prelo. WEGENER, Lennart. Can the Paris Agreement Help Climate Change Litigation and Vice Versa? *Transnational Environmental Law - TEL*, Cambridge, v. 9, n. 1, p. 17-36, jan. 2020.

<sup>32</sup> Para acessar o inteiro teor vide: PAKISTAN. Lahore High Court. *Leghari v. Pakistan*. (2015) W.P. No. 25501/201. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>33</sup> ABATE, Randall S. Atmospheric Trust Litigation: Foundation for a Constitutional Right to a Stable Climate System? *George Washington Journal of Energy & Environmental Law*, Washington, v. 10, n. 1,



até recentemente, adstrito ao domínio da justiça social. Neste período, a litigância estratégica usava direitos humanos para defesa dos *civil rights* e de ações afirmativas, a partir das bases da *justiça social*. Num segundo momento evolutivo do direito norte-americano, esta estratégia passou a ser ampliada para debates acerca da *justiça ambiental*. A fim de superar um sistema regulatório exclusivamente de comando e controle ambiental, a litigância de justiça ambiental (*environmental justice litigation*) inseriu a *rights-based theory*, visando combater a exposição desproporcional de grupos mais vulneráveis à poluição<sup>34</sup> a partir da utilização dos direitos fundamentais. Neste curso histórico, a *justiça climática* traz esta análise para uma dimensão mais complexa, atual e ampla na análise e interpretação dos direitos fundamentais.

Este processo de transição de problemas de justiça ambiental para aqueles relacionados à climática, é objeto de atenção do caso *Leghari v. Paquistão*<sup>35</sup>. Ashgar Leghari, um agricultor paquistanês, ajuizou uma ação contra o Governo Federal do Paquistão, para cobrar a execução, pelo governo paquistanês, de sua Política Nacional de Mudança Climática de 2012, assim como o respectivo Plano para sua implementação (*Framework for Implementation of Climate Change Policy – 2014-2030*). Conforme constatado pela própria Corte de Apelação de Lahore, “nenhuma implementação prática ocorreu no local” até o momento do ajuizamento da ação pelo demandante. As razões do autor confrontavam a gravidade das mudanças climáticas e as vulnerabilidades locais (inundações extremas e secas frequentes) com a ausência de quaisquer estratégias governamentais para conservar a água ou movimento na direção de sementes resistentes ao calor, temendo o autor não ter condições de manter o seu sustento pela produção agrícola.

Em sua ação, Leghari postulou que a não implementação de tais instrumentos pelo governo acarretariam, em nível doméstico, a violação de seus direitos fundamentais, em especial o *direito à vida*, que inclui o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, assim como o *direito à dignidade da pessoa humana*. Para tanto, usou uma base

p. 33-38, 2019. p. 34.

<sup>34</sup> ABATE, Randall S. Atmospheric Trust Litigation: Foundation for a Constitutional Right to a Stable Climate System? *George Washington Journal of Energy & Environmental Law*, Washington, v. 10, n. 1, p. 33-38, 2019. p. 34.

<sup>35</sup> ABATE, Randall S. Atmospheric Trust Litigation: Foundation for a Constitutional Right to a Stable Climate System? *George Washington Journal of Energy & Environmental Law*, Washington, v. 10, n. 1, p. 33-38, 2019. p. 34.

argumentativa a partir dos princípios constitucionais da justiça social e econômica. Ainda, lançou mão dos princípios de direito ambiental internacional, tais como desenvolvimento sustentável, princípio da precaução, estudo de impacto ambiental, equidade inter e intra-generacional e na doutrina da confiança pública (*public trust doctrine*). Em decisão final ocorrida em 25/01/2018, a Corte julgou procedente a demanda de interesse público, a fim de assegurar que a ausência da implementação das políticas nacionais de mudança climática violava os direitos fundamentais dos cidadãos paquistaneses.

Sem adentrar em profundidade em toda a riqueza deste caso, destaca-se que para o Chief Justice Syed Mansoor Ali Shah (Lahore High Court), enquanto a justiça ambiental tem uma abrangência mais local e restrita aos nossos próprios ecossistemas e biodiversidade, a dimensão climática desta consiste em uma reinterpretação da primeira. Assim, questões jurídicas climáticas envolvem um movimento de um debate “uma questão ambiental linear”, inerente às questões de justiça ambiental, em direção de um “problema global mais complexo”<sup>36</sup>, que é a crise climática. A justiça climática, portanto, “vincula direitos humanos e desenvolvimento para alcançar uma abordagem centrada no ser humano” e deve ser “informada pela ciência, responder à ciência e reconhecer a necessidade de uma gestão equitativa dos recursos do mundo”<sup>37</sup>. Nota-se que em *Leghari v. Paquistão* se atribuiu grande peso à ciência, como comunicação capaz de descrever os efeitos negativos do fenômeno das alterações climáticas. Além disso, neste caso, há uma *tradução* jurídica destas informações científicas para a constatação judicial de que a omissão governamental em adotar as devidas ações climáticas acarreta em violação a uma série de direitos fundamentais, como à vida e ao meio ambiente, à propriedade e à dignidade

<sup>36</sup> LSE - LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE; GRANTHAM INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT. Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan (Lahore High Court Green Bench 2015). Judgment. Item n. 21. 2021. Disponível em <[https://climate-laws.org/geographies/pakistan/litigation\\_cases/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan-lahore-high-court-green-bench-2015](https://climate-laws.org/geographies/pakistan/litigation_cases/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan-lahore-high-court-green-bench-2015)>. Acesso em: 10 jun. 2021. p. 22.

<sup>37</sup> LSE - LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE; GRANTHAM INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT. Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan (Lahore High Court Green Bench 2015). Judgment. Item n. 21. 2021. Disponível em <[https://climate-laws.org/geographies/pakistan/litigation\\_cases/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan-lahore-high-court-green-bench-2015](https://climate-laws.org/geographies/pakistan/litigation_cases/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan-lahore-high-court-green-bench-2015)>. Acesso em: 10 jun. 2021. p. 22.

da pessoa humana. Nas palavras da decisão em Leghari *v.* Paquistão, o esquema dos direitos constitucionais, na atualidade, deve ser “projetado para atender às necessidades de algo mais urgente e poderoso, i.e., as Mudanças Climáticas”.<sup>38</sup>

## 7.2 *Case Juliana v. USA*: o direito fundamental à estabilidade climática

Neste curso histórico, foi *Juliana v. USA*<sup>39</sup> a ação climática que ganhou grande holofote ao propor a viabilidade constitucional de defesa de um direito fundamental à um sistema climático estável. Para os autores, 21 jovens norte-americanos, as políticas e programas governamentais de fomento ao uso de combustíveis fósseis violaram seus direitos constitucionais à vida, à liberdade, à propriedade, à proteção igualitária (equal protection), e aos recursos dados em confiança pela comunidade à Administração (public trust resources)<sup>40</sup>. Em síntese, os autores afirmam que o governo federal ao autorizar, financiar e executar políticas e programas que causam ou contribuem para um “sistema climático instável”, afeta negativamente a liberdade ordenada assegurada pela Constituição dos EUA. Merece destaque no *case Juliana v. USA* que, apesar de seu revés em nível recursal pela falta de judicialidade (justiciability)<sup>41</sup>, esta causa, ainda pendente de decisão final, representa um marco, sobretudo no conteúdo da decisão histórica da Juíza da Corte Distrital do Oregon, Ann Aiken.

Por entender que a instabilidade climática afeta os direitos fundamentais, em especial os de liberdade, a juíza

<sup>38</sup> LSE - LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE; GRANTHAM INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT. Ashgar Leghari *v.* Federation of Pakistan (Lahore High Court Green Bench 2015). Judgment. Item n. 21. 2021. Disponível em <[https://climate-laws.org/geographies/pakistan/litigation\\_cases/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan-lahore-high-court-green-bench-2015](https://climate-laws.org/geographies/pakistan/litigation_cases/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan-lahore-high-court-green-bench-2015)>. Acesso em: 10 jun. 2021. p. 11.

<sup>39</sup> Para acessar o inteiro teor da ação vide: UNITED STATES (a). Supreme Court of the United States. Kelsey Cascadia Rose Juliana et al., *v.* United States of America et al. 947 F. 3d 1159 (9th Cir. 2020). Disponível em: <<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/juliana-v-united-states/>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>40</sup> MAY, James R.; DALY, Erin. Can the U.S. Constitution Accommodate a Right to a Stable Climate? (Yes, it can). *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, Los Angeles, p. 1-26, set. 2020. p. 2.

<sup>41</sup> UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Kelsey Cascadia Rose Juliana et al., *v.* United States of America et al. 947 F. 3d 1159 (9th Cir. 2020)a. Disponível em: <<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/juliana-v-united-states/>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

acatou a alegação dos autores a fim de adotar o padrão mais exigente de escrutínio de políticas governamentais que possam estar violando direitos fundamentais<sup>42</sup>. Fazendo uso da noção de liberdade (ordered liberty) como um direito fundamental a partir da substantive due process clause em *Obergefell v. Hodges*<sup>43</sup>, a decisão prolatou que “ao exercer meu julgamento fundamentado não tenho dúvidas de que o direito a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana é fundamental para uma sociedade livre e ordenada”<sup>44</sup>. Segundo esta, as ações governamentais que danificam o sistema climático, são capazes de comprometer direitos fundamentais, tais como a vida, a liberdade e a propriedade, protegidas constitucionalmente sob a égide da cláusula do devido processo substancial (substantial due process clause). A Juíza da Corte Distrital entendeu, ainda, pela existência de um direito fundamental ao sistema climático estável, sob o argumento de que direitos fundamentais podem ser aqueles enumerados na Constituição, assim como aqueles que, apesar de não estarem previstos expressamente, são (1) “profundamente enraizados na história e tradução desta nação” ou (2) “fundamentais para o nosso esquema de liberalidade ordenada”<sup>45,46</sup>. Isto é, mes-

<sup>42</sup> MANK, Bradford C. Does the Envolving Concept of Due Process in *Obergefell* Justify Judicial Regulation of Greenhouse Gases and Climate Change?: *Juliana v. United States*. *UC Davis Law Review*, Davis, v. 52, p. 855-903, dez. 2018.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Kelsey Cascadia Rose Juliana et al., *v.* United States of America et al. 947 F. 3d 1159 (9th Cir. 2020)a. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/juliana-v-united-states/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>43</sup> UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Obergefell et al. v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health, et al. 576 F. 3d 1298 (6th Cir. 2015). Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf). Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>44</sup> UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Kelsey Cascadia Rose Juliana et al., *v.* United States of America et al. 947 F. 3d 1159 (9th Cir. 2020)a. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/juliana-v-united-states/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>45</sup> Texto original: “Fundamental liberty rights include both rights enumerated elsewhere in the Constitution and rights and liberties which are either (1) “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” or (2) “fundamental to our scheme of ordered liberty[.]” UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Kelsey Cascadia Rose Juliana et al., *v.* United States of America et al. 947 F. 3d 1159 (9th Cir. 2020). Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/juliana-v-united-states/>. Acesso em: 10 jun. 2021. p. 32.

<sup>46</sup> A corroborar com a análise deste argumento, vide: NOVAK, Scott. The Role of Courts in Remediating Climate Chaos: Transcending Judicial Nihilism and Taking Survival Seriously. *The Georgetown Environmental Law Review*, Washington, v. 32, n. 743, p. 743-

mo em uma tradição jurídica que analisa os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva eminentemente individualista, como é o caso da tradição constitucional norte-americana, a sua reflexão a partir dos desafios impostos para mudança climática foi capaz de trazer à tona a convicção judicial de que “o direito a um sistema climático estável capaz de sustentar a vida humana é fundamental para uma sociedade livre e ordenada”.<sup>47</sup>

## 8 Considerações finais

O Constitucionalismo Climático emerge da dimensão transnacional do Direito das Mudanças Climáticas, a partir de uma simbiose entre as dimensões internacional e a nacional. Adotando uma perspectiva metodológica comparada, forma-se um corpo coerente e sistemático de como as estruturas constitucionais podem assegurar uma atenção judicial cuidadosa às violações aos direitos fundamentais ocasionadas por omissões ou atividades vinculadas às mudanças climáticas.

O presente texto visa apresentar a novel terminologia do Constitucionalismo Climático, como estratégia transnacional de aprendizagem acerca do papel que os direitos fundamentais têm num cenário de mudanças climáticas e, conseqüentemente, de conflitos jurisdicionais que tenham como objeto a justiça climática. Para tanto, existem duas formas de uso do constitucionalismo para tratamento de conflitos climáticos. A primeira, pela inserção da matéria climática no texto constitucional, caminho adotado por um grupo de países precursores ao redor do mundo. De outro lado, o uso do Direito Constitucional para tratamento da questão climática parte da (re)interpretação de direitos fundamentais antropocêntricos (vida, propriedade, dignidade da pessoa humana e mesmo meio ambiente), agora em face dos fenômenos climáticos e das potenciais violações provocadas pela ausência de cumprimento das metas e compromissos climáticos. Em ambos os casos, as cortes jurisdicionais terão a função de participar da governança climática, provocadas pela litigância estratégica, sob a orientação das premissas constitucionais, nacionais e transnacionais.

Assim, um Constitucionalismo Climático, forjado na dimensão transnacional de aprendizados e influências recíprocas, em alguma medida, estabelece as bases para o movimento da virada dos direitos (*rights-turn*) se desenvolverem, unindo governança climática e direitos humanos. Neste caminho evolutivo, o *leading case* climático Leghari *v.* Pakistan promove uma precursora releitura de direitos fundamentais tradicionais (à vida, à dignidade humana, à saúde, ao patrimônio e ao meio ambiente), elaborada a partir do emergir de um novo contexto global de *justiça climática*. De outro lado, Juliana *v.* USA, propõe a viabilidade de um direito fundamental à integridade climática, em virtude do sistema climático equilibrado ser fundamental para uma sociedade justa e livre. Ambas as ações, independentemente dos resultados, lançam luzes sobre outras diversas tradições constitucionais, mostrando toda a força da dimensão transnacional dos litígios climáticos e a formação das bases de um Constitucionalismo Climático. Afinal, como dito na inicial da ação climática brasileira do IEA *v.* Brasil, “percebe-se, portanto, que a estabilidade climática se trata de uma nova necessidade social essencial à preservação da vida humana e do equilíbrio ecológico”.<sup>48</sup>

## Referências

- ABATE, Randall S. Atmospheric Trust Litigation: Foundation for a Constitutional Right to a Stable Climate System? *George Washington Journal of Energy & Environmental Law*, Washington, v. 10, n. 1, p. 33-38, 2019.
- BODANSKY, Daniel. Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder? In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory (Eds.). *Transnational Legal Orders and Regulatory Law*. p. 287-308. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- BRASIL. *Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017*. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: <http://www.planal->

778, 2020.

<sup>47</sup> UNITED STATES. United States District Court. District of Oregon. Eugene Division. Kelsey Cascadia Rose Juliana et al., v. United States of America et al. Opinion and Order. AIKEN, Judge Ann. 54 F. Case No. 6:15-cv-01517-TC. 2016b. p. 34.

<sup>48</sup> LSE - LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE; GRANTHAM INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT. IEA *v.* Brazil. Federal District Court of Curitiba. 2020. Disponível em: [https://climate-laws.org/geographies/brazil/litigation\\_cases/institute-of-amazonian-studies-v-brazil](https://climate-laws.org/geographies/brazil/litigation_cases/institute-of-amazonian-studies-v-brazil). Acesso em: 10 jun. 2021. p. 34.



to.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 9.578, de 22 de novembro de 2018*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009, e a Política Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9578.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9578.htm). Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm). Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 233, de 2019*. Acrescenta o inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao § 1º do art. 225 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2019.

CARVALHO, Délton Winter de. Estado de Direito Ambiental. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 124-151, 2020.

CARVALHO, Délton Winter de. Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de. Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020a.

CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5949/pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

CRUTZEN, Paul J. Geology of mankind. *Nature*, United Kingdom, v. 415, n. 6867, p. 23, 2002. Gale Academic OneFile. Disponível em: [link.gale.com/apps/doc/A187492027/AONE?u=anon~5b737584&sid=google Scholar&xid=ab3cd6bc](http://link.gale.com/apps/doc/A187492027/AONE?u=anon~5b737584&sid=google Scholar&xid=ab3cd6bc). Acesso em: 26 jun. 2021.

DALY, Erin; MAY, James R. Comparative environmental constitutionalism. *Jindal Global Law Review*, Sonipat, v. 6, n. 1, p. 9-30, 2015.

FARBER, Daniel A.; CARLARNE, Cinnamon P. *Climate Change Law*. St. Paul: Foundation Press, 2018.

HUDSON, Blake. Structural Environmental Constitutionalism. *Widener Law Review*, Wilmington, v. 21, p. 201-216, 2015.

JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana. Introduction to the Research Handbook on Global Climate Constitutionalism. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana (Eds.). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. p. 1-17. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019.

KOTZÉ, Louis J. The Fundamentals of Environmental Constitutionalism. In: KOTZÉ, Louis J. *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*. Cap. 5, p. 133-175. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2016.

LSE - LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE; GRANTHAM INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT. *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan (Lahore High Court Green Bench 2015)*. Judgment. Item n. 21. 2021. Disponível em: [https://climate-laws.org/geographies/pakistan/litigation\\_cases/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan-lahore-high-court-green-bench-2015](https://climate-laws.org/geographies/pakistan/litigation_cases/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan-lahore-high-court-green-bench-2015). Acesso em: 10 jun. 2021.

LSE - LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE; GRANTHAM INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT. *IEA v. Brazil. Federal District Court of Curitiba*. 2020. Disponível em: [https://climate-laws.org/geographies/brazil/litigation\\_cases/institute-of-amazonian-studies-v-brazil](https://climate-laws.org/geographies/brazil/litigation_cases/institute-of-amazonian-studies-v-brazil). Acesso em: 10 jun. 2021.

MANK, Bradford C. Does the Evolving Concept of Due Process in Obergefell Justify Judicial Regulation of Greenhouse Gases and Climate Change?: Juliana v. United States. *UC Davis Law Review*, Davis, v. 52, p. 855-903, dez. 2018.

MAY, James R.; DALY, Erin. Can the U.S. Constitution Accommodate a Right to a Stable Climate? (Yes, it can). *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, Los Angeles, p. 1-26, set. 2020.

- MAY, James R.; DALY, Erin. Global Climate Constitutionalism and Justice in the Courts. In: JARIAMANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana (Eds.). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. p. 235-245. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019.
- MAY, James R.; DALY, Erin. *Global Environmental Constitutionalism*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- NOVAK, Scott. The Role of Courts in Remediating Climate Chaos: Transcending Judicial Nihilism and Taking Survival Seriously. *The Georgetown Environmental Law Review*, Washington, v. 32, n. 743, p. 743-778, 2020.
- PAKISTAN. Lahore High Court. *Leghari v. Pakistan*. (2015) W.P. No. 25501/201. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. A Rights Turn in Climate Change Litigation? *Transnational Environmental Law - TEL*, Cambridge, v. 7, n. 1, p. 37-67, dez. 2017.
- PEEL, Jacqueline; LIN, Joline. Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. *The American Society of International Law*, Singapore, v. 113, n. 4, p. 679-726, 2019.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Litigating the Climate Emergency: The Global Rise and Impact of the 'Rights Turn' in Climate Litigation. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (Ed.). *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (prelo), Cambridge: Cambridge University Press, 2021. No prelo.
- SAINT-GENIÈS, Géraud de Lassus. Direito transnacional e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 49-61. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4377/pdf>. Acesso em: 12 ago. 2012.
- SANDS, Philippe; PEEL, Jacqueline. *Principles of International Environmental Law*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- SETZER, Joana; CARVALHO, Délton Winter de. Climate Litigation to Protect the Brazilian Amazon: Establishing a Constitutional Right to a Stable Climate. *Review of European, Comparative & International Environmental Law* – RECIEL; John Wiley & Sons, Nova Jersey, v. 30, issue 32, p. 197-206, jul. 2021. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/reel.12409>. Acesso em: 12 ago. 2021.
- UNFCCC - UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Acordo de Paris*. 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- UNEP - United Nations Environment Programme. *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*. Nairobi: United Nations Environment Programme; Sabin Center for Climate Change Law, 2020.
- UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* 576 F. 3d 1298 (6th Cir. 2015). Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf). Acesso em: 10 jun. 2021.
- UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Kelsey Cascadia Rose Juliana et al., v. United States of America et al.* 947 F. 3d 1159 (9th Cir. 2020)a. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/juliana-v-united-states/>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- UNITED STATES. United States District Court. District of Oregon. *Eugene Division. Kelsey Cascadia Rose Juliana et al., v. United States of America et al.* Opinion and Order. AIKEN, Judge Ann. 54 F. Case No. 6:15-cv-01517-TC. 2016b.
- WEGENER, Lennart. Can the Paris Agreement Help Climate Change Litigation and Vice Versa? *Transnational Environmental Law - TEL*, Cambridge, v. 9, n. 1, p. 17-36, jan. 2020.

**ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS**



REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A agenda 2030:** o compromisso do Brasil com a proteção do patrimônio cultural e o combate ao tráfico ilícito de bens culturais

**The 2030 agenda:** and Brazil's commitment to the protection of cultural heritage and the fight against illicit trafficking in cultural goods

Gilmara Benevides C. S. Damasceno

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

# A agenda 2030: o compromisso do Brasil com a proteção do patrimônio cultural e o combate ao tráfico ilícito de bens culturais\*

## The 2030 agenda: and Brazil's commitment to the protection of cultural heritage and the fight against illicit trafficking in cultural goods

Gilmara Benevides C. S. Damasceno\*\*

### Resumo

A cultura é um dos temas transversais que integra os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e as 169 medidas contidas na Agenda 2030 da ONU. A partir desse instrumento onusiano, infere-se a existência de uma relação entre a proteção dos bens do patrimônio cultural e o combate ao tráfico ilícito desses objetos, além de outros delitos associados ao crime transnacional, em particular ao branqueamento de capitais advindos do tráfico de drogas e de armas. Articuladas às ações delitivas do tráfico internacional de bens culturais, estão redes de comércio ilegal, consideradas por especialistas na área como uma das principais fontes do financiamento de grupos armados em todo o mundo, dentre os quais grupos com o caráter de associação mafiosa, miliciana e terrorista. Das ações da Agenda 2030 da ONU, participam Estados, instituições internacionais e organizações não-governamentais internacionais. De modo que, no presente artigo, busca-se analisar qual o papel do Brasil a respeito do compromisso estabelecido com a cultura a partir de 2015, de acordo com os 17 ODS e as 169 medidas da Agenda 2030. Em particular, o objetivo deste artigo é o de compreender quais as medidas para a manutenção ou se houve alguma ruptura com o pacto assumido pelo país, as possíveis consequências para atingir as metas finais em 2030. Esta é uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, amparada no raciocínio dedutivo, com base em fontes referenciais jurídico-teóricas. No presente estudo, analisam-se algumas fontes primárias contidas no instrumento onusiano. O artigo divide-se em três partes, em que se apresenta a integração da cultura aos temas sobre desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. Posteriormente, trata sobre o combate ao tráfico ilícito de bens culturais como forma de proteção do patrimônio cultural, decorrente da inserção dos temas culturais na Agenda 2030. Em seguida, analisa as consequências para o Brasil da manutenção ou da ruptura com o acordo assumido pelo país junto às ONU e a UNESCO. Conclui-se que, restando uma década para o cumprimento do compromisso, a tendência atual do Brasil é adversa ao que foi pactuado em 2015. Depois da extinção do Ministério da Cultura, em 2019, a atual Secretaria Especial subordinada ao Ministério do Turismo possui interesses político-ideológicos nacionalistas e, em alguma medida, indiferente à integração do país nas organizações internacionais regionais (MERCOSUL) e internacionais (ONU/UNESCO).

\* Recebido em 15/08/2021  
Aprovado em 10/12/2021

\*\* Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Antropologia pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito e História pela Universidade do Rio Grande do Norte. Pesquisadora do Laboratório Internacional de Investigação em Transjurisdição (LABIRINT). Integrante da International Law Association (ILA/BRASIL). Integrante da Association of Critical Heritage Studies (AHCS). Colunista da Agência de Jornalismo Saiba Mais.  
Email autor: gilmara.benevides@yahoo.com.br



**Palavras-chave:** Direito internacional; Direitos culturais; Cooperação internacional; Tráfico ilícito de bens culturais; Objetivos do Desenvolvimento Sustentável; Agenda 2030 da ONU; MERCOSUL.

## Abstract

Culture is one of the transversal themes that integrates the 17 Sustainable Development Goals (SDGs) and the 169 measures contained in the UN 2030 Agenda. From this UN instrument, it is inferred that there is a relationship between the protection of cultural heritage assets and the fight against the illicit trafficking of these objects, in addition to other offenses associated with transnational crime, in particular money laundering arising from trafficking in drugs and weapons. Behind the criminal actions of the international trafficking of cultural goods are illegal trade networks, considered by experts in the field as one of the main sources of financing for armed groups around the world, among which groups with the character of mafia, militia and terrorist. The actions of the UN 2030 Agenda participate States, international institutions and international non-governmental organizations. So, in this article, we seek to analyze the role of Brazil in the commitment established with culture as of 2015, according to the 17 SDGs and 169 measures of the 2030 Agenda. In particular, the purpose of this article is that of understanding what measures to maintain or if there was any break with the pact assumed by the country, the possible consequences for reaching the final goals in 2030. This is a qualitative, bibliographical and documentary research, supported by deductive reasoning, from legal-theoretical referential sources. In the present study, some primary sources contained in the UN instrument are analyzed. The article is divided into three parts, in which the integration of culture in the themes related to the sustainable development of the 2030 Agenda is presented. It then deals with the fight against the illicit trafficking of cultural goods as a form of protection of cultural heritage, resulting from the inclusion of cultural themes in the 2030 Agenda. And then it analyzes the consequences for Brazil of maintaining or breaking with the agreement assumed by the country with the UN and UNESCO. It is concluded that, with a decade remaining to fulfill the commitment, the current trend in Brazil is contrary to what was agreed in 2015. After

the extinction of the Ministry of Culture in 2019, the current Special Secretariat under the Ministry of Tourism has interests nationalist political-ideological and, to some extent, indifferent to the country's integration into regional (Mercosur) and international (UN/UNESCO) international organizations.

**Key words:** International right; Cultural rights; International cooperation; Illicit trafficking in cultural goods; Sustainable Development Goals; UN 2030 Agenda; Mercosur.

## 1 Introdução

A proteção estatal dos bens culturais e do patrimônio cultural no mundo ocidental é relativamente recente. Iniciou-se, em fins do século XIX, quando surgiram sistemas legislativos e administrativos, especificamente voltados à proteção dos bens culturais, em que há uma atribuição de valor universal ao patrimônio cultural. Para James Nafziger<sup>1</sup>, as bases do internacionalismo cultural são a Conferência de Haia de 1899 e a Conferência de Haia de 1907, ambas se encontram no âmbito do direito humanitário e constituem as bases do internacionalismo cultural<sup>2</sup>.

O próximo passo foi a criação da ONU em 1945 e, no ano seguinte, a fundação de sua agência especial para a cooperação cultural, a UNESCO. Desde então, no campo do Direito Internacional do Patrimônio Cultural estão reunidos os principais instrumentos legais para a proteção dos bens do patrimônio cultural, entendidos como uma herança comum à humanidade, bem como das comunidades locais.

As convenções fundamentais elaboradas para a proteção dos bens culturais são: 1) Convenção para a Proteção de Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia de 1954), aplicável apenas aos casos ocorridos em tempos de guerra; e 2) Convenção

<sup>1</sup> NAFZIGER, James. A. R.; NICGORSKI, Ann. *Cultural heritage issues: the legacy of conquest, colonization and commerce*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2009 e NAFZIGER, James A. R.; PATERSON, Robert Kirkwood; RENTELN, Alison Dundes. *Cultural law: international, comparative and indigenous*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

<sup>2</sup> UPADHYAY, Niteesh Kumar; RATHEE, Mahak. Protection of cultural property under international humanitarian law: emerging trends. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 389-409, 2020.



Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais (Convenção da UNESCO de 1970); e 3) Convenção sobre Bens Culturais Roubados ou Ilicitamente Exportados, de 1995 (Convenção UNIDROIT de 1995), aplicáveis a casos ocorridos em tempos de paz.

A partir de fins do século passado, a proteção dos bens culturais e do patrimônio cultural começa a ser atrelada às questões ambientais, à época em que se iniciou a integração entre os temas referentes a direitos humanos, meio ambiente e desenvolvimento sustentável, em decorrência da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo de 1972); bem como da Convenção Relativa à Promoção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (Convenção da UNESCO de 1972). O conceito de desenvolvimento conforme o Relatório Brundtland refere-se ao desenvolvimento sustentável como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras em atenderem às suas necessidades.

Ignacy Sachs<sup>3</sup>, criador do primeiro referencial teórico sobre desenvolvimento sustentável, expõe as suas cinco dimensões: a) sustentabilidade social, que está atrelada às relações humanas com o meio em que vive a fim de viabilizar uma sociedade mais justa; b) sustentabilidade ambiental, relativa ao aproveitamento e conservação dos recursos naturais e uso equilibrado do meio ambiente, recursos não renováveis e aumento dos renováveis para os povos; c) sustentabilidade territorial, atinente à distribuição especial dos recursos, das atividades e pessoas no espaço entre zona urbana/rural e entre pobres/ricos; d) sustentabilidade econômica, sobre a destinação e o gerenciamento eficiente dos recursos a fim de beneficiar grande parte da população e não somente o lucro pelas grandes empresas; e) sustentabilidade política, que se preocupa com a necessidade de um governo democrático e o exercício dos direitos, para que os indivíduos sejam verdadeiros agentes do processo de desenvolvimento e não apenas destinatários passivos dos benefícios do sistema.

A participação brasileira nos foros internacionais sobre o meio ambiente começou na década de 1970, época da elaboração das primeiras convenções interna-

cionais em matéria de proteção internacional do patrimônio cultural e natural. Por conseguinte, os resultados começaram a surgir na década seguinte, quando o Brasil destacou-se como um dos responsáveis pela elaboração do Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum), no ano de 1987<sup>4</sup>. Este é um pequeno histórico do país que passou a assumir compromissos cada vez mais ostensivos em relação ao direito internacional, às relações internacionais e à cooperação internacional para a proteção do meio ambiente e em favor do desenvolvimento.

Cinco anos depois o Brasil seria palco de uma das reuniões de maior visibilidade internacional: a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, também chamada de Cúpula da Terra, Eco-92 (CNUMAD). Naquele momento evidenciou-se o interesse e a vontade explícita por parte do Brasil em prol de uma agenda internacional sobre o meio ambiente. Posteriormente criou-se a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável, para a confecção da Agenda 21, relativa à elaboração do documento final do encontro. A realização da CNUMAD indica que o Brasil havia afirmado o seu engajamento perante o mundo, ao reconhecer a necessidade imperativa de proteção do meio ambiente e para o desenvolvimento sustentável.

Vinte anos após a Rio-92, novos princípios foram inseridos na Declaração Final da Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Sustentável, produzida em 2012 na reunião Rio + 20 (O Futuro que Queremos). Dentre os temas em matéria de meio ambiente cultural foram inseridos os motivos sociais, por exemplo, a erradicação da pobreza; o turismo sustentável; a educação e a igualdade de gênero. O resultado desse evento é reputado até hoje como simbólico e representativo para todo o mundo porque, desde então, foram firmadas orientações importantes para a comunidade. Dessa maneira teria início o processo de consulta global para a construção de um conjunto de objetivos universais

<sup>4</sup> O Relatório Brundtland resulta dos esforços da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, liderada pela ex-Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, no início da década de 1980. Com esse gesto a ONU sinalizava ter retornado ao debate sobre as questões ambientais iniciadas na década anterior. A comissão foi criada em 1983 com o objetivo de promover audiências em todo o mundo e produzir um resultado formal das discussões. Intitulou-se o documento final desses estudos de Nosso Futuro Comum, em homenagem a sua idealizadora: Relatório Brundtland. O documento apresentado em 1987 propõe o desenvolvimento sustentável para atender às necessidades do presente, mas sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades.

<sup>3</sup> SACHS, Ignacy. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

de desenvolvimento sustentável a ser implementados a partir de 2015.

Ao associar-se aos 193 Estados que reconheceram os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e as 169 metas da Agenda 2030 da ONU<sup>5</sup>, o Brasil passou a manifestar a sua vontade de reiterar os compromissos mundiais, inclusive aqueles do internacionalismo cultural e, assim, assumir e internalizar as políticas culturais que favorecem a proteção dos bens culturais e o patrimônio cultural e natural. Todavia, o presente estudo parte da ideia de que, após as eleições de 2018, o Brasil tem abraçado o espectro político-ideológico de caráter patriótico nacionalista, priorizando outras abordagens. De modo que, não por coincidência, as políticas nacionais de combate ao tráfico internacional de bens culturais iniciadas pelo Brasil estão suspensas desde 2018.

## **2 “O futuro que queremos inclui cultura”: a introdução da cultura nos 17 ods e 169 medidas da agenda 2030 da ONU**

A cultura não foi um tema prioritário à época da elaboração dos 17 ODS e das 169 Medidas da Agenda 2030 da ONU. A sua integração na Agenda 2030 deve-se exatamente ao trabalho das redes e observatórios de pesquisa em direitos culturais. Isto porque, antes da criação da Agenda 2030 o foco principal estava no desenvolvimento econômico, social e sustentabilidade ambiental, impostos na criação da Declaração do Milênio da ONU<sup>6</sup>, cujos resultados foram periodicamente mensurados por um prazo de 15 anos entre 2000 e 2015.

Na Declaração do Milênio constavam 8 objetivos principais, 22 metas e 48 indicadores, cuja finalidade era a de alavancar as políticas públicas dos Estados em diferentes escalas nacionais, regionais e internacionais.

<sup>5</sup> AGENDA 2030. UNESCO/BRASIL. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

<sup>6</sup> Assembleia Geral da Organização das ONU (AGNU) aprovou a Declaração do Milênio em 8 de setembro de 2000, adotada por seus 191 Estados Partes. Os oito objetivos definidos são: 1. Erradicar a pobreza extrema e a fome; 2. Atingir o ensino básico universal; 3. Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4. Reduzir a mortalidade infantil; 5. Melhorar a saúde materna; 6. Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7. Garantir a sustentabilidade ambiental e 8. Estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

Porém, no ano de 2013 os observatórios de pesquisa em direitos culturais descobriram uma grave incoerência na Declaração do Milênio: a completa ausência do tema “cultura” entre os objetivos daquele programa.

Não era para menos, primeiro porque desde o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>7</sup>, no artigo 15<sup>8</sup>, a integração entre desenvolvimento econômico, social e cultural já havia sido inaugurada. Segundo porque, como consequência de um processo reiterado, já havia esforços consolidados pelas entidades de direitos humanos para a integração da cultura e desenvolvimento sustentável em diplomas internacionais. O exemplo disto é a integração entre cultura e desenvolvimento sustentável segundo consta na Convenção da Diversidade Cultural de 2005<sup>9</sup>. De modo que houve uma mobilização por meio da campanha internacional “o Futuro que Queremos Inclui Cultura” para defender a inclusão da cultura entre os pontos da agenda da ONU.

Os argumentos apresentados para a inserção da cultura basearam-se em dois diplomas internacionais: 1) Declaração de Hangzhou, de 2013<sup>10</sup>; e 2) Declaração de

<sup>7</sup> O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi construído na década de 1960 como um novo instrumento de direitos humanos. Nele se propôs que os direitos inalienáveis estivessem numa condição superior às reivindicações de soberania nacional. Promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

<sup>8</sup> PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Artigo 15. 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a todos o direito: a) De participar na vida cultural; b) de beneficiar do progresso científico e das suas aplicações; c) de beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor. 2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurarem o pleno exercício desse direito deverão compreender as que são necessárias para assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a difusão da ciência e da cultura. 3. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à investigação científica e às atividades criadoras. 4. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que devem resultar do encorajamento e do desenvolvimento dos contatos internacionais e da cooperação no domínio da ciência e da cultura.

<sup>9</sup> O Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007 promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Em seu artigo 13 a Convenção assume a integração da cultura no desenvolvimento sustentável. As Partes envidarão esforços para integrar a cultura nas suas políticas de desenvolvimento, em todos os níveis, a fim de criar condições propícias ao desenvolvimento sustentável e, nesse marco, fomentar os aspectos ligados à proteção e promoção da diversidade das expressões culturais.

<sup>10</sup> Este foi o primeiro congresso internacional especificamente sobre cultura e desenvolvimento sustentável organizado pela UNESCO desde 1998. O Congresso Internacional “Cultura: Chave para

Florença, de 2014<sup>11</sup>. Ambas as declarações ressaltam a importância da cultura, bem como a associação entre cultura e desenvolvimento sustentável.

A Declaração de Hangzhou de 2013 reafirma a importância da diversidade cultural e a necessidade de uma abordagem mais holística e integrada ao desenvolvimento sustentável aplicável em igual medida aos direitos humanos, à igualdade e à sustentabilidade. Em particular, também prevê a elaboração e a implementação de políticas para promover o turismo sustentável, a criação de empregos e a promoção da cultura e dos produtos locais. Por sua vez, a Declaração de Florença de 2014 reconhece as ações em prol do desenvolvimento econômico-social inclusivo e da sustentabilidade ambiental. Especificamente, menciona os aspectos monetários e não-monetários da economia (mercado cultural), a proteção do patrimônio material, imaterial e a promoção da diversidade cultural:

[...] desejamos rememorar a existência de instrumentos normativos da cultura, especialmente a *Convenção pela Proteção e pela Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO*, as cinco Convenções sobre o patrimônio cultural, assim como os últimos encontros internacionais de alto nível e as recentes declarações, principalmente a *Declaração de Hangzhou “Posicionar a cultura no centro das políticas de desenvolvimento sustentável”*, adotada em maio de 2013, a declaração ministerial do debate de alto nível da ECOSOC, os dois debates temáticos sobre a cultura e o desenvolvimento para o programa de desenvolvimento pós-2015 da Assembleia Geral das ONU em Nova York, respectivamente em junho de

o Desenvolvimento Sustentável” realizado entre 15 a 17 de maio de 2013 tem como base as Resoluções Nº 65/1 da Assembleia Geral da ONU “Mantendo a promessa: Unidos para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”, 2010, nº 65/166 (2011) e nº 66/208 (2012) sobre “Cultura e desenvolvimento”, além de várias outras declarações relevantes, declarações e instrumentos normativos adotados nos níveis internacional, regional e nacional. Recordamos em particular o documento final da Conferência das ONU sobre Desenvolvimento Sustentável, “O Futuro que Queremos” (Rio de Janeiro, junho de 2012).

<sup>11</sup> A Declaração de Florença é resultado do Terceiro Fórum Mundial da UNESCO em Cultura e Indústrias Culturais “Cultura, Criatividade e Desenvolvimento Sustentável” entre 2 a 4 de outubro de 2014 em Florença, na Itália. A Declaração de Florença veio para inserir a cultura dentre os objetivos do milênio na Agenda 2030 conforme a Terceira Resolução em Cultura e Desenvolvimento Sustentável, adotada pela Assembleia Geral da ONU Unidas, em dezembro de 2013 (A/RES/68/223). Na elaboração da Declaração de Florença atuaram os principais atores da sociedade civil e dos setores público e privado que foram expressas na estrutura dos Diálogos Pós-2015 em Cultura e Desenvolvimento, liderado em 2014 pela UNESCO, pelo Fundo de Populações das Nações (UNFPA) e do Programa das ONU pelo Desenvolvimento (PNUD), em conjunto com governos de diversos países em desenvolvimento que enfatizaram o papel da cultura na agenda de desenvolvimento pós-2015.

2013 e maio de 2014. E não nos esquecemos da campanha mundial “O Futuro que queremos inclui a cultura”, conduzida pelas organizações governamentais e não-governamentais de quase 120 países [tradução própria]<sup>12</sup>.

A Declaração do Milênio da ONU foi encerrada em setembro de 2015. Um mês antes fora apresentado ao mundo um novo documento, intitulado “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” no qual foram lançados os propósitos atuais contidos nos 17 ODS e nas 169 metas da Agenda 2030 da ONU, cuja implantação abrangerá o período entre 2016 e 2030. Assim, estão previstas ações da UNESCO para tornar efetivas as convenções internacionais de salvaguarda, promoção e proteção do patrimônio cultural natural e cultural, fortalecidas por meio das ações em cooperação internacional e interinstitucional. Estima-se que, até 2030, seja implementado o tratamento especial dado à cultura em termos de proteção do patrimônio cultural com base em cinco pontos considerados fundamentais para a UNESCO: as pessoas, a natureza, a prosperidade, a paz e a parceria<sup>13</sup>.

### 3 A proteção do patrimônio cultural e o combate ao tráfico ilícito de bens culturais favorecidos pela agenda 2030 da ONU

Os temas referentes à cultura foram inseridos nos 17 ODS e nos 169 temas da Agenda 2030. As questões

<sup>12</sup> UNESCO. *Declaración de Florencia. 4 de octubre de 2014*. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000230394>. Acesso em: 12 ago. 2021.

<sup>13</sup> A saber: 1) Pessoas – os bens culturais devem ser protegidos através de ações de inclusão e participação das pessoas na vida cultural; diversas expressões devem ser apoiadas, além da liberdade artística, criatividade e inovação; 2) Natureza – o patrimônio natural e biodiversidade devem ser protegidos; as relações com o ambiente natural fortalecidas; 3) Prosperidade – os meios de subsistência baseados na cultura e na criatividade devem ser aprimorados; buscar a abertura e o equilíbrio no comércio de bens e serviços culturais; 4) Paz – a diversidade cultural e a coesão social precisam ser promovidas; o sentido de identidade e a pertença aprimoradas; a restituição de bens culturais e a aproximação serão promovidas; 5) Parceria – a governança da cultura deve ser transparente, participativa e informada; interessada na salvaguarda e proteção do patrimônio imaterial e material; enfática no comércio global de bens culturais e mobilidade de produtores criativos; deve promover a igualdade para a promoção da cultura [tradução própria] CULTURE FOR THE 2030 AGENDA. 2018. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000264687\\_eng](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000264687_eng). Acesso em: 13 ago. 2021.



concernentes à proteção dos bens culturais e do patrimônio cultural encontram-se difusas em alguns objetivos e em suas metas. Por exemplo, o Objetivo 4 (Educação de qualidade) busca assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos. Nesse ponto localiza-se a meta 4.7<sup>14</sup>, que incentiva a cidadania global, a valorização da diversidade cultural e a contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável. Em sua interpretação mais abrangente, de acordo com a Convenção da Diversidade Cultural de 2005, a educação para a diversidade cultural está intimamente associada à educação para a preservação do patrimônio cultural<sup>15</sup>.

Reside ainda no ponto 4.7 a orientação para o trabalho das escolas na educação patrimonial a fim de conscientizar estudantes, turistas e a população em geral no combate aos delitos contra os bens culturais. Consequentemente, também, a respeito da compreensão do papel dos Estados nas políticas de retorno e de restituição de bens culturais, por meio da cooperação internacional<sup>16</sup> e das campanhas midiáticas de mobilização; bem como das parcerias público-privadas, instituições públicas e sociedade civil<sup>17</sup>.

A medida é importante à proteção dos bens culturais quando associada ao combate dos vários tipos de delitos cometidos contra o patrimônio cultural. De modo corriqueiro, o tráfico de bens culturais está ligado a outros

tipos de ilegalidades (contrabando, descaminho, exportação, importação etc.), o que alimenta o mercado internacional ilícito desses objetos<sup>18</sup>. Os números desse tipo delitivo é, apenas, estimado, pois inúmeros países não desenvolveram políticas específicas de combate a esse tipo de criminalidade. Por isso, não dispõem de recursos materiais, humanos ou tecnológicos para dimensionar as perdas provocadas pelo tráfico de bens culturais<sup>19</sup>.

Em números, o comércio ilegal de bens culturais tem se fortalecido ao mesmo tempo em que aumenta a procura por obras de arte e artefatos arqueológicos pela *internet*, com peças vendidas por meio dos leilões virtuais. Por isso, entende-se que o tráfico internacional de bens culturais representa um segmento (nicho) dentro do mercado, caracterizado por um tipo de comércio que causa problemas globais, amplamente disseminados. A estimativa é de, aproximadamente, entre US \$ 3 bilhões a US \$ 14 bilhões em diversos objetos<sup>20</sup>. Os objetos traficados variam entre obras de arte, peças sagradas, livros raros, artefatos arqueológicos e paleontológicos. Esse tipo de comércio é considerado crime transnacional e combatido por forças especiais como o *Comando Carabinieri*<sup>21</sup> e a INTERPOL<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> SOARES, Anauene Dias. *Direito internacional do patrimônio cultural: o tráfico ilícito de bens Culturais*. Fortaleza: IBDCult, 2018.

<sup>19</sup> ILLICIT TRADE REPORT 2017. *Section 1: Cultural heritage*. Disponível em: <https://wco-ameriaribe.org/wp-content/uploads/2019/04/WCO-Illicit-Trade-Report-2017.pdf> Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>20</sup> NAIM, Moisés. *Illicit: How smugglers, traffickers, and copycats are hijacking the global economy*. London: Doubleday, 2005.

<sup>21</sup> O Comando Carabineiros para a Proteção do Patrimônio Cultural foi criado em 1969 atrelado ao Ministério do Patrimônio Cultural, mas o seu papel foi redefinido, em 1992, por meio de um decreto ministerial. Na década de 1980, foram criadas a base de dados e as ferramentas de investigação do TPC que hoje conta com mais de 6,2 milhões de objetos. Desde o ano de 2001, o Corpo de Carabineiros desenvolve suas funções como entidade da polícia militar, além do Conselho Consultivo do Ministério da Cultura, como também em cooperação com outras forças policiais e delegações territoriais do Ministério de Bens e Atividades Culturais e de Turismo (MiBACT). O Comando Carabiniere possui uma base de dados italiana, chamada “Leonardo” (em referência a Leonardo da Vinci), que, desde 1992, está em uso e contém nomes e fotos de obras de arte roubadas, desaparecidas, escavadas ilegalmente ou contrabandeadas. A atuação dos Carabiniere na cooperação policial internacional se estende à INTERPOL, EUROPOL, apoios especializados em países em conflito armado e treinamento de agentes policiais e aduaneiros em todo o mundo.

<sup>22</sup> A Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL) foi fundada em 1923, tem sua sede em Lyon, na França. Dentre as suas funções, a cooperação entre organizações policiais internacionais em 192 Países Membros na área de segurança pública no combate ao crime transnacional. Em 1995 a INTERPOL criou um

<sup>14</sup> ODS 4.7: Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de paz e não violência, cidadania global e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, D. J. de; OLIVEIRA, M. C. V.; VAL, A. P. do. Três pautas em destaque na agenda de diversidade cultural da Unesco: ambiente digital, tratamento preferencial e participação da sociedade civil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 75-93, 2020.

<sup>16</sup> SALIBA, Aziz; FABRIS, Alice Lopes. O retorno de bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 489-509, 2017.

<sup>17</sup> Como exemplo deste tipo de atuação, confira em *UNESCO-Monaco Cooperation to Combat Illicit Trafficking in Cultural Objects in Mongolia*, em suas duas fases 2009-2011 e 2011-2014. UNESCO-MONACO COOPERATION. Capacity Building for the Fight Against the Illicit Trafficking of Cultural Objects in Mongolia. Achievement Report (2010-2013). 2013. UNESCO. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/capacity-building/asia-and-the-pacific/capacity-building-asia-and-pacific-before-2016/mongolia-2010-2013/> Acesso em: 12 ago. 2021.

O Objetivo 11 (Cidades e comunidades sustentáveis) visa tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. A meta 11.4<sup>23</sup> está diretamente direcionada à proteção do patrimônio cultural e o combate ao tráfico internacional, a princípio porque interage com as principais convenções de proteção dos bens culturais, elaboradas no âmbito do Direito Internacional do Patrimônio Cultural, como parte e uma estratégia global. Além das metas, entram em cena os instrumentos da cooperação internacional em matéria cultural, utilizada para fortalecer a proteção da cultura local e para facilitar o retorno, a restituição e a repatriação de bens culturais de volta aos seus Estados de origem<sup>24</sup>. O engajamento dos Estados Partes dessas convenções no combate ao tráfico internacional de bens culturais tem sido visto como uma maneira de evitar o empobrecimento econômico, social e cultural de sua população.

Com base no Objetivo 16 (Paz, justiça e instituições eficazes), pretende-se promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. De modo peculiar, a proteção dos bens culturais também está associada ao combate às redes criminosas organizadas transnacionais que, em grande medida, aproveitam-se dos recursos advindos desse comércio ilegal para o cometimento de crimes como o branqueamento de capitais por meio do mercado de arte<sup>25</sup>.

Portanto, segundo as metas 16.4<sup>26</sup> e 16.5<sup>27</sup>, busca-se a redução dos fluxos financeiros ilícitos, a recuperação, o retorno, a repatriação dos bens culturais e/ou a devolução de ativos furtados/roubados/transportados ilegalmente.

Ainda sob esse aspecto, os pontos 16.4 e 16.5 estão fundamentados na adoção das resoluções 2199 (2015)<sup>28</sup> e 2253 (2015)<sup>29</sup> do Conselho de Segurança da ONU. Para desenvolvê-la, a UNESCO consultou diferentes organizações internacionais, a saber: Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL), Organização Mundial das Alfândegas (WCO), Escritório da ONU sobre Drogas e Crime (UNODC), UNIDROIT, dentre tantas. No presente século, as ações de proteção dos direitos humanos, de direitos culturais e de preservação do patrimônio cultural estão intimamente atrelados à luta contra o tráfico internacional de bens culturais. Consequentemente, essas metas dos 17 ODS da Agenda 2030 orientam no sentido da apreensão dos bens culturais, quando encontrados em território de outros países; e a sua devolução para os países de origem.

Por sua vez, a meta 16.a<sup>30</sup> reiterou os interesses da ONU e da UNESCO na prevenção à violência, ao terrorismo e aos delitos contra os bens culturais. Tal escopo é importante para que os países possam ser orientados à proteção dos bens culturais perante atos criminosos das redes de terrorismo. Logo, desde a criação dos 17 ODS da Agenda 2030, há encontros recorrentes para a promoção da cooperação internacional em matéria cultural com os profissionais da área cultural dos setores público e privado sob esta orientação<sup>31</sup>.

banco de dados próprio sobre obras de arte roubadas a fim de reunir informações sobre objetos culturais roubados e assim divulgá-los internacionalmente. Desde 2009, esse banco de dados está disponível no sítio da instituição na rede mundial de computadores. Uma nova versão foi apresentada três anos depois: o *Protecting System for Cultural Heritage* (PSYCHE) ou Sistema de Proteção ao Patrimônio Cultural, financiado pela Comissão Europeia. Esse banco de dados, também, se comunica com o banco de dados do Comando Carabineiros para a Proteção do Patrimônio Cultural – ou Comando Carabiniéri.

<sup>23</sup> ODS 11.4: Fortalecer os esforços para proteger e salvaguardar o patrimônio cultural e natural do mundo.

<sup>24</sup> ALMATY. *Sub-regional Conference Strengthening the Protection of Cultural Heritage in Central Asia in focus of the 1954 and 1970 UNESCO Conventions*. 2017. UNESCO. Disponível em: <http://en.unesco.kz/sub-regional-conference-strengthening-the-protection-of-cultural-heritage-in-central-asia> Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>25</sup> MAGRI, Geo. The impact of the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the EU directives on the international art market: an analysis fifty years after the introduction of the obligation to return stolen or illegally exported cultural goods. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 60-74, 2020.

<sup>26</sup> ODS 16.4: Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilícitos, fortalecer a recuperação e o retorno de bens roubados e combater todas as formas de crime organizado.

<sup>27</sup> ODS 16.5: Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas.

<sup>28</sup> S/RES/2199 (2015) condena a destruição do patrimônio cultural iraquiano e sírio, cometidos por grupos terroristas.

<sup>29</sup> S/RES/2253 (2015) refere-se à aplicação de sanções tais como o congelamento de bens, proibição do uso de armas e obriga os Estados Partes a atuarem contra grupos, indivíduos, empresas e entidades associadas a grupos terroristas.

<sup>30</sup> ODS 16.a: Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime.

<sup>31</sup> THREE-DAY WORKSHOP on the Ethics of Collection and Fight Against Illicit Traffick in GCC. 2017. UNESCO. Disponível em: [http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/single-view/news/three\\_day\\_workshop\\_on\\_the\\_ethics\\_of\\_collections\\_and\\_fight\\_ag-1](http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/single-view/news/three_day_workshop_on_the_ethics_of_collections_and_fight_ag-1) Acesso em: 12 ago. 2021.

De modo semelhante, o Objetivo 17 (Parcerias e meio de implementação) propõe o fortalecimento dos meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. Na condição de agência de cooperação da ONU, a UNESCO tem se pronunciado a favor das atividades desenvolvidas com base na atuação do setor público, das parcerias público-privadas e das práticas da sociedade civil, conforme disposto na meta 17.17<sup>32</sup> da Agenda 2030. Em todo o mundo, várias instituições atuam em cooperação internacional em matéria cultural com a UNESCO, promovendo oficinas, estudos técnicos, pareceres, conferências, seminários, publicações no campo dos direitos culturais, proteção do patrimônio cultural, propriedade cultural, livre-circulação de obras de arte, temas associados ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável, dentre outros.

Por seu turno, a meta 17.17 está integrada aos interesses da Convenção da UNESCO de 1970 e da Convenção UNIDROIT de 1995 porque esse objetivo foi inserido com base na propositura do Comitê Intergovernamental para a Promoção do Retorno de Bens Culturais. A finalidade de sua existência é a criação de uma orientação para eventos de baixa complexidade, como a disputa de dois Estados sobre a devolução de um bem cultural exportado de modo ilegal<sup>33</sup>.

Os delitos contra os bens culturais, como o tráfico internacional, são uma das causas de empobrecimento econômico, social e cultural não apenas dos povos, mas dos Estados devido ao branqueamento de capitais e

evasão das riquezas que servirão para alimentar a manutenção de redes criminosas transnacionais. Na América do Sul, dois tipos de objetos se destacam como os mais procurados pelos traficantes de bens culturais: os artefatos arqueológicos, alvo de escavações ilícitas, e a arte sacra, alvo de furto nas igrejas. Segundo Donna Yates<sup>34</sup>, o exotismo da arte não ocidental nativa, denominada de “primitiva” pelos colecionadores ocidentais, somente faz aumentar a sua popularidade e a consequente procura por esses itens<sup>35</sup>.

Os primeiros dados acerca dos furtos/roubos de bens culturais, que alimentam o comércio ilegal de bens culturais sul-americanos, referem-se à década de 1950. Embora esse comércio tenha, de fato, se estabelecido trinta anos depois, quando as grandes casas de leilões internacionais começaram a oferecer em seus catálogos peças de arte pré-colombiana e artefatos indígena, inserindo-os no mercado de arte<sup>36</sup>. Então, a meta 17.9<sup>37</sup> da Agenda 2030 favorece as iniciativas que objetivam alcançar progressos reais no desenvolvimento sustentável e que impliquem o aumento do Produto Interno Bruto (PIB) dos Estados, principalmente dos países em desenvolvimento. Isto implica ações do Estado no combate às redes de crime organizado transnacional que se utilizem do comércio ilegal e do tráfico de bens culturais, dentre outros.

#### 4 O compromisso do Brasil na proteção dos bens culturais: manutenção ou ruptura?

O Brasil iniciou suas políticas institucionalizadas de proteção do patrimônio cultural, ainda, na década de 1920. No âmbito internacional, a diplomacia cultural

<sup>32</sup> ODS 17.17: Reforçar o apoio internacional para a implementação eficaz e orientada da capacitação em países em desenvolvimento, a fim de apoiar os planos nacionais para implementar todos os objetivos de desenvolvimento sustentável, inclusive por meio da cooperação Norte-Sul, Sul-Sul e triangular.

<sup>33</sup> Por exemplo, como aconteceu em um caso real na disputa entre Mianmar e Noruega em 2017, acerca da devolução de uma estátua de Buda, exportada ilegalmente para o país nórdico seis anos antes. Depois de consulta ao Comitê Intergovernamental, as autoridades norueguesas foram orientadas a elaborar um acordo bilateral em matéria cultural, sob os auspícios da UNESCO, para facilitar os trâmites. A meta 17.17 foi inserida na Agenda 2030 com a intenção de incentivar a criação de acordos bilaterais em matéria cultural entre os Estados antes da ocorrência de problemas da mesma natureza. Busca, ainda, impulsionar o fortalecimento das regras domésticas, como a devida diligência (*due diligence*) por parte de cada Estado. Consequentemente funciona para o combate ao tráfico ilícito de bens culturais. NORWAY RETURNS Buddha Statue to Protect Myanmar's National Cultural Heritage. 2017. UNESCO. Disponível em: [http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/dynamic-content-single-view/news/norway\\_returns\\_buddha\\_statue\\_to\\_protect\\_myanmars\\_national-1/](http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/dynamic-content-single-view/news/norway_returns_buddha_statue_to_protect_myanmars_national-1/). Acesso em: 12 ago. 2021.

<sup>34</sup> YATES, Donna. Illicit cultural property from Latin America: looting, trafficking, and sale. In: DESMARAIS, France. (ed.). *Countering illicit traffic in cultural goods: the global challenge of protecting the world's heritage*. International Council of Museums, 2015. p. 33-45.

<sup>35</sup> OOSTERMAN, Naomi; YATES, Donna. Policing heritage crime in Latin America. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 274-290, 2020.

<sup>36</sup> YATES, Donna. *South America on the block: the changing face of Pré-Columbian antiquities auctions in response to international law*. A dissertation submitted for the degree of Master of Philosophy. Department of Archeology University of Cambridge, august, 2006.

<sup>37</sup> ODS 17.9: Até 2030, valer-se de iniciativas existentes para desenvolver medidas do progresso do desenvolvimento sustentável que complementem o produto interno bruto (PIB) e apoiem a capacitação estatística nos países em desenvolvimento.



brasileira esteve fortemente atrelada às Conferências Pan-Americanas, em 1928, nos comitês específicos sobre a proteção do patrimônio cultural. No plano doméstico, a legislação desenvolveu-se, gradualmente, a partir das ações do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), desde a elaboração da Lei do Tombamento, pelo Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937. Outro momento importante do Brasil, a respeito da defesa dos bens culturais nacionais, aconteceu na década de 1970, quando o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) inseriu duas cidades brasileiras na lista de Patrimônios da Humanidade: Recife e Ouro Preto.

Já no período posterior aos vinte anos de ditadura militar (1964-1984), o Brasil elaborou uma nova Constituição da República Federativa, em vigor desde 1988, na qual estão inseridos os princípios da cooperação internacional (artigo 4º, IX e parágrafo único)<sup>38</sup>; os direitos culturais e o patrimônio cultural (artigos 215<sup>39</sup>, 216<sup>40</sup> e

<sup>38</sup> BRASIL. CF/1988. Artigo 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II – produção, promoção e difusão de bens culturais; III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV – democratização do acesso aos bens de cultura; V – valorização da diversidade étnica e regional.

<sup>40</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem [...] II – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico [...] § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio

216-A<sup>41</sup>); bem como o direito ao meio ambiente (artigo 225, *caput*)<sup>42</sup>. Quanto às leis ordinárias, encontra-se a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/1998), que, também, reforça a cooperação internacional (artigos 77<sup>43</sup>

cultural serão punidos, na forma da lei.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: I – diversidade das expressões culturais; II – universalização do acesso aos bens e serviços culturais; III – fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; IV – cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; V – integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; VI – complementaridade nos papéis dos agentes culturais; VII – transversalidade das políticas culturais; VIII – autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; IX – transparência e compartilhamento das informações; X – democratização dos processos decisórios com participação e controle social; XI – descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; XII – ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura. § 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação: I – órgãos gestores da cultura; II – conselhos de política cultural; III – conferências de cultura; IV – comissões intergestores; V – planos de cultura; VI – sistemas de financiamento à cultura; VII – sistemas de informações e indicadores culturais; VIII – programas de formação na área da cultura; e IX – sistemas setoriais de cultura. § 3º Lei federal disporá sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo. § 4º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias.

<sup>42</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>43</sup> BRASIL. Lei n.º 9.605/1998. Artigo 77. Resguardados a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, o Governo brasileiro prestará, no que concerne ao meio ambiente, a necessária cooperação a outro país, sem qualquer ônus, quando solicitado para: I – produção de prova; II – exame de objetos e lugares; III – informações sobre pessoas e coisas; IV – presença temporária da pessoa presa, cujas declarações tenham relevância para a decisão de uma causa; V – outras formas de assistência permitidas pela legislação em vigor ou pelos tratados de que o Brasil seja parte. § 1º A solicitação de que trata este artigo será dirigida ao Ministério da Justiça, que a remeterá, quando necessário, ao órgão judiciário competente para decidir a seu respeito, ou a encaminhará à autoridade capaz de atendê-la. § 2º A solicitação deverá conter: I – o nome e a qualificação da autoridade solicitante; II – o objeto e o motivo de sua formulação; III – a descrição sumária do procedimento em curso no país solicitante; IV – a especificação da assistência solicitada; V – a documentação indispensável ao seu esclarecimento, quando for o caso.

e 78<sup>44</sup>) para o combate aos crimes culturais e ambientais. Ao longo da década 1980 e 1990, o Brasil voltou a integrar-se organizações internacionais e, assim, tratou de acolher as principais convenções em Direito Internacional do Patrimônio Cultural: a Convenção de Haia de 1954<sup>45</sup>, a Convenção da UNESCO de 1970<sup>46</sup>, a Convenção UNIDROIT de 1995<sup>47</sup>, a Declaração de Estocolmo de 1972<sup>48</sup> e Convenção da UNESCO de 1972<sup>49</sup>.

No contexto político-diplomático latino-americano, o Brasil exerce liderança política e influência cultural sobre os demais países sul-americanos ao longo do século XIX. Todavia, para fins desta pesquisa, a empreitada brasileira, na construção de uma identidade cultural sul-americana, é analisada com base no início do século XX, culminando com a criação do MERCOSUL, na década de 1990. Observe-se que os resultados colhidos pela atuação brasileira quanto à proteção dos bens culturais e o combate ao tráfico ilícito de bens culturais é mais recente, pois esse processo começou em 2009 no âmbito da Reunião de Ministros da Cultura (RMC), no MERCOSUL Cultural. Nesse ínterim, em 2015 o país assumiu os compromissos listados nos 17 ODS e as 169 metas da Agenda 2030 da ONU.

Entre os anos de 2015 até 2018, o Brasil, ainda, seguia a disposição demonstrada na 23<sup>a</sup> RMC, ao defender o empenho do bloco de países sul-americanos no campo cultural. Até então, o país estava alinhado aos ideais do internacionalismo cultural, construção da cidadania cultural, da consolidação dos direitos humanos, dos direitos culturais e da garantia da dimensão cultural do desenvolvimento sustentável.

<sup>44</sup> BRASIL. Lei n.º 9.605/1998. Artigo 78. Para a consecução dos fins visados nesta Lei, e especialmente para a reciprocidade da cooperação internacional, deve ser mantido sistema de comunicações apto a facilitar o intercâmbio rápido e seguro de informações com órgãos de outros países.

<sup>45</sup> Decreto Legislativo n.º 32, de 14 ago. 1956, aprova a Convenção para a Proteção de Bens Culturais em caso de Conflito Armado, assinada em Haia em maio de 1954.

<sup>46</sup> Decreto n.º 72.312, de 31 de maio de 1973, promulga a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais, concluída em Paris a 14 de novembro de 1970.

<sup>47</sup> Decreto n.º 3.166, de 14 de setembro de 1999, promulga a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilícitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995.

<sup>48</sup> A conferência das Nações Unidas (ONU) sobre Meio Ambiente Humano reuniu-se em Estocolmo entre 05 a 16 de junho de 1972.

<sup>49</sup> O Decreto n.º 80.978, de 12 de dezembro de 1977, promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972.

A participação do Brasil, na Agenda 2030 da ONU, decorre da Resolução A/Res 70/1, de 25 de setembro de 2015, da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU)<sup>50</sup>. O plano de ação de reforço dos 17 ODS da Agenda 2030 da ONU obedece ao que foi acordado na 16<sup>a</sup> Reunião do Grupo de Cooperação Internacional (GCI) para as atividades entre 2018-2021<sup>51</sup>. Por sua vez, essas ações estão em acordo com a nova Política de Cooperação Internacional do MERCOSUL, conforme a Decisão n.º 23/14 do Conselho do Mercado Comum (CMC).

Os Estados Partes e Estados Associados do MERCOSUL aderiram ao programa da Agenda 2030 da ONU, o qual consagra as três principais dimensões econômica, social e cultural do desenvolvimento sustentável. Para coordenar a implementação dos 17 ODS da Agenda 2030, foi criada a Comissão Nacional dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (CNODS), da Secretaria de Governo da Presidência da República (Segov/PR), que atribuiu ao Instituto de Pesquisa em Economia Aplicada (Ipea) a função de assessoramento técnico permanente aos seus trabalhos. Por sua vez, o Ipea produziu um primeiro relatório bastante completo, contendo uma análise sobre as Metas Nacionais do Brasil na Agenda 2030<sup>52</sup>.

Em princípios de 2019, após a eleição do atual Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, o órgão máximo de cultura do país – o Ministério da Cultura – foi extinto<sup>53</sup>. Logo em seguida, ocorreu a sua substituição pela Secretaria Especial de Cultura, subordinada ao Ministério do Turismo. O compromisso do Brasil, em relação ao cumprimento dos 17 ODS, sofreu uma interferência com o veto presidencial à Agenda 2030 da ONU, por considerar que não deveria fazer parte do Plano Plurianual (PPA) 2020-2023<sup>54</sup>. O veto atingiu a

<sup>50</sup> Confira em: [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_70\\_1\\_E.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf). Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>51</sup> Confira em: [http://www.GCI\\_2018\\_ACTA01\\_ANE07\\_ES\\_Estrategia\\_cooperación\\_MERCOSUR\\_2018-2021.pdf](http://www.GCI_2018_ACTA01_ANE07_ES_Estrategia_cooperación_MERCOSUR_2018-2021.pdf). Acesso em: 12 ago. 2021.

<sup>52</sup> IPEA. *AGENDA 2030*. ODS – Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8636>. Acesso em: 12 ago. 2021.

<sup>53</sup> Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 333, de 24 de julho de 2003, promulgado pelo Decreto n.º 5.208, de 17, de setembro de 2004.

<sup>54</sup> Mensagem n.º 743, de 27 de dezembro de 2019. Razões do veto: “o dispositivo, ao inserir como diretriz do PPA 2020-2023 a persecução das metas dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da

destinação de cerca de R\$ 6,8 trilhões, previstos para o PPA nos próximos quatro anos, retirando-lhes o caráter prioritário ao impossibilitar o envio de recursos para a sua viabilidade. A Comissão Nacional dos ODS foi encerrada, ainda, em 2019, e nenhuma outra instância foi oficializada em seu lugar para monitorar a concretização da Agenda 2030.

Este foi um dos sinais de que o país começava a deslocar-se dos interesses voltados ao internacionalismo cultural para assumir uma ideologia política de extrema-direita. Significa que a retirada dos mecanismos de monitoramento e avaliação, contidos na Agenda 2030, indica que não interessa ao atual governo brasileiro a manutenção do compromisso assumido em 2015, atinentes às políticas ambientais, desenvolvimento sustentável e a cultura. Depois da nomeação de um novo presidente, defensor da mesma ideologia política<sup>55</sup>, o próprio Ipea adentrou no caminho de uma crise institucional.

Concomitantemente, no plano doméstico, o órgão de proteção do patrimônio cultural brasileiro, o IPHAN, passou a sofrer diversas investidas para o desmantelamento dos instrumentos de tombamento das áreas anteriormente protegidas, no intuito de beneficiar os interesses de empresas privadas<sup>56</sup>. Ao mesmo tempo, porque a Fundação Cultural Palmares (FCP), primeira instituição pública fundada com base nos valores contidos na CRFB/1988, voltada à promoção e preservação dos valores culturais, históricos, econômicos, sociais de-

correntes da diversidade cultural brasileira também passou a ser alvo constante de ataques político-ideológicos de extrema-direita<sup>57</sup>. A execução dessa ideologia política nacionalista e patriótica também está interligada a um forte caráter militarista, inclusive apoiada por grupos religiosos que passaram a frequentar cargos<sup>58</sup> anteriormente ocupados por técnicos na instituição<sup>59</sup>.

Em particular, relativamente ao combate ao tráfico ilícito de bens culturais por parte do Brasil, no ano de 2015, teve início a primeira política específica de combate ao tráfico de bens culturais, então uma ação do Ministério da Cultura, durante a gestão de Sérgio Sá Leitão. Dessa iniciativa, participam diversos órgãos como o IPHAN, o Instituto Brasileiro de Museus, a Biblioteca Nacional, a Polícia Federal, a Receita Federal, o Arquivo Nacional, o Ministério das Relações Exteriores e a Agência Nacional de Mineração. O intuito era o de estabelecer uma Comissão Nacional de Combate ao Tráfico Ilícito de Bens Culturais. Subsequentemente, em 2017, foi promovida uma oficina de capacitação para os agentes públicos dessas instituições, durante o *workshop Fighting Against the Illicit Trafficking of Cultural Property*, como parceria entre a Polícia Federal do Brasil e a INTERPOL.

No ano seguinte, foi elaborado o primeiro Projeto de Lei Penal de Combate ao Tráfico Ilícito de Bens Culturais brasileiros (Projeto de Lei n.º 3.362/2019)<sup>60</sup>, de iniciativa do Deputado Federal carioca Marcelo Calero (Cidadania/RJ). O PL está em acordo tanto com as orientações, em relação às RMC e do MERCOSUL Cultural, quanto com as metas para a cultura na Agenda 2030 da ONU no tocante à proteção do patrimônio cultural e no combate ao tráfico ilícito dos bens culturais<sup>61</sup>.

Organização das Nações Unidas, sem desconsiderar a importância diplomática e política dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, acaba por dar-lhe, mesmo contrário a sua natureza puramente recomendatória, um grau de cogência e obrigatoriedade jurídica, em detrimento do procedimento dualista de internalização de atos internacionais, o que viola a previsão dos arts. 49, inciso I, e art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal". Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despachos-do-presidente-da-republica-235856790>. Acesso em: 12 ago. 2021.

<sup>55</sup> Confira em: [https://oglobo.globo.com/brasil/nomeado-por-bolsonaro-presidente-do-ipea-defende-arma-critica-estudo-sobre-violencia-feito-pelo-proprio-instituto-23719530?utm\\_source=Facebook&utm\\_medium=Social&utm\\_campaign=O%20Globo](https://oglobo.globo.com/brasil/nomeado-por-bolsonaro-presidente-do-ipea-defende-arma-critica-estudo-sobre-violencia-feito-pelo-proprio-instituto-23719530?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=O%20Globo). Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>56</sup> NIKLAS, Jan. *Projeto de deputado do PSL tira poderes do Iphan em ações de tombamento e preservação*: Entidades como o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Distrito Federal e o Instituto de Arquitetos do Brasil do Distrito Federal temem aumento de ingerência com interesses privados no órgão. Estadão, junho de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/projeto-de-deputado-do-psl-tira-poderes-do-iphan-em-aco-es-de-tombamento-preservacao-24460017>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>57</sup> Confira em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/fundacao-palmares-tera-acervo-da-vergonha-para-obras-que-considera-comunistas/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>58</sup> Confira em: <https://www.saibamais.jor.br/governo-bolsonaro-nomeia-coronel-do-exercito-para-iphan-no-rn/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>59</sup> Confira em: <https://revistaforum.com.br/noticias/diretor-do-iphan-grava-live-de-igreja-da-qual-e-pastor-dentro-de-seu-gabinete-em-brasilia/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>60</sup> Confira em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=82F7DAE9DC4E52BA95C0D38F641B9EC5.proposicoesWebExterno1?codteor=1761002&filename=INC+862/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=82F7DAE9DC4E52BA95C0D38F641B9EC5.proposicoesWebExterno1?codteor=1761002&filename=INC+862/2019). Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>61</sup> O legislador brasileiro considera o patrimônio cultural como parte integrante do bem jurídico meio ambiente. Desse modo, há muitos pontos positivos na Lei n.º 9.605/1998, dentre os quais a adoção de conceitos mais abrangentes do que os que constam no Decreto Lei n.º 25/1937, na adoção dos valores paisagístico, ecológico, turís-



O PL dispõe sobre as condutas e atividades delitivas puníveis com sanções administrativas, civis e penais cumuladas e independentes entre si<sup>62</sup>. O bem jurídico tutelado refere-se ao artigo 216 (patrimônio cultural) da Constituição Federal<sup>63</sup>, definido por ato administrativo ou decisão judicial<sup>64</sup>. Um conjunto de políticas estatais, concernentes à construção de uma Política Cultural de Combate ao Tráfico Ilícito de Bens Culturais, estavam previstas para serem implementadas pelo Governo Federal entre 2019 e 2022. Porém, desde o início do governo de Jair Bolsonaro, essas intenções, ainda, não foram levadas adiante.

A partir da Resolução n.º 710, de 20 de novembro de 2020, foi institucionalizada a Agenda 2030 da ONU pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no uso de suas atribuições legais e regimentares<sup>65</sup>. O documento mais recente de análise sobre as metas da Agenda 2030 é o V Relatório Luz da Sociedade Civil sobre o desenvolvi-

tico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental. Um segundo ponto favorável é o reconhecimento do bem por meio de lei, ato administrativo ou decisão judicial (artigo 62, I e II) para além do tombamento, o que, também, protege o patrimônio cultural imaterial. A proteção penal do patrimônio cultural consta nos artigos 62 a 65, na Lei n.º 9.605/1998 — em particular os seus artigos 62 e 63 — que declaram o patrimônio cultural como bem jurídico-penal e, assim, revogam tacitamente aqueles contidos nos artigos 165 e 166 do Código Penal (Decreto Lei n.º 2.842/1940).

<sup>62</sup> PROJETO DE LEI PENAL DE COMBATE AO TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS. Artigo 1º. As condutas e atividades lesivas ao patrimônio cultural são punidas com sanções administrativas, civis e penais, na forma estabelecida nessa lei, sem prejuízo de outras leis e penalidades aplicáveis. Parágrafo único: as sanções administrativas, civis e penais cumulam-se e são independentes entre si.

<sup>63</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem [...] II – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico [...] § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

<sup>64</sup> PROJETO DE LEI PENAL DE COMBATE AO TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS. Artigo 2º. Entende-se por patrimônio cultural bens tomados individualmente ou em conjunto, de valor histórico, cultural, artístico, religioso, etnográfico, paisagístico, monumental, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, assim definidos em lei, ato administrativo ou decisão judicial.

<sup>65</sup> Confira em: <https://sintse.tse.jus.br/documentos/2020/Nov/24/diario-da-justica-eletronico-stf/resolucao-no-710-de-20-de-novembro-de-2020-institucionaliza-a-agenda-2030-da-organizacao-das-nacoes->. Acesso em: 18 ago. 2021.

mento sustentável no Brasil, produzido pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030 (GT Agenda 2030)<sup>66</sup>. O diagnóstico resulta das análises de 106 especialistas de diferentes áreas temáticas que analisaram os 17 ODS e informam que o país não apresentou progresso satisfatório em nenhuma das 169 metas da Agenda 2030, assumida pelo Brasil perante a ONU em 2015<sup>67</sup>.

O Governo Federal, por meio do Ministério da Saúde, ao administrar, de modo errático, a crise sanitária causada pela pandemia de Sars-Cov-V-2 (Covid-19 ou coronavírus), entre 2020 e 2021, em lugar de anunciar o aumento do investimento nas áreas social e cultural, dificultou ainda mais o deslocamento de recursos para os setores da educação, da cultura e da proteção ao meio ambiente. Desse modo, na presente data, entende-se que houve, apesar da manutenção do cumprimento dos 17 ODS e as 169 metas da Agenda 2030 por parte do Brasil, algumas das metas encontram-se em retrocesso, ameaça e estagnação. Aquelas que progrediram ou fizeram, de modo insuficiente ou pouco satisfatório, segundo consta no V Relatório Luz da Sociedade Civil sobre o desenvolvimento sustentável no Brasil.

## 5 Considerações finais

A cultura foi introduzida nos 17 ODS e nas 169 metas da Agenda 2030 da ONU não como um tema prioritário, porém como um tema transversal associado aos motivos concernentes ao desenvolvimento sustentável. No presente artigo, analisa-se a inter-relação entre cultura, proteção dos bens culturais patrimoniais e o

<sup>66</sup> V RELATÓRIO LUZ DA SOCIEDADE CIVIL. Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável Brasil. Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para 2030. Disponível em: <http://www.gtagenda2030.org.br>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>67</sup> Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030 (GTSC A2030) é uma coalizão que atualmente reúne 57 organizações não governamentais, movimentos sociais, fóruns, redes, universidades, fundações e federações brasileiras. O grupo incide sobre o Estado brasileiro e as organizações multilaterais, promovendo o desenvolvimento sustentável, o combate às desigualdades e às injustiças e o fortalecimento de direitos universais, indivisíveis e interdependentes, com base no pleno envolvimento da sociedade civil em todos os espaços de tomada de decisão. O Grupo de Trabalho é cofinanciado pela Gestos Soropositividade, Comunicação e Gênero, pelo Instituto Democracia e Sustentabilidade (IDS) e pela ACT Promoção da Saúde. Disponível em: [https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2021/07/por\\_rl\\_2021\\_completo\\_vs\\_03\\_lowres.pdf](https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2021/07/por_rl_2021_completo_vs_03_lowres.pdf). Acesso em: 12 ago. 2021.

combate ao tráfico ilícito de bens culturais com base no documento onusiano. O Brasil é um dos Estados que se comprometeram, em 2015, com as ações da Agenda 2030 da ONU, quando, à época, o governo mantinha uma linha político-ideológica alinhada aos interesses do internacionalismo cultural. Entre 2015 e 2018, o Brasil internalizou importantes medidas para a criação de uma inovadora Política Cultural de Combate ao Tráfico Ilícito de Bens Culturais, conforme consta no Projeto de Lei n.º 3.362/2019), que criou a primeira Lei Penal de Combate ao Tráfico Ilícito de Bens Culturais brasileiros.

Entretanto, após a eleição de 2019, o Brasil mudou o seu entendimento sobre os rumos do compromisso assumido com a cultura, segundo consta na Agenda 2030, o que ficou demonstrado no veto presidencial aos 17 ODS, por considerar que não deveria fazer parte do PPA 2020-2023. Dessa atitude, deduz-se que o Estado brasileiro já não priorizava o cumprimento da Agenda 2030. O resultado desse comportamento resta demonstrado no V Relatório Luz da Sociedade Civil, publicado em 2021, sobre o desenvolvimento sustentável no Brasil, produzido pelo GT Agenda 2030. O relatório indica que, a respeito das 169 metas, 54,4% retrocederam, 16% estagnaram, 12,4% encontram-se ameaçada e, apenas, 7,7% demonstraram progresso insuficiente. Isto fica demonstrado quando se analisam, particularmente, as metas para a cultura na Agenda 2030.

Dado o encerramento da Comissão Nacional dos ODS em 2019, resta utilizar os dados coletados pela sociedade civil conforme o V Relatório Luz da Sociedade Civil sobre o desenvolvimento sustentável no Brasil, produzido pelo GT Agenda 2030. Segundo consta no relatório, a meta 4.7 apresentou retrocesso desde 2019, devido à adoção de políticas governamentais que contradizem o objetivo 4, que é assegurar a educação inclusiva e qualitativa. O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Cultura começaram a implantar os seus próprios interesses, pautados na ideologia política nacionalista e patriótica. No próprio Ministério da Educação, há gestores críticos ao ensino alinhado aos direitos humanos e à educação ambiental.

A respeito da meta 11.4, diretamente vinculada à proteção do patrimônio cultural e ao combate ao tráfico ilícito dos bens culturais, esta se encontra em retrocesso devido à completa falta de informações desde 2020. Ao longo de seu mandato, Jair Messias Bolsonaro demonstra desprezo pela qualificação técnica dos quadros do

IPHAN, bem como de outros órgãos na área cultural. Como foi dito anteriormente, após a extinção do Ministério da Cultura, em seu lugar, atualmente há a Secretaria Especial de Cultura subordinada ao Ministério do Turismo. Assim, a prioridade dada à proteção dos bens culturais brasileiros agora prioriza projetos que favoreçam o turismo cultural.

Em relação à meta 16.4, a transparência às informações sobre fluxos financeiros ilícitos também se encontra em retrocesso após os ataques reiterados por parte do Ministério da Justiça e do Executivo ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). O atual Governo Federal facilitou o acesso às armas de fogo ao flexibilizar o Estatuto do Desarmamento em 2020. Consequentemente, reside aí uma maior predisposição ao cometimento de delitos associados à criminalidade transnacional, por exemplo, ao branqueamento de capitais, à formação de milícias, aos grupos terroristas e ao tráfico ilícito internacional. De igual forma, a metas 16.5 encontra-se hoje em retrocesso, ao passo que, a respeito da meta 16.a, o Brasil, ainda, não criou uma Instituição Nacional dos Direitos Humanos, em particular preocupada com a violência e o combate ao terrorismo e ao crime.

Finalmente, a meta 17.17, tampouco, possui dados confiáveis, devido às escassas informações e dados estatísticos sobre os investimentos de recursos públicos em todas as áreas. Igualmente, a falta de dados compromete a análise acerca da meta 17.19 a ser cumprida pelo Brasil, devido à inviabilização do Censo 2020, que está atrasado desde então e que não tem garantia para a sua realização em 2021. Na prática, sem as informações advindas do Censo 2020, será impraticável monitorar o cumprimento pelo Brasil dos compromissos assumidos com os 17 ODS e as 169 metas da Agenda 2030 da ONU.

## Referências

ALMATY. *Sub-regional Conference Strengthening the Protection of Cultural Heritage in Central Asia in focus of the 1954 and 1970 UNESCO Conventions*. 2017. UNESCO. Disponível em: <http://en.unesco.kz/sub-regional-conference-strengthening-the-protection-of-cultural-heritage-in-central-asia> Acesso em: 12 ago. 2021.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 14 ago. 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 3.166, de 14 de Setembro de 1999*. Promulga a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilícitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3166.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3166.htm) Acesso em: 14 ago. 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 6.177, de 1º ago. 2007*. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm) Acesso em: 14 ago. 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 72.312, de 31 de maio de 1973*. Promulga a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D72312.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D72312.html) Acesso em: 14 ago. 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019*. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/71137350/do1e-2019-04-11-decreto-n-9-759-de-11-de-abril-de-2019-71137335](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/71137350/do1e-2019-04-11-decreto-n-9-759-de-11-de-abril-de-2019-71137335). Acesso em: 13 ago. 2021.
- BRASIL. *Mensagem nº 743, de 27 de dezembro de 2019*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despachos-do-presidente-da-republica-235856790>. Acesso em: 12 ago. 2021.
- CULTURE FOR THE 2030 AGENDA. 2018. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000264687\\_eng](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000264687_eng). Acesso em: 13 ago. 2021.
- ILICIT TRADE REPORT 2017. *Section 1: Cultural heritage*. Disponível em: <https://wco-americaibe.org/wp-content/uploads/2019/04/WCO-Illicit-Trade-Report-2017.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- IPEA. *AGENDA 2030*. ODS – Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8636>. Acesso em: 12 ago. 2021.
- MAGRI, Geo. The impact of the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the EU directives on the international art market: an analysis fifty years after the introduction of the obligation to return stolen or illegally exported cultural goods. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 60-74, 2020.
- NAFZIGER, James. A. R.; NICGORSKI, Ann. *Cultural heritage issues: the legacy of conquest, colonization and commerce*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- NAFZIGER, James; PATERSON, Robert Kirkwood; RENTELN, Alison Dundes. *Cultural law: international, comparative and indigenous*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- NAIM, Moisés. *Illicit: How smugglers, traffickers, and copycats are hijacking the global economy*. London: Doubleday, 2005.
- NIKLAS, Jan. *Projeto de deputado do PSL tira poderes do Iphan em ações de tombamento e preservação*. Entidades como o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Distrito Federal e o Instituto de Arquitetos do Brasil do Distrito Federal temem aumento de ingerência com interesses privados no órgão. Estadão, junho de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/projeto-de-deputado-do-psl-tira-poderes-do-iphane-em-acoes-de-tombamento-preservacao-24460017>. Acesso em: 12 ago. 2021.
- NORWAY RETURNS Buddha Statue to Protect Myanmar's National Cultural Heritage. 2017. UNESCO. Disponível em: [http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/dynamic-content-single-view/news/norway\\_returns\\_buddha\\_statue\\_to\\_protect\\_myanmars\\_national-1/](http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/dynamic-content-single-view/news/norway_returns_buddha_statue_to_protect_myanmars_national-1/) Acesso em: 12 ago. 2020.
- OLIVEIRA, Danilo Júnior de; OLIVEIRA, Maria Carolina Vasconcelos; VAL, Ana Paula de. Três pautas em destaque na agenda de diversidade cultural da Unesco: ambiente digital, tratamento preferencial e participação da sociedade civil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 75-93, 2020.
- OOSTERMAN, Naomi; YATES, Donna. Policing heritage crime in Latin America. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 274-290, 2020.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.



SALIBA, Aziz; FABRIS, Alice Lopes. O retorno de bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 489-509, 2017.

SOARES, Anauene Dias. *Direito internacional do patrimônio cultural: o tráfico ilícito de bens Culturais*. Fortaleza: IBDCult, 2018.

THREE-DAY WORKSHOP on the Ethics of Collection and Fight Against Illicit Traffick in GCC. 2017. UNESCO. Disponível em: [http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/single-view/news/three-day\\_workshop\\_on\\_the\\_ethics\\_of\\_collections\\_and\\_fight\\_ag-1](http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/single-view/news/three-day_workshop_on_the_ethics_of_collections_and_fight_ag-1) Acesso em: 12 ago. 2021.

UNESCO. *Declaración de Florencia. 4 de octubre de 2014*. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000230394> Acesso em: 12 ago. 2021.

UNESCO-MONACO COOPERATION. *Capacity Building for the Fight Against the Illicit Trafficking of Cultural Objects in Mongolia*. Achievement Report (2010-2013). 2013. UNESCO. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/capacity-building/asia-and-the-pacific/capacity-building-asia-and-pacific-before-2016/mongolia-2010-2013/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

UPADHYAY, Niteesh Kumar; RATHEE, Mahak. Protection of cultural property under international humanitarian law: emerging trends. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 389-409, 2020.

V RELATÓRIO LUZ DA SOCIEDADE CIVIL. Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável Brasil. Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para 2030. Disponível em: <http://gtagenda2030.org.br> Acesso em: 18 ago. 2021.

YATES, Donna. Illicit cultural property from Latin America: looting, trafficking, and sale. In: DESMAIRIS, France (ed.). *Countering illicit traffic in cultural goods: the global challenge of protecting the world's heritage*. International. Council of Museums, 2015. p. 33-45.

YATES, Donna. *South America on the block: the changing face of Pré-Columbian antiquities auctions in response to international law*. A dissertation submitted for the degree of Master of Philosophy. Department of Archeology University of Cambridge, august, 2006.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Bioeconomy and the Nagoya Protocol**  
**Bioeconomia e o Protocolo de Nagoya**

Danielle Mendes Thame Denny

VOLUME 19 • N. 1 • 2022  
INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



## Bioeconomia e o Protocolo de Nagoya

Danielle Mendes Thame Denny\*\*

### Abstract

Brazil has ratified the Nagoya Protocol putting an end to a decade of internal disputes among agrobusiness, environmentalists and scientists. But the challenges remain. The utilization of genetic resources can lead to innovation in many types of industry, but depending on the way they are exploited they can be a form of unfair competition or even biopiracy. This paper brings some tools designed to curtail this and that are brought forward by international legal documents as well as by voluntary compliance mechanisms, such as the voluntary sustainability standards. The aim is shed a light on the pros and cons of these asymmetrical regulatory systems and the importance that these instruments are used to favour global justice and not the interests of a minority. In this way, the research aims to contribute to the UN SDGs 2 (sustainable agriculture), 12 (responsible production), 15 (preservation of life on land), 16 (justice and effective institutions) and 17 (partnerships and means of implementation).

**Keywords:** Brazil; Nagoya Protocol; Bioeconomy; Bio innovation; Biopiracy; Biotrade; Genetic resources; Voluntary Sustainability Standards.

### Resumo

O Brasil ratificou o Protocolo de Nagoya pondo fim a uma década de disputas internas entre agronegócios, ambientalistas e cientistas. Mas os desafios permanecem. A utilização de recursos genéticos pode levar à inovação em diversos tipos de indústria, mas dependendo da forma como são explorados podem ser uma forma de concorrência desleal ou mesmo biopirataria. Este artigo traz algumas ferramentas destinadas a coibir isso e que são trazidas por documentos jurídicos internacionais, bem como por mecanismos de conformidade voluntária. O objetivo é lançar uma luz sobre os prós e contras desses sistemas regulatórios assimétricos e a importância que esses instrumentos são usados para favorecer a justiça global e não os interesses de uma minoria. Dessa forma, a pesquisa visa contribuir com os ODS 2 (agricultura sustentável), 12 (produção responsável), 15 (preservação da vida na terra), 16 (justiça e instituições efetivas) e 17 (parcerias e meios de implementação) da ONU.

**Palavras-chave:** biodiversidade brasileira; biodiversidade; Bio inovação; Biopirataria; Recursos genéticos; Protocolo de Nagoia; Padrões Voluntários de Sustentabilidade.

\* Recebido em 21/05/2021  
Aprovado em 10/12/2021

\*\* Postdoctoral researcher at Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Piracicaba, Brazil; and visiting researcher at Asia-Pacific Centre for Environmental Law, at National University of Singapore, Singapore. PhD on International Environmental Law at Universidade Católica de Santos, Brazil. Lawyer licensed to practice in Brazil since 2001(OAB/SP). Former CAPES/CNPQ fellow, and former visiting researcher at Yale University (USA), University College London (UK).  
Email autor: danielle.denny@gmail.com



# 1 Introduction

One of the most contemporary pressing problems we face is the necessary cognitive change regarding sustainability. On the one hand; the impending climate catastrophe and on the other, the need to boost the economy. However, this dichotomy can only be overcome with the identification of points of convergence that lead to economic development at the same time that social and environmental benefits are generated.

For countries rich in natural resources and megadiverses<sup>1</sup> such as Brazil<sup>2</sup>, sustainability must be perceived as a business opportunity and not as an obstacle. However, there is a constant conflict in the narratives related to the theme, both within the country and internationally. The interdependence in this matter is remarkable, with a lot of foreign regulation, such as the European one<sup>3</sup>, which starts to have indirect application, demanding that the Brazilian production proves commitment with certain values that should be, in principle, in its own interest, but which are disputed through the fulfillment of several standards that measure the degree of adherence of national production to what is required by European public policy.

In this example, the European Commission has set as a long-term goal the development of a competitive, efficient and low-carbon economy by 2050. The bioeconomy can play an important role in achieving this goal. In Europe alone, the market is estimated at around € 2.4 billion<sup>4</sup>, including agriculture, food, beverages, agro-industrial products, aquaculture, forestry, wood-based industry, biochemists, enzymes, biopharmaceuticals, biofuels and bioenergy.

The bioeconomy is inserted in the broader context of green economy<sup>5</sup>, and is focused on the use of re-

newable raw materials and the application of research, development and innovation and industrial biotechnology in sectors such as food, medicines, chemicals, and biofuel production<sup>6</sup>. The focus of the bioeconomy is to create new opportunities for economic growth in sectors that have a biological basis, considering the fulfillment of sustainable development objectives, the challenges of food insecurity in the supply of raw materials, and the increasing environmental restrictions in varying levels of jurisdiction.

The bioeconomy concept embraces the production, utilization, conservation, and regeneration of biological resources, traditional knowledge, biotechnology, better practices, and innovation, to provide more sustainable and circular solutions increasing the uses of the biomass and reusing most or all the residues. The bioeconomy encompasses the 1) primary production sectors (crop and livestock production, forestry, fisheries, aquaculture, extractivism); 2) the ecosystems that supply the primary materials and services to these sectors; 3) the secondary production sectors, such as cosmetics, plastics, pharmaceuticals, food manufacturing and processing industries; 4) the tertiary (service) sectors, such as research and innovation, transport, the retail sector, and waste management<sup>7</sup>.

In a nutshell, a bioeconomy involves the use of biotechnology on a large scale, with the application of science and technology to living organisms, as well as parts, products and models of them, to alter living or non-living materials for the production of knowledge, goods and services. At this point, the transition to a bioeconomy will depend on the advancement of technology, coordinated public policies, competitive costs and, above all, the availability of sustainable, standardized and certified biomass.

<sup>1</sup> United Nations Environment Programme World Conservation Monitoring Centre UNEP-WCMC, 'Megadiverse Countries Definition| Biodiversity A-Z' (1988) <https://www.biodiversitya-z.org/content/megadiverse-countries>. Accessed: 1 Feb. 2021.

<sup>2</sup> There are 17 megadiverse countries that have about 70% of the planet's biodiversity in their territories: Brazil, Colombia, Mexico, Venezuela, Ecuador, Peru, United States, South Africa, Madagascar, Democratic Republic of Congo, Indonesia, China, Papua New Guinea, India, Malaysia, Philippines and Australia.

<sup>3</sup> European Commission, A European Green Deal 2019.

<sup>4</sup> Nicolae Scarlat and others, 'The Role of Biomass and Bioenergy in a Future Bioeconomy: Policies and Facts' (2015) 15 Environmental Development 3.

<sup>5</sup> UNEP (Ed), *Towards A Green Economy: Pathways To Sustainable Development And Poverty Eradication* Unep, 2011.

<sup>6</sup> D D'Amato and others, 'Green, Circular, Bio Economy: A Comparative Analysis of Sustainability Avenues' (2017) 168 Journal of Cleaner Production 716; Chetan Keswani, *Bioeconomy for Sustainable Development* (Springer 2020); D Kleinschmit and others, 'Environmental Concerns in Political Bioeconomy Discourses' 15; Joachim Pietzsch, *Bioeconomy for Beginners* (Springer 2020) <<https://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=6132421>> accessed 6 January 2021.

<sup>7</sup> FAO. *Guide On Incentives For Responsible Investment In Agriculture And Food Systems*. 2021. Disponível em: <Http://Www.Fao.Org/3/Cb3933en/Cb3933en.Pdf>. Accessed: 1 Jul. 2021; BOGDANSKI, A. et al. *Guidance Note On Monitoring The Sustainability Of The Bioeconomy At A Country Or Macro-Regional Level*. 2021. disponível em: <Https://Www.Fao.Org/Documents/Card/En/C/Cb7437en>. Accessed: 10 Dec. 2021.

This basically because the move to an economic model that is driven by biological rather than fossil resources, implies many trade-offs, and bring risks that have to be well managed privately and public to bring the economy closer to the sustainable development goals<sup>8</sup>. So, it is important to advance the effective bioeconomy monitoring systems to constantly assess the performance and progress of the bioeconomy across a range of indicators covering many dimensions of sustainability in a multifactorial way.

A step forward a better governance of its bioeconomy was made by Brazil that recently joined the Nagoya Protocol<sup>9</sup>, approved in 2010 and entered into force at the international level in 2014, conveying 124 countries that ratified it, out of a total of 196 that are parties of the umbrella treaty the Convention on Biological Diversity<sup>10</sup>. The topic has been very disputed and highlights many controversial views about production and development.

For example, on the one hand, the use of biological resources can lead to innovation in many types of industry, creating jobs and income, but on the other, it can stimulate biopiracy and unfair competition, depending on how they are exploited, which aims to establish a multilateral structure to regulate biodiversity resources and ensure the conservation of biological diversity, sustainable use of its components and fair and equitable sharing of the benefits resulting from the use of genetic resources.

The central idea of the protocol is that the access and use of a genetic resource originating in a given country, creates an obligation to share benefits in order to contribute to the conservation of biodiversity in the country of origin. Its main objective is to promote access to genetic resources and associated traditional knowledge,

and to share the benefits of developed products, based on biodiversity resources. But much of the efficiency of the protocol will depend on its implementation and the ability of document and certify, a role that has been delegated to voluntary sustainability standards.

## 2 Brazil's megadiversity regulation

Brazil is the 130th Party to ratify the Nagoya Protocol<sup>11</sup> that aims to create predictable conditions for access to genetic resources and help to ensure the fair and equitable sharing of benefits from the use of these resources. It took ten years, but its internal regulation about biodiversity has been built for 20 years. Brazil, because of its megabiodiversity is a global leader on the topic of access to genetic resources and benefit-sharing and has one of the more complete national legislation about the theme.

The current legal framework for access and benefit-sharing (ABS) is in place since 2015<sup>12</sup>. The most important definitions are (art. 2, I, II and III): (i) Genetic Heritage - information of genetic origin of plant, animal, microbial or other species, including substances from the metabolism of these living beings; (ii) Traditional knowledge of identifiable origin - information or practice of the indigenous population, traditional community or traditional farmer about the direct or indirect properties or uses associated with the genetic heritage; and (iii) Associated traditional knowledge of non-identifiable origin - associated traditional knowledge in which there is no possibility of linking its origin to at least one indigenous population, traditional community or traditional farmer<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> UN UM. 'Agenda 2030.' Disponível em: Disponível em: [Http://Www.Un.Org/Ga/Search/View\\_Doc.Asp?Symbol=A/Res/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/Res/70/1&Lang=E). Accessed: 12 Jun. 2017

<sup>9</sup> United Nations UN, 'Nagoya Protocol oUN UM. 'Nagoya Protocol On Access To Genetic Resources And The Fair And Equitable Sharing Of Benefits Arising From Their Utilization To The Convention On Biological Diversity.' Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>

<sup>10</sup> United Nations UN, 'CBD - Convention on Biological Diversity' <ht UN UM. 'Cbd - Convention On Biological Diversity'. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>

<sup>11</sup> UN, 'Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity' (n 9).

<sup>12</sup> Congresso Nacional Brasil, Lei Nº 13123/2015 Regulamenta Convenção sobre Diversidade Biológica - CBD, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade 2015 [L.13123/2015].

<sup>13</sup> Congresso Nacional Brasil Lei Nº 13123/2015 Regulamenta Convenção sobre Diversidade Biológica - CBD, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade (n 12).

Foreign individuals are prohibited from accessing the genetic heritage of Brazilian biodiversity or associated traditional knowledge. It must always act through a legal entity (art. 11, §1)<sup>14</sup>. The legal entity headquartered abroad can access, but must be associated with a national institution, public or private, for scientific and technological research (art.12, II)<sup>15</sup>.

Brazil's position is dichotomic. It is both a provider and user of biodiversity genetic resources, therefore Brazil's ABS system has to protect the resources and the traditional people interests at the same time that it facilitates provides a modern approach to foster innovation and develop biotechnology essential to the development of the national agribusiness that reached a final balance of US \$ 87.7 billion, contributing to the Brazilian trade balance closing 2020 with a positive balance of US \$ 50.9 billion, that is, a growth of 6% compared to 2019<sup>16</sup>.

Before the Brazil joining the Nagoya Protocol, only the Brazilian internal legislation was in place. Therefore, if the research or development would not involve Brazilian genetic heritage, the biodiversity national legislation would not be applied. As a consequence, the ABS national system could not be claimed in researches on soybeans, corn, sugar cane, shea etc, that are not native species from Brazil, but are central to the interests of the Brazilian agribusiness. This was perhaps the main reason that took so long to Brazil ratify the Nagoya Protocol.

Protecting biodiversity and traditional knowledge has a number of implications, mainly because it directly affects the interests of pharmaceutical, food, seeds, cosmetic and pesticide industries. In some cases, these sectors access the active ingredients of the species through traditional knowledge, make small modifications, patent and manufacture new products, based on the data col-

lected, without sharing the benefits. This generates a systemic kind of injustice difficult to regulate.

One of the greatest innovations of the Brazilian biodiversity law to curtail the unintentional types of violation was to allow the control of the activities developed within its scope to be done by an electronic system. The National System of Access to Genetic Heritage and Associated Traditional Knowledge (SISGen), in which the user provides the data required by law and does not need to wait for a return from the authorities so that the research can continue and explore the necessary products (art. 12)<sup>17</sup>.

The Biodiversity Law created two benefit-sharing regimes: a general and a specific one for agricultural activities, which includes food, beverages, planted forests, energy and fibres (arts. 17 and 18)<sup>18</sup>. In the general case, the benefit sharing is calculated on the net revenue of the finished product (e.g., medicine) and the person responsible for payment is the manufacturer of the finished product. In the case of agricultural activities, the benefit sharing is calculated on the net revenue of the reproductive material (e.g., seed) and the responsible for the payment is the producer of reproductive material in the chain (e.g., seed manufacturer).

Even with the law in place the burdens of proof can result in different rulings in similar situations even at the national level. Some emblematic cases involving the same business like Natura, a cosmetics company, that have rulings in favour of the company for the use of 'murumuri' and in favour of the communities for the use of 'breu branco' and 'priprioca', for example<sup>19</sup>.

### 3 The Nagoya international regime

<sup>14</sup> Congresso Nacional Brasil Lei Nº 13123/2015 Regulamenta Convenção sobre Diversidade Biológica - CBD, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade (n 12).

<sup>15</sup> Congresso Nacional Brasil Lei Nº 13123/2015 Regulamenta Convenção sobre Diversidade Biológica - CBD, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade (n 12).

<sup>16</sup> IPEA. 'Comércio Exterior De Produtos Do Agronegócio: Balanço De 2020 E Perspectivas Para 2021'. 2021. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/Portal/Images/Stories/Pdfs/Conjuntura/210331\\_Cc\\_50\\_Nota\\_29\\_Setor\\_Externo\\_Agro.Pdf](https://www.ipea.gov.br/Portal/Images/Stories/Pdfs/Conjuntura/210331_Cc_50_Nota_29_Setor_Externo_Agro.Pdf).

<sup>17</sup> Congresso Nacional Brasil Lei Nº 13123/2015 Regulamenta Convenção sobre Diversidade Biológica - CBD, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade (n 12).

<sup>18</sup> Congresso Nacional Brasil Lei Nº 13123/2015 Regulamenta Convenção sobre Diversidade Biológica - CBD, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade (n 12).

<sup>19</sup> Márcia Cristina Pereira de Melo Fittipaldi, 'Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais no Contexto da Biopirataria e dos Marcos Legais' (2020) 7 South American Journal of Basic Education, Technical and Technological 648.



The Nagoya Protocol was adopted in 2010 and entered into force on 12 October 2014. It is a supplementary agreement to the Convention on Biological Diversity – CBD<sup>20</sup> that was opened for signature in Brazil, at the Earth Summit in Rio de Janeiro in 1992, and entered into force in December 1993, and has 196 Parties, so near universal participation among countries. The Protocol builds on the access and benefit-sharing (ABS) provisions of the CBD by establishing predictable conditions for access to genetic resources and by helping to ensure the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of these resources.

The concept of fair and equitable benefit sharing derives from international biodiversity law, international human rights law, and the law of the sea. It takes into consideration “the nature of the benefits to be shared; the activities from which benefit sharing arise; the beneficiaries; and fairness and equity as the rationale for benefit sharing in international law”<sup>21</sup>. It is a diffuse legal phenomenon in international law, derived from the understanding that genetic resources are not *res nullius*, but goods in public domain therefore the member states are sovereign to regulate the public uses that can be directly or indirectly, promoting responsible use and conservation committed to present and future generations<sup>22</sup>.

The extraction of genetic resources illegally or without the fair sharing of the benefits with the communities and country from where these substances are extracted are strongly connected with environmental degradation, diminishes tax revenues that depress public spending and causes social distress. Some examples of immediate effects are deforestation, depletion of biodiversity, impoverishment of individuals and communities who rely on those resources to sustain their existence, and the loss of traditional knowledge that was constructed through generations and could in the future lead to the development of new drugs or substances.

The Nagoya Protocol<sup>23</sup> seeks to put in place a multilateral framework that addresses biodiversity resources,

a central pillar that integrates the objectives of the Convention on Biological Diversity<sup>24</sup>: conservation of biological diversity, sustainable use of its components and fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources, as approved at Rio-92. The rationale is that access to a genetic resource originating in a country (known as *in situ*), which leads to a product, creates an obligation to share benefits in order to contribute to the conservation of biodiversity. Its central objective is to promote access to genetic resources and associated traditional knowledge, and the sharing of benefits from products developed from biodiversity resources.

Its parties are encouraged to create national rules that address access, prior informed consent from local communities, benefit sharing, mutually agreed terms, rules on compliance, among other instruments. The multilateral legal regime put forward by the protocol has been the major step towards the recognition of benefits to countries and populations often deprived of their rights regarding their biodiversity.

Although it focuses on the general ideas of areas of access, benefit-sharing and compliance, there has been since the beginning many fragmentations such as the industrialized countries put emphasis on facilitated access, whereas developing countries stressed the need for a better mechanism to realize benefit-sharing and compliance<sup>25</sup>. And some topics are still being negotiated, like the possible definition of a global benefit sharing mechanism for cases where it is not possible to have prior informed consent from local communities; genetic resources that exist in many neighbouring countries, and questions on assessing compliance with the Protocol, for example.

The Nagoya Protocol can assume an intrinsic role to the potential of the bio economy and to a universe of unknown possibilities to be explored as a way to foster knowledge, innovation, investments and socioeconomic and environmental benefits. The forum it provides as negotiating table on principles, concepts and experience arising from the implementation of national laws and regulations can be strategic to build informed and sensible political decisions. Without this multilateral

<sup>20</sup> UN, ‘CBD - Convention on Biological Diversity’ (n 10).  
<sup>21</sup> MORGERA, Elisa. ‘The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing’ (2016) 27 European Journal of International Law 353, 23.  
<sup>22</sup> CELI, Alina. ‘Análisis jurídico del ordenamiento jurídico internacional sobre protección de los recursos genéticos: desafíos y perspectivas en Uruguay a partir de la implementación del protocolo de Nagoya’ (2016) 13 Revista de Direito Internacional 117.  
<sup>23</sup> UN, ‘Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utiliza-

tion to the Convention on Biological Diversity’ (n 9).  
<sup>24</sup> UN, ‘CBD - Convention on Biological Diversity’ (n 10).  
<sup>25</sup> RICHERZHAGEN, Carmen. ‘The Nagoya Protocol: Fragmentation or Consolidation?’ (2014) 3 Resources 135.

possibility, countries with important genetic resources or with a strong biotech industry can negotiate the creation of rules that can be harmful to the other countries.

There is a relevant clash since the negotiation of the Protocol, considering the proposals to create a global benefit sharing mechanism that would cover, in addition to *in situ* resources, originating from biodiversity of countries, resources found outside their origin (known as *ex situ*). This would mean that users of genetic resources from other countries hundreds of years ago had to share benefits, this could generate enormous insecurity, especially with regard to agricultural genetic resources explored by the agribusiness nowadays. The solution was to create an article on special considerations, asking countries to define how to deal with genetic resources for agriculture and the role of genetic resources for food security.

Another central theme is the potential for doing genetic sequencing and creating virtual databases with genome information has become exponential, this means that once access is made to do the sequencing, future access to the information can be made virtually to the pairs of genetic bases that make up the genome of the species in question. In such cases, it will not always be possible to know the country of origin of the resource, nor of which resource the genetic sequence comes from.

There are different property rights along the value chain of the utilization of genetic resources: private or common property rights over land and biological resources at the local level, state sovereignty over natural resources at the national level and the intellectual property rights of users of genetic resources over products derived from genetic resources. Intellectual property rights are the most critical factor in the access and benefit-sharing concept, because they are intangible and therefore asymmetrical with the strengths of the rights originated by the use of the “global scientific research commons”<sup>26</sup> or other commons such as a clean environment, especially if it is in relatively weaker states.

<sup>26</sup> DEDEURWAERDERE, T. et al. ‘Chapter 13. Governing Global Scientific Research Commons Under The Nagoya Protocol’. In: MORGERA, Elisa; BUCK, Matthias; TSIOUMANI, Elsa. (ed.). *The 2010 Nagoya Protocol On Access And Benefit-Sharing In Perspective*. Brill | Nijhoff 2013. Disponível em: [https://Brill.Com/View/Book/Edcoll/9789004217201/B9789004217201\\_015.Xml](https://Brill.Com/View/Book/Edcoll/9789004217201/B9789004217201_015.Xml). Accessed: 31 Aug. 2020.

Adding to the fact that genetic resources do not create robust property rights such as a patent or a trademark does, on one hand, governments have relatively strong rights over their biological resources and on the other hand intellectual property provide business with strong rights after a product has been developed, on the opposite end of the value chain. The protection of products for about 20 years assuring intellectual property holder long-term profits versus the interests of developing countries tend to lose if counterbalance on the local level is not established.

National governments have to ensure that the local level participates in the property rights over biodiversity and shares the benefits that arise from their use, and patent law must be amended to require the disclosure of the origin of genetic resources before the intellectual property is granted. With “biodiversity appearing more and more clearly as a cross-cutting issue”<sup>27</sup>, in need to be incorporated various policies, Nagoya is a step forward because it has strengthened the local level by calling for legislative reforms into the countries that are parties and for administrative or policy measures to ensure that benefits arising from the utilization of genetic resources that are held by indigenous and local communities are shared in a fair and equitable way with the communities concerned, on Article 5.2<sup>28</sup>.

Better compliance mechanisms to address developing countries lack of capacity to control the use of the material extract from their biodiversity, Articles 15–18<sup>29</sup>, is rather weak, it does not specify any measures that user countries should establish to address compliance, they are only required to implement “appropriate, effective and proportionate measures to address situations of non-compliance” in user countries, Articles 15.2 and 16.2<sup>30</sup>.

Asymmetric information is another problem. Neither providers can estimate the benefits to be derived from genetic resources nor can they precise the factual utilization of the materials once users have obtained

<sup>27</sup> Celi (n 22).

<sup>28</sup> UN. ‘Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity’ (n 9).

<sup>29</sup> UN. ‘Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity’ (n 9).

<sup>30</sup> UN. ‘Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity’ (n 9).

them, therefore, their claim revolve over unrealistic benefits and rarely users and providers can agree on a contract. And worried about unapproved use, provider countries opt for over-regulating use or simply deny access. Users, on the other hand, struggle to precise the exclusivity and the quality of the provided material and challenge the use of the received benefits, many states retain in the national level the amount received at the expenses of the interests of the local communities. Information is essential to overcome insecurity and enable flexible contracts voluntary sustainability standards can be used to cope with this problem at least up to a certain point.

The development of the Nagoya regime can be described as path dependent. Individuals, states or institutions may disagree about definitions, concepts, values, but perfectly agree about the need of “policies built on the causal logics of path-dependent processes that can help constrain future behaviour to achieve desirable longer-term social benefits”<sup>31</sup>.

However, the protocol received several critiques, first of all, because it created another layer of bureaucracy to comply with and some researches have been slowed down due to vague and unclear provisions. For some the idea of sharing benefits derived from the access to genetic resources is only in theory a win-win situation, leading to the lawful recognition of benefits to resources’ owners and providing users with clear procedures to comply. In practice however, the process is all but smooth and simple.

When genetic resources are utilized in another country, this triggers a notification to the provider nation via the Access and Benefit-Sharing Clearing-House<sup>32</sup>, then the provider will have to decide whether the use is permitted or not. As a consequence, potential users have to invest time and money to comprehend different legislation across the globe, make sense from incoherent rules, and endure long negotiations needed to reach the required mutually agreed terms<sup>33</sup>.

Besides that, scientific research can be very complex a single product can use several genetic resources in different combinations and locations. Thoroughly compliance requiring permissions for every single substance is sometimes virtually impossible due to the high conformity costs from several national legislations, some unwieldy<sup>34</sup>. In these cases, stopping the research or not complying are the alternatives. Notwithstanding various regulated constituencies (e.g., bio repositories, botanic gardens, natural history museums, microbial collections, and governments) after the protocol needed to establish their own best practices and codes of conduct<sup>35</sup> adding another layer of bureaucracy to comply with.

Overall, the convention was not functioning properly on a purely deregulated basis, the protocol brought a certain level of institutionalization, now the voluntary sustainability standards have a promising role of harmonizing the international environmental governance relating to the implementation of the Nagoya Protocol in a fair and equitable way. Article 20 expressly call for homogeneous frameworks focused on standards<sup>36</sup> and requires parties to maintain an updated collection of these standards.

## 4 Biopiracy a super wicked problem

Illicit financial flows can be defined as cross-border movements of funds that are illegally earned, transferred, or used; this either because the activity themselves are illegal (e.g., corruption, tax evasion); the funds are the results of illegal acts (e.g., smuggling and trafficking in minerals, wildlife, drugs, and people); or their purposes are illegal (e.g., financing of organized crime)<sup>37</sup>. They are explicitly recognized as an obstacle to sustainable development, singled out as a separate target #4 of sustainable development goal SDG16<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> BIERMANN, F. et al. ‘Transforming Governance and Institutions for Global Sustainability: Key Insights from the Earth System Governance Project’ (2012) 4 Current Opinion in Environmental Sustainability 51, 123.

<sup>32</sup> UN UM. ‘Absch - Access And Benefit-Sharing Clearing-House’. 2011. Disponível em: <https://Absch.Cbd.Int/>. Accessed: 31 Aug. 2020.

<sup>33</sup> Bruce S Manheim, ‘The Quid Pro Quo Failing Biodiversity and the Discovery of New Products’ (2019) 69 BioScience 856.

<sup>34</sup> WATANABE, Myrna E. ‘The Nagoya Protocol: Big Steps, New Problems’ (2017) 67 BioScience 400.

<sup>35</sup> Watanabe (n 34).

<sup>36</sup> UN. ‘Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity’ (n 9).

<sup>37</sup> WORLD BANK. ‘*Illicit Financial Flows (IFFs)*’. World Bank, 2017. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/illicit-financial-flows-iffs>. Accessed: 30 Aug. 2020.

<sup>38</sup> UN. ‘Agenda 2030’ (n 8).



Natural resource extraction is one of the activities that poses challenges to international regulation and law enforcement therefore are prone to enable the action of wrongdoers. Especially challenging is the “conservation of biological diversity, the sustainable use of its components and the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilisation of genetic resources”<sup>39</sup>. Biopiracy is not a legal term in Brazil but stands for the “appropriation of biological resources and knowledge of these resources for purposes that do not meet the approval or have the consent of groups or individuals who have some prior claim to the resources or knowledge”<sup>40</sup>. So, patenting a chemical or medicament without equitable sharing of benefits with the communities and country from where the original substances were extracted can also be considered biopiracy.

The lack of legal classification to the crime of biopiracy weakens the State’s ability to control it. In the absence of a specific legislation, biopirates “extend their avid claws over the Amazon and take the riches of the genetic heritage and the traditional knowledge without giving anything in return”<sup>41</sup>. Without criminal legislation, the way to punish these conducts are civil limited to the economic resources derived from the development of products, from the genetic resources and the environmental knowledge heritage, specially from the Amazon people.

Curtail this complex problem is nothing simple, on the contrary, it demands a well-tuned orchestration among many opposite interests such as government, environmentalists, agribusiness, pharmaceuticals, industry, scientists, and the communities from where the resources are exploited. And in context of environment, problems are “super wicked”<sup>42</sup> therefore it is hard to identify who has the responsibility, the capacity and potentially the knowledge and motivation to change behaviour toward effective curtailment.

The concept of ‘wickedness’<sup>43</sup> is defined to those problems that share some of the core characteristics: have a single and definitive formulation; depends upon one’s idea for solving it; there is no end: there are no criteria for sufficient understanding and thorough completion. Therefore, solutions are polyvalent, not dichotomist like true or false, good or bad. It is impossible to test the solution: the action is done during the process and maintains its effects. Every solution is definitive, a “one-shot”, because it is impossible to learn by trial and error once all actions leave traces that cannot be undone. There is a infinite set of solutions, every problematic is unique, and each problem is a symptom of another problem. And above all there are always many ways to explain this kind of problem; and they affect the well-being of many.

Levin, Cashore, Bernstein and Auld<sup>44</sup> expand this concept into “super wicked problems” because they present extra difficulties: lack of time, participation of those who are seeking the solution in the aggravation of the problem, ineffectiveness of central authorities and irrational conduct of the players in the long term perspective. Just as Hardin and Ostrom<sup>45</sup> argued in their solution to the tragedy of commons, new institutional arrangements are needed to build the bridges to overcome this kind of contemporary super wicked problems, characterized by non-linear systems where everybody interact in unpredictable ways, is affected reflectively by all actions and face the human tendency to overexploit the resources. Not an easy task to a global society legally structured by parallelism among sovereign states.

## 5 Global Environmental Governance

Over the last decades, the Global Environmental Governance legal framework has been dramatically changed. Scholars and practitioners working on International Environmental Law have witnessed the emergence of many diverse actors and proliferation of rules

<sup>39</sup> UN. ‘Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity’ (n 9) 1.

<sup>40</sup> ALBALA, K. (ed.). *The Sage Encyclopedia Of Food Issues*. Sage Reference, 2015.

<sup>41</sup> POZZETTI, Vc; MENDES, MI Da S. ‘*Biopirataria Na Amazônia E A Ausência De Proteção Jurídica*’. Disponível em: [Http://Ucs.Br/Etc/Revistas/Index.Php/Direitoambiental/Article/View/3691](http://Ucs.Br/Etc/Revistas/Index.Php/Direitoambiental/Article/View/3691). Accessed: 1 Apr. 2021

<sup>42</sup> Biermann and others (n 31).

<sup>43</sup> Horst WJ Rittel and Melvin M Webber, ‘Dilemmas in a General Theory of Planning’ (1973) 4:2 (1973:June) *Policy Sciences* 155.

<sup>44</sup> LEVIN, K. et al. ‘Overcoming the Tragedy of Super Wicked Problems: Constraining Our Future Selves to Ameliorate Global Climate Change’ (2012) 45 *Policy Sciences* 123.

<sup>45</sup> Garrett Hardin, ‘The Tragedy of the Commons’ (1968) 162 *Science* 1243; OSTROM, E. *Governing The Commons: The Evolution Of Institutions For Collective Action*. Cambridge University Press 1990.

originating from many spheres of power and having a potential global impact. A new form of private driven and multilevel global governance is being put in to place, this because globalization has transformed the international context in several ways, mainly by facilitating the articulation of civil society and increasing the role of companies and private entities.

Comparing to the substantial increase in the economic power of companies, many national governments become weak and no longer are in the position of exercising their regulatory power. Stricter rules could represent less investment of the companies in their countries. This decreases the capacity and interest of the national governments to demand from company's compliance with standards especially social and environmental ones. And as production and trade is done in the global market, players facing fewer regulations have advantages over the competitors.

Three basic developments made possible the actual integration of global supply chains necessary for our present global production: revolutionary information technologies innovations in all spheres of society, capital mobility, and risky financial instruments<sup>46</sup>. These characteristics pose challenges to traditional spheres of power and make it possible for new actors to participate in the political arena effectively enough to tilt the balance of power, and cause ripple effects such as consumer concerns and media publicity; as a diffuse effect they can influence government policies and set the international agenda.

Therefore, it increases the space to private environmental governance for example through the adoption of voluntary sustainability standards by companies or non-governmental organizations. They attest about the environmental and/or social compliance of the production processes and the supply chains. Despite not having much direct government intervention, these regulations are interdependent with the legal regulatory framework in place in the State, region, and city they operate. But the public authorities have an important role to stimulate or disincentive this private environmental governance in many ways.

<sup>46</sup> BALDWIN, R. *The Great Convergence Information Technology And The New Globalization*. Belknap Press: An Imprint Of Harvard University Press, 2016.

## 6 Market driven initiatives

In a global chain production, companies outsource the suppliers of products and services using temporary contracts on demand. The company that best manages the vast network of global production logistics wins the most. But in this scenario an outsourced factory that is caught redressed in unethical conduct can jeopardize the full value of the large contractor's brand and indefinitely jeopardize the economic performance of the great economic agent globally. In an event of misconduct in this context the company can eventually face multijurisdictional claims; as well as political and civil society pressures.

This indicates that public expectations can become in a way forceful to the companies interested in these markets, regardless of sovereignty and national borders. Thus, it has the potential of creating a concrete incentive to the adoption of corporate governance practices transnationally if not globally. The adoption of codes of ethics, the submission of the operation to sustainability reports, constant verification of compliance, independent third parties' assessments, and certifications become expected from the ethical business that could effectively mitigate environmental risks.

But what is this myriad of voluntary sustainability standards being adopted? Who is setting the rules? What are their impacts into global trade? How can this be governed?

Private environmental governance, if not well implemented, can cost for example market access through governmental, private, national, foreign, legally binding or voluntaries initiatives. "Clashes between multinational enterprises and nation-states might be growing in frequency and intensity, evoking responses from both the public and the private sectors"<sup>47</sup>. Consumer boycotts, reputational losses and responsibility for noncompliance with expected conduct are not the only risks to be assessed. In terms of competition, more and more companies among themselves face the lack of regulatory fair play.

Interactions on a global scale as well as the planetary human impact on the environment created issues that require cooperation, such as the climate crisis. Countries

<sup>47</sup> VERNON, R. *In The Hurricane's Eye: The Troubled Prospects Of Multinational Enterprises*. Harvard University Press, 2001

increased interdependence and the need for coordination relativized their sovereignty. This highly heterogeneous set of rules leads to a ‘polyarchic’ distribution of power where no single actor, nor even the most powerful nation, has the capacity to impose its own solution without taking into account the others<sup>48</sup>.

Although, high performance with high integrity must be the foundational goals of global business<sup>49</sup>, there is a concrete risk that private environmental governance is used to protect national markets, maintain monopolies and decrease the competitiveness of products or services originated from developing countries, especially from those that are also “shaper nations”<sup>50</sup> whose markets are strong enough to influence global politics and economy such as: China, Brazil, India, Turkey and others

## 7 Voluntary sustainability standards

Internationally enforcement is very rare at the traditional international level due to the lack of centralized enforcement power and states sovereignty. Then, the normal pattern of compliance is rarely the legal constraint. Reputation, reciprocity, retaliation, and prior consent to the legitimacy of the norms are what normally determine compliance (understood as rule observance)<sup>51</sup>.

Reputation is a general organizational attribute that reflects how external stakeholders see the firm and value it as good or bad, and this valuation has many practical effects like the mark-up price for products and services and the possibility of attracting “the best and the brightest”<sup>52</sup>. Roberts and Dowling empirically analysed that good reputation is a valuable asset that allows a firm to achieve persistent profitability in the long term

and to sustain superior financial performance<sup>53</sup>. Reputation is even more relevant for the current intangible economy but still insufficient to understand how international rules become effective and what is necessary to build the “orchestration”<sup>54</sup> needed to orient business decisions, political will, national legislatures, regulatory reforms; and society actions to an ethical path. A standard setter can in some ways buttresses co-ordinated responses to some challenges.

Governing through this kind of “orchestration platforms”<sup>55</sup> corresponds to setting clear quantifiable goals, adequate monitoring, review, or evaluation mechanisms, and building convenient partnerships to take subnational, intergovernmental commitments. The goals and metrics allow valuation of what is working or not, to better plan the future actions and invest the resources. But it has a collaborative intrinsic characteristic that can favour transparency and good governance in many indirect ways, if political interests don’t obfuscate the “technocratic decisions”<sup>56</sup>.

Environmental governance interventions are interconnected in many and complex ways. “Actions in one area or at one scale can, and often does, create ripple effects in other areas/scales. The effects of interventions can be non-linear and can extend beyond the bounds of the original intervention”<sup>57</sup>. To trigger coordinated and effective actions that can lead to transformative change, interventions must demonstrate: capacity to incite path-dependencies<sup>58</sup>, with legal lock ins, potential of scaling to broader contexts, and capacity to generate the desired positive effects in a durable way. Non-states and subnational actors have an important role to articulate such “orchestration platforms”<sup>59</sup>, but also the private initiatives can be very effective.

Partnerships between multi-stakeholder have been more efficient to achieve cooperation and solve problems

<sup>48</sup> SABEL, Cf.; ZEITLIN, J. (ed.) *Experimentalist Governance In The European Union: Towards A New Architecture*. Oxford University Press, 2010.

<sup>49</sup> BAUMANN-PAULY, D.; NOLAN, J. *Business And Human Rights: From Principles To Practice*. Routledge, 2016

<sup>50</sup> HITCHCOCK, Wi.; LEFFLER, Mp.; LEGRO, Jw. (ed.). *Shaper Nations: Strategies For A Changing World*. Harvard University Press, 2016.

<sup>51</sup> HOWSE, R.; TEITEL, R. ‘Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters’ (2010) 1 Global Policy 127.

<sup>52</sup> FISHMAN, C. ‘The War For Talent’. *Fast Company*, 31 July 1998. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/34512/War-Talent>. Accessed: 20 Jun. 2017

<sup>53</sup> Peter W Roberts and Grahame R Dowling, ‘Corporate Reputation and Sustained Superior Financial Performance’ (2002) 23 Strategic Management Journal 1077, 1078.

<sup>54</sup> Hamish van der Ven, Steven Bernstein and Matthew Hoffmann, ‘Valuing the Contributions of Nonstate and Subnational Actors to Climate Governance’ (2017) 17 Global Environmental Politics 1.

<sup>55</sup> Ven, Bernstein and Hoffmann (n 54).

<sup>56</sup> Ven, Bernstein and Hoffmann (n 54).

<sup>57</sup> Ven, Bernstein and Hoffmann (n 54) 15.

<sup>58</sup> CASHORE, B. et al. ‘The Role Of Market Forces Across Multiple Pathways’. In: PANWAR, Rajat; KOZAK, Robert; HANSEN, Eric. (ed.), *Forests, Business And Sustainability*. Routledge, 2015.

<sup>59</sup> Ven, Bernstein and Hoffmann (n 54).



ms and voluntarily initiatives undertaken by business, governments, intergovernmental organizations, major groups and others stakeholders in smaller scale but more abundantly can contribute more to the implementation of what was inter-governmentally agreed as sustainable development goals and national commitments. It is from this national, international, public and private intersection that methodologies of standard analysis may be better systematized to deal with the transnational aspects.

There is no doubt that regulation needs to be agile and pragmatic in order to be effective in a business environment based on global value chains, but convergence, coherence and regulatory cooperation are essential to ensure this maintaining competitiveness as well. Voluntary sustainability standards can be efficient to articulate a new type of institutionalism, focused on governance. They play three roles simultaneously: replacing inadequate public regulation, responding to increasingly stringent regulations in areas such as environmental regulation, and being a way to overcome public regulations and provide systematic basis for product differentiation.

To a large extent, the rise in the development of private standards can be perceived as a response to some regulatory measures implemented by markets such as the European and the American, and they are part of broader trends in value chain coordination, in the context of on-going changes in regulatory controls, consumer demand, and multi-stakeholder and pragmatic governance that is needed in international trade.

Private standards can assume one of the four possible combinations in the public / private and compulsory / voluntary regulatory scheme, according to Henson and Humphrey: A1) regulations containing mandatory public standards; B1) voluntary public norms: standards that are created by public bodies, but whose adoption is voluntary; C1) standards developed by the private sector that are then made mandatory by public authorities; and D1) voluntary private standards: developed and implemented by private bodies <sup>60</sup>.

Voluntary private standards are also designated market standards or sustainability standards. Market

standards are more those originated from business or independent bodies and can be different from the international private standards that are elaborated within recognized bodies, such as the International Organization for Standardization – ISO. Private standards are international standards with non-governmental characteristic but they can be recognized by governments and then be accommodated within the multilateral trading system, for example, like it is done in the WTO's Technical Barriers to Trade <sup>61</sup> or the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures Agreements <sup>62</sup>. Despite their voluntary nature, such standards can become indeed very practically mandatory for those willing to access certain regulated market and also when recognized by governments they may even be submitted to the TBT and SPS Committees for public periodically reviews <sup>63</sup>.

The compliance with voluntary sustainability standards, to those competing in global value chain, can represent a mark-up price on goods and services certified and labelled because it indicates better quality, it also increases the marketability of sustainable exports to the growing and lucrative responsible markets. And in some high-regulated markets the compliance is a condition to market access. Complying with these standards can contribute to better and more effectively manage the production and distribution, putting in place more sustainable methods what in the aggregate scale of many enterprises doing so locally, contributes to the achievement of sustainable development goals globally.

Voluntary private standards have basically five functions to perform: A2) formulate the operational procedures of a standard; B2) decide on whether or not to adopt a standard; C2) implement the intended rule from compliance procedures, D2) conformity assessment to verify that those who claim to comply with the standard can provide documentary evidence to prove compliance with the standards; and E2) certification, recommendation of corrective measures or discrediting if there is no conformity <sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Agreement on Technical Barriers to Trade 1994.

<sup>62</sup> Sanitary and Phytosanitary Measures - text of the agreement 1994.

<sup>63</sup> THORSTENSEN, Vh; KOTZIAS, Fv.; VIEIRA, A. *'A Ameaça Dos Padrões Privados À Omc | International Centre For Trade And Sustainable Development'*. 2015 Disponível em: <http://www.ictsd.org/Bridges-News/Pontes/News/A-Amea%C3%A7a-Dos-Padr%C3%B5es-Privados-%C3%A0-Omc>. Accessed: 11 Jun. 2017.

<sup>64</sup> Henson and Humphrey (n 60) 1631.

<sup>60</sup> Spencer Henson and John Humphrey, 'Understanding the Complexities of Private Standards in Global Agri-Food Chains as They Impact Developing Countries' (2010) 46 *The Journal of Development Studies* 1628, 1631.

In addition, there is a thematic division: A3) standards related to food security; B3) regulations requiring compliance with environmental and social standards; C3) technical and quality standards; and, finally, D3) normative regulatory framework, regarding best practices for the development of voluntary private standards.<sup>65</sup>

Voluntary sustainability standards are, therefore a useful and widespread market-based tool that enables businesses and stakeholders to assess the conformity of commodity production, supply chain management and consumption patterns to the Sustainable Development Goals<sup>66</sup>, and so to improve to become more sustainable ones.

Even though private standards are not legally mandatory, they might become de facto mandatory ever since a majority of large buyers demand them. As such, small-scale producers will bear the risk of exclusion from the market if they do not comply with them. Compliance with private standards, in this sense, becomes de facto mandatory and becomes an ever-growing problem mainly for developing countries, which lack infrastructure and public revenue to help their domestic producers and subsidize the costs relating to conformity.

To Terence C. Halliday and Gregory Shaffer<sup>67</sup>, standards are compulsory according to the transnational legal order normativity. In this sense, it demands a legal framework, to avert global problems related to the uncontrolled proliferation of private standards and to deal with their complexity, specially orienting what can be demanded through private standards and by whom. This meta-regulation needs to form structures and indicate bodies to host the negotiation of basic principles, rules, instruments of implementation, measurements of conformity, periodic reviews and dispute settlement mechanism. This would allow the reduction of problems such as “greenwashing”, anticompetitive practices and irregularities in the activities of defining these standards<sup>68</sup>.

Private transnational regulatory organizations are established and governed by actors from civil society, business, and other sectors. They engage directly in transnational governance, adopting standards of conduct for business and other targets on regulatory issues from worker rights to climate change; promoting, monitoring, and enforcing those standards; and conducting related administrative activities. They operate through markets, not through interstate negotiations or hierarchy; they adopt voluntary standards and rely on incentives such as consumer demand, reputational benefits, avoidance of mandatory regulation, and reduced transactions costs to induce participation and compliance. (Abbott, Green, & Keohane, 2016, p. 2).

The efforts of constructing a base rule on which the standards should be created and administered is led by the United Nations Forum on Sustainability Standards (UNFSS), a collaborative work among: Food and Agriculture Organization (FAO), International Trade Centre (ITC), United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), United Nations Environment Programme (UNEP), and United Nations Industrial Development Organization (UNIDO). UNFSS also relies on the “partnership of many experts representing civil society, producer associations, processors and traders, standard-setting organizations and certifiers, trade negotiators, consumers, and researchers”<sup>69</sup>.

The UNFSS scope is to analyse voluntary sustainability standards and disseminate information about them, “by pooling resources, synchronizing efforts and assuring policy coherence, coordination and collaboration, in line with the “One UN” concept”<sup>70</sup>. The main function of the UNFSS is to provide a forum for multistakeholders, intergovernmental bodies and intra national actors of many levels to facilitate dialogue and knowledge exchange, accessing problems with a practical and collaborative approach. This kind of multilateral articulation fits well into the international legal regime of treaties and protocols about biodiversity.

<sup>65</sup> Henson and Humphrey (n 60) 1631.

<sup>66</sup> UN. ‘Agenda 2030’ (n 8).

<sup>67</sup> HALLIDAY, Tc.; SHAFFER, G. (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge University Press, 2015.

<sup>68</sup> THORSTENSEN, Vh; KOTZIAS, Fv; VIEIRA, A. ‘*A Ameaça Dos Padrões Privados À Omc | International Centre For Trade And Sustainable Development*’. 2015 Disponível em: [Http://www.ictsd.org/Bridges-News/Pontes/News/A-Amea%C3%A7a-Dos-Padr%C3%B5es-Privados-%C3%A0-Omc](http://www.ictsd.org/Bridges-News/Pontes/News/A-Amea%C3%A7a-Dos-Padr%C3%B5es-Privados-%C3%A0-Omc). Accessed: 11 Jun. 2017

<sup>69</sup> UNFSS UF ON SS. ‘*Policy Brief: Fostering The Sustainability Of Global Value Chains (Gvcs) Unfss*’, 11 April 2017. Disponível em: <https://unfss.org/2017/04/11/Fostering-The-Sustainability-Of-Global-Value-Chains-Gvcs/>. Accessed: 11 Jun. 2017.

<sup>70</sup> UNFSS (n 69) ii.

## 8 Only few standards are on biodiversity

A content analysis over a research sample of 31 voluntary sustainability standards using the software ATLAS.ti shows that the standards rarely consider the Nagoya Protocol in their criteria, not more than 7 refer direct or indirect to it <sup>71</sup>. The International Trade Centre has 272 standards catalogued in the standard map that was used as baseline to that research <sup>72</sup>, before it was filtered only nine sectors more inclined to relate to biodiversity: agriculture, consumer products, fish-aquaculture, fish-wild capture, forestry, industrial products, livestock, processed food, and textiles.

The study concludes that voluntary sustainability standards are lagging behind in relation to the Nagoya Protocol (other conventions like the ILO ones are much more converted into standards). Unfortunately, there are little signs showing an inflexion into this, despite the fact that standards can facilitate a lot the relation between users and local communities, especially providing expertise about their cultural habits, decision making processes, and ultimately creating repeated procedural patterns to be employed by different users <sup>73</sup>.

The Biodiversity Barometer developed by the Union for Ethical Bioproducts, calculated in 2019 that there is a significant market waiting for biodiversity certified products. In their surveys, among 68,000 people from 16 countries, 79% of the consumers believe that having a good impact on biodiversity is a moral obligation for companies. Although only 37% of the interviewed think that companies actually care about these responsibilities. The younger generations are the ones more sensible to the corporate image constructed by ethical business, “They can identify brands that respect biodiversity and value companies that ‘walk the talk’ by

taking action” <sup>74</sup>. Surveyed consumers in all countries have more faith in companies whose sourcing practices are verified by independent organizations, but contrary to what was observed in western countries, the level of trust is higher amongst more educated and more wealthy consumers in four Asian countries <sup>75</sup>.

Despite all their remarkable potential voluntary sustainability standards will never be able to solve all the biodiversity problems. However, they could make its implementation of the Nagoya Protocol, national laws, and different codes of conduct smoother and less burdensome for all the involved stakeholders, and therefore more effective. Collaboration between all the involved is probably the best quality of effectively employing the use of voluntary sustainability standards to track the process of production. Provider of resources and users should work together to design coherent requirements and a transparent method to access compliance, and public authorities can collaborate with this system by recognizing voluntary sustainability standards by the different national agencies relating to biodiversity, labour and environment for example and converting them into public policies of incentives to a greener economy <sup>76</sup>.

## 9 Environmental justice

Voluntary sustainability standard and the Nagoya protocol will never be sufficient to regulate the distribution of biodiversity completely. And no other institution or regulation will be up to the task. Society will always struggle with opposite interests and the fair distribution of resources. But ethical values and combined efforts can organize a systematic way to better achieve the positive results that are expected by the majority of the society. But it is important to bear in mind that the international order has historically favoured the economic power and not the poor, therefore, an equitable and just system to govern biodiversity have to go against this trend and reinforce the rights of the local communities specially if they are indigenous people.

<sup>71</sup> MONACO, A. *Nagoya Protocol And Private Standards. A Study On How Voluntary Sustainability Standards Include Access And Benefit Sharing Obligations In Their Criteria And On Their Potential In Helping The Nagoya Protocol's Implementation*. Wageningen University And Research 2019. disponível em: <https://Edepot.Wur.Nl/517207>.

<sup>72</sup> ITC ITC. *'Sustainability Map'*. 2020. Disponível em: <https://www.sustainabilitymap.org/standards>. Accessed: 31 Aug. 2020

<sup>73</sup> MONACO, A. *Nagoya Protocol And Private Standards. A Study On How Voluntary Sustainability Standards Include Access And Benefit Sharing Obligations In Their Criteria And On Their Potential In Helping The Nagoya Protocol's Implementation*. Wageningen University And Research 2019. disponível em: <https://Edepot.Wur.Nl/517207>. Monaco (n 71).

<sup>74</sup> UEFT U FOR ETHICAL BIOTRADE. *'Uebt Biodiversity Barometer'*. 2020. Disponível em: <http://www.biodiversitybarometer.org/>. Accessed: 31 Aug. 2020

<sup>75</sup> UEFT U FOR ETHICAL BIOTRADE. *'Uebt Biodiversity Barometer'*. 2020. Disponível em: <http://www.biodiversitybarometer.org/>. Accessed: 31 Aug. 2020. UEFT' (n 74).

<sup>76</sup> UNEP (n 5).



The failure of structuring an effective and just system causes harm not only for the current society but to the future generations as well<sup>77</sup>. The effort to structuring polycentric systems for coping with collective action is much more complex than if an external authority would simply determine appropriate actions to be taken, monitors behaviour, and imposes sanctions<sup>78</sup>, but countries reaching consensus to abide themselves to international sanctions is a utopia.

Fortunately, meanwhile, many activities can be undertaken by multiple agents at diverse scales on different levels of hierarchy that cumulatively can make a difference protecting biodiversity. Voluntary sustainability standards and the systematic designed by the Nagoya Protocol can contribute to that. But there is need of constant awareness to avoid this system to be cooped by vested interests that would use it against the interests of the broader society causing damage that in this area can be irreversible.

Thomas Pogge argues that there is a need for an institutional moral analyses<sup>79</sup> to constant diagnose if the design of the system is enabling damages that should and could be avoided, even it is not evident the cause and effect between some facts. Regarding environmental rights seldom the causal effect is clear, normally the consequences of the actions are diffuse and therefore hard to attribute responsibility by the regular linear cause-effect way.

The concept of global justice ends the dichotomy among intra-national and international sphere, even if the international actions are legal, they can be unjust if they justify one country ignoring unethical attitudes taken by their counterparts regarding their people<sup>80</sup>. The same if a country is profiting from the depletion of the natural resources and the biodiversity of the others.

<sup>77</sup> LEWIS, B. 'The Rights of Future Generations within the Post-Paris Climate Regime' (2018) 7 *Transnational Environmental Law* 69.

<sup>78</sup> OSTROM, Elinor. 'Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change' (2010) 20 *Global Environmental Change* 550.

<sup>79</sup> POGGE, Tw. '*A New Deal In Global Health And International Tax Justice*' 2020. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/new-deal-global-health-international-tax-justice-thomas-pogge/?trackingid=Bvnjhihg0apmdeaxucfagw%3d%3d>. Accessed: 30 Jul. 2020

<sup>80</sup> POGGE, Tw. '*¿Qué Es La Justicia Global?*' 2008. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/326>. Accessed: 31 Aug. 2020.

Another important point is that there is a "deep tension between presenting moral ambitions in the language of human rights and presenting them in the language of development goals"<sup>81</sup>, sustainability standards, or notifications to the Access and Benefit-Sharing Clearing-House. Human rights deprivations must be ended right away; on the contrary goals, targets, standards and notifications exist in an incremental approach system to overcome deprivations on a long term with a step-by-step approach. "A group can decide collectively what to aim for and how to get there. But, to have a common goal, this group must have a shared understanding of who is to do what toward implementation<sup>82</sup> this trick in the wording of the rights can curtail the implementation of the appropriate measures and justify corporate behaviours that are merely greenwashing<sup>83</sup>

## 10 Conclusion

Biodiversity and their genetic resources have specific characteristics that need to be considered when designing institutional, legal or governance tools to mitigate their degradation. In the case of access and benefit sharing relating to genetic resources that are used as input for research and development in different industrial sectors, the discussion cannot be limited to the compatibility of ecosystems and institutions established to manage the impact that humans have on ecosystems, but it has to take into consideration the specific characteristics genetic resources reveal when they enter the production process as well as the traditional knowledge gained through generations that enabled such benefits.

But investments in biodiversity are too low to sustain the resource by market forces, liberalism will not lead to a fair share of benefits, appropriate policies and institutions to tilt the balance on the right way are still missing, despite the increased development on the biodiversity regime from 1992 onwards.

<sup>81</sup> Thomas Pogge and Mitu Sengupta, 'Assessing the Sustainable Development Goals from a Human Rights Perspective' (2016) 32 *Journal of International and Comparative Social Policy* 83.

<sup>82</sup> Pogge and Sengupta (n 81).

<sup>83</sup> Frances Bowen and J Alberto Aragon-Correa, 'Greenwashing in Corporate Environmentalism Research and Practice: The Importance of What We Say and Do' (2014) 27 *Organization & Environment* 107.

For companies, universities, public research centres, and labs that use genetic resources, clarity and predictability about the rules that govern the theme at the international level is central. The Nagoya Protocol can create procedures and facilitate access, promote harmonization of the possibilities of sharing benefits and allow transparency on prior and informed consent from local communities. And an expanded management using the compliance mechanisms of voluntary sustainability standards can contribute to harmonize national and international agendas.

The real benefits of such decentralized governance would be reaped in view of the better capacity to protect biodiversity, avoid barriers to the use of *ex situ* genetic resources in agriculture, and promote a realistic vision that fosters innovation based on the sustainable use of biodiversity resources and traditional knowledge.

But if voluntary sustainability standards can be on one hand exploited as competitive economic differentials, with the potential to positively impact this dynamic where firms that adopt them are inserted, it is also a possibility that they become new forms of internal, private, regulatory barriers to trade negatively impacting international trade.

In any case a joint and coordinated effort should be for the harmony between the methodologies adopted by private and public standards, so that they are not arbitrary or are liable to favour only some groups or convey vested interests.

## References

ALBALA, K. (ed.). *The Sage Encyclopedia Of Food Issues*. Sage Reference, 2015.

BALDWIN, R. *The Great Convergence Information Technology And The New Globalization*. Belknap Press: An Imprint Of Harvard University Press, 2016.

BAUMANN-PAULY, D.; NOLAN, J. *Business And Human Rights: From Principles To Practice*. Routledge, 2016.

BIERMANN, F. et al. 'Transforming Governance And Institutions For Global Sustainability: Key Insights From The Earth System Governance Project' (2012) 4 *Current Opinion In Environmental Sustainability* 51

BOGDANSKI, A. et al. *Guidance Note On Monitoring The Sustainability Of The Bioeconomy At A Country Or Macro-Regional Level*. 2021. disponível em: <https://www.fao.org/Documents/Card/En/C/Cb7437en>. Accessed: 10 Dec. 2021

BOWEN, F.; ARAGON-CORREA, Ja, 'Greenwashing In Corporate Environmentalism Research And Practice: The Importance Of What We Say And Do' (2014) 27 *Organization & Environment* 107.

BRASIL. *Lei Nº 13123/2015*. Regulamenta Convenção Sobre Diversidade Biológica - Cbd, Dispõe Sobre O Acesso Ao Patrimônio Genético, Sobre A Proteção E O Acesso Ao Conhecimento Tradicional Associado E Sobre A Repartição De Benefícios Para Conservação E Uso Sustentável Da Biodiversidade 2015 [L13123/2015]

CASHORE, B. et al. 'The Role Of Market Forces Across Multiple Pathways'. In: PANWAR, Rajat; KOZAK, Robert; HANSEN, Eric. (ed.), *Forests, Business And Sustainability*. Routledge, 2015.

CELI, A. 'Análisis Jurídico Del Ordenamiento Jurídico Inetrnacional Sobre Protección De Los Recursos Genéticos: Desafíos Y Perspectivas En Uruguay A Partir De La Implementación Del Protocolo De Nagoya' (2016) 13 *Revista De Direito Internacional* 117

D'AMATO, D. et al. 'Green, Circular, Bio Economy: A Comparative Analysis Of Sustainability Avenues' (2017) 168 *Journal Of Cleaner Production* 716

DEDEURWAERDERE, T. et al. 'Chapter 13. Governing Global Scientific Research Commons Under The Nagoya Protocol'. In: MORGERA, Elisa; BUCK, Matthias; TSIOUMANI, Elsa. (ed.). *The 2010 Nagoya Protocol On Access And Benefit-Sharing In Perspective*. Brill | Nijhoff 2013. Disponível em: [https://brill.com/view/book/edcoll/9789004217201/B9789004217201\\_015.xml](https://brill.com/view/book/edcoll/9789004217201/B9789004217201_015.xml). Accessed: 31 Aug. 2020

FAO. *Guide On Incentives For Responsible Investment In Agriculture And Food Systems*. 2021. Disponível em: <http://www.fao.org/3/Cb3933en/Cb3933en.pdf>. Accessed: 1 Jul. 2021.

FISHMAN, C. 'The War For Talent'. *Fast Company*, 31 July 1998. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/34512/war-talent>. Accessed: 20 Jun. 2017

FITTIPALDY, Mep De M. 'Biodiversidade E Conhecimentos Tradicionais No Contexto Da Biopirataria E

- Dos Marcos Legais' (2020) 7 *South American Journal Of Basic Education, Technical And Technological* 648.
- HALLIDAY, Tc.; SHAFFER, G. (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge University Press, 2015.
- HARDIN, G. 'The Tragedy Of The Commons' (1968) 162 *Science* 1243
- HENSON, S.; HUMPHREY, J. 'Understanding The Complexities Of Private Standards In Global Agri-Food Chains As They Impact Developing Countries' (2010) 46 *The Journal Of Development Studies* 1628
- HITCHCOCK, Wi.; LEFFLER, Mp.; LEGRO, Jw. (ed.). *Shaper Nations: Strategies For A Changing World*. Harvard University Press, 2016.
- HOWSE, R.; TEITEL, R. 'Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters' (2010) 1 *Global Policy* 127
- IPEA. 'Comércio Exterior De Produtos Do Agronegócio: Balanço De 2020 E Perspectivas Para 2021'. 2021. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/pdfs/conjuntura/210331\\_cc\\_50\\_Nota\\_29\\_setor\\_externo\\_agro.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/pdfs/conjuntura/210331_cc_50_Nota_29_setor_externo_agro.pdf).
- ITC ITC. 'Sustainability Map'. 2020. Disponível em: <https://www.sustainabilitymap.org/standards>. Accessed: 31 Aug. 2020
- KESWANI, C. *Bioeconomy For Sustainable Development*. Springer, 2020.
- KLEINSCHMIT, D. et al. 'Environmental Concerns In Political Bioeconomy Discourses' 15
- LEVIN, K. et al. 'Overcoming The Tragedy Of Super Wicked Problems: Constraining Our Future Selves To Ameliorate Global Climate Change' (2012) 45 *Policy Sciences* 123
- LEWIS, B. 'The Rights Of Future Generations Within The Post-Paris Climate Regime' (2018) 7 *Transnational Environmental Law* 69
- MANHEIM, Bs. 'The Quid Pro Quo Failing Biodiversity And The Discovery Of New Products' (2019) 69 *Bioscience* 856
- MONACO, A. 'Nagoya Protocol And Private Standards. A Study On How Voluntary Sustainability Standars Include Access And Benefit Sharing Obligations In Their Criteria And On Their Potential In Helping The Nagoya Protocol's Implementation'. Wageningen University And Research 2019. disponível em: <https://edepot.wur.nl/517207>.
- MORGERA, E. 'The Need For An International Legal Concept Of Fair And Equitable Benefit Sharing' (2016) 27 *European Journal Of International Law* 353
- OSTROM, E. *Governing The Commons: The Evolution Of Institutions For Collective Action*. Cambridge University Press 1990.
- OSTROM, E. 'Polycentric Systems For Coping With Collective Action And Global Environmental Change' (2010) 20 *Global Environmental Change* 550
- PIETZSCH, J. *Bioeconomy For Beginners*. Springer, 2020. Disponível em: <https://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?P=6132421>. Accessed: 6 Jan. 2021
- POGGE, T.; SENGUPTA, M. 'Assessing The Sustainable Development Goals From A Human Rights Perspective' (2016) 32 *Journal Of International And Comparative Social Policy* 83
- POGGE, Tw. '¿Qué Es La Justicia Global?' 2008. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/326>. Accessed: 31 Aug. 2020
- POGGE, Tw. 'A New Deal In Global Health And International Tax Justice' 2020. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/new-deal-global-health-international-tax-justice-thomas-pogge/?trackingid=Bvnjhihg0apmdeaxucfagw%3d%3d>. Accessed: 30 Jul. 2020
- POZZETTI, Vc; MENDES, Mi Da S. 'Biopirataria Na Amazônia E A Ausência De Proteção Jurídica'. Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direito-ambiental/article/view/3691>. Accessed: 1 Apr. 2021
- RICHERZHAGEN C, 'The Nagoya Protocol: Fragmentation Or Consolidation?' (2014) 3 *Resources* 135
- RITTEL Hwj And Webber Mm, 'Dilemmas In A General Theory Of Planning' (1973) 4:2 (1973:June) *Policy Sciences* 155
- ROBERTS Pw And Dowling Gr, 'Corporate Reputation And Sustained Superior Financial Performance' (2002) 23 *Strategic Management Journal* 1077
- SABEL, Cf.; ZEITLIN, J. (ed.). *Experimentalist Governance In The European Union: Towards A New Architecture*. Oxford University Press, 2010.



- SCARLAT, N. et al. 'The Role Of Biomass And Bioenergy In A Future Bioeconomy: Policies And Facts' (2015) 15 *Environmental Development* 3
- THORSTENSEN, Vh; KOTZIAS, Fv.; VIEIRA, A. 'A Ameaça Dos Padrões Privados À Omc | *International Centre For Trade And Sustainable Development*'. 2015 Disponível em: [Http://Www.Ictsd.Org/Bridges-News/Pontes/News/A-Amea%C3%A7a-Dos-Padr%C3%B5es-Privados-%C3%A0-Omc](http://www.ictsd.org/Bridges-News/Pontes/News/A-Amea%C3%A7a-Dos-Padr%C3%B5es-Privados-%C3%A0-Omc). Accessed: 11 Jun. 2017
- UEBT U FOR ETHICAL BIOTRADE. '*Uebt Biodiversity Barometer*'. 2020. Disponível em: [Http://Www.Biodiversitybarometer.Org/](http://www.biodiversitybarometer.org/). Accessed: 31 Aug. 2020
- UN UM. '*Cbd - Convention On Biological Diversity*'. Disponível em: [Https://Www.Cbd.Int/Doc/Legal/Cbd-En.Pdf](https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf)
- UN UM. '*Absch - Access And Benefit-Sharing Clearing-House*'. 2011. Disponível em: [Https://Absch.Cbd.Int/](https://absch.cbd.int/). Accessed: 31 Aug. 2020
- UN UM. '*Nagoya Protocol On Access To Genetic Resources And The Fair And Equitable Sharing Of Benefits Arising From Their Utilization To The Convention On Biological Diversity*'. Disponível em: [Https://Www.Cbd.Int/Abs/Doc/Protocol/Nagoya-Protocol-En.Pdf](https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf)
- UN UM. '*Agenda 2030*'. Disponível em: Disponível em: [Http://Www.Un.Org/Ga/Search/View\\_Doc.Asp?Symbol=A/Res/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/Res/70/1&lang=E). Accessed: 12 Jun. 2017
- UNEP (Ed), *Towards A Green Economy: Pathways To Sustainable Development And Poverty Eradication* Unep, 2011
- UNEP-WCMC UNEPWCMC. '*Megadiverse Countries Definition | Biodiversity A-Z*'. 1988. Disponível em: [Https://Www.Biodiversitya-Z.Org/Content/Megadiverse-Countries](https://www.biodiversitya-z.org/content/megadiverse-countries). Accessed: 1 Feb. 2021
- UNFSS UF ON SS. '*Policy Brief: Fostering The Sustainability Of Global Value Chains (Gvcs)*' *Unfss*, 11 April 2017. Disponível em: [Https://Unfss.Org/2017/04/11/Fostering-The-Sustainability-Of-Global-Value-Chains-Gvcs/](https://unfss.org/2017/04/11/fostering-the-sustainability-of-global-value-chains-gvcs/). Accessed: 11 Jun. 2017
- VEN H VAN DER, Bernstein S.; HOFFMANN, M. 'Valuing The Contributions Of Nonstate And Subnational Actors To Climate Governance' (2017) 17 *Global Environmental Politics* 1
- VERNON, R. *In The Hurricane's Eye: The Troubled Prospects Of Multinational Enterprises*. Harvard University Press, 2001.
- WATANABE, Me. 'The Nagoya Protocol: Big Steps, New Problems' (2017) 67 *Bioscience* 400
- WORLD BANK. '*Illicit Financial Flows (IFFs)*'. World Bank, 2017. Disponível em: [Https://Www.Worldbank.Org/En/Topic/Financialsector/Brief/Illicit-Financial-Flows-Iffs](https://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/illicit-financial-flows-iffs). Accessed: 30 Aug. 2020.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The inclusion of the Digital  
Sequence Information (DSI) in  
the scope of the Nagoya Protocol  
and its consequences**

**A inclusão da informação de  
sequência digital (ISD) no escopo  
do Protocolo de Nagoya e suas  
consequências**

Aírton Guilherme Berger Filho

Bruna Gomes Maia

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# The inclusion of the Digital Sequence Information (DSI) in the scope of the Nagoya Protocol and its consequences\*\*

## A inclusão da informação de sequência digital (ISD) no escopo do Protocolo de Nagoya e suas consequências

Aírton Guilherme Berger Filho\*\*

Bruna Gomes Maia\*\*\*

### Abstract

The Nagoya Protocol, a supplementary agreement to the Convention on Biological Diversity (CBD), was drafted considering the classical model of biopiracy based on the appropriation of physical samples. However, with the development of new technologies of DNA and RNA sequencing, scientists are no longer using just tangible samples on their research. Instead, they are accessing genetic resources in a digital format, the Digital Sequence Information (DSI). Through a deductive approach method and monographic procedure, using bibliographic and documental research techniques, mainly based on the studies requested by the Conference of the Parties to the CBD, in its thirteenth and fourteenth meetings, this article aims at examining the challenges that the ABS system will have to face in case DSI is considered a genetic resource under the Nagoya Protocol. This article concludes that the emergence of new forms of accessing the genetic resources does not undermine the role of the ABS regime, which should walk alongside the advances of technology to guarantee distributive justice.

**Keywords:** biodiversity; Nagoya Protocol; access and benefit-sharing system; Digital Sequence Information.

### Resumo

O Protocolo de Nagoya, um tratado complementar à Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), foi elaborado considerando o modelo clássico de biopirataria baseado em na apropriação de amostras físicas. No entanto, com o desenvolvimento de novas tecnologias de sequenciamento de DNA e RNA, os cientistas não estão mais usando apenas amostras físicas em suas pesquisas. Em vez disso, eles estão acessando recursos genéticos em formato digital, a chamada Digital Sequence Information (DSI). Através de método de abordagem dedutivo e procedimento monográfico, utilizando-se técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com base nos estudos solicitados pela Conferência das Partes da CDB, este artigo examina os desafios que o sistema de acesso e repartição de benefícios (ABS) terá que enfrentar caso a

\* Recebido em 24/10/2021  
Aprovado em 15/02/2022

\*\* Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2002), Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2004), Doutor em Direito na UNISINOS (2016). Atualmente é professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade de Caxias do Sul. Possui experiência na docência e pesquisa nas áreas de Direito Ambiental e Direito Internacional.  
Email: agbergef@ucs.br

\*\*\* Mestre em Law and Globalisation na Universidade de Bristol, Reino Unido e especialista em Direito Empresarial pela FGV/SP  
E-mail: bruna.maia@nascimentomourao.adv.br



DSI seja considerada um recurso genético no âmbito do Protocolo. Este artigo conclui que o surgimento de novas formas de acesso aos recursos genéticos não prejudica o papel do regime de ABS, que deve caminhar de mãos dadas com os avanços da tecnologia para garantir a justiça distributiva.

**Palavras-chave:** biodiversidade; Protocolo de Nagoya; sistema de acesso e repartição de benefícios; Digital Sequence Information.

## 1 Introduction

The Nagoya Protocol, a supplementary agreement under the framework of the Convention on Biological Diversity, came into force in 2014, ninety days after the 50<sup>th</sup> ratification deposit. Currently, the protocol has 132 (one hundred and thirty-two) signatures, including countries as China and Brazil and it aims to further advance the Convention's third objective: the fair and equitable sharing of benefit arising from the utilization of genetic resources<sup>1</sup>. Consequently, the Protocol endeavors to avoid the misappropriation of genetic resources, so-called biopiracy, which is defined by Mbigeoji as “the unauthorized commercial use of biological resources and/or associated traditional knowledge, or the patenting of spurious inventions based on such knowledge, without compensation”<sup>2</sup>, usually perpetrated by the countries from the North hemisphere in detriment of the countries from the South hemisphere.

The Protocol and the Convention were drafted considering the classical representation of biopiracy: a tangible sample, such as a seed, that is stolen from a country of the South, usually a developing country, rich in biodiversity. However, with the development of new technologies, the genetic resources have been accessed in a different form. Sophisticated machines “read” DNA or RNA sequences of nucleotides and the scientists work over this material, with no need of a physical sample. Once finalized a specific research, usually the sequence is sent to one of three major international databases, with public open access.

The main issue is that the Access and Benefit-Sharing (ABS) regime, primarily created by the Convention and further developed by the Nagoya Protocol, was not conceived to tackle genetic resources in a digital format. Taking that into consideration, in 2016, the Conference of the Parties (COP) to the CBD and the Parties to the Nagoya Protocol (in their thirteenth and second meeting, respectively) established an Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information (AHTEG) to clarify the subject. The COP also requested the Executive Secretary to contract a fact-finding and scoping study to better understand DSI terminology and concepts<sup>3</sup>.

At the COP's fourteenth meeting, in 2018, additional studies were requested, through the Decision 14/20. In March 2020, due to the coronavirus (COVID-19) pandemic, these studies were presented in an AHTEG's virtual meeting. The expressed intention was to take the outcome of the discussions and make recommendations to the Open-ended inter-sessional Working Group (Open-Ended Working Group), established by Decision 14/34. This group is in charge of preparing the post-2020 global biodiversity framework, which will be based on a new set of targets to stem the loss of biodiversity, to be presented at phase 1 (virtual) and 2 (in person) of COP15 in October 2021 and April 2022, in Kunming, China. From August 23<sup>rd</sup> to September 3<sup>rd</sup> 2021, during the online discussions of the Open-Ended Working Group, it was defined that DSI is officially an item of the provisional agenda of the Conference<sup>4</sup>. Thus, the matter related to the DSI inclusion in the ABS system is considered one of the key Protocol's issues.

Through a deductive approach method and monographic procedure, using bibliographic and documental research techniques, mainly based on the studies requested by the Conference of the Parties to the CBD, in its thirteenth and fourteenth meetings, this article aims at examining the challenges that the ABS system will have to face in case DSI is considered a genetic resource under the Nagoya Protocol. This paper aims to analyze whether the inclusion of Digital Sequence Informa-

<sup>1</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *About the Nagoya Protocol*. Available at: <https://www.cbd.int/abs/about/>. Access on: 1 oct. 2020.

<sup>2</sup> MGBEOJI, Ikechi. *Global biopiracy: patents, plants and indigenous knowledge*. UBC Press, 2006. p. 13.

<sup>3</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Decision XIII/16*, paragraph 3(b). Available at: <https://www.cbd.int/decisions/cop/13/16>. Access on: 10 sep. 2020.

<sup>4</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *CBD/COP/15/1/Rev.1*, 18 August, 2021. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/c678/abc2/2ff4f204cf2d46569a376d6a/cop-15-01-rev1-en.pdf>. Access on: 26 sep. 2021.

tion<sup>5</sup> (DSI) in the ABS regime is feasible and which are the available tools to make it possible. The importance of this discussion rests in the fact that most of the current scientific research have already been made using DSI<sup>6</sup> and as it is out of the scope of the considered “genetic resources”, it does not need to comply with the ABS rules. Hence this loophole has the potential of turning the Protocol of little effect.

However, the subject is far from being a consensus. Indeed, it is controversial, complex, and multidisciplinary. For this reason, it has been demanding a lot of studies by the CBD. Many researchers affirm that the obstacles created by the ABS system tend to hinder research. They defend that a public open system database to access DSI is more important to the development of science and preservation of the biodiversity<sup>7</sup>.

The first section of this paper explains some key definitions to better understand the subject; the second section describes the historical background of Nagoya Protocol, focusing on the Convention on Biological Diversity. The third and fourth sections explain the Protocol, giving emphasis to the Access and Benefit-Sharing (ABS) system and its role to achieve distributive justice. Subsequently, section 5 describes the emergence of the Digital Sequence Information, as a result of technological development of bioinformatics and genetic studies and, finally, section 6 analyses the possible ways to enable the inclusion of DSI in the scope of the Nagoya Protocol.

## 2 An important definition: genetic resources

The Convention on Biological Diversity establishes, in its article 2, that “genetic resource means a genetic material of substantial or potential value”. The expression “genetic material” is defined as “any material

of plant, animal, microbial or other origin, containing functional units of heredity”<sup>8</sup>. However, as the Convention does not clarify what constitutes the term “functional units of heredity”, the definition is rather imprecise.

The disagreement around the term has jeopardized the effectiveness of the ABS system. As Tvedt and Schei point out “[the] lack of consistency creates legal uncertainty in ABS transactions, and this will have to be resolved for an international regime to be functional”<sup>9</sup>. So far, regarding the scope, the COP only decided to exclude from the CBD/Nagoya the biological materials that are exploited as commodities and the human genetic resources.<sup>10</sup>

Back in 1992, the expression “functional unit of heredity” was considered the synonymous of gene and the word “functional” was related to the part of it that was deemed as useful. The gene was considered useful if it could produce a blueprint in the form of protein, which controls different processes in the organism<sup>11</sup>.

With the development of genomics, proteomics and bioinformatics, the understanding of genetic resources has been evolving. New discoveries and uses of these resources indicate that “functional units of heredity must have a more flexible and dynamic interpretation to cope with the novelties of the field. Some authors, such as Deplaze-Zemp, Muller and Tvedt and Schei, defend a more modern definition based on the value of the information within the biological material. Deplaze-Zemp affirms that unlikely the timber or petroleum, the value of the genetic resources depends on the information that they “carry rather than on their material, even if it is material samples that have been collected, exported, exchanged or stolen”<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> This term has been used by the Convention, but there is no consensus over the term at international level.

<sup>6</sup> LAIRD, Sarah; WYNBERG, Rachel. *A fact-finding and scoping study on digital sequence information on genetic resources in the context of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol*. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2018. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/b39f/4faf/7668900e8539215e7c7710fe/dsi-ahteg-2018-01-03-en.pdf>. Access on: 15 set. 2020.

<sup>7</sup> LAWSON, Charles; ROURKE, Michelle. Digital Sequence Information as a marine genetic resource under the proposed UNCLOS legally binding instrument. *Marine Policy*, v. 122, 2020.

<sup>8</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. Available at: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>. Access on: 10 dec. 2020.

<sup>9</sup> TVEDT, Morten Walløe; SCHEI, Peter Johan. The term “genetic resources” flexible and dynamic while providing legal certainty?. In: OBERTHÜR, Sebastian; ROSENDAL, G. Kristin. *Global governance of genetic resources: access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge, 2013.

<sup>10</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP - 2 Decision II/11*. Available at: <https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7084>. Access on: 01 oct. 2021.

<sup>11</sup> TVEDT, Morten Walløe; SCHEI, Peter Johan. The term “genetic resources” flexible and dynamic while providing legal certainty?. In: OBERTHÜR, Sebastian; ROSENDAL, G. Kristin. *Global governance of genetic resources: access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge, 2013. p. 23.

<sup>12</sup> DEPLAZES-ZEMP, A. Genetic resources, an analysis of a mul-

In order to better understand how the genetic information of the living organisms has been accessed, it is necessary to know the basic structure of molecular biology. A DNA molecule is made up of two long strands of nucleotides wrapped around each other, constituting a double helix. A deoxyribose sugar, a phosphate group, and a nitrogenous base form a nucleotide. There are four different types of nitrogenous base in DNA: adenine, thymine, guanine and cytosine. The sequence of A, T, G and C on a strand represents the coded information carried by the DNA molecule<sup>13</sup>. With the technology developments, modern computers and software are decoding the DNA sequences of biological materials. Thus, the sequences are stored in large international databases, open to public use.

Muller, Laird and Wynberg explain that in the biotechnology field, the genetic resources are utilized in the form of genetic sequence data, rather than physical samples<sup>14</sup>. Facing this new scenario, where the genetic resources have been accessed as information in a digital format, the parties to the CBD have been demanding the inclusion of DSI in the concept of genetic resource. The problem is that, although the Conventions' definition is imprecise, it defines genetic resource as a material resource what makes some members defend that the genetic information should not be included in the scope of the ABS regime.

### 3 Convention on Biological Diversity

Most biological diversity resources are located in the Southern hemisphere, mainly in Africa, Asia, and South America. There is a natural inequality in the distribution of the genetic resources of the Earth. On one hand, the North is industrialized and economically rich, but its territory is poor in biodiversity. On the other hand,

the South is economically poor, but rich in biodiversity<sup>15</sup>. Biodiversity in the words of Ikechi Mgbueji is the “variability among living organisms from all sources including, amongst others, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part, this includes diversity within species, between species and ecosystems”<sup>16</sup>. In addition, it comprises the genetic variation between species, based on different breeds, chromosomes, genes, and genetic sequence (DNA)<sup>17</sup>. The importance of biological diversity is threefold: providing sources of biological resources, maintaining the balance of the biosphere, and expressing aesthetic value for humankind<sup>18</sup>.

The issue of biodiversity gained notoriety because of the controversial relationship between genetic resources and biotechnology. The lack of precise rules related to the access of genetic resources fostered the idea that biodiversity was a Common Heritage of Mankind. Furthermore, pharmaceutical companies, to profit from plants, microbes, and algae, have been misappropriating the traditional knowledge of local communities of the South and imposing intellectual property rights, such as patents, over their findings<sup>19</sup>. Therefore, the exploitation of genetic resources without the due compensation to the South and the misappropriation of its traditional knowledge along with the concern of the loss of biological diversity became important questions, which demanded an urgent answer to be addressed by International Law.

The CBD recognizes that biodiversity is a “Common Concern of Mankind”, and it affirms that genetic resources are subjected to the sovereignty of states. In other words, the convention affirms that the states have rights over their resources, and it is their responsibility to preserve and use them in a sustainable manner. It means that the misappropriation of genetic resources of the South, henceforth, is considered illegitimate<sup>20</sup>.

tifaceted concept. *Biological Conservation*, n. 222, p. 86-94, 2018. p. 89.

<sup>13</sup> GRIFFITHS, A. J. F.; WESSLER, S. R.; CARROL, S. B. *Doebley: introduction to genetic analysis*. 8. ed. New York: W. H. Freeman and Company, 2004.

<sup>14</sup> MULLER, Manuel Ruiz. *Genetic resources as natural information*. Routledge Studies in Law and Sustainable Development, Taylor and Francis, 2015.; LAIRD, Sarah; WYNBERG, Rachel. *A fact-finding and scoping study on digital sequence information on genetic resources in the context of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol*. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2018. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/b39f/4faf/7668900e8539215e7c7710fe/dsi-ahteg-2018-01-03-en.pdf>. Access on: 15 set. 2020.

<sup>15</sup> HASSEMER, M. Genetic resources. In: VON LEWINSKI, Silke (ed.). *Indigenous heritage and intellectual property: genetic resources, traditional knowledge and folklore*. London: Kluwer Law International, 2004. p. 215-216.

<sup>16</sup> MGBUEJI, Ikechi. *Global biopiracy: patents, plants and indigenous knowledge*. UBC Press, 2006. p. 50.

<sup>17</sup> CHASEK, P.; DOWNIE, D.; BROWN, J. W. *Global environmental politics*. 7. ed. Routledge Press, 2018. p. 189.

<sup>18</sup> SANDS, P. *Principles of international environmental law*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 450.

<sup>19</sup> MILLER, Marian. *The third world in global environmental politics*. Buckingham: Open University Press, 1995. p. 109.

<sup>20</sup> HASSEMER, M. Genetic resources. In: VON LEWINSKI, Silke



The concept of Common Concern of Mankind (CCM) is intimately related to the North-South equity discussion. The Stockholm Declaration considers the environmental as a Common Heritage of Mankind (CHM) and until the advent of the CBD, some countries of the North have insisted on considering the genetic resources as CHM<sup>21</sup>. However, the concept is applied to very specific situations in International Law. According to Alexandre Kiss, the first elements of the concept started to be developed under the Antarctic Treaty (1959), followed by the Treaty Governing the Activities of States on Moon and other Celestial Body (1979) and the United Nation Convention on the Law of the Sea (Montego Bay Convention, 1982)<sup>22</sup>. The last one expressly stated the application of the principle of CHM. Kiss asserts that the main characteristics of the principle of the CHM are: peaceful uses, rational management and conservation of the resources<sup>23</sup>. Ikechi Mgbeoji points out that, additionally for the peaceful purposes and rational common management, other requirements should be considered, such as area free from appropriation and economic benefits reverted to the global community<sup>24</sup>.

Cançado Trindade points out that, apparently, there has been an evolution in the Environmental Law from the notion of Common Heritage of Mankind to the Common Concern of Mankind<sup>25</sup>. Trindade e Jutta Bruneé explains that CHM is related to the sharing of benefits arising from the economical exploration of natural resources and the CCM is related to the sharing

of burdens related to the protection of the resources<sup>26</sup>. It means that since biodiversity is relevant to all human beings indistinctly, it shall be considered a common concern that involves cooperation between North and South. Moreover, the CCM also expresses the concept of Common but Differentiated Responsibilities, since developed countries also have responsibility for solving the problem of the loss of biodiversity. This responsibility exists because the countries of the North have technology and resources to address the problem<sup>27</sup>.

As a result of the recognition of the sovereign right of states over their genetic resources, the CBD stipulates in Article 15, conditions regarding the access and sharing of benefits arising from the commercialization or utilization of genetic resources that should be adopted through the national legislation of the parties. After the authorization through a Prior Informed Consent (PIC), the user of the genetic resource shall establish a private contract, called Mutually Agreed Terms (MAT), with the provider, to enable an equitable sharing of benefits. In other words, there is an obligation to compensate holders of genetic resources. The compensation may come in different forms, depending on each case, and can take the form of access fees, royalty payment, participation in improvement of products or transfer of technology, training of local people or even institutional relationships, usually between universities to foster the development of research in the provider country<sup>28</sup>. The equitable sharing of benefits can be perceived in two ways: first, as protection for the holders of traditional knowledge and second as retribution to genetic resources holders for hosting and preserving biodiversity<sup>29</sup>.

(ed.). *Indigenous heritage and intellectual property: genetic resources, traditional knowledge and folklore*. London: Kluwer Law International, 2004. p. 215-216.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BARROS, Ana Flávia; CRAVO, Jorge Gomes. Mitigating the principle of sovereignty over biological resources?. *Nomos*, v. 38, n. 2, p. 244-256, jul./dez. 2018.

<sup>22</sup> KISS, Alexandre. The common heritage of mankind: utopia or reality?. *International Journal: Law in the International Community*, v. 40, n. 3, p. 423-441, 1985.

<sup>23</sup> KISS, Alexandre. The common heritage of mankind: utopia or reality?. *International Journal: Law in the International Community*, v. 40, n. 3, p. 423-441, 1985.

<sup>24</sup> MGBEOJI, Ikechi. Beyond rhetoric: state sovereignty, common concern, and the inapplicability of the common heritage concept to plant genetic resources. *Leiden Journal of International Law*, v. 16, n. 4, p. 821-837, 2003.

<sup>25</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The parallel evolutions of international human rights protection and of environmental Protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognized human rights. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (coord.). *Human rights and environment*. Expressão Gráfica e Editora, 2017.

<sup>26</sup> See TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The parallel evolutions of international human rights protection and of environmental Protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognized human rights. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (coord.). *Human rights and environment*. Expressão Gráfica e Editora, 2017. and BRUNNÉE, J. Common areas, common heritage and common concern. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen (ed.). *The Oxford handbook of international environmental law*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 566-567.

<sup>27</sup> BRUNNÉE, J. Common areas, common heritage and common concern. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen (ed.). *The Oxford handbook of international environmental law*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 566-567.

<sup>28</sup> CULLET, P. Environmental justice in the use, knowledge and exploitation of genetic resources. In: EBBESSON, Jonas; OKOWA, Phoebe (ed.). *Environmental law and justice in context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 376.

<sup>29</sup> BRUNNÉE, J. Common areas, common heritage and common concern. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen

The vagueness of some provisions of the CBD was a hurdle to the implementation and compliance by states. It is true that the Access and Benefit sharing regime was a great achievement and a change of paradigm, addressing the old pleas of the South of focusing more on the economic dimension of biodiversity. However, in attempting to please both sides in the negotiations, the CBD, in some provisions, such access and benefit sharing in Article 15, remains in an empty space. In this context, the COP adopted respectively, in its sixth and tenth meeting, the Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising out of their Utilization<sup>30</sup> and the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization (Nagoya Protocol). These instruments are supplementary to the Convention and enhance its provisions in more detail to promote the compliance of the states.

## 4 Nagoya Protocol

The low level of implementation of the CBD due an ambiguity in the most important provisions related to access and benefit-sharing, especially Article 15, raised the awareness of the Developing countries to the necessity for an international instrument that could enhance the implementation of the Convention. In this context, the Nagoya Protocol was adopted in 2010, as a supplementary agreement to the CBD, coming into force in 2014.<sup>31</sup> In August 2021, the Protocol counted with 130 (one hundred thirty) ratifications, including countries as Brazil and China<sup>32</sup>.

(ed.). *The Oxford handbook of international environmental law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

<sup>30</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*. Available at: <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>. Access on: 20 sep. 2020.

<sup>31</sup> BASTOS, R. Z.; CANTO, Otávio do; VESTRIS, I.; GALY, K. Le régime international de l'accès aux ressources génétiques au prisme de l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, p. 130-144, 2016.; FRUGONI, Alina Celi. Análisis jurídico del ordenamiento jurídico inetrnacional sobre protección de los recursos genéticos: desafíos y perspectivas en Uruguay a partir de la implementación del protocolo de Nagoya. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, p. 117-131, 2016.

<sup>32</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Parties to the Nagoya Protocol*. Available at: <https://www.cbd.int/abs/nagoya->

The Protocol's objective is to further advance the implementation of the third objective of the CBD: the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of genetic resources. Therefore, the Protocol focuses on the establishment of the procedural aspects of Articles 8 (j) and 15 of the CBD, to render viable, the implementation of these provisions by the Contracting Parties as an instrument of distributive justice. Nollkaemper understands that the distributive justice is one of the conceptions of environmental justice and it is related to the fair allocation of resources and burdens across people or states, respectively, in the domestic and international sphere<sup>33</sup>. Furthermore, Article 1 also states that the ABS regime shall be instrumental "to [the] conservation of biological diversity and the sustainable use of its components". Therefore, the primary objective of the Protocol is linked to the two objectives of the CBD<sup>34</sup>.

Article 4(1) states the relationship of the Protocol with other international instruments. The provision basically repeats the content of the Article 22 (1) of the CBD. It also emphasizes that it does not intend to create a hierarchy between the Protocol and other international instruments. Paragraph 3 declares that the Protocol "shall be implemented in a mutually supportive manner with other international instruments relevant to this Protocol"<sup>35</sup>.

### 4.1 Access and Benefit-Sharing

The Protocol reiterates the sovereignty of states over their genetic resources and the obligation of the PIC and MAT to access them. Paragraph 3 imposes some obligations over the provider countries that aim to require PIC, such as providing information about the national procedures on how to apply for PIC, ensuring legal certainty, clarity and transparency of their national ABS legislation and establishing "fair and non-arbitrary

protocol/signatories/. Access on: 05 mar. 2021.

<sup>33</sup> NOLLKAEMPER, A. Sovereignty and environmental justice in international law. In: EBBESSON, Jonas; OKOWA, Phoebe (ed.). *Environmental law and justice in context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

<sup>34</sup> KAMAU, E. C.; FEDDER, B.; WINTER, G. The Nagoya Protocol on access to genetic resources and benefit sharing: what is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community?. *Law, Environment and Development Journal*, 2010.

<sup>35</sup> Available at: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Access on: 20 sep. 2020.

rules and procedures” on access to genetic resources<sup>36</sup>. Moreover, paragraph 3 also emphasizes the obligation on providing countries, to issue a permit or equivalent, which would be the evidence of the decision to grant PIC and of establishing MAT, and also to notify the Access and Benefit-sharing Clearing House (ABS Clearing House). This latter mechanism was established in Article 14 of the Protocol and works as a means for sharing information related to access and benefit sharing between the Parties of the Protocol.

Paragraphs 6. (2) and 6. (3) (f) are also related to having access to genetic resources and establishing an innovative provision related to indigenous and local communities. As claimed by these provisions, each Party, subject to domestic legislation, shall take measures to ensure that PIC or approval and involvement of indigenous and local communities is obtained for access to genetic resources held by them. It was a great achievement compared to the vague Article 8 (j) of the CBD. However, Harrop criticizes the “subject to domestic legislation” provisions. He argues that as many countries do not recognize indigenous rights in domestic legislation, these provisions would be ineffective to them<sup>37</sup>.

Article 5 of the Protocol is related to the fair and equitable benefit sharing through MAT. Paragraph 1 requires that benefits arising from the utilization and subsequent applications and commercialization of genetic resources shall be shared in a fair and equitable means with the providing Party, through the MAT. The benefits enumerated under the Protocol include monetary and non-monetary benefits. Still, the emphasis of the Protocol is on encouraging benefits to Developing countries through technology transfer, collaboration and cooperation in technical and scientific research and development programs, as stated in Article 23<sup>38</sup>.

Article 5 in its paragraphs 2 and 5 also states that the Parties shall enact administrative, legislative or policy measures in order to ensure that benefits arising from the utilization of traditional knowledge and genetic re-

sources held by indigenous people and local communities are shared in a fair and equitable way. Access to traditional knowledge associated to genetic resources is also addressed in Article 7, which states that, subject to domestic law, the Parties shall ensure that the utilization of traditional knowledge held by indigenous and local communities takes in consideration the PIC or any form of approval by them in addition to their participation.

## 4.2 Compliance

The core issue of the Protocol to the Developing Countries was related to the mechanisms of compliance. They believed that without provisions to enhance the monitoring access and benefit sharing of genetic resources through PIC and MAT, the problem of bio-piracy would never be redressed. Article 15 (1) and 16 (1) emphasize that the Parties shall take appropriate legislative measures to ensure that genetic resources and traditional knowledge associated with them are accessed with due attention to the PIC and the establishment of the MAT within their jurisdiction, as required by the provider country’s ABS legislation<sup>39</sup>. Moreover, the user country shall take appropriate and effective measures to address the situations of non-compliance, according to Article 15 (2) and 16 (2). However, Josep argues that “the Protocol has been very lenient on non-compliance by expressing its sympathy to violators in saying “as far as possible and as appropriate”<sup>40</sup>. Indeed, Articles 15 (3) and 16 (3) state that “Parties shall as far as possible and appropriate, cooperate in cases of alleged violation” and do not state any mechanism to deal with the situation of non-compliance.

During the negotiations there were some issues that divided the Developed and Developing countries, especially in relation to the monitoring mechanisms of the Protocol. The most controversial topic was the implementation of checkpoints within the jurisdiction of the Parties. The checkpoints would be a type of national authority for which the users of genetic resources should submit information about the PIC, MAT, the

<sup>36</sup> SANDS, P. *Principles of international environmental law*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 465.

<sup>37</sup> HARROP, S. R. Living in harmony with nature? outcomes of the 2010 Nagoya Conference of the Convention on Biological Diversity. *Journal of Environmental Law*, 2011. p. 127.

<sup>38</sup> KAMAU, E. C.; FEDDER, B.; WINTER, G. The Nagoya Protocol on access to genetic resources and benefit sharing: what is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community?. *Law, Environment and Development Journal*, 2010. p. 251.

<sup>39</sup> BUCK, Mathias; HAMILTON, Claire. *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the fair and equitable sharing benefits arising from their utilization to the Convention on Biological Diversity: review of European Community & international environmental law*. 2011. p. 52.

<sup>40</sup> JOSPEH, R. K. International regime on access and benefit sharing: where are we now?. *Asian Biotechnology and Development Review*, 2010. p. 90.



source, and utilization of genetic resources accessed within its jurisdiction. Developing countries defended that the intellectual property offices or research institutions should be explicitly designated as the mandatory checkpoint in the Protocol<sup>41</sup>. However, these alternatives were refused by the North. Therefore, Article 17 of the Protocol just states that each Party shall designate one or more checkpoints, without further details about what entity should be appointed as the national authority that will supervise and guarantee the compliance with the ABS regime.

Another issue related to the checkpoints is the disclosure of information. Since the negotiations of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement), the Developing countries have requested the disclosure of origin as a requirement for granting patents related to genetic resources. This measure would be useful to combat biopiracy because they argued that this prerequisite would avoid patents based on their traditional knowledge. Developed countries, especially USA, did not accept this position because they understood that it would impose new burdens on patent applications. Again, Developed countries did not agree on this point for the Protocol and because of that, the duty of disclosure is vaguely incorporated in Article 17 (1) (iv). In other words, it means that the requirement to disclose information is not mandatory<sup>42</sup>. However, Margo Bagley asserts that disclosure of origin is already a requirement in the patent domestic legislation of many countries, such as China, Brazil, India and Switzerland, and that “with the entry into force of the Nagoya Protocol, additional countries are likely to include a DOO [disclosure of origin] obligation in their implementing legislation [ABS]”<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> LING, Chee Yoke. *Access obligations increased: the road to an anti-piracy agreement: the negotiations under the United Nations Convention on Biological Diversity*. 2. ed. Penang: Third World Network, 2011.

<sup>42</sup> KAMAU, E. C.; FEDDER, B.; WINTER, G. The Nagoya Protocol on access to genetic resources and benefit sharing: what is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community?. *Law, Environment and Development Journal*, 2010. p. 257.

<sup>43</sup> BAGLEY, Margo. Of disclosure “Straws” and IP System “Camels”: patents, innovation, and the disclosure of origin requirement. In: ROBINSON, Daniel; ABDEL-LATIF, Ahmed; ROFFE, Pedro (ed.). *Protecting traditional knowledge: the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Routledge Press, 2017.

Article 17 (3) confirms that an international certificate of compliance shall serve as verification that the genetic resources were accessed taking into consideration the PIC, the establishment of the MAT and eventual benefit-sharing thereof. It is important to highlight that the Protocol aims at applying the countries’ ABS domestic legislation to the access of genetic resources. The objective is to guarantee that a genetic resource originally from Brazil could be used in China upon the conditions of the Brazilian ABS legislation. The national authorities should be able to monitor and issue an international certificate of compliance that must be submitted to the ABS Clearing House.

Finally, the Protocol also addresses other issues of relevance to Developing countries, such as access and benefit sharing related to genetic pathogen resources, in Article 8 (b), and the situations when it is difficult or impossible to obtain the PIC from the provider party, in Article 10. In the latter case, the “Parties shall consider the need and modalities of a global multilateral benefit-sharing mechanism”. Such mechanism would be very important to address the situation of the genetic resources placed at “ex situ collections”, where it is not possible to obtain the PIC<sup>44</sup>.

Despite all the challenges the Protocol still faces, the relevance of the initiative of the instrument to address the problem of biopiracy is irrefutable. At long last, an international ABS regime has been created, emphasizing not just the access and sharing benefits of genetic resources, but also of the traditional knowledge associated with them. The Protocol is a striking recognition of the environmental injustices suffered by the South and emerged in the international sphere as a form of corrective justice.

## 5 Digital Sequence Information

The ABS regime was arranged taking into consideration tangible biological resources. The classical idea of biopiracy that comes into our mind is a seed, plant or animal that is exported illegally by a Party, usually situated in the North, and taken to laboratories to develop

<sup>44</sup> BUCK, Mathias; HAMILTON, Claire. *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the fair and equitable sharing benefits arising from their utilization to the Convention on Biological Diversity: review of European Community & international environmental law*. 2011. p. 59.

products to industry. However, with the recent developments of Biology and Computer Science, the genetic information has been acquired and shared in an intangible format. As Hammond<sup>45</sup> points out “while yesterday’s biopirate hid seeds in his luggage, tomorrow’s gene thief may smuggle her loot on a thumb drive or upload it to the cloud”.

This change is also due to the discovery of new methods used to sequence DNA. The first-generation sequencing used the technique of DNA amplification and electrophoresis<sup>46</sup>. It relied greatly upon physical samples and the ABS regime was drafted based on this process. However, with the advances in molecular biology and computational algorithms, a new generation of DNA sequencing came to light. The so-called Next-Generation Sequencing still uses physical resources to decode the sequence, however once the code is available in a digital format, the research material becomes autonomous, no longer depending on tangible resources. According to the Submission of information on the use of digital sequence information on genetic resources for food and agriculture:

These next-generation sequencing (NGS) technologies are able to generate DNA sequence data at low cost and at a rate much faster than that of traditional technologies. With NGS technologies it is possible to resequence entire genomes or sample entire transcriptomes more efficiently and economically than in past, and in greater depth than ever before<sup>47</sup>.

In this context, a new concern came up to the provider countries: the digital biopiracy. As Margo Bagley<sup>48</sup> explains, they are worried that once the PIC is given to a physical sample, the DNA sequence information is obtained and uploaded to publicly databases, and then used to get ABS-free products. Put plainly, they are afraid that the new technology and the fluidity of information could hamper the compliance with the ABS rules.

The emergence of technological changes in research methods and in the way of sharing genetic information raised the debate over whether Digital Sequence Information (the terminology used by the CBD to the genetic resources in a digital format) should be considered a genetic resource under the scope of the Nagoya Protocol. As the Convention establishes that “genetic resources” means a genetic material of substantial or potential value, some members interpret that the treaty encompasses just biological physical samples<sup>49</sup> (See section 2 – An Important Definition).

As previously mentioned, the Nagoya Protocol was primarily designed to further advance the implementation of the third objective of the CBD: the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of genetic resources. If due to the new technologies the genetic resources are being accessed without the PIC/MAT and/or being economically explored without due compensation, the Protocol becomes just a piece of paper.

Aiming to understand this cross-cutting issue, in December 2016, the thirteenth meeting of the Conference of the Parties to the CBD and the second meeting of the Parties to the Nagoya Protocol established an Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information (AHTEG). Additionally, the Executive Secretariat of the CBD requested a fact-finding and scoping study to clarify the terminology and evaluate the use of Digital Sequence Information (“DSI”) on genetic resources. The COP also invited Parties, indigenous people, local communities, relevant NGOs, and stakeholders to submit their comments over the matter<sup>50</sup>.

The Fact Finding and Scoping Study on Digital Sequence Information on Genetic Resource was released in 2018. It is a long and complex study that explores the current situation of the use of DSI. It demonstrated that DSI has already been widely used in laboratories; however, some researchers stated that it is still necessary to have physical material in most cases. Nowadays the minor part of the commercial research is based on tangible samples, but academic groups are still interested

<sup>45</sup> HAMMOND, E. *Gene sequences and biopiracy: protecting benefit-sharing as synthetic biology changes access to genetic resources*. Third World Network, aug. 2017. p. 1.

<sup>46</sup> Report of the Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information on Genetic Resources, Act February, 2018.

<sup>47</sup> Submission of information on the use of “digital sequence information on genetic resources for food and agriculture. Available at: <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/CGRFA-DSI-3.pdf>. Access on: 15 set. 2020.

<sup>48</sup> BAGLEY, Margo. Digital DNA: the Nagoya Protocol, intellectual property treaties, and synthetic biology. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 11, Emory Legal Studies Research Paper, feb. 2016. p. 11.

<sup>49</sup> LAIRD, Sarah; WYNBERG, Rachel. Locating responsible research and innovation within access and benefit sharing spaces of the Convention on Biological Diversity: the challenge of emerging technologies. *Nanoethics*, v. 10, 2016.

<sup>50</sup> LAIRD, Sarah; WYNBERG, Rachel. Locating responsible research and innovation within access and benefit sharing spaces of the Convention on Biological Diversity: the challenge of emerging technologies. *Nanoethics*, v. 10, 2016. p. 8.

in field and “ex situ” collections<sup>51</sup>. The use of digital sequence has also revealed a new genetic manipulation technique, considered the next stage of Genetic Engineering, based on DSI: the synthetic biology.

The report of the AHTEG was released in February 2018, but the most important point remained without conclusion: the definition of the term genetic resources. Some experts expressed that the definition includes DSI<sup>52</sup>; and the study also presented arguments in the sense that genetics resources refer just to tangible material<sup>53</sup>. For some countries of the South, not including DSI compromise sovereign control over genetic resources. Other countries, especially where the major sequence database is situated, consider that the publication of sequence information in open-access databases can be seen as a form of benefit-sharing<sup>54</sup>.

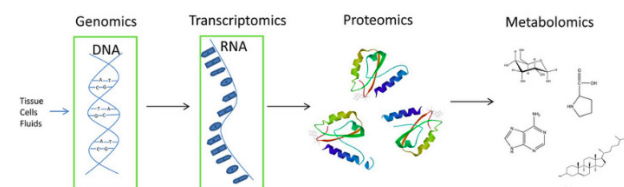
The complexity of the issue, the ongoing advances on technology and the lack of a precise definition of DSI influenced the COP, at its 14th meeting, in November 2018, to adopt the Decision 14/20. The resolution requested four peer reviewed studies on DSI and established an extended Ad Hoc Technical Expert Group (AHTEG).

One of the studies requested by the CBD provided a science-based analysis on the concept and scope of DSI. The study explains the technical ground to develop some discussion around the scope and correct terminology to replace the term DSI. It systematizes in different groups the various types of biological information that could compose the DSI. The explanation is based on the “central dogma of molecular biology” in which DNA is converted to RNA, which is trans-

lated into proteins that finally turn into metabolites (See Figure 1 below). The first group includes just the DNA and RNA (narrow scope); the second comprises the DNA, RNA and proteins (intermediary scope); the third includes DNA, RNA, proteins and the metabolites (intermediary scope) and the fourth, is the broadest concept, which includes traditional knowledge, environment influences, etc.<sup>55</sup>

These groups were organized to facilitate a future decision at the COP over the scope of DSI. Moreover, the method is important to identify the source from which the information was derived. The authors affirm “the proximity of data/information has significant implications for traceability to a genetic resource and also in identifying the source of information [...]”<sup>56</sup>. In other words, they explain that it is easier to track back the original resource derived from DNA, RNA or protein sequence than biosynthetic information (metabolites), because of their proximity in the flow of information of the Central Dogma of molecular biology (See Figure 1 below).

**Figure 1:** Central dogma of molecular biology



Source: [https://www.researchgate.net/figure/Biological-central-dogma\\_fig1\\_284729558](https://www.researchgate.net/figure/Biological-central-dogma_fig1_284729558)

Based on studies and the outcomes of the AHTEG, an Open-ended inter-sectional Working Group on The Post-2020 Global Biodiversity Framework will make recommendations to COP 15 to be held in China<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Fact Finding and Scoping Study on DSI. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/e95a/4ddd/4baea2ec772be28edcd10358/dsi-ahteg-2018-01-03-en.pdf>.

<sup>52</sup> MULLER, Manuel Ruiz. *Genetic resources as natural information*. Routledge Studies in Law and Sustainable Development, Taylor and Francis, 2015. p. 85.

<sup>53</sup> Ad Hoc Technical Expert Group (‘AHTEG’) on Digital Sequence Information on Genetic Resources, ‘Synthesis of Views and Information on the Potential Implications of the Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources for the Three Objectives of the Convention and the Objective of the Nagoya Protocol’ (2018) CBD/SBSTTA/22/INF/2, p. 36, 2018.

<sup>54</sup> Ad Hoc Technical Expert Group (‘AHTEG’) on Digital Sequence Information on Genetic Resources, ‘Synthesis of Views and Information on the Potential Implications of the Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources for the Three Objectives of the Convention and the Objective of the Nagoya Protocol’ (2018) CBD/SBSTTA/22/INF/2, 2018.

<sup>55</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *CBD/DSI/AHTEG/2020/1/7*. Report of the ad hoc technical expert group on digital sequence information on genetic resources. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/ba60/7272/3260b5e396821d42bc21035a/dsi-ahteg-2020-01-07-en.pdf>. Access on: 02 feb. 2021.

<sup>56</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3*. Digital sequence information on genetic resources: concept, scope and current use. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/fe9/2f90/70f037ccc5da885dfb293e88/dsi-ahteg-2020-01-03-en.pdf>. Access on: 05 feb. 2021.

<sup>57</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. Available at: <https://www.cbd.int/dsi-gr/2019-2020/>. Access on: 15 sep. 2020.



## 6 DSI and ABS regime: a possible marriage?

As previously explained, there is no certainty whether the DSI will be considered a genetic resource for ABS purposes. Considering that just physical samples are considered genetic material, maintaining the classical understanding of biopiracy, the ABS regime is fated to be out-of-date and with little effect. Being considered a genetic resource, new instruments to guarantee the compliance with the ABS regime shall be established by the Parties.

The study on DSI in Public and Private Databases and DSI Traceability (hereinafter “Study on DSI”), requested by the 14th meeting of the COP, elucidates and proposes many possible ways to enable an ABS regime focused on DSI.

One of the main problems of an ABS regime focused on DSI is the fluidity of the information that makes difficult traceability. The information about the place of origin, its users and usages are very important for establishing a PIC/MAT and benefit sharing commitments. The Study on DSI brought to light the importance of the INSDC<sup>58</sup> as a tool to track the NSD. It explains that the submission of a NSD into the INSDC creates an Accession Number (AN), which can enable anyone to localize the NSD. Moreover, once the research is published, it also receives a Digital Object Identifier (DOI) to trace publications. Usually, the researcher reports to the INSDC and informs the NSD register with the DOI from the publication. Thus, the AN and DOI could be very useful to enable the genetic resources traceability. However, the authors also emphasize that currently there is no dedicated PIC/MAT field in the INSDC submission forms<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> The International Nucleotide Sequence Database Collaboration (INSDC) is a long-standing cooperation for the storage of genetic material data. The database holds the vast majority of DSI used in the public databases and imposes no use restrictions, licensing requirements or fees on the use of database by any party. The INSDC includes the three largest international databases for genetic data: the Genbank (based in Maryland, USA), the European Nucleotide Archive (Cambridge, UK) and DNA Data Bank of Japan. DRÖGE, Gabriele; HUANG, Sixing; ROHDEN, Fabian; SCHOLZ, Amber Hartman. *Combined Study on DSI in Public and private databases and DSI traceability*. 2019. Available at: <https://www.cbd.int/abs/DSI-peer/Study-Traceability-databases.pdf>. Access on: 15 sep. 2020. p. 12.

<sup>59</sup> DRÖGE, Gabriele; HUANG, Sixing; ROHDEN, Fabian; SCHOLZ, Amber Hartman. *Combined Study on DSI in Public and private databases and DSI traceability*. 2019. Available at: <https://www.cbd.int/abs/DSI-peer/Study-Traceability-databases.pdf>. Access on: 15 sep. 2020.

Biodiversity is considered a common concern of humanity and the solutions for its conservation demands the participation of all players of the international sphere. Furthermore, the commercial interconnections between the states will require a single solution for the DSI problem. For instance, companies situated in the United States, a non-signatory party of the Protocol, are likely to have to comply with Brazilian ABS legislation if they intend to commercialize their products in Brazil (Brazilian ABS legislation comprises DSI). As Dinah Shelton asserts “a common concern requires international action and necessitates new forms of law making, compliance techniques and enforcement”<sup>60</sup>. It is also important to bear in mind that the Nagoya Protocol foresees, in its article 10, the possibility of the creation of a multilateral system for transboundary situations or when is impossible to obtain the PIC. In some sense this system could undermine states sovereignty over their resources and bring biodiversity closer to the concept of the Common Heritage of Mankind for some specific situations. The urgency of creating a multilateral mechanism for sharing benefits make believe that the mega biodiverse countries did not comprehend the concept of CHM at the time of the CBD’s negotiation. Their fear of appropriation of their resources without sharing benefits made them to insist on the concept of the Common Concern of Mankind, based on the sovereignty principle. However, the CHM also applies the sharing of benefit and the classical notion of sovereignty of states seems to be outdated to deal with some environmental issues, which are international and transboundary by essence<sup>61</sup>.

### 6.1 Possible solutions for traceability

The study suggests some possible solutions for traceability. One of them is the improvement of the INSDC, applying the country of origin requirements on new NSD/DSI submissions. Although since 2011 there is a specific field to insert the country, there are many sequences without a place of origin associated

[cbd.int/abs/DSI-peer/Study-Traceability-databases.pdf](https://www.cbd.int/abs/DSI-peer/Study-Traceability-databases.pdf). Access on: 15 sep. 2020.

<sup>60</sup> SHELTON, Dinah. *Common concern of humanity*. Iustum Aequum Salutare V. 2009/1. Available at: <http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20091sz/05.pdf>. Access on: 11 oct. 2021. p. 40.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *A Convenção sobre Diversidade Biológica e o princípio da soberania nacional*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, 2006.

with them. Thus, the study indicates that the researchers should be better trained in order to submit NSD/DSI, filling all blanks required<sup>62</sup>.

Another possible solution is the use of the blockchain technology. This system became known for its application with cryptocurrencies, such as Bitcoin, but it can be used for many different applications. According to Tama et al., “blockchain has drawn a lot of attention to the decentralized transaction ledger functionality which could be used to register, confirm, and send the payment or contracts<sup>63</sup>”. Simply put, the blockchain is a decentralized database, shared and audited by its participants, with no need of a central authority for examining the information.

In this context, as the blockchain registers and validates all inputs of the database, the DSI could take the advantage of the storage, traceability, and trust. In addition to that, it also permits to store the terms of use for the data, using a mechanism called smart contracts. Thus, a MTA related to a genetic resource could also be stored and “everyone that access the NSD [DSI] via blockchain system would automatically be required to accept the conditions of the MTA [...]”<sup>64</sup> Dröge et al. suggest the use of blockchain based on the success of its application on individual human genomes. Moreover, they were influenced by the Earth Biogenome Project, which was launched in 2018, aiming to sequence the plants and animals of the planet and store their NSD in a blockchain.

It is important to highlight that the study indicates that the traceability will just be technically feasible if the concept of DSI solely includes DNA, RNA and proteins. Otherwise, the compliance mechanisms will be ineffective<sup>65</sup>. It means that if the states decide that the

DSI concept encompasses metabolites and other environment interactions (See section 4), the blockchain technology cannot track back these elements to the origin country. Conversely, it is possible to track the information of a protein, RNA or a DNA to the country of origin of the genetic resource.

## 6.2 Benefit-sharing issues

Due to the challenges of implementation of the ABS system regarding the DSI, it has been alleged that the cost of maintenance of the database should be considered a compensation for the use of genetic resources. Some experts also argue that ABS rules do not stimulate the research because imposes unnecessary red-tapes<sup>66</sup>.

Some researchers also say that the bureaucracy created by the ABS rules hinder the preservation of biological diversity and that “digital sequence data in the public domain provides a key resource for the conservation of biological diversity and the sustainable use of its component”<sup>67</sup>. Bond and Scott comment that scientific publications raised concern that, if ABS regime includes DSI, this would encumber, rather than discouraging biopiracy<sup>68</sup>. The Ecological Society of America also expressed concern if the inclusion could delay important health measures, especially related to the development of vaccines and monitoring the pathogens evolution in a scenario of Covid-19 pandemic<sup>69</sup>. On the other hand, the Third World Network, a civil society group, alleges that companies are using the DSI to bypass the established mechanisms for fair and equitable sharing of benefits. The NGO calls this practice of digital biopiracy

*private databases and DSI traceability*. 2019. Available at: <https://www.cbd.int/abs/DSI-peer/Study-Traceability-databases.pdf>. Access on: 15 sep. 2020.

<sup>62</sup> DRÖGE, Gabriele; HUANG, Sixing; ROHDEN, Fabian; SCHOLZ, Amber Hartman. *Combined Study on DSI in Public and private databases and DSI traceability*. 2019. Available at: <https://www.cbd.int/abs/DSI-peer/Study-Traceability-databases.pdf>. Access on: 15 sep. 2020.

<sup>63</sup> TAMA, A.; KWEKA, B. J.; RHEE, K. *A critical review of blockchain and its current applications*. International Conference on Electrical Engineering and Computer Science (ICECOS), Palembang, Indonesia, 2017. p. 109.

<sup>64</sup> DRÖGE, Gabriele; HUANG, Sixing; ROHDEN, Fabian; SCHOLZ, Amber Hartman. *Combined Study on DSI in Public and private databases and DSI traceability*. 2019. Available at: <https://www.cbd.int/abs/DSI-peer/Study-Traceability-databases.pdf>. Access on: 15 sep. 2020.

<sup>65</sup> DRÖGE, Gabriele; HUANG, Sixing; ROHDEN, Fabian; SCHOLZ, Amber Hartman. *Combined Study on DSI in Public and*

<sup>66</sup> LAWSON, Charles; ROURKE, Michelle. Digital Sequence Information as a marine genetic resource under the proposed UNCLOS legally binding instrument. *Marine Policy*, v. 122, 2020. p. 7.; Also HIEMSTRA, S. J.; BRINK, M.; VAN HINTUM, T. Digital Sequence Information (DSI): options and impact of regulating access and benefit sharing: stakeholder perspectives. Centre for Genetic Resources, the Netherlands (CmGN), Wageningen University & Research. *CGN Report*, n. 42, 2019.

<sup>67</sup> WATANABE, Myrna. The Nagoya Protocol: the conundrum of defining digital sequence information. *BioScience*, v. 69, n. 6, jun. 2019. p. 480.

<sup>68</sup> SCOTT, D.; BOND, M. Digital biopiracy and the (dis)assembling of the Nagoya Protocol. *Geoforum*, n. 117, p. 24-32, 2020.

<sup>69</sup> PARSONS, Jill. *Benefit-Sharing, Nagoya, and DSI: oh my!* Ecological Society of America. Available at: <https://www.esa.org/esa-blog/2020/05/11/benefit-sharing-nagoya-and-dsi-oh-my/>. Access on: 05 mar. 2021.

and demands some compensation to the countries of origin of these genetic resources<sup>70</sup>.

Manuel Ruiz Muller proposes a radical change in the ABS system. Pursuant to the author, who regrets defending the current definition of genetic resources in the CBD's negotiation, a multilateral benefit sharing mechanism would be more effective for the DSI. He suggests that the benefit-sharing should come from royalties derived from genetic resources discoveries. As these findings would be protected under intellectual property law, the national intellectual property institutes could charge royalties depending on the economical results. These royalties would be "transferred to a benefit-sharing fund for proportional distribution among countries of origin of species"<sup>71</sup>, with no need of PIC and MAT. His idea resembles the multilateral mechanism used sharing the benefits under the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, which came into force in 2004 and currently counts with 148 (one hundred forty-eight) contracting parties<sup>72</sup>. The treaty establishes a simplified access mechanism for specific agricultural genetic resources, with no need to indicate the origin of it. The monetary benefit-sharing mechanism is based on a fee payment directly to an international fund. However, the ITPGRFA's application is limited to (i) species listed on its Annex I; (ii) genetic resources present in "ex situ" collections and public domain and (iii) purposes of conservation, research and improvement for food and agriculture<sup>73</sup>. The treaty coexists with Nagoya and its multilateral mechanism is considered a source of inspiration to the implementation of the Nagoya multilateral mechanism.

In the third meeting (online) of the Open-Ended Working Group on the Post-2020 Global Biodiversity Framework, which occurred from August 23 to September 3, 2021, it was proposed a draft recommendation to the COP-15 related to Digital Sequence information on genetic resources. Although the document may suffer

many alterations, it provides a hint of the direction of the future discussions. The item 16, for instance, suggests a multilateral benefit-sharing mechanism, operated by the Global Environmental Facility, to ensure that

[at least] 1 per cent of the retail price of all commercial income resulting from all utilization of genetic resources, traditional knowledge associated with genetic resources or digital sequence information on genetic resources is shared through the multilateral benefit-sharing mechanism [...] unless such benefits are otherwise being shared on mutually agreed terms established under the bilateral system [...]<sup>74</sup>

At this point we have a fork in the road: considering an open access system to maximize research efficiency, ignoring the ABS rules for DSI, or accepting a new challenge and make some adaptation to guarantee the compliance with Nagoya Protocol. In this sense, governments of many countries are trying to find ways to regulate cryptocurrency and fake news. These issues appeared and took the advantage of the regulatory limbo, working in the blind spot of the legal systems. Although Law is always a step behind considering the speed of technological development, it is undeniable that it should be used as an instrument to guarantee the fair application of technology.

## 7 Conclusion

The Nagoya Protocol developed, in more detail, Articles 15 of the Convention on Biological Diversity related to the access to and benefit-sharing arising from genetic resources. As a framework convention, the CBD was extremely vague in relation to these two provisions. Therefore, the Nagoya protocol, as a legally binding instrument, came to guarantee the operationalization of the ABS regime. More importantly, the Protocol is an instrument of distributive justice, and the equitable sharing of benefits approach is a tool to achieve sustainable development.

However, with the emergence of new technologies, the scientists have been changing the forms of accessing genetic resources. Many times, the physical samples are no longer necessary; and instead, researchers

<sup>70</sup> TWN. Available at: [https://www.twn.my/title2/briefing\\_papers/No93.pdf](https://www.twn.my/title2/briefing_papers/No93.pdf). Access on: 05 mar. 2021.

<sup>71</sup> MULLER, Manuel Ruiz. *Genetic resources as natural information*. Routledge Studies in Law and Sustainable Development, Taylor and Francis, 2015. p. 85.

<sup>72</sup> FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. Membership. Available at: <http://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/>. Access on: sep. 2021.

<sup>73</sup> FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Available at: <http://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access on: 6 sep. 2021.

<sup>74</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Item 5 of the provisional agenda: digital sequence information on genetic resources*. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/4dff/3b82/916f7588c96fd1d499bea130/wg2020-03-crp-01-en.pdf>. Access on: oct. 2021.



are using digital sequences of DNA/RNA, which are usually stored in public international databases. Before this new scenario, the COP to the CBD and the Parties of the Nagoya Protocol have been requesting many studies and establishing many working groups to clarify whether the DSI should be included in the scope ABS system and how it could be operationalized.

Based on the principles of distributive and corrective justice, which supported and conceived the ABS system, the rationale of the system remains untouched. The fact that the biological resources that were primarily appropriated in a tangible form are being accessed in a digital format does not change the need of the PIC and the equitable sharing of benefit. The logic of the system is still the same: equalizing the inequality between the technological rich countries of the North and the biodiverse rich countries of the South to guarantee the biodiversity conservation and distributive justice.

Therefore, the technology should be used to support a new regulatory framework for the ABS system. New technologies, such as blockchain, could enhance the available mechanisms for DSI access and traceability, providing simple solutions well suited to the speed of scientific progress. In addition, Parties may propose a multilateral mechanism that would be better suited for sharing DSI's research economical results. The ABS system does not need to be a nightmare to researchers. However, the conservation of biodiversity demands the creation of innovative solutions and the use of collective compliance mechanisms. The objective is not to create hurdles to scientific research but guarantee that they are conducted respecting ABS principles.

## References

BAGLEY, Margo. Digital DNA: the Nagoya Protocol, intellectual property treaties, and synthetic biology. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 11, Emory Legal Studies Research Paper, feb. 2016.

BAGLEY, Margo. Of disclosure "Straws" and IP System "Camels": patents, innovation, and the disclosure of origin requirement. In: ROBINSON, Daniel; ABDEL-LATIF, Ahmed; ROFFE, Pedro (ed.). *Protecting traditional knowledge: the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources,*

*Traditional Knowledge and Folklore.* Routledge Press, 2017.

BASTOS, R. Z.; CANTO, Otávio do; VESTRIS, I.; GALY, K. Le régime international de l'accès aux ressources génétiques au prisme de l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, p. 130-144, 2016.

BRUNNÉE, J. Common areas, common heritage and common concern. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen (ed.). *The Oxford handbook of international environmental law.* Oxford: Oxford University Press, 2007.

BUCK, Mathias; HAMILTON, Claire. *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the fair and equitable sharing benefits arising from their utilization to the Convention on Biological Diversity: review of European Community & international environmental law.* 2011.

CHASEK, P.; DOWNIE, D.; BROWN, J. W. *Global environmental politics.* 7. ed. Routledge Press, 2018.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *About the Nagoya Protocol.* Available at: <https://www.cbd.int/abs/about/>. Access on: 1 oct. 2020.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. Available at: <https://www.cbd.int/dsi-gr/2019-2020/>. Access on: 15 sep. 2020.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *CBD/COP/15/1/Rev.1*, 18 August, 2021. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/c678/abc2/2ff4f204cf2d46569a376d6a/cop-15-01-rev1-en.pdf>. Access on: 26 sep. 2021.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3.* Digital sequence information on genetic resources: concept, scope and current use. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/fe9/2f90/70f037ccc5da885dfb293e88/dsi-ahteg-2020-01-03-en.pdf>. Access on: 05 feb. 2021.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *CBD/DSI/AHTEG/2020/1/7.* Report of the ad hoc technical expert group on digital sequence information on genetic resources. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/ba60/7272/3260b5e396821d42bc21035a/dsi-ahteg-2020-01-07-en.pdf>. Access on: 02 feb. 2021.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP - 2 Decision II/11.* Available at: <https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7084>. Access on: 01 oct. 2021.

- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Decision XIII/16*, paragraph 3(b). Available at: <https://www.cbd.int/decisions/cop/13/16>. Access on: 10 sep. 2020.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Item 5 of the provisional agenda*: digital sequence information on genetic resources. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/4dff/3b82/916f7588c96fd1d499bea130/wg2020-03-crp-01-en.pdf>. Access on: oct. 2021.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Parties to the Nagoya Protocol*. Available at: <https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/>. Access on: 05 mar. 2021.
- CULLET, P. Environmental justice in the use, knowledge and exploitation of genetic resources. In: EBBESON, Jonas; OKOWA, Phoebe (ed.). *Environmental law and justice in context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- DEPLAZES-ZEMP, A. Genetic resources, an analysis of a multifaceted concept. *Biological Conservation*, n. 222, p. 86-94, 2018.
- DRÖGE, Gabriele; HUANG, Sixing; ROHDEN, Fabian; SCHOLZ, Amber Hartman. *Combined Study on DSI in Public and private databases and DSI traceability*. 2019. Available at: <https://www.cbd.int/abs/DSI-peer/Study-Traceability-databases.pdf>. Access on: 15 sep. 2020.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. Available at: <http://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/>. Access on: sep. 2021.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Available at: <http://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access on: 6 sep. 2021.
- FRUGONI, Alina Celi. Análisis jurídico del ordenamiento jurídico internacional sobre protección de los recursos genéticos: desafíos y perspectivas en Uruguay a partir de la implementación del protocolo de Nagoya. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, p. 117-131, 2016.
- GRIFFITHS, A. J. F.; WESSLER, S. R.; CARROL, S. B. *Doebly*: introduction to genetic analysis. 8. ed. New York: W. H. Freeman and Company, 2004.
- HAMMOND, E. *Gene sequences and biopiracy*: protecting benefit-sharing as synthetic biology changes access to genetic resources. Third World Network, aug. 2017.
- HARROP, S. R. Living in harmony with nature? outcomes of the 2010 Nagoya Conference of the Convention on Biological Diversity. *Journal of Environmental Law*, 2011.
- HASSEMER, M. Genetic resources. In: VON LEWINSKI, Silke (ed.). *Indigenous heritage and intellectual property*: genetic resources, traditional knowledge and folklore. London: Kluwer Law International, 2004.
- HIEMSTRA, S. J.; BRINK, M.; VAN HINTUM, T. Digital Sequence Information (DSI): options and impact of regulating access and benefit sharing: stakeholder perspectives. Centre for Genetic Resources, the Netherlands (CmGN), Wageningen University & Research. *CGN Report*, n. 42, 2019.
- JOSPEH, R. K. International regime on access and benefit sharing: where are we now?. *Asian Biotechnology and Development Review*, 2010.
- KAMAU, E. C.; FEDDER, B.; WINTER, G. The Nagoya Protocol on access to genetic resources and benefit sharing: what is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community?. *Law, Environment and Development Journal*, 2010.
- KISS, Alexandre. The common heritage of mankind: utopia or reality?. *International Journal: Law in the International Community*, v. 40, n. 3, p. 423-441, 1985.
- LAIRD, Sarah; WYNBERG, Rachel. *A fact-finding and scoping study on digital sequence information on genetic resources in the context of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol*. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2018. Available at: <https://www.cbd.int/doc/c/b39f/4faf/7668900e8539215e7c7710fe/dsi-ahteg-2018-01-03-en.pdf>. Access on: 15 set. 2020.
- LAIRD, Sarah; WYNBERG, Rachel. Locating responsible research and innovation within access and benefit sharing spaces of the Convention on Biological Diversity: the challenge of emerging technologies. *Nanoethics*, v. 10, 2016.
- LAWSON, Charles; ROURKE, Michelle. Digital Sequence Information as a marine genetic resource under the proposed UNCLOS legally binding instrument. *Marine Policy*, v. 122, 2020.
- LING, Chee Yoke. *Access obligations increased*: the road to an anti-piracy agreement: the negotiations under the

- United Nations Convention on Biological Diversity. 2. ed. Penang: Third World Network, 2011.
- MGBEOJI, Ikechi. Beyond rhetoric: state sovereignty, common concern, and the inapplicability of the common heritage concept to plant genetic resources. *Leiden Journal of International Law*, v. 16, n. 4, p. 821-837, 2003.
- MGBEOJI, Ikechi. *Global biopiracy: patents, plants and indigenous knowledge*. UBC Press, 2006.
- MILLER, Marian. *The third world in global environmental politics*. Buckingham: Open University Press, 1995.
- MULLER, Manuel Ruiz. *Genetic resources as natural information*. Routledge Studies in Law and Sustainable Development, Taylor and Francis, 2015.
- NOLLKAEMPER, A. Sovereignty and environmental justice in international law. In: EBBESSON, Jonas; OKOWA, Phoebe (ed.). *Environmental law and justice in context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *A Convenção sobre Diversidade Biológica e o princípio da soberania nacional*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, 2006.
- OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BARROS, Ana Flávia; CRAVO, Jorge Gomes. Mitigating the principle of sovereignty over biological resources?. *Nomos*, v. 38, n. 2, p. 244-256, jul./dez. 2018.
- PARSONS, Jill. *Benefit-Sharing, Nagoya, and DSI: oh my!* Ecological Society of America. Available at: <https://www.esa.org/esablog/2020/05/11/benefit-sharing-nagoya-and-dsi-oh-my/>. Access on: 05 mar. 2021.
- SANDS, P. *Principles of international environmental law*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2012.
- SCOTT, D.; BOND, M. Digital biopiracy and the (dis) assembling of the Nagoya Protocol. *Geoforum*, n. 117, p. 24-32, 2020.
- SHELTON, Dinah. *Common concern of humanity*. Iustum Aequum Salutare V. 2009/1. Available at: <http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20091sz/05.pdf>. Access on: 11 oct. 2021.
- TAMA, A.; KWEKA, B. J.; RHEE, K. *A critical review of blockchain and its current applications*. International Conference on Electrical Engineering and Computer Science (ICECOS), Palembang, Indonesia, 2017.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The parallel evolutions of international human rights protection and of environmental Protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognized human rights. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (coord.). *Human rights and environment*. Expressão Gráfica e Editora, 2017.
- TVEDT, Morten Walløe; SCHEI, Peter Johan. The term “genetic resources” flexible and dynamic while providing legal certainty?. In: OBERTHÜR, Sebastian; ROSENDAL, G. Kristin. *Global governance of genetic resources: access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge, 2013.
- TWN. Available at: [https://www.twn.my/title2/briefing\\_papers/No93.pdf](https://www.twn.my/title2/briefing_papers/No93.pdf). Access on: 05 mar. 2021.
- WATANABE, Myrna. The Nagoya Protocol: the conundrum of defining digital sequence information. *BioScience*, v. 69, n. 6, jun. 2019.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Political economy of smart cities and the human rights:**  
from corporative technocracy to sensibility

**Economia política das cidades inteligentes e os direitos humanos:** da tecnocracia corporativa à sensibilidade

Norberto Milton Paiva Knebel

Mateus de Oliveira Fornasier

Gustavo Silveira Borges

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

# Political economy of smart cities and the human rights: from corporative technocracy to sensibility\*

## Economia política das cidades inteligentes e os direitos humanos: da tecnocracia corporativa à sensibilidade

Norberto Milton Paiva Knebel\*\*

Mateus de Oliveira Fornasier\*\*\*

Gustavo Silveira Borges\*\*\*\*

### Abstract

This research presents a critique of smart cities, to conceive a technological city opposed to the corporate colonization of digital networks, to algorithmic governmentality and to surveillance capitalism. Methodologically, it is a literature review with qualitative approach and dialectical procedure. It is concluded that the role of participatory citizen should be resumed through the (re)appropriation of information and communication technologies, creating a city sensitive to social differences. Furthermore, the article proposes that, even though the Internet brings the promise of broadening the means of access to political participation, the reality points to a scenario permeated by the exploitation of personal data and the reduction of the citizen's questioning role to a mere consumer. Also, as a scientific legacy, the article provides theoretical support for future research that seeks to understand the smart city from the critique of political economy

**Keywords:** Smart cities; Sensitive cities; Human rights; Participation; Technology.

### Resumo

Esta pesquisa apresenta uma crítica às cidades inteligentes, para se conceber uma cidade tecnológica oposta à colonização corporativa das redes digitais, à governamentalidade algorítmica e ao capitalismo de vigilância. Metodologicamente, trata-se de revisão bibliográfica com abordagem qualitativa e procedimento dialético. Conclui-se que o papel de cidadão participativo deve ser retomado por meio da (re)apropriação das tecnologias da informação e comunicação, criando uma cidade sensível às diferenças sociais. Ademais, o artigo propõe que, por mais que a Internet traga a promessa de ampliação dos meios de acesso à participação política, a realidade aponta para um cenário permeado pela exploração dos dados pessoais e pela redução do papel questionador do cidadão, tornado mero consumidor. Ainda, como legado científico, o artigo dá suporte teórico a futuras pesquisas que

\* Recebido em 12/11/2021  
Aprovado em 14/02/2022

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI).  
Email: norberto.knebel@gmail.com

\*\*\* Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com pós-doutorado pela University of Westminster (Reino Unido).  
E-mail: fornasier@unijui.edu.br

\*\*\*\* : Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com Pós-Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).  
Email: gustavoborges@hotmail.com



busquem compreender a cidade inteligente a partir da crítica da economia política.

**Palavras-chave:** Cidades inteligentes; Cidades sensíveis; Direitos humanos; Participação; Tecnologia.

## 1 Introduction

New Technologies of Information and Communication (NICTs) bring new ways of political participation within – but the reality of the political economy of the information society also suggests serious democratic setbacks. On the one hand the possibilities of e-democracy brought about by new forms of instantaneous and complex communication, increasingly accessible; on the other hand, asymmetry and structural informational inequality, dataveillance and behavioral surplus value may be classified as negative consequence of the establishment of big technology companies (from now on called *big techs*) as controllers of massive amounts of personal data.

In this sense, it is questioned, as a research problem, what is the relationship between new information technologies and the possibilities and setbacks for the means of direct and participatory democracy? The hypothesis that permeates the research is that the right to the city means a critique of the totality of societies - conceiving “totality” in the Marxist sense used by Henri Lefebvre, understanding the universality of dialectics and how all elements of society influence each other, in which the urban phenomenon is understood as a global reality, with the universal premise of production<sup>1</sup> - and restricted forms of participation policy.

For this, the text uses as operational concepts: (I) “right to the city” and (II) “spatial justice”, the first being related to the critique of political economy contained in the Lefebvrian conception of the term - more than a “right” produced in legislative acts<sup>2</sup> – mainly when conceiving the production of urban space as dependent on the general conditions of the production system, that

is, on the prevailing political economy, in which participation in the production of the city is restricted to the antagonistic paradigm of social classes – demanding a critique of contemporary political economy, a critique of the political economy of smart cities, giving rise to topics such as informational economy, platform capitalism and extraction of added value from digital data. Also, the notion of production of difference in Lefebvre, different from the homogenizing difference – segregation into classes – of capitalism

Spatial justice, in another way, enters the themes of technopolitics, that is, of possible empirical experiences - understanding this movement from the daily practices of bodies, that is, from the political assemblages of society, from the apprehension of Philippopoulos-Mihalopoulos from the *new materialism*<sup>3</sup> – to make a renewed profoundly democratic and participatory society, based on this critique of the capitalist production of smart cities – that is, how to appropriate the city in the informational age. And spatial justice being something that emerges from the escapes of capitalist technocracy, in the attempts of popular, artistic and creative appropriation of technologies. The operationalization of this concept provides questions related to the criticism of technology, its appropriation and the possibility of using it in a different sense from the capitalist and corporate management of information and communication

Based on these premises, the main objective of this research – which was produced through the dialectical procedure method, with a qualitative approach and a literature review research technique – is to criticize aspects of smart cities and propose alternatives through the collective appropriation of technologies. For this, we will seek to address the following specific objectives: (I) to understand the informational political economy, guided by the new relationships between citizens and big techs, resulting in new processes of appropriation of networks that end up affecting social relations (such as work and consumption) rising new mechanisms of value production from the point of view of political economy, mainly in the field of digital data, in which people’s behavior ends up becoming a valuable asset on platforms; (II) to carry out a critique of participation in smart cities, understanding the scenario of its pro-

<sup>1</sup> VOLOCHKO, Danilo. Henri Lefebvre: totalidade, radicalidade e dialética espacial. *GEOSP Espaço e Tempo* (Online), [S. l.], v. 23, n. 3, p. 506-524, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/geosp/article/view/162821>. Acesso em: 8 fev. 2022. DOI: 10.11606/issn.2179-0892.geosp.2019.162821.

<sup>2</sup> LEFEBVRE, Henri. *O Direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2011. p. 117-118.

<sup>3</sup> PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Spatial justice: body, lawscape, atmosphere*. New York: Routledge, 2015.



mises; (III) to analyze the right to the city and spatial justice renewed by previous criticisms, appropriate to the context of smart cities, as a production of difference and ruptures with the capitalist continuum through the popular appropriation of technologies, and not by repulsing them.

## 2 The political economy of information

The critique of political economy is the radical critique of the fundamentals of an era, considering them as being historically specific, fruit of an era, which is why smart cities need to be seen according to the political economy that sustains them – the promises of a data-driven informational economy, capable of solving urban problems by promoting the interests of the big techs, more than a criticism based on its consequences – such as the violation of privacy and its technocratic tendencies – but also based on the social, economic and historical conditions that provide such violence.

Smart cities, as much touted as a solution to urban contradictions, carry a wide range of contradictions within, being the main ones: (I) the promises of smart cities; (II) its damages to society. The promises (I) can be listed as: (a) the smart economy based on entrepreneurship and innovation; (b) smart governance based on digital democracy, cooperation, participation and accountability; (c) smart mobility; (d) smart environmentalism promoting sustainability; (e) intelligent life, which promotes quality of life, safety and well-being; (f) smart, more informed, inclusive, empowered and creative people. However, such promises are emptied or contradict by their damages to society (II), listed as: (a) commodification of the city, which causes monopolization of digital platforms as solutions to urban problems; (b) although technologies are commonly considered objective, non-ideological, supposedly scientific, they only exist as part of a system of ideas, techniques and context, revealing biases (prejudices) of their developers; (c) technocracy ends up replacing democratic politics, through supposedly technical solutions – which turn out to be also ideological and political, therefore; (d) smart cities turn out to be vehicles for imposing a ideological agenda of privatization of the city, rewarding corporate governance; (e) such a technocracy makes cities vulnerable

by transforming simple issues into complex systems; (f) technologies publicized as bases for the smart city are not emancipatory, as they only promote an algorithmic governmentality, and do not allow citizens to get involved in decisions that outline city government guidelines; (g) such technologies further reinforce social and spatial inequalities rather than reconfigure them.<sup>4</sup>

The rise of Big Data inaugurates the data-driven phase of informational capitalism, which manifests itself in diverse sectors, mainly economic, political and ideological. Economically speaking, everything becomes privatized, including personal and behavioral data, as well as communication. Politically, an industrial surveillance complex emerges, building a scenario in the political economy that ultimately nurtures an ideology that affirms that surveillance is beneficial to all, promoting a culture of control, fear, competition, and individualization.<sup>5</sup> This reality is called “surveillance capitalism”,<sup>6</sup> when the mechanism for extracting value from collected and systematized personal and behavioral data is identified — mainly on platforms controlled by large technology and communication companies such as Microsoft, Apple, Google, Amazon, Facebook, Tencent and Alibaba.

The logic and operation of surveillance capitalism can be summarized into four main themes: (I) the logics — the ability of digital platforms to transform interactions (commercial or otherwise) with users into more gross-valuable to be traded with its real customers, which are the advertising advertisers on such platforms. Therefore, it is a logic of creation and a high value from a substrate (data) at first sight undervalued, as this (meta)data was considered disposable when platforms (Google, Facebook, etc.), but whose attainment has become, quite recently, an objective of deep and aggressive vigilance, and the mechanisms for this, developed by technological corporations, are now understood as important assets; (II) the means of production — subsumed in the technical capacity to promote AI-based

<sup>4</sup> KITCHIN, Rob. Making sense of smart cities: addressing present shortcomings. *Cambridge Journal of Regions Economy and Society*, v. 8, 2015

<sup>5</sup> FUCHS, Christian. Karl Marx in the age of big data capitalism. In: CHANDLER, D.; FUCHS, C. (org.). *Digital Objects, Digital Subjects: interdisciplinary perspectives on capitalism, labour and politics in the age of big data*. London: University of Westminster Press, 2019. p. 57-58.

<sup>6</sup> ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. New York: Public Affairs, 2019.

machines capable of processing and mining such data in ways that make them valuable. Therefore, it is computational power that imposes a technological division between corporations and society, and only these corporations are able to manage and profit from the data produced by people; (III) the products – the massiveness of extracted behavioral data makes possible the predictive identification of behaviors, which are valuable in reducing the risks of the activity of those who hold the information; (IV) the market – a new future data market emerges, offering knowledge as a disputed asset, capable of promoting strategic probabilistic information.<sup>7</sup>

The means of production of surveillance capitalism is the technical domain of digital platforms, that is, the private appropriation of technologies for extracting and processing personal data produced by users, which are thus transformed into valuable assets. In this transformation process, the concentration of knowledge generates an unprecedented concentration of power, understood as an unauthorized privatization of the division of conceiving a capitalist appropriation of the way people achieve knowledge, especially that acquired from the analysis of digital data<sup>8</sup> The big techs' monopoly of networks is a colonization of digital communication promoted by the global political economy, based on a systemic inequality that will persist as long as networks are accessed through these platforms.<sup>9</sup> The algorithmic control of surveillance capitalism imposes a form of world (like a “large shopping mall”), forming humans colonized by commercial logic, conditioning their behavior to be exclusively consumers.<sup>10</sup> The intermediation through these digital systems, which constitutes platform capitalism, is a characteristic of this monopoly, which expands in the trend of transforming everything into digitally mediated services — what has been called the process of “uberization” of everything.

In informational capitalism, knowledge producers constitute an exploited class, and this presupposes different types of workers — industrial, government, students and researchers — and also those whose immaterial labor contributes to social reproduction — such as housewives and service providers. Even goods produced in the Internet through sharing and free communication between users – whether data on behavior, opinions, applications or developed techniques – are appropriated by the Capital, intensifying what can be called “colonization of networks”.

Data capture, by its turn, occurs through: (I) its naturalization through the widespread acceptance of data extraction, which are always available to Capital, as natural resources to be explored, legitimized by the ideological structure of algorithmic governmentality; (II) modes of extraction — the rise of social networks has made personal data increasingly available and ready for extraction, as well as the expansion of data-driven services, thus transforming behaviors and choices (both personal and joint) into data and also the way in which social relations have enabled individuals themselves to track their own movements through extraction mechanisms such as data sent by users to the platforms, related to their use, whether data related to purchases, mobility, opinions or preferences.<sup>11</sup>

Feenberg<sup>12</sup> exposes a critique of the opponents or, on the other side, the naive promoters of the Internet who are based on essentialist views of technology – and considers it absolutely reprehensible or the necessary structure for the construction of a global political Agora – being that this space, in reality, is shaped according to the struggles between certain groups interested in its corporate part, strictly relative to its economic value and public use, disputing the design of the technical system. Corporate colonization of networks is, at the same time, the condition for the establishment of surveillance mechanisms, data and labor exploitation, and its consequence, creating a vicious circle of appropriation of networks – and it makes their democratized use even more distant.

<sup>7</sup> ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. New York: Public Affairs, 2019. p. 52.

<sup>8</sup> ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. New York: Public Affairs, 2019. p. 204-205.

<sup>9</sup> DAHLBERG, Lincoln. Web 2.0 divides: A critical political economy. *Media e Jornalismo*, Lisbon, v. 18, n. 10, p. 84-99, 2011. p. 94.

<sup>10</sup> FUCHS, Christian. Karl Marx in the age of big data capitalism. In: CHANDLER, D.; FUCHS, C. (org). *Digital Objects, Digital Subjects: interdisciplinary perspectives on capitalism, labour and politics in the age of big data*. London: University of Westminster Press, 2019. p. 58-59.

<sup>11</sup> COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. Data colonialism: rethinking big data's relation to the contemporary subject. *Television and New Media*, 2018. p. 4-10.

<sup>12</sup> FEENBERG, Andrew. *Technosystem: the social life of reason*. Cambridge: Harvard University Press, 2017. p. 87.

A new culture of surveillance, unprecedented in its invasion potential and strength, is being thus developing, and one of its main characteristics is the participation of people in regulating their own surveillance, which can be understood as constituents of “imaginary of surveillance” — socially shared understandings, such as fear, that justify surveillance practices — and “surveillance practices” — activities that involve both the condition of being watched and the subjects’ involvement in watching — which intersect and occur simultaneously;<sup>13</sup> however, more than a governmental mechanism, surveillance is currently a large industry, directly linked to powerful corporations. This ubiquity of surveillance makes Zuboff<sup>14</sup> indicate the overcoming of the totalitarian symbol of *big brother* by the *big other*, precisely because there is no longer the centralized power of mass society, but an inescapable surveillance that occurs with the compliance of people, who believe they receive the right to use the platforms in exchange for their data, and who multiply their flows, asserting means of control and freeing up the ubiquitous implementation of more surveillance practices.<sup>15</sup>

This power invades people’s behavior, the core of private life, under financial and/or ideological interests, as a “stimulus vortex” or nudges based on behavioral psychology, which replaced the centralization of power with stimuli based on rewards and punishments inferred in behavior. Thus, a social and political technology that governs behavior emerges, which Augusto<sup>16</sup> calls “monitoring device”.

The economic exploitation of this culture of surveillance and algorithmic governmentality is the extraction of behavioral surplus value, which occurs with a process of consented surrender by users of the practices of their daily life — through mechanisms created by the social structure of the surveillance culture — based on mechanisms of digital platforms that convert such in-

formation into data. In smart cities, the potential for extracting added value is intensified, given that they support the production of behavioral data in all urban practices: in the use of mobility mechanisms, in the distribution of electricity, among others.

Differently from the added value when it is considered a direct product of salaried work, due to this whole culture of surveillance, a new added value appears, applied to digital work, which is essentially unpaid and captured in the production of data, especially in social networks, being such work rewarded only with supposed improvements in platform services.<sup>17</sup> Digital work is explored under the influence of three elements: (I) coercion — as users are ideologically coerced to use platforms to communicate and socially relate; (II) alienation — as only corporations (and not any user) own the platforms and are the only ones capable of producing profit; (III) expropriation — the value (labor time) of the data commodity is transformed into money appropriated by corporations. Therefore, constant surveillance is crucial in the data commodification process, and the longer the time dedicated by users on the platforms, the greater the amount of data produced.<sup>18</sup>

### 3 On participation in smart cities

Although smart cities have some potential to increase citizen participation — mainly due to the enlargement of the number of possibilities of information and communication provided by the technologies they are based on — they end up being demonstrated in a “post-political” way of predicting feedback, negotiations and creation in an instrumental way, not political, therefore — even if they encourage the citizen to look for solutions to practical problems linked to their applications and their development. In this sense, citizens are never induced to challenge the political foundations and rationalities involved in urban politics.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> LYON, David. Cultura da vigilância: envolvimento, exposição e ética na modernidade digital. In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 151.

<sup>14</sup> ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. New York: Public Affairs, 2019. p. 44-46.

<sup>15</sup> TELES, Edson. Governamentalidade algorítmica e as subjetivações rarefeitas. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 140, p. 429-448, 2018. p. 438.

<sup>16</sup> AUGUSTO, Acácio. O dispositivo monitoramento como tecnologia política: formas da democracia securitária e do cidadão-polícia. In: ABARIEGO, Jesús; AMARAL, Augusto Jobim do; SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho (org.). *Algoritarismos*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 267.

<sup>17</sup> DANTAS, Marcos. Mais-valia 2.0: produção e apropriação de valor nas redes do capital. *Eptic Online*, v. 16, n. 2, p. 85-108, 2014. p. 105-106.

<sup>18</sup> FUCHS, Christian. Critique of the political economy of informational capitalism and social media. In: FUCHS, Christian; SANDOVAL, Marisol. *Critique, social media and the information society*. New York: Routledge, 2014. p. 58.

<sup>19</sup> MISOCZKY, Maria Ceci; OLIVEIRA, Clarice Misoczky de. A cidade e o urbano como espaços do capital e das lutas sociais: notas sobre a dutadoura contribuição de Henri Lefebvre. *Revista de Admin-*



This false expansion of participation is a response by interested corporations to the critiques of technocracy and the instrumentalism of smart cities, promising a citizen-centric management that is not truly articulated.<sup>20</sup> All this foments a democratic crisis that Zuboff<sup>21</sup> incites as a “coup d’état from above”, carried out by big techs, in which the digital future occurs at the expense of the human future, which this moment of capitalism uses to hide the answers to questions about “who knows”, “who decides” or “who decides who decides”.

Such a corporate control over data — under which algorithmic governance is exercised — exposes the need for regulation and control over the functioning of algorithms, because of their automated decisions — while considering them neutral or a force inevitable is to abdicate responsibility for them.<sup>22</sup> That is why Woodcock and Graham expose the need for the informational economy to transform itself due to its contradictions, being necessary to give it: (I) transparency — promoting clarified and understandable versions about the functioning of platforms digital; (II) accountability — with the expansion of social responsibility of organizations that hold such a technological power, understanding the relevant and negative impact they cause on urban life; (III) power to workers — with the promotion of the strength of association among workers through visibility and integration through appropriate union tools; and (IV) democratic ownership of platforms — with the expansion of the use of independent digital tools, linked to workers, avoiding the colonization of platforms through their exploratory mediation of all services.<sup>23</sup>

Digital exclusion, from a democratic point of view, consists on what Norris calls “democratic divide”, as a result of which differentiates between those who do and those who do not use digital structures to promote engagement, mobilizations and participation in public life.<sup>24</sup> And this differentiation can cause inequalities in

access to digital infrastructure in a marked way, even in the context of informational capitalism, and it does not show signs of reduction, considering that it is not enough to provide an inclusion of access infrastructure: it must have high quality, in order not to fall into a deep asymmetry among those included, based on the technical capacity to participate — both knowledge about the systems and foreign languages are understood here,<sup>25</sup> which is something aggravated in the Brazilian context, where inequality is still profound in terms of access to basic infrastructure such as sanitation, energy or drinking water, making the promise of smart cities something dubious, worthy only of certain pockets of wealth or strategic localities — which depend on the decision of digital corporations to promote access aiming to its exploitation.

The generalization of the use of technologies goes through the expansion of access, but the digital inclusion process is highly problematic and contradictory in the global totality, not including people in the digital democratization processes, but promoting their access only to hierarchical and cybercultural power, promoting global production networks to the field of private life through media saturation — an excess of communication that circulates signs through goods — and a computerization of everyday life — as intense mediation of daily life by computerized equipment.<sup>26</sup> The inclusion that actually takes place is market-oriented, which understands “citizenship” as “user-centered” applications, which ignore social, economic, political and technical conditions, especially in a society divided into classes, channeling the agency of these users into habits consumption only.<sup>27</sup>

Zuboff divides capitalist modernity into two moments, being the first one related to industrialization and the ways through which it promoted a process of “individualization” of workers, now understood as consu-

*istração Pública*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 6, p. 1015-1031, 2018. p. 1025.

<sup>20</sup> CARDULLO, Paolo; KITCHIN, Rob. Being a ‘citizen’ in the smart city: up and down the scaffold of smart citizen participation in Dublin, Ireland. *Geojournal*, v. 84, p. 1-13, 2018. p. 1.

<sup>21</sup> ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. New York: Public Affairs, 2019. p. 535.

<sup>22</sup> O’NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishing, 2016. p. 179.

<sup>23</sup> WOODCOCK, Jamie; GRAHAM, Mark. *The gig economy: a critical introduction*. London: Polity press, 2020. p. 116.

<sup>24</sup> NORRIS, Pippa. *Digital Divide: civic engagement, information*

poverty, and the internet worldwide. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 4.

<sup>25</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu. A noção de exclusão digital diante das exigências de uma cibercidadania. In: HETKOWSKI, Tânia Maria (org). *Políticas públicas e inclusão digital*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 43-66. p. 55.

<sup>26</sup> CAZELOTO, Edilson. *A inclusão digital e a reprodução do capitalismo contemporâneo*. 2007. 180 p. Thesis (Doctorate in Communication and Semiotics) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 43.

<sup>27</sup> MARIEN, Ilse; PRODNIK, Jernej A. Digital inclusion and user (dis) empowerment: a critical perspective. *Info*, v. 16, n. 6, p. 35-47, 2014. p. 39-44.

mers, able to exercise choices and decide accordingly to their demands, repressing expressions of individuality in the name of mass consumption — a moment that the author illustrates as a milestone of Ford’s mass production — while the second modernity produces another individual, more connected to Google and Facebook, in which individuality it seems to be everything, an ideology of psychological sovereignty where consumer habits become the main expression of personality.<sup>28</sup> And surveillance capitalism fills the gaps in that expression, promoting a ubiquitous use of digital services and social networks — but, in fact, it’s about people’s lives being transformed, expropriated and reused as a form of social control. Fuchs identifies these individualization processes as being completely identified with relations detrimental to the public sphere, transforming political agendas and life itself into processes that pay attention only to private spheres. In this situation, the citizen ends up restricted to his/her ability to be a user, nothing more than a consumer, of digital platforms that mediate life, and not a participant in their democratic regulation.<sup>29</sup>

Even if new information and communication technologies promote greater capacities for political expression, corporate interests end up taking these tools to the other side — something that Morozov announces as the “death of politics” precisely because of the alleged calculability exercised by platforms, and endless cycles of data exploration would be able to transcend politics, making debates and deliberations unnecessary in a scenario where machines are capable of making supposedly better decisions than humans.<sup>30</sup> Citizens, here, are clients, mere tester of the urban services provided by the systems, left only with the succinct task of evaluation of the services offered to them (approval, disapproval, or simple notes), which produces data that will be entered as a goal of efficiency of the platform.

The expectation about the democratic possibilities of the Internet has been broken, something that can be understood as a phenomenon of competitiveness

against cooperation,<sup>31</sup> an imposition of the corporate ideology that colonizes networks, and this alleged opening of networks promoted by technology is limited and part of a process of concentration of power through which the public sector is converted into a provider of economic support for transnational corporations, thus affirming the privatization of social benefits and the socialization of its eventual losses.<sup>32</sup>

What the participatory mechanisms of smart cities promote is nothing more than inclusion as consumers within a data-driven economy — which could be called “empty rhetoric of the smart city”,<sup>33</sup> which promises true digital inclusion and only delivers the commodification of city — and this empties the field of politics and appropriates proposals for solving urban problems under the cloak of ideological paradigms of efficiency, innovation and security, and also imposes a digital technocracy that makes believe it is possible to deal with political issues through technology and give up deliberation, considering the supposed slowness of democratic processes inefficient when compared to the instantaneous calculations of intelligent machines.<sup>34</sup> The rationality of this depoliticized and statistical automation of decisions is indifferent to the determining causes of the contexts where it is located and ideologically oriented to annihilate contingencies, although it is presented as a neutral technological infrastructure and a “natural” step towards the future.<sup>35</sup>

Digital platforms have the practical ability to blur the line between contents related to citizenship and to consumers<sup>36</sup> — in other words, the mediation of all services by the platforms, ending up meeting trends in commodification, considering that all users end up being customers with the transformation of products into services. Citizens are seen as consumers, who are mere producers

<sup>28</sup> ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. New York: Public Affairs, 2019. p. 40.

<sup>29</sup> FUCHS, Christian. Critique of the political economy of web 2.0 surveillance. In: FUCHS, Christian; BOERSMA, Kees; ALBRECHTSLUND, Anders; SANDOVAL, Marisol (org.). *Internet and surveillance: the challenges of web 2.0 and social media*. Abington: Routledge, 2011. p. 97.

<sup>30</sup> MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Tradução de Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018.

<sup>31</sup> FUCHS, Christian. *Internet and Society: social theory in the information age*. New York; London: Routledge, 2008. p. 225.

<sup>32</sup> SIERRA-CABALLERO, Francisco. *Marxismo y comunicación: teoría crítica de la mediación social*. Madrid: Siglo XXI, 2020. p. 213.

<sup>33</sup> WIIG, Alan. The empty rhetoric of the smart city: from digital inclusion to economic promotion in Philadelphia. *Urban geography*, v. 37, n. 4, p. 535-553, 2016.

<sup>34</sup> ALVES, Marco Antônio Sousa. Cidade inteligente e governamentalidade algorítmica: liberdade e controle na era da informação. *Philosophos*, v. 23, n. 2, p. 175-210, 2018. p. 232.

<sup>35</sup> ROUVROY, Antoinette; BERNS, Thomas. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação? In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 123.

<sup>36</sup> BARNES, Sarah. *Platform urbanism: negotiating platform ecosystems in connected cities*. London: Palgrave Macmillan, 2020. p. 37.

of data for extraction, conditioned to live within accepted limits of behavior rather than holding possibilities to promote transgressions, resistance and opposition to norms,<sup>37</sup> thus becoming the smart city a device for calibrating and capturing the gestures and knowledge produced by the subject-company in the space of flexible accumulation of neoliberal capitalism.<sup>38</sup>

No matter how much social auditability is promoted by digital platforms: they end up being mere tools of formal transparency of algorithms, not a truly verifiable accountability, since it does not have a critical audience that could actively behave to the decisions made by the machines, taking into account that the transformation of the citizen into a consumer conforms them to express a passive consensus and an authorization (or surrendering) to the practices of the platforms.<sup>39</sup>

In fact, even knowledge about the functioning of systems or consensus about platforms tends to be an empty or absent exercise,<sup>40</sup> due to the everyday nature of platforms and data production. Still, under the aspect of technological expertise required to understand algorithmic management processes, communities of interested professionals end up forming who guide and centralize an authoritative voice over the systems, and not a group sharing knowledge, beliefs and practices that guide a particular vision about the urban problems,<sup>41</sup> repressing the necessary opening for a true participatory harvest.

## 4 Sensible cities and human rights: the overcoming of smart cities seen from the cartographies of criticism to political economy

When reflecting on the process of transition to socialism under the legacy of marxist thought, three processes are pointed out by Feenberg: (I) the socialization of the means of production allied to the replacement of market planning on the allocation of capital, in order to cause the disappearance of the market; (II) the radical democratization of society through the end of economic, social and political inequalities which are characteristic of class society; and (III) a new pattern of technological development that overcomes the material and immaterial division of labor, which characteristic of capitalism.<sup>42</sup> Therefore, his vision requires an appropriation of technologies, which must be democratized, in opposition to the private control of the technological means of production. This aspect is relevant for thinking about the role of technology in a transformed world, as it is essential to move away from a “technological determinism” that makes us believe that technologies have an autonomous logic that does not need to be explained in reference to social processes (including the political ones), in favor of the development of a perspective that recognizes the operationalization of technologies according to the history of each era.<sup>43</sup>

In the perception that the real-time city of the informational space is a reality, it is necessary to think about urban concepts that can deal with the emergence of new actors and social forms of making the city. For these reasons, it is necessary to reorient the idea of the smart city to something more centered on human participation. This is the example given by the Sensible City Laboratory of the Massachusetts Institute of Technology (MIT), led by urban planner Carlo Ratti. This group critically addresses the technocratic conception of smart cities and the management of the Big Data, considering the need to reposition the power of making the city to people, thus creating citizens as smart as the cities in where they live. It is a perspective that thinks urbanism in an ascending (“bottom-up”) way, seeking

<sup>37</sup> CALZADA, Igor. *Smart city citizenship*. Amsterdam: Elsevier, 2021. p. 50.

<sup>38</sup> MASSONETTO, Luís Fernando; BACHUR, João Paulo; MORAES CARVALHO, Eduardo de. Reificação da experiência na cidade inteligente: notas para uma crítica da economia política do espaço urbano. *Direito e Práxis*, v. 11, n. 1, p. 591-611, mar. 2020. p. 609.

<sup>39</sup> KEMPER, Jakko; KOLKMAN, Daan. Transparent to whom? No algorithmic accountability without a critical audience. *Information, Communication and Society*, v. 22, n. 14, p. 2081-2096, 2019. p. 2092-2093.

<sup>40</sup> KITCHIN, Rob. The ethics of smart cities and urban science. *Philosophical transactions of the royal society A: Mathematical, physical and engineering sciences*, [s. l.], v. 374, n. 2083, p. 1-15, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1098/rsta.2016.0115>. p. 9.

<sup>41</sup> KITCHIN, Rob; COLETTA, Claudio; EVANS, Leighton; HEAPHY, Liam; DONNCHA, Darach Mac. Smart cities, algorithmic technocracy and new urban technocrats. In: RACO, Mike; SAVINI, Federico. *Planning and knowledge: how new forms of technocracy are shaping contemporary cities*. Bristol: Policy Press, 2019. p. 206-207.

<sup>42</sup> FEENBERG, Andrew. *Transforming technology: a critical theory revisited*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 149.

<sup>43</sup> FEENBERG, Andrew. *Technosystem: the social life of reason*. Cambridge: Harvard University Press, 2017. p. 77-78.



to overcome therefore the regimes of new technologies imposed by the city-company, centralized and descendingly (“top-down”) imposed.<sup>44</sup> This perspective seeks to achieve urban optimization combined with humanization, in which systems and citizens really interact.

This society that incorporates machine technology with human capacity has brought theoretical conceptions that call it “cyborg society” or “cyborg citizenship”, an evolution of a characteristic that has long been present in humanity, of extrinsic appropriation of technique and tools. With the growing presence of technology occupying a central role in life, it is necessary to embrace the skillful task of rebuilding the boundaries of everyday life, in partial connection with others, in communication with all parties.<sup>45</sup> This inseparable relationship between human beings and technology presupposes what can be called a “post-human” condition, precisely because there is a pattern of co-evolution between two bodies, the real (biopsychosocial) one and the virtual one. There is an integrated circuit that includes human and non-human components, which moves towards a general convergence, to the point of being indistinguishable.<sup>46</sup> Because they also consider this a condition of no return, urban planners in sensitive cities yearn for a new cyborg, capable of working in network with machines and empowering individualities through the lenses of others.<sup>47</sup>

This radical integration between digital systems and urban planning must imply the redirection of technology and built environments, and architecture must also be like an extension of the body – a “living” architecture. The purpose of this is to provide active environments where there is creation in networks, based on the dynamics of bodies, which must be fully vibrant and alive even if the buildings are no longer voluptuous and shocking (as they are under the aegis).<sup>48</sup>

<sup>44</sup> RATTI, Carlo; CLAUDEL, Matthew. *The city of tomorrow: Sensors, networks, hackers, and the future of urban life*. New Haven: Yale University Press, 2016. p. 19.

<sup>45</sup> HARAWAY, Donna. *Manifesto ciborgue: antropologia do ciborgue*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 98-99.

<sup>46</sup> SANTAELLA, Lúcia. Pós-humano: por quê? *Revista USP*, n. 74, p. 126-137, 2007.

<sup>47</sup> RATTI, Carlo; CLAUDEL, Matthew. *The city of tomorrow: Sensors, networks, hackers, and the future of urban life*. New Haven: Yale University Press, 2016. p. 36.

<sup>48</sup> RATTI, Carlo; CLAUDEL, Matthew. *The city of tomorrow: Sensors, networks, hackers, and the future of urban life*. New Haven: Yale University Press, 2016. p. 44.

Three points are essential to rethink the city in the paradigm shift from smart cities to sensible cities: (I) mobility; (II) energy; and (III) knowledge.<sup>49</sup> The great technological apparatus that allows the management of public services in real time, at a distance and with lower costs, managed under a platform based on common-doing, may mean the emergence of a data-driven digital city, but sensitive to its practices. Sensitive cities, here, serve as a model to point out an adequate urban design for the new world, but which understands that this new city will not exist as a result only of the urban design, arising from the transformation of society that (re)appropriates technologies democratizing them.

The paradigm shift from smart cities to sensitive cities, as indicated by their interaction with the political economy of this time, will not occur, however, only as a product of the will of urban planners and politicians – and here a criticism of the MIT Sensible City Laboratory is sustained precisely because the general conditions of society that provide smart cities has a technocratic, undemocratic and exploratory format of personal data, being derived from a specific economic trend, the data-driven economy – that is, the smart city is a product of its history and, therefore, the sensible city also needs to be so.

It will only be possible through processes that change the structure of production in urban space. In other words, it is necessary to transform society and everyday life, being essential: (I) the (re)appropriation of technologies, through democratic and collective ownership through common making, to finally use them properly and with effectively transparent objectives; and (II) a conception of the right to the city and spatial justice based on the emergence of new forms of life, of interaction for the production of urban space, allowing the formation of radical differences not mediated by capitalism – truly nomadic thinking for the orientation of Human Rights from everyday life, from below, that is, that such rights are mediated and mediators of spatial relations.

#### 4.1 (Re)appropriation of spaces by technopolitics

More than an unprecedented way of conceiving space, an innovation in urban thinking, the policy of

<sup>49</sup> RATTI, Carlo; CLAUDEL, Matthew. *The city of tomorrow: Sensors, networks, hackers, and the future of urban life*. New Haven: Yale University Press, 2016. p. 45-63.

this new city, which surpasses the smart city, needs to be based on an urban technopolitics capable of rehabilitating the capacity to know, govern and imagine the city,<sup>50</sup> moving it away from the majority paradigm of smart cities, which imposes specific and inaccessible knowledge to citizens, governed in a technocratic way and with insignificant instruments of participation, and in which the collective imagination is restricted to the possibilities of solving problems based on urban indicators available on the platforms. This technology resides in technological appropriation and social organization, realizing how digital culture allows a multiplicity of new practices, forms of non-corporate mediation and self-organization, opposing the models of reference of the social reproduction of capitalism – this participatory communication here serves the logic of multiplicity and social autonomy.<sup>51</sup>

The (re)appropriation of technologies that produce urban space becomes the possibility of using them for transparent and democratic purposes, resisting and freeing people from the technological colonization by Big Techs, assuming, by the citizens, a role of responsibility for the applications and infrastructure of urban management platforms, giving up the presence of organizations that promise to sell well-being. It is the search for “digital sovereignty”,<sup>52</sup> which is the ability of citizens to participate in decisions about the use of technological infrastructure in their city, a capability necessary for effective democratization of society and urban management, as the corporate smart city has objectives incompatible with substantial social participation in the production of urban space, to the point of requiring sufficient informational opacity and asymmetry to ensure its exploitation of behavioral added-value and fostering competitiveness between cities as the only means of development.

In the aspect of urban management, this (re)appropriation of space and technologies means overcoming the technocratic master planning imposed by the hegemony of smart cities, in the name of an emerging plan-

ning done in a bottom-up guideline.<sup>53</sup> Practices linked to the so-called “hack the city” invest in the alternative use of technologies, socially appropriated in practices not offered or intended by the programmers of hegemonic platforms, but as a means of effectively producing community co-creation of spaces,<sup>54</sup> even under a scenario where urban development is determined by forces such as the market and bureaucracy, the appropriation of digital tools serving active involvement through the radicalization of democratic practices.<sup>55</sup>

It is the opportunity to build a city of the “do it yourself” type, but not precarious, under the domain of technological infrastructure – that is learning to seek to take control of technologies as hackers do, but more than that for the personal consumerist interest, as a tool to seek deep social change, thus being denied the smart city offered by the market.<sup>56</sup>

At this point, “hacking the city” means expanding public spaces by connecting citizens in real time to private spaces for society to comment, plan, think and create. Hacker value is essential for urban intervention, and the latter is essential for building a sensitive city.

This is a democratic logic based on valuing the commons, based on direct political participation on anything put in common.<sup>57</sup> The collective appropriation of the digital infrastructure is essential for a society that produces commons — in communication, nature, social assistance, health, education, knowledge, arts, culture, food and housing — given that the logic of the market – which is of merchandise, competition and business – results in fundamental inequalities of access to such commons, and it is therefore necessary to produce technologies guided by the common – common property

<sup>53</sup> CALZADA, Igor; COBO, Cristobal. Unplugging: deconstructing the smart city. *Journal of Urban Technology*, v. 22, n. 1, p. 23-43, 2015. p. 33-34.

<sup>54</sup> AVRAM, Gabriela. This is our city! Urban communities re-appropriating their city. In: LANGE, M. de; WAAL, M. de (org.). *The hackable city: digital media and collaborative city-making in the network society*. Cham: Springer, 2019. p. 129-152. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-981-13-2694-3\\_7](https://doi.org/10.1007/978-981-13-2694-3_7). p. 132 -134.

<sup>55</sup> DORK, Marian; MONTEYNE, David. Urban co-creation: envisions new digital tools for activism and experimentation in the city. *CHI Conference Proceedings*, Vancouver, May 7-12, 2011. p. 7.

<sup>56</sup> TOWNSEND, Anthony. Smart cities: buggy and brittle. What if the smart cities of the future are chock full of bugs? *Places Journal*, 2013. Disponível em: <https://placesjournal.org/article/smart-cities/>. Acesso em: 31 out. 2021. p. 166.

<sup>57</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 599.

<sup>50</sup> KARVONEN, Andrew. Urban techno-politics: knowing, governing, and imagining the city. *Science as Culture*, v. 29, n. 3, p. 417-424, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1080/09505431.2020.1766011>.

<sup>51</sup> SIERRA-CABALLERO, Francisco. Cyberactivism and social movements: the oppositional public space in contemporary technopolitics. *Revista Latina de Comunicación Social*, v. 73, p. 980-990, 2018. p. 985.

<sup>52</sup> MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente: tecnologias urbanas e democracia*. São Paulo: Ubu, 2019. p. 79.

media, which constitute common spaces of communication and political debate — as a result of the struggle against colonization and commodification of life.<sup>58</sup>

#### 4.2 The right to the city as a production of difference and spatial justice as an archetype for the reorientation of Human Rights

The right to the city is, in fact, a right to difference through the appropriation of the city and information, deeply critical to the notion of difference under capitalist abstraction, which transforms differences into mere reductive particularities — a completely predictable difference.<sup>59</sup> The unpredictable difference is the completely polysemic process of true difference,<sup>60</sup> a dialectical difference alien to the production of difference in the capitalist urban space, which is based on processes of segregation and the production of inequality. Lefebvre's proposal is to maximize difference, an unreified difference that is formed in creative moments, such as the party and community democracy, being a humanism of differentiations. The production of differential space allows the space experienced by people to remove the city from the space conceived by the technicians, overcoming the exclusionary and oppressive logic of capitalist urbanism, becoming appropriated by the population, which starts to build and manage the city, not merely consuming goods and services anymore.<sup>61</sup>

Urban practice, or the way people live the city, becomes essential to conceive it, paying attention to the production of difference, to creative acts of rupture of the capitalist continuum, to emerging agencies that project transformed lives, both as resistance and as a project for a new daily life. Common-making is a practice of producing difference that explores gaps and fissures, whi-

ch, in turn, are caused by and influence practices, such as emancipatory possibilities created in everyday life.<sup>62</sup>

The production of this difference, in the context of digitized cities in their form of data-driven urbanism, requires agencies between technologies and people, forming cyborg corporeality - as embodied assemblages that break the capitalist paradigms of technology and use machines in a renewed way, in a simultaneous relationship between technology and physical bodies - which escape from determinations of hegemonic technological production in the name of in-between moments, fleeing from dualisms in the which society has instrumentalized bodies, such as race, gender, politics, human/non-human — living in a constant heresy of meanings, building discursive machines that encourage splitting with violent ontological continuums, making bodies ungovernable. Practices such as that of techno-activist collectives form a technopolitical arrangement that proposes “thinking with machines”,<sup>63</sup> experiences that take place with technologies, forming new political compositions. And these experiences range from hacktivism — the manifestation and political interaction under the technical domain of programming and digital instruments — to the crowd — which went through a “technopolitical turn”,<sup>64</sup> making the use of digital tools for political representation and insurrections, even making specific practices developed at the level of hacktivism every day.

These new forms of claiming and political identity also presuppose new agendas, ethical foundations of this hacker production that demands new rights, such as digital sovereignty, the promotion of open data and digital education – being these the foundations for a rupture in the ontological continuum of smart cities for a sensitive city.

Understanding Law as a producer and product by space, the production of difference in creative acts that promote self-management of the city and (re)appro-

<sup>58</sup> FUCHS, Christian. Critique of the political economy of informational capitalism and social media. In: FUCHS, Christian; SANDOVAL, Marisol. *Critique, social media and the information society*. New York: Routledge, 2014. p. 62-63.

<sup>59</sup> LEFEBVRE, Henri. *Le manifeste différentialiste*. Paris: Gallimard, 1970.

<sup>60</sup> MOREIRA, Ruy. A diferença e a Geografia: o ardil da identidade e a representação da diferença na geografia. *GEOgraphia*, v. 1, n. 1, p. 41-58, 1999.

<sup>61</sup> CALGARO, Cleide; HERMANY, Ricardo; SILVA, Diego Coimbra Barcelos da. Espaço abstrato e espaço diferencial: a compreensão do direito à cidade em Henri Lefebvre. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 3, p. 476-501, 2020. p. 2044.

<sup>62</sup> TONUCCI FILHO, João Bosco Moura; CRUZ, Mariana de Moura. O comum urbano em debate: dos comuns na cidade à cidade como comum. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos Regionais*, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 487-503, 2019. p. 500.

<sup>63</sup> PARRA, Henrique Zoqui Martins. Experiências com tecnocratas: resistências na política individual? In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 343.

<sup>64</sup> SANCHO, Guiomar R. Multidões conectadas e movimentos sociais: dos zapatistas e do hacktivism à tomada das ruas e das redes. In: BRUNO, Fernanda et al. (org.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 368.



priation of technology and (physical or digital) spaces is an essential force, composed of cartographies formed by bodies, which promotes ruptures in the ontological continuum of the capitalist city in its “intelligent” form, an effective spatial justice based on practices may emerge from this scenario, reorienting normativity at the level of urban management and citizenship – not something like social justice, built under consensus processes, dialogue, negotiations, but a product of bodily affections, an inherent result of the production of difference.<sup>65</sup>

This difference where spatial justice emerges occurs in repetition, as a contingency — an active force that differentiates things — being space the foundation for the emergence of Law, but which only occurs through the movement of escape from Space and Law. It is the withdrawal, through the creative act that produces difference, which makes a certain withdrawal of the immanent violence of these forms under capitalism capable of returning to a reoriented reality. Although they represent a condition of mundaneness and repetition of life,<sup>66</sup> these practices have the capability to produce original subjectivities, which Guattari and Rolnik call “daring to single out”.<sup>67</sup>

Under the analysis of spatial justice, Human Rights, as an international normative system, are not a form of rupture, of removal from the lawscape – on the contrary, they stabilize in atmospheres with their own ontologies and characterized by closure – in which the only option to rupture is itself controlled, that is, through an operation it controls, not being adept at producing multiple singularities that even space makes available. The atmosphere of Human Rights is a large set of practices and experiences, but it is reduced to calculability and security, conditioning even the affections of the bodies that form it into blind figures who live under atmospheric principles – that is, they are legally and politically manipulated, although they seek to present themselves as spontaneous.<sup>68</sup>

It is necessary to go the other way to promote sensitive cities for spatial justice, promote the counter-intuitive movement of withdrawal, with which, from Space and Law, space justice can emerge, escaping from the atmosphere of the international system, forming “Human Rights” from below — that’s why Philippopoulos-Mihalopoulos<sup>69</sup> points to the need to produce a “lesser Law”, formed by the insistent, continuous and tireless process of production of ruptures, forming cartographies of difference, reorienting Law and Space in the emergence of spatial justice, a subversion of the dominant reality by producing subjectivities capable of collapsing capitalistic subjectivity.<sup>70</sup> And this is a critique of Human Rights also present in Lefebvre’s Marxist conception of the right to the city, which, by recognizing the structural inequality of the capitalist political economy, understands the Human Rights system as an irreconcilable contradiction, in which its claim to universalization is nothing more than legal ideology, since society is divided into classes with opposing interests – being necessary, to overcome this division, the (re) appropriation of politics, the city and technologies, in the name of a society that produces substantial differences.<sup>71</sup>

The practices of (re)appropriation of urban management technologies form ruptures in the continuum of the hegemonic smart city, a continuum that is nothing more than a deepening of the production of the urban space of capitalism, under the guise of the transformations that have occurred in the political economy that allow the economic valuation of personal data. A “hacker” ethics represents values and principles that directly oppose the private appropriation of information and communication technologies expressed in a tremendous colonization of networks by big techs while exploring a ubiquitous behavior surveillance culture, being movements in favor of popular appropriation of technologies, the radicalization of participation, the co-creation of urban planning, representing true lines of flight from the capitalist ontology dominated by the ex-

<sup>65</sup> PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Spatial justice: body, lawscape, atmosphere*. New York: Routledge, 2015. p. 174.

<sup>66</sup> PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Repetition or the awnings of justice. In: BEN-DOR, Oren (org.). *Law and art: justice, ethics and aesthetics*. London: Routledge, 2011. p. 46.

<sup>67</sup> GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 45.

<sup>68</sup> PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Spatial justice: body, lawscape, atmosphere*. New York: Routledge, 2015. p. 137.

<sup>69</sup> PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. To have to do with the law: an essay. In: PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas (org.). *Routledge handbook of law and theory*. London: Routledge, 2019. p. 491.

<sup>70</sup> GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 30.

<sup>71</sup> CARLOS, Ana Fani. Henri Lefebvre: o espaço, a cidade e o “direito à cidade”. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 349-369, 2020. p. 367.

ploration of everyday life and the most diverse oppressions — and from there, a spatial justice based on the best use can emerge, in repetition. technologies according to the collective use of urban commons, whether physical, digital or the cyborg in-between.

Thus, post-humanism and the new materialism associated with the notion of spatial justice lend, in critical appropriation, mechanisms for the realization of a renewed right to the city, updated for smart cities, which requires the appropriation of urban management in the name of self-management and the appropriation of technologies — thus promoting the revolution in management and everyday life<sup>72</sup> within the scope of smart cities — so that a right to difference can emerge, the production of a truly differential space.

## 5 Conclusion

It is possible to conclude that smart cities do not feature advances in the realization of a human right to participation — on the contrary, they generally includes citizens in highly depoliticized contexts. Furthermore, it was revealed that a structural inequality is the foundation of smart cities — the informational asymmetry that deeply divides users and big techs — and it has direct effects on democratic processes, because however much NICTs allow for the advancement of communication and information instruments, the political inclusion developed in this way, in reality, it proves to be deficient, considering that the line that separates decisions taken by citizens from consumer decisions becomes blurred (in a “gray zone”), increasingly tenuous and diffuse due to ideological foundations, being the only inclusion promoted to individuals the access to consumption platforms in the role of customers.

The idea according to which smart cities may be considered the solution to problems of political inclusion — that is, the implementation of the right to participate in urban management — does not resist the contradiction presented by an antithesis that tests the quality of such a participation, since the tendency of a technocratic and alienated management of the city, in which citizens do not know when and why the urban

management algorithms make decisions, was demonstrated, and are thus led to believe that algorithmic decisions are the best.

In the first part of the research it was observed that the effective critique of the smart city needs to be aimed to its informational political economy — more than a critique of its consequences, such as the violation of personal privacy and the unavoidably anti-democratic technocratic tendency — and should expose the structure that provides conditions for the mechanism of exploitation of people and allows the expansion of smart city projects led by digital corporations.

Its second part led to notice that supposedly open and democratic digital spaces of smart cities become platforms in which the use of digital technologies involves surrendering to the most varied forms of power of big techs, revealing a profound informational asymmetry by computational power, in which users only access available services meanwhile platforms regulate practices and behaviors through an algorithmic governmentality — a means of control exercised with the consent of users, who need or are led to use the services of these platforms.

And its final part has shown that the (re)appropriation of technologies is necessary — that is, the destitution of power and the overthrow of informational asymmetry between citizens and corporations — so that their use for the production of a differential space and ruptures where spatial justice can emerge, paying attention to already existing practices such as cartographies of difference, assemblages that produce ruptures in capitalist society, initiatives linked to hacker ethics — in which there is a tireless opposite stance towards the technical domain of large corporations, and in which the need for popular mastery of knowledge and technological development is recognized.

Reappropriation constitutes a human right to radicalized participation, based on the appropriation of technologies and the self-management of their development, which can only emerge outside the atmospheres of State Law or International Human Rights norms, but as a result of minor and singular repeated practices and everyday conflicts.

<sup>72</sup> CARLOS, Ana Fani Alessandri; ALVES, Glória; PADUA, Rafael Faleiros de (ed.). *Justiça espacial e o direito à cidade*. Sao Paulo: Contexto, 2017. p. 56.

## References

- ALVES, Marco Antônio Sousa. Cidade inteligente e governamentalidade algorítmica: liberdade e controle na era da informação. *Philosophos*, v. 23, n. 2, p. 175-210, 2018.
- AUGUSTO, Acácio. O dispositivo monitoramento como tecnologia política: formas da democracia securitária e do cidadão-polícia. In: ABARIEGO, Jesús; AMARAL, Augusto Jobim do; SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho (org.). *Algoritmos*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.
- AVRAM, Gabriela. This is our city! Urban communities re-appropriating their city. In: LANGE, M. de; WAAL, M. de (org.). *The hackable city: digital media and collaborative city-making in the network society*. Cham: Springer, 2019. p. 129-152. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-981-13-2694-3\\_7](https://doi.org/10.1007/978-981-13-2694-3_7).
- BARNS, Sarah. *Platform urbanism: negotiating platform ecosystems in connected cities*. London: Palgrave Macmillan, 2020.
- CALGARO, Cleide; HERMANY, Ricardo; SILVA, Diego Coimbra Barcelos da. Espaço abstrato e espaço diferencial: a compreensão do direito à cidade em Henri Lefebvre. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 3, p. 476-501, 2020.
- CALZADA, Igor; COBO, Cristobal. Unplugging: deconstructing the smart city. *Journal of Urban Technology*, v. 22, n. 1, p. 23-43, 2015.
- CALZADA, Igor. *Smart city citizenship*. Amsterdam: Elsevier, 2021.
- CARDULLO, Paolo; KITCHIN, Rob. Being a ‘citizen’ in the smart city: up and down the scaffold of smart citizen participation in Dublin, Ireland. *GeoJournal*, v. 84, p. 1-13, 2018.
- CARLOS, Ana Fani Alessandri; ALVES, Glória; PADUA, Rafael Faleiros de (ed.). *Justiça espacial e o direito à cidade*. São Paulo: Contexto, 2017.
- CARLOS, Ana Fani. Henri Lefebvre: o espaço, a cidade e o “direito à cidade”. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 349-369, 2020.
- CAZELOTO, Edilson. *A inclusão digital e a reprodução do capitalismo contemporâneo*. 2007. 180 p. Thesis (Doctorate in Communication and Semiotics) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. Data colonialism: rethinking big data’s relation to the contemporary subject. *Television and New Media*, 2018.
- DAHLBERG, Lincoln. Web 2.0 divides: A critical political economy. *Media e Jornalismo*, Lisbon, v. 18, n. 10, p. 84-99, 2011.
- DANTAS, Marcos. Mais-valia 2.0: produção e apropriação de valor nas redes do capital. *Eptic Online*, v. 16, n. 2, p. 85-108, 2014.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- DORK, Marian; MONTEYNE, David. Urban co-creation: envisaging new digital tools for activism and experimentation in the city. *CHI Conference Proceedings*, Vancouver, May 7-12, 2011.
- FEENBERG, Andrew. Racionalização subversiva: tecnologia, poder e democracia. In: NEDER, Ricardo T. (org.). *A teoria crítica de Andrew Feenberg: racionalização democrática, poder e tecnologia*. Brasília: Observatório do Movimento pela Tecnologia Social na América Latina, 2010.
- FEENBERG, Andrew. *Technosystem: the social life of reason*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.
- FEENBERG, Andrew. *Transforming technology: a critical theory revisited*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- FUCHS, Christian. Critique of the political economy of informational capitalism and social media. In: FUCHS, Christian; SANDOVAL, Marisol. *Critique, social media and the information society*. New York: Routledge, 2014.
- FUCHS, Christian. Critique of the political economy of web 2.0 surveillance. In: FUCHS, Christian; BOERSMA, Kees; ALBRECHTSLUND, Anders; SANDOVAL, Marisol (org.). *Internet and surveillance: the challenges of web 2.0 and social media*. Abington: Routledge, 2011.
- FUCHS, Christian. Henri Lefebvre’s theory of the production of space and the critical theory of communication. *Communication Theory*, v. 29, n. 2, p. 129-150, 2019.



- FUCHS, Christian. *Internet and Society: social theory in the information age*. New York; London: Routledge, 2008.
- FUCHS, Christian. Karl Marx in the age of big data capitalism. In: CHANDLER, D.; FUCHS, C. (org.). *Digital Objects, Digital Subjects: interdisciplinary perspectives on capitalism, labour and politics in the age of big data*. London: University of Westminster Press, 2019.
- FUCHS, Christian. Labor in informational capitalism and on the internet. *The Information Society*, v. 26, n. 3, p. 179-196, 2010.
- GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- HARAWAY, Donna. *Manifesto ciborgue: antropologia do ciborgue*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- KARVONEN, Andrew. Urban techno-politics: knowing, governing, and imagining the city. *Science as Culture*, v. 29, n. 3, p. 417-424, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1080/09505431.2020.1766011>.
- KEMPER, Jakko; KOLKMAN, Daan. Transparent to whom? No algorithmic accountability without a critical audience. *Information, Communication and Society*, v. 22, n. 14, p. 2081-2096, 2019.
- KITCHIN, Rob; COLETTA, Claudio; EVANS, Leighton; HEAPHY, Liam; DONNCHA, Darach Mac. Smart cities, algorithmic technocracy and new urban technocrats. In: RACO, Mike; SAVINI, Federico. *Planning and knowledge: how new forms of technocracy are shaping contemporary cities*. Bristol: Policy Press, 2019.
- KITCHIN, Rob. Making sense of smart cities: addressing present shortcomings. *Cambridge Journal of Regions Economy and Society*, v. 8, 2015.
- KITCHIN, Rob. The ethics of smart cities and urban science. *Philosophical transactions of the royal society A: Mathematical, physical and engineering sciences*, [s.l.], v. 374, n. 2083, p. 1-15, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1098/rsta.2016.0115>.
- LEFEBVRE, Henri. *Le manifeste différentialiste*. Paris: Gallimard, 1970.
- LEFEBVRE, Henri. *O Direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2011.
- LYON, David. Cultura da vigilância: envolvimento, exposição e ética na modernidade digital. In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- LYON, David. Surveillance, Snowden and big data: capacities, consequences, critique. *Big data and society*, v. 1, n. 1, p. 1-13, 2014.
- MARIEN, Ilse; PRODNIK, Jernej A. Digital inclusion and user (dis) empowerment: a critical perspective. *Info*, v. 16, n. 6, p. 35-47, 2014.
- MASSONETTO, Luís Fernando; BACHUR, João Paulo; MORAES CARVALHO, Eduardo de. Reificação da experiência na cidade inteligente: notas para uma crítica da economia política do espaço urbano. *Direito e Práxis*, v. 11, n. 1, p. 591-611, mar. 2020.
- MISOCZKY, Maria Ceci; OLIVEIRA, Clarice Misoczky de. A cidade e o urbano como espaços do capital e das lutas sociais: notas sobre a dutadoura contribuição de Henri Lefebvre. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 6, p. 1015-1031, 2018.
- MOREIRA, Ruy. A diferença e a Geografia: o ardil da identidade e a representação da diferença na geografia. *GEOgraphia*, v. 1, n. 1, p. 41-58, 1999.
- MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente: tecnologias urbanas e democracia*. São Paulo: Ubu, 2019.
- MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Tradução de Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018.
- NORRIS, Pippa. *Digital Divide: civic engagement, information poverty, and the internet worldwide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishing, 2016.
- PARRA, Henrique Zoqui Martins. Experiências com tecnoativistas: resistências na política dividida? In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Repetition or the awnings of justice. In: BEN-DOR, Oren (org.). *Law and art: justice, ethics and aesthetics*. London: Routledge, 2011.
- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Spatial justice: body, lawscape, atmosphere*. New York: Routledge, 2015.

- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. To have to do with the law: an essay. In: PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas (org.). *Routledge handbook of law and theory*. London: Routledge, 2019.
- RATTI, Carlo; CLAUDEL, Matthew. *The city of tomorrow: Sensors, networks, hackers, and the future of urban life*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- RICCI, Andrea; SERVAES, Miren. E-democracy: ideal vs real, exclusion vs inclusión. In: SIERRA-CABALLERO, Francisco; GRAVANTE, Tommaso. *Networks, movements and technopolitics in Latin America: critical analysis and current challenges*. Cham: Springer, 2018.
- ROUVROY, Antoinette; BERNS, Thomas. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o dispar como condição de individuação pela relação? In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- SANCHO, Guiomar R. Multidões conectadas e movimentos sociais: dos zapatistas e do hacktivismo à tomada das ruas e das redes. In: BRUNO, Fernanda et al. (org.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- SANTAELLA, Lúcia. Pós-humano: por quê? *Revista USP*, n. 74, p. 126-137, 2007.
- SIERRA-CABALLERO, Francisco. Cyberactivism and social movements: the oppositional public space in contemporary technopolitics. *Revista Latina de Comunicación Social*, v. 73, p. 980-990, 2018.
- SIERRA-CABALLERO, Francisco. *Marxismo y comunicación: teoría crítica de la mediación social*. Madrid: Siglo XXI, 2020.
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu. A noção de exclusão digital diante das exigências de uma cibercidadania. In: HETKOWSKI, Tânia Maria (org.). *Políticas públicas e inclusão digital*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 43-66.
- TELES, Edson. Governamentalidade algorítmica e as subjetivações rarefeitas. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 140, p. 429-448, 2018.
- TONUCCI FILHO, João Bosco Moura; CRUZ, Mariana de Moura. O comum urbano em debate: dos comuns na cidade à cidade como comum. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos Regionais*, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 487-503, 2019.
- TOWNSEND, Anthony. Smart cities: buggy and brittle. What if the smart cities of the future are chock full of bugs? *Places Journal*, 2013. Disponível em: <https://placesjournal.org/article/smart-cities/>. Acesso em: 31 out. 2021.
- VOLOCHKO, Danilo. Henri Lefebvre: totalidade, radicalidade e dialética espacial. *GEOUSP Espaço e Tempo* (Online), [S. l.], v. 23, n. 3, p. 506-524, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/162821>. Acesso em: 8 fev. 2022. DOI: 10.11606/issn.2179-0892.geousp.2019.162821.
- WIIG, Alan. The empty rhetoric of the smart city: from digital inclusion to economic promotion in Philadelphia. *Urban geography*, v. 37, n. 4, p. 535-553, 2016.
- WOODCOCK, Jamie; GRAHAM, Mark. *The gig economy: a critical introduction*. London: Polity press, 2020.
- ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. New York: Public Affairs, 2019.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Os impactos econômicos positivos da migração na Europa:** a oportunidade que não pode ser perdida

**The positive economic impacts of migration in Europe:** the opportunity that cannot be missed

João Luís Nogueira Matias

Gabriel Braga Guimarães

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# Os impactos econômicos positivos da migração na Europa: a oportunidade que não pode ser perdida\*

## The positive economic impacts of migration in europe: the opportunity that cannot be missed

João Luís Nogueira Matias\*\*

Gabriel Braga Guimarães\*\*\*

### Resumo

O aumento considerável no fluxo de migrantes, nos últimos anos, no continente europeu, tornou a política migratória um ponto bastante delicado entre os Estados, considerando-se que a crise os afeta de forma diversa. O impacto econômico causado pelos fluxos de migrantes é um dos principais argumentos motivadores da adoção de políticas migratórias mais restritivas, muitas vezes em desacordo com a tutela internacional dos direitos humanos. Nessa oportunidade, questionam-se quais os reais impactos dos fluxos migratórios, especialmente na Europa: seriam os migrantes um fardo econômico ou uma grande oportunidade? Na presente pesquisa, inicialmente, faz-se uma síntese do histórico das políticas migratórias contemporâneas, para, logo em seguida, analisarem-se os principais aspectos econômicos do recebimento de fluxos migratórios. Posteriormente, faz-se estudo dos impactos econômicos desses fluxos na Europa, averiguando-se quais os principais pontos positivos e negativos desse fenômeno. Analisam-se quais as diferenças entre os impactos econômicos dos migrantes voluntários e dos refugiados. No tocante ao método de investigação adotado, a pesquisa apresentada neste artigo foi desenvolvida a partir do método indutivo, sendo realizada uma análise bibliográfica e documental. Concluiu-se que os migrantes têm um impacto majoritariamente positivo nas sociedades que os recebem, especialmente quando há investimento no processo de integração e de inclusão. A questão migratória não deve ser analisada de forma simplista, mas de forma holística. Os argumentos quanto aos desafios econômicos, impostos pelos fluxos migratórios, não justificam a adoção de políticas contrárias à tutela internacional dos direitos humanos, sendo os principais desafios de cunho político e social, não econômico.

**Palavras-chave:** migração; impactos econômicos; política migratória europeia; refugiados.

\* Recebido em 23/11/2021  
Aprovado em 21/02/2022

\*\* Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Comercial pela USP. Juiz Federal. Email: joaluism@uol.com.br

\*\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Técnico em Química pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (IFCE). Email: gabrielbrag12@yahoo.com

## Abstract

The considerable increase in the flow of migrants in recent years on the European continent has made migration policy a very delicate point among States, considering that the crisis affects them in different ways. The economic impact caused by migrant flows is one of the main arguments motivating the adoption of more restrictive migration policies, often at odds with the international protection of human rights. On this occasion, the question is what are the real impacts of the migratory flows, especially in Europe: would migrants be an economic burden or a great opportunity? In this research, initially, there is a synthesis of the history of contemporary migration policies, and then, it is analyzed what are the main economic aspects of receiving migratory flows. Subsequently, a study of the economic impacts of these flows in Europe is carried out, investigating the main positive and negative points of this phenomenon. Furthermore, it is briefly analyzed what are the differences between the economic impacts of voluntary migrants and refugees. Regarding the adopted investigation method, the research presented in this article was developed from the inductive method, being carried out a bibliographical and documental analysis. It was concluded that migrants have a mostly positive impact on the societies that receive them, especially when there is investment in the integration and inclusion process. The migration issue should not be analyzed in a simplistic way, but rather in a holistic way. The arguments regarding the economic challenges posed by migratory flows do not justify the adoption of policies contrary to the international protection of human rights, with the main challenges being especially political and social, not economic.

**Keywords:** migration; economic impacts; european migration policy; refugees.

## 1 Introdução

A migração é um fenômeno humano<sup>1</sup>. É inerente à natureza humana a busca por melhores condições de

vida, sendo a mudança do local em que se vive, muitas vezes, necessária no processo de busca por melhores oportunidades<sup>2</sup>. A mobilidade humana é concretizada pelo ato de migrar, de se movimentar de uma região para outra, seja dentro do próprio país, seja para um país diverso, visando assegurar uma melhor condição de vida ou para escapar de uma condição de extrema vulnerabilidade<sup>3</sup>.

Vários são os motivos que levam alguém a migrar, mas é inegável a influência de certos elementos como a globalização, a pobreza, os conflitos armados, a instabilidade política e o desenvolvimento incipiente e insuficiente para suprir a necessidade das pessoas, na decisão das pessoas de migrar.<sup>4</sup>

As migrações internacionais são um fenômeno global<sup>5</sup>. Contudo, a Europa ganhou destaque nos últimos anos, tornando-se um dos principais destinos migratórios<sup>6</sup>. Em razão do aumento considerável no fluxo de

dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880004302. p. 16.

<sup>2</sup> GUIMARÃES, Gabriel Braga. A última fronteira europeia: os reflexos da migração pelo mar na atual conjuntura europeia. In: MONTEALVERNE, Tarin Cristino Frota *et al.* (org.). *Perspectivas contemporâneas do direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 473-492.

<sup>3</sup> DUARTE, Mônica; ANNONI, Danielle. Migração forçada em âmbito internacional e a questão dos refugiados. In: JUBILUT, Lílana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (org.). *Migrantes Forçados*: conceitos e contextos. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018. p. 90-110. Disponível em: [https://www.academia.edu/38140698/Migra%C3%A7%C3%A3o\\_For%C3%A7ada\\_em\\_%C3%82mbito\\_Internacional\\_e\\_a\\_Quest%C3%A3o\\_dos\\_Refugiados](https://www.academia.edu/38140698/Migra%C3%A7%C3%A3o_For%C3%A7ada_em_%C3%82mbito_Internacional_e_a_Quest%C3%A3o_dos_Refugiados). Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>4</sup> GREGORI, José. Refugiados e imigrantes: uma abordagem de direitos humanos. In: ACNUR (org.). *Refúgio, migrações e cidadania*: caderno de debates 2. Brasília: IMDH, 2007. p. 15-29. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-02\\_Ref%C3%B3gio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-02_Ref%C3%B3gio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf). Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>5</sup> ANNONI, Danielle; DUARTE, Mônica. A proteção jurídica aplicável aos migrantes e aos refugiados. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13; MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 3, Santa Cruz do Sul, 2017. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017. p. 1-15. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16943/4154>. Acesso em: 15 ago. 2021.

<sup>6</sup> Em termos de fluxo, a União Europeia continua sendo o destino mais procurado do mundo, à frente de outros grandes pólos migratórios: Estados Unidos (em segundo lugar), os países do Golfo (terceiro) e a Rússia (quarto). WENDEN, Catherine Withol de. As novas migrações. *Sur*: Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 13, n. 23, p. 17-28, 2016. p. 18.

<sup>1</sup> A migração é fenômeno antigo que acompanha toda a história da humanidade. JUBILUT, Lílana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. *Rembu*: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, v. 22, n. 43, p. 11-33, dez. 2014. DOI: <http://>

migrantes no continente europeu<sup>7</sup>, a política migratória tornou-se um ponto bastante delicado na relação entre os Estados, considerando-se que a crise migratória os afeta de forma diversa. Enquanto os países localizados nas bordas do bloco, como Itália, Grécia e Espanha recebem um contingente bastante elevado de pessoas, outros Estados não tão afetados pela crise, inclusive porque, muitas vezes, estão distantes geograficamente das fronteiras externas do bloco, mantêm-se resistentes à perspectiva de terem de contribuir, seja apenas financeiramente, seja por meio do acolhimento de parte desse contingente humano<sup>8</sup>.

O impacto econômico, causado pelos fluxos de migrantes, é um dos principais argumentos motivadores da adoção de políticas migratórias mais restritivas, muitas vezes em desacordo com a tutela internacional dos direitos humanos. No debate que antecedeu ao Brexit, a promessa de recuperação econômica em razão do redirecionamento de investimentos estatais foi um dos argumentos decisivos que alterou, substancialmente, a estrutura político-econômica da União Europeia<sup>9</sup>.

Nessa oportunidade, é imprescindível analisar quais são os reais impactos econômicos da crise migratória, particularmente no continente europeu, principalmente na atual conjuntura em que as principais economias do mundo se utilizam do argumento do fardo econômico, decorrente das políticas migratórias, como uma forma de justificar medidas mais restritivas ou mesmo para agir em desconformidade com a proteção garantida pelas normas internacionais de direitos humanos. Para mais, é importante examinar como os diferentes tipos de fluxos migratórios, sejam voluntários, sejam forçados, impactam a economia, tanto da perspectiva dos gastos, como em relação aos benefícios, verificando-se se, de fato, o

apelo do fardo econômico gerado é realmente o principal desafio a ser superado.

A análise da problemática será feita, primordialmente, por meio de estudo teórico-bibliográfico. Analisa-se a doutrina sobre o tema, nacional e estrangeira, assim como a normatização sobre o tema.

No que se refere aos objetivos, trata-se de uma pesquisa explicativa, pois busca contribuir não somente para o debate sobre o tema, mas também para a citação de possíveis soluções ou adaptações a serem feitas. Ademais, a pesquisa é de natureza bibliográfica, exploratória, descritiva e interpretativa, de cunho, principalmente, qualitativo, mediante análise bibliográfica, documental e legislativa, valendo-se da utilização do método dedutivo e crítico.

Quanto à estruturação do texto, o presente artigo faz, inicialmente, uma síntese do histórico das políticas migratórias, para logo em seguida abordar os principais aspectos econômicos que envolvem a migração. Posteriormente, faz-se uma análise dos principais impactos econômicos da migração na Europa, fazendo-se a devida diferenciação quanto aos efeitos econômicos específicos dos refugiados. Por fim, apresentam-se as considerações finais do estudo realizado.

## 2 Uma síntese do histórico das políticas migratórias contemporâneas: um fenômeno que acompanha a história da humanidade

A migração é um fenômeno antigo, sempre esteve presente nas sociedades humanas, entretanto, para entender a dinâmica atual desse fenômeno social, faz-se necessário compreender o surgimento dos Estados como marco inicial da presente análise, considerando-se que, com base nesse momento, a migração passou a ter um caráter internacional, passando, posteriormente, a ser regulada por cada Estado<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> CHAN, Sewell. How a record number of migrants made their way to Europe. *New York Times*, 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/12/23/world/europe/migrant-crisis-europe-million.html>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>8</sup> FILLMORE, M. L. R. *Italy, the European Union, and Mediterranean migrants: opportunity from crisis?*. 2016. Dissertação (Master of Arts in Security Studies - Europe and Eurasia) – Naval Postgraduate School, Monterey, CA, 2016. Disponível em: <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/1029749.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

<sup>9</sup> FIGLINO, Beatriz. A validação da exclusão do imigrante em esferas representativas na campanha pela Brexit. *Pensata: Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UNIFESP*, v. 7, n. 1, 2019. DOI: 10.34024/pensata.2018.v7.10102. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/pensata/article/view/10102>. Acesso em: 24 jul. 2021.

<sup>10</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). *60 anos de AC-NUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora Cl-A Cultural, 2011. p. 201-220.



O tema migração se tornou mais relevante em meados do século XIX e início do século XX<sup>11</sup>. Nesse período, os Estados, apesar da prerrogativa regulatória que tinham, deixavam que o fenômeno migratório se desenvolvesse livremente, muitas vezes até mesmo o incentivando, haja vista que existiam países que necessitavam ter um déficit demográfico, enquanto outros países necessitavam de pessoas para ocupar seus vazios demográficos ou mesmo necessitavam de mão-de-obra capacitada<sup>12</sup>.

Logo após o início da Primeira Guerra Mundial, o fluxo migratório teve um considerável decréscimo, afinal não era muito prática a circulação de pessoas entre Estados beligerantes. Nesse contexto, é importante ressaltar que, com a ocorrência da Primeira Guerra Mundial e da Revolução Russa, uma nova categoria surgiu nos movimentos migratórios, sendo apenas posteriormente objeto de regulamentação: o refugiado<sup>13</sup>.

No entre guerras, os Estados Unidos foram o único país que continuou a receber um grande fluxo migratório, pois, devido ao bom resultado que obtiveram da Primeira Guerra Mundial, e com o desenvolvimento econômico pujante que se decorreu nos anos posteriores, havia constante necessidade de mão-de-obra<sup>14</sup>. O

fluxo migratório teve uma diminuição, todavia, com a ocorrência da Grande Depressão em 1929<sup>15</sup>.

Durante a Segunda Guerra Mundial, o fluxo migratório teve, a exemplo do que ocorreu na Primeira Guerra, uma considerável diminuição. Entretanto, destaca-se o aumento dos fluxos de migrantes forçados, fugindo de perseguições políticas em razão dos regimes totalitários que vigiam à época, a exemplo da população judia e cigana<sup>16</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra, os fluxos migratórios voltaram a ser incentivados, especialmente nos países que necessitavam se reconstruir economicamente. Essa migração, entretanto, não era voltada à integração dos povos, mas, sim, meramente como uma forma de conseguir mão-de-obra para preencher os postos de trabalho vagos<sup>17</sup>.

Esse interesse pela recepção de migrantes permanece até meados da década de 1970, quando em razão da automação do processo produtivo, gerado pela Terceira Revolução Industrial — a Revolução Tecnológica, e da recessão econômica, os Estados mais ricos começaram

<sup>11</sup> Nesse contexto, segundo Hobsbawm: “a metade do século XIX marca o começo da maior migração de povos na História. Seus detalhes exatos mal podem ser medidos, pois as estatísticas oficiais, tais como eram feitas então, não conseguiam capturar todos os movimentos de homens e mulheres dentro dos países ou entre Estados: o êxodo rural em direção às cidades, a migração entre regiões e de cidade para cidade, o cruzamento de oceanos e a penetração em zonas de fronteiras, todo esse fluxo de homens e mulheres movendo-se em todas as direções torna difícil uma especificação. Entretanto, uma forma dramática dessa migração pode ser aproximadamente documentada. Entre 1846 e 1875, uma quantidade bem superior a 9 milhões de pessoas deixou a Europa, e a grande maioria seguiu para os Estados Unidos. Isso equivalia a mais de quatro vezes a população de Londres em 1851. No meio do século precedente, tal movimentação não deve ter sido superior a 1,5 milhão de pessoas no todo”. HOBBSBAWN, Eric. *A era do capital: 1848 – 1875*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 272-273.

<sup>12</sup> APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci; JUBILUT, Líliliana. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan./jun. 2010.

<sup>13</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). *60 anos de AC-NUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora Cl-A Cultural, 2011. p. 201-220.

<sup>14</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). *60 anos de AC-NUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora Cl-A Cultural, 2011. p. 201-220.

<sup>15</sup> A emigração em massa da Europa para o Novo Continente foi interrompida com a Grande Depressão, as guerras mundiais e a mudança da ordem econômica internacional, bem como pelas alterações da política de imigração norte-americana. Esta, para além de sentimentos de protecionismo emergentes em momentos de conjuntura desfavorável, teve de lidar com a alteração da composição dos imigrantes e das suas características socioeconômicas, a desigualdade social crescente associada às migrações e a necessidade de articular estas últimas com as necessidades do mercado de trabalho. FIGUEIREDO, Joana Miranda. *Fluxos migratórios e cooperação para o desenvolvimento: realidades compatíveis no contexto europeu?*. 2005. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Cooperação Internacional) – Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2005. p. 77-78.

<sup>16</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). *60 anos de AC-NUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora Cl-A Cultural, 2011. p. 201-220.

<sup>17</sup> Os países mais desenvolvidos da Europa começaram a implementar políticas de atração de imigrantes temporários, para preenchimento de *labour shortages*. Outro fator que contribuiu, igualmente, para transformar a Europa num continente de imigração foi a progressiva seletividade das políticas migratórias por parte de países tradicionalmente de imigração (EUA, Canadá, e outros). Dessa forma, a Europa acolheu, na segunda metade do século XX, muitos imigrantes não somente de antigas colônias e dos países do sul Mediterrâneo do continente, mas também indivíduos oriundos de outros continentes. FIGUEIREDO, Joana Miranda. *Fluxos migratórios e cooperação para o desenvolvimento: realidades compatíveis no contexto europeu?*. 2005. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Cooperação Internacional) – Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2005. p. 79.

a se organizar para frear os fluxos migratórios, adotando políticas que evitassem a vinda de novas pessoas<sup>18</sup>.

A década de 1980 marca o início da marginalização dos migrantes nos países receptores, tendo em vista que começa a se desenvolver o pensamento de que não há mais espaço para os que não se adaptam aos novos processos produtivos, passando-se a adotar a expressão “ilegal” para os migrantes que não correspondem mais à expectativa das políticas migratórias<sup>19</sup>. Desde então, passou a predominar, em uma grande quantidade de países, a ideia de condenação a qualquer tipo de migração, pois esta era vista como um grande peso às finanças do Estado e como uma fonte de problemas políticos e sociais<sup>20</sup>.

Nesse sentido, apesar das problemáticas sociais e políticas geradas pelos fluxos migratórios terem fatores complexos e merecedores de profunda análise, busca-se na presente pesquisa analisar os ditos efeitos econômicos da migração. Seriam os mesmos realmente tão nefastos às finanças estatais? ou seria a questão migratória uma problemática com impedimentos majoritariamente sociais e políticos do que propriamente econômicos?

### 3 Migração, economia e globalização: quais os principais impactos econômicos da migração no mundo globalizado?

A migração é uma questão de grande importância para as economias globais. Seja a migração por motivação meramente econômica, seja a migração forçada, como no caso dos refugiados, é fato que “os seres

humanos têm migrado desde o início dos tempos”<sup>21</sup>. Sabe-se que grandes fluxos de migração para países ricos, refletindo, especialmente, uma busca por melhores condições de vida não é fato novo na história e ocorre desde quando as condições de transporte eram piores que as de hoje<sup>22</sup>.

Estima-se que em 2019, 270 milhões de pessoas viviam em contexto de migração, o que implica dizer que se encontravam fora do Estado em que nasceram. Houve um aumento de 120 milhões desde 1990 em termos absolutos, porém, proporcionalmente ao crescimento populacional do planeta, o número de migrantes se manteve, proporcionalmente, estável<sup>23</sup>. Assim, percebe-se que, apesar do aumento dos números, o fenômeno se mantém relativamente estável, sendo, muitas vezes, uma escolha política a exposição da problemática como uma questão sem paradigmas.

O principal fator responsável pela estabilidade dos números quanto à migração é o custo<sup>24</sup>, pois sendo muito alto, restringe, na maioria das vezes, a possibilidade das pessoas de se deslocar pelas fronteiras. Todavia, ainda, é bastante predominante a concepção de que o número de migrantes é muito maior do que na realidade<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macroeconomic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021. p. 77.

<sup>22</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macroeconomic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.

<sup>23</sup> HAAS, Hein; CZAIKA, Mathias; FLAHAUX, Marie-Laurence; MAHENDRA, Edo; NATTER, Katharina; VEZZOLI, Simona; VILLARES VARELA, María. International migration: trends, determinants, and policy effects. *Population And Development Review*, v. 45, n. 4, p. 885-922, 8 out. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/padr.12291>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/padr.12291>. Acesso em: 07 ago. 2021.

<sup>24</sup> Only a very small fraction of people in the world migrate, one reason being that migration is very costly. INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macroeconomic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021. p. 77.

<sup>25</sup> ALESINA, Alberto; MIANO, Armando; STANTCHEVA, Stefanie. Immigration and redistribution. *Nber Working Paper*, National

<sup>18</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora Cl-A Cultural, 2011. p. 201-220.

<sup>19</sup> DAUVERGNE, 2008 *apud* SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora Cl-A Cultural, 2011. p. 201-220.

<sup>20</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora Cl-A Cultural, 2011. p. 201-220.

Em um estudo realizado pelo Fundo Monetário Internacional, constatou-se que os fluxos migratórios são moldados pela evolução de dados demográficos na origem e por níveis de renda na origem e no destino<sup>26</sup>. Nesse sentido, os conflitos são importantes impulsores da migração, especialmente no contexto das economias em desenvolvimento<sup>27</sup>.

Ademais, observou-se que grandes ondas de imigração elevam a produção e a produtividade nas economias avançadas em curto e médio prazo, apontando ganhos significativos para a economia como um todo<sup>28</sup>. Todavia, é importante ressaltar que a mesma situação não se repete, de forma tão rápida, quando da análise dos fluxos de refugiados nas economias menos desenvolvidas<sup>29</sup>.

Uma das razões que justifica esse aumento na produtividade das economias, especialmente quanto à migração voluntária, refere-se ao fato de que a maioria dos migrantes voluntários são adultos em idade produtiva. Essa mão-de-obra, especialmente a que se desloca para países do Norte global, preenche carências ocupacionais importantes<sup>30</sup>. A transferência de mão-de-obra para

ambientes de maior produtividade aumenta o PIB global<sup>31</sup>. Os migrantes de todos os níveis de qualificação contribuem para esse efeito, seja por meio da inovação e do empreendedorismo, seja pela possibilidade dada aos nativos para a ascensão a empregos de maior valor<sup>32</sup>. A renda média *per capita* dos nativos aumenta à medida que suas habilidades são complementadas com aquelas de migrantes<sup>33</sup>. Não obstante, as remessas ao exterior elevam a receita *per capita* nos países de origem dos migrantes, ajudando a compensar os efeitos potencialmente negativos da emigração<sup>34</sup>.

Ademais, não se pode deixar de relatar que podem existir efeitos negativos de curto prazo em razão dos fluxos migratórios, especialmente se houver um fluxo significativamente grande para uma pequena região, ou

---

cento do crescimento da força de trabalho nos principais países de destino. MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *People on the move: global migration's impact and opportunity*. global migration's impact and opportunity. 2016. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>31</sup> Em 2016, os migrantes representavam apenas 3,4 por cento da população mundial, mas descobriu-se que eles contribuem com quase 10 por cento do PIB global. Portanto, eles contribuíram com cerca de US \$ 6,7 trilhões para o PIB global em 2015 - cerca de US \$ 3 trilhões a mais do que teriam produzido em seus países de origem. As nações desenvolvidas percebem mais de 90% desse efeito. MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *People on the move: global migration's impact and opportunity*. global migration's impact and opportunity. 2016. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>32</sup> MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *People on the move: global migration's impact and opportunity*. global migration's impact and opportunity. 2016. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>33</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macro-economic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.

<sup>34</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macro-economic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.

---

Bureau of Economic Research, Cambridge, v. 24733, 2018. Disponível em: [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w24733/w24733.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w24733/w24733.pdf). Acesso em: 08 ago. 2021.

<sup>26</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macro-economic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.

<sup>27</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macro-economic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.

<sup>28</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macro-economic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.

<sup>29</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macro-economic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.

<sup>30</sup> De 2000 a 2014, os imigrantes contribuíram com 40 a 80 por



se os migrantes exercerem profissões que os permitam serem substituídos aos trabalhadores nativos, ou se a economia de destino estiver em desaceleração<sup>35</sup>.

Nesse sentido, ressalta-se que os benefícios da imigração dependem de quão bem os recém-chegados são integrados no mercado de trabalho do país de destino e na sociedade<sup>36</sup>. Portanto, imprescindível o investimento em políticas ativas de mercado de trabalho, em profissionais para treinamento e educação de adultos e em políticas voltadas à integração de migrantes, tendo em vista que podem impulsionar a macroganhos econômicos<sup>37</sup>. Da mesma forma, o apoio financeiro internacional e a coordenação de políticas são fundamentais para enfrentar as crises de refugiados e apoiar a integração desses nos países de destino<sup>38</sup>.

As dimensões econômica, social e cívica da integração reclamam uma abordagem de forma holística<sup>39</sup>. O

<sup>35</sup> MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *People on the move: global migration's impact and opportunity*. global migration's impact and opportunity. 2016. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>36</sup> Em 2016, observou-se que os imigrantes tendiam a ganhar de 20% a 30% menos do que os trabalhadores nativos. Todavia, se os países reduzirem essa diferença salarial para, apenas, 5 a 10 por cento, integrando os imigrantes de forma mais eficaz em vários aspectos da educação, habitação, saúde e envolvimento da comunidade, eles poderiam gerar um acréscimo de US \$ 800 bilhões a US \$ 1 trilhão na produção econômica mundial anualmente. MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *People on the move: global migration's impact and opportunity*. global migration's impact and opportunity. 2016. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>37</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macroeconomic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.

<sup>38</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macroeconomic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.

<sup>39</sup> MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *People on the move: global migration's impact and opportunity*. global migration's impact and opportunity. 2016. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/>

setor privado tem um papel essencial a desempenhar nesse esforço, e vários motivos para fazê-lo, pois, quando as empresas participam, elas ganham acesso a novos mercados e *pools* de novos talentos<sup>40</sup>. O sucesso ou o fracasso da integração pode reverberar por muitos anos, influenciando a questão dos imigrantes de segunda geração se tornarem cidadãos plenamente participantes que alcançam seu potencial produtivo total ou permanecem na armadilha da pobreza<sup>41</sup>.

## 4 Os impactos econômicos da migração na Europa: fardo econômico ou grande oportunidade?

Muito se discute sobre os impactos negativos dos fluxos migratórios, sendo a questão econômica uma das mais pujantes na discussão. Exemplo claro dos efeitos dessa associação entre migração e impactos econômicos negativos foi a saída do Reino Unido da União Europeia, o Brexit, no qual o argumento de má gestão das fronteiras e a promessa de adoção de uma nova política migratória foi decisivo para o convencimento de uma parcela da população britânica quando da votação pela saída do Reino Unido do bloco europeu.<sup>42</sup>

Nessa conjuntura, permanece o questionamento se realmente os fluxos migratórios teriam impacto negati-

[our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf](https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf). Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>40</sup> MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *People on the move: global migration's impact and opportunity*. global migration's impact and opportunity. 2016. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>41</sup> MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *People on the move: global migration's impact and opportunity*. global migration's impact and opportunity. 2016. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>42</sup> Os defensores da saída do Reino Unido da União Europeia (UE) utilizaram o problema da imigração como uma questão de segurança societal para legitimar o seu ponto de vista e angariar o apoio da população britânica. HOFF, Natali Laise Zamboni; SILVA, Ronaldo; ZABOLOTSKY, Boris Perius; SOUTTO, Dafne Lavinas. Brexit - União Europeia: a imigração como uma questão de segurança internacional. *Revista de Estudos Internacionais*, João Pessoa, v. 8, n. 3, p. 64-82, 2017.

vo, conforme se propaga em muitos Estados. Percebe-se, ao estudar o tema, de maneira mais aprofundada, que a situação não é tão simples, pois a migração traz de fato gastos consideráveis, porém é inegável que pode trazer vários efeitos positivos nas questões econômicas.

Em estudo realizado em países da Europa ocidental que mais recebem pedidos de refúgio<sup>43</sup>, que não necessariamente são os que mais acolhem<sup>44</sup>, no período de trinta anos (de 1985 a 2015), percebe-se resultado bastante interessante quanto aos efeitos econômicos da migração.

Observou-se que, de forma geral, os fluxos migratórios não deterioram o desempenho econômico ou o equilíbrio fiscal dos países anfitriões, ao contrário do que se imaginava, haja vista que o aumento nos gastos públicos induzido por requerentes de asilo é mais do que compensado por um aumento nas receitas fiscais líquidas de transferências<sup>45</sup>. Nesse sentido, constatou-se que, à medida que os migrantes se tornam residentes permanentes, seus impactos macroeconômicos tornam-se positivos<sup>46</sup>.

Verificou-se, com base no estudo, que o choque causado pelos fluxos migratórios tem efeitos positivos na economia dos países anfitriões, pois se identificou o aumento no *Produto Interno Bruto* (PIB), a redução das taxas de desemprego e a melhora no equilíbrio das finan-

ças públicas<sup>47</sup>. Percebeu-se, assim, que os gastos com o acolhimento dessas pessoas, considerado sempre um grande fardo econômico, foi superado pelo aumento da receita fiscal<sup>48</sup>.

Dessa forma, embora não se conteste que os grandes fluxos migratórios imponham muitos desafios políticos tanto nos países de acolhimento quanto no que diz respeito à coordenação europeia das políticas nacionais<sup>49</sup>, a crise de migrantes, atualmente vivida pela Europa, não deve provocar uma crise econômica; na verdade, pode ser uma grande oportunidade econômica.

Esses desafios políticos poderiam, todavia, ser mais facilmente enfrentados se o clichê de que a migração internacional está associada a um “fardo” econômico puder ser apagado, especialmente quando se considera que as políticas migratórias são mais dependentes de considerações políticas e diplomáticas do que, efetivamente, de questões econômicas<sup>50</sup>.

Nessa senda, é interessante comparar os valores gastos por alguns dos principais Estados europeus, a fim de se visualizar, na prática, se, realmente, os gastos com cada migrante são tão exorbitantes como se propagam nos discursos que argumentam pela adoção de políticas mais restritivas.

Em 2018, um refugiado<sup>51</sup> na Alemanha recebia uma quota mensal de 354 euros, paga por meio de bens e

<sup>43</sup> The selected countries are Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Ireland, Iceland, Italy, the Netherlands, Norway, Spain, Sweden, Portugal, and the UK. D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aaq0883>. p. 1.

<sup>44</sup> The European countries that we consider receive most of the asylum applications in Europe (89% in 2015); moreover, in contrast to certain Eastern European countries, the selected nations are almost never the home countries of the asylum seekers. D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aaq0883>. p. 1.

<sup>45</sup> D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aaq0883>.

<sup>46</sup> D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aaq0883>.

<sup>47</sup> D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aaq0883>.

<sup>48</sup> D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aaq0883>.

<sup>49</sup> D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aaq0883>.

<sup>50</sup> D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aaq0883>.

<sup>51</sup> Na Alemanha, o sustento social dos refugiados é regulado pela Lei AsylbLG. Só os refugiados reconhecidos têm direito a benefícios sociais normais. HODALI, Diana; PRANGE, Astrid. Quanto recebe um refugiado na Europa?. *Deutsche Welle*, 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quanto-recebe-um-refugiado-na-europa/a-44294566>. Acesso em: 18 ago. 2021.

serviços, caso estivesse alojado individualmente. Para os que estivessem em alojamentos estatais, o valor era reduzido para 135 euros, pagos por meio de dinheiro ou em vales<sup>52</sup>.

Na Itália, por sua vez, os solicitantes de refúgio têm direito à alimentação, artigos de higiene e vestuário, a serem fornecidos pelo Estado e têm autorização para trabalhar dois meses depois de terem apresentado o requerimento. Aqueles que não conseguem trabalho têm direito a receber 75 euros por mês, desde que se mantenham no alojamento estatal<sup>53</sup>.

Já na Suécia, os migrantes são estimulados a providenciarem a sua própria acomodação. Para aqueles que não conseguem, o Estado providencia alojamento gratuito. Contudo, tão logo sejam reconhecidos como refugiados e recebam permissão para trabalhar, estimula-se que fiquem responsáveis pela sua própria acomodação. Quanto a valores, os migrantes que vivem fora dos alojamentos recebem 225 euros e os que vivem nos alojamentos 75 euros, com o acréscimo de mais 55 euros para cada filho.

Na França, por sua vez, desde 2015 os solicitantes de refúgio têm direito a receber 204 euros mensalmente, com o acréscimo de 102 para cada membro a mais do núcleo familiar. O benefício é, todavia, aplicável apenas aos que se mantiverem vivendo nos alojamentos estatais<sup>54</sup>.

Na Espanha, o processo de acolhimento e integração dos solicitantes de refúgio ocorre em três fases, e cada fase tem a duração de três a seis meses. Primeiramente, os migrantes são instalados em um alojamento coletivo, onde garante-se o direito à alimentação e a um auxílio de 50 euros, com o acréscimo de 19 euros para cada criança acompanhante. Logo em seguida, na segunda fase, os migrantes são transferidos para acomodações privadas, nos quais o Estado arca com o aluguel, além de fornecer entre 300 e 500 euros para cada família. Por

fim, a terceira fase se inicia com a liberação dos refugiados para trabalhar, ocorrendo uma cessação progressiva dos benefícios fornecidos<sup>55</sup>.

Nesse contexto, ressalta-se que, embora nenhuma norma, seja internacional, seja europeia, determine valores mínimos, espera-se que sejam fornecidos padrões humanitários e sociais mínimos para subsistência e acomodação.<sup>56</sup> Em análise do custo médio de cada migrante solicitante de refúgio<sup>57</sup> para os principais países europeus, constata-se que, ainda, há uma grande diferença entre o auxílio financeiro dado a esse contingente populacional e à população nativa. Na Alemanha, por exemplo, o valor de 354 euros, fornecido aos que tiveram concedido o refúgio, era 70 euros menor do que o valor do seguro-desemprego, em 2018. No mesmo sentido, na Suécia o benefício no valor de 225 euros era bem inferior ao benefício previdenciário concedido aos cidadãos suecos, que era de 394 euros em 2018<sup>58</sup>.

## 5 Migração forçada e seus efeitos econômicos: teriam os refugiados os mesmos impactos econômicos que os demais migrantes voluntários?

Como se sabe, a migração forçada envolve uma série de fatores adicionais que podem dificultar o processo de integração à sociedade receptora. Apesar de ser a figura migratória melhor regulamentada<sup>59</sup>, os refugiados en-

<sup>52</sup> HODALI, Diana; PRANGE, Astrid. Quanto recebe um refugiado na Europa?. *Deutsche Welle*, 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quanto-recebe-um-refugiado-na-europa/a-44294566>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>53</sup> HODALI, Diana; PRANGE, Astrid. Quanto recebe um refugiado na Europa?. *Deutsche Welle*, 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quanto-recebe-um-refugiado-na-europa/a-44294566>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>54</sup> HODALI, Diana; PRANGE, Astrid. Quanto recebe um refugiado na Europa?. *Deutsche Welle*, 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quanto-recebe-um-refugiado-na-europa/a-44294566>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>55</sup> HODALI, Diana; PRANGE, Astrid. Quanto recebe um refugiado na Europa?. *Deutsche Welle*, 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quanto-recebe-um-refugiado-na-europa/a-44294566>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>56</sup> HODALI, Diana; PRANGE, Astrid. Quanto recebe um refugiado na Europa?. *Deutsche Welle*, 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quanto-recebe-um-refugiado-na-europa/a-44294566>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>57</sup> Aqueles que são reconhecidos de fato como refugiados podem receber outros tipos de auxílio ou benefício financeiro.

<sup>58</sup> HODALI, Diana; PRANGE, Astrid. Quanto recebe um refugiado na Europa?. *Deutsche Welle*, 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quanto-recebe-um-refugiado-na-europa/a-44294566>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>59</sup> Quanto ao refugiado, este possui um amparo legal específico internacional, uma vez que se encontra em situação peculiar e carece da proteção de seu país, pois não podem retornar às suas casas em segurança. A Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados (e seu Protocolo de 1967), é a principal legislação internacional em âmbito universal, de proteção aos refugiados, sendo que o ACNUR foi incumbido de supervisionar (sic) sua implementação. ANNONI, Danielle; DUARTE, Mônica. A proteção jurídica aplicável



frentam, além da perseguição que motivou a migração<sup>60</sup>, uma série de desafios extras no processo migratório, o que, naturalmente, reflete-se nos efeitos econômicos para os países receptores, considerando-se que, ao contrário dos migrantes econômicos que deixam os seus países voluntariamente à procura de uma vida melhor, para um refugiado, as condições econômicas no país de acolhida são menos importantes do que a segurança que o mesmo pode oferecer. Na prática, o fato de um migrante poder gozar da proteção do governo do seu país, caso necessite, pode ser essencial para o desenvolvimento econômico que essa pessoa pode ter no país anfitrião.

Ademais, ressalta-se que a categorização da migração não é um fenômeno tão simples, havendo uma série de situações que se encontram em uma área cinzenta<sup>61</sup>. Observe-se, por exemplo, o fenômeno das pessoas que migram em razão da fome ou da extrema pobreza. Em muitos casos, é questionável se essas pessoas realmente têm liberdade de escolha, podendo contar com a proteção dos Estados de origem, ou se estão impelidas por circunstâncias além do seu controle<sup>62</sup>. A vulnerabilidade entre as categorias de migrantes está, cada vez mais, muito mais para um *continuum*<sup>63</sup> do que propriamente

uma estrutura bem separada e definida, sendo os fluxos mistos uma realidade bastante presente na atualidade.

Assim, constata-se que o fluxo de refugiados necessita de um período maior para afetar a economia de modo significativo, especialmente quanto aos efeitos positivos no PIB<sup>64</sup>. Pode-se deduzir, todavia, que parte dessa demora é devida ao fato de que apenas uma parte dos refugiados permanece de forma definitiva, ou até mesmo por um período de tempo considerável, nos países anfitriões, seja em razão das políticas de repatriação voluntária, seja por meio do incentivo ao reassentamento em outros países anfitriões.

Além disso, por mais que o processo de reconhecimento e concessão da garantia do refúgio garanta a estadia no estado receptor, nem sempre, nesse período, é garantida a possibilidade de trabalhar legalmente, o que repercute, consideravelmente, nos impactos econômicos desse tipo de migrante<sup>65</sup>. Contudo, como já dito, ao contrário das demais categorias de migrantes, os refugiados possuem proteção garantida pelas normas de direito internacional e a eles são dedicados fundos específicos do Alto comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR e de outras organizações para ajudar a minimizar os impactos econômicos e facilitar a realização dos processos que precisam ser feitos.

## 6 Considerações finais

Conforme visto, o continente europeu teve um aumento considerável no recebimento de fluxos migratórios nos últimos anos, sendo a política migratória um ponto bastante delicado entre os Estados, considerando-se que a crise os afeta de forma diversa.

aos migrantes e aos refugiados. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13; MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 3, Santa Cruz do Sul, 2017. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017. p. 1-15. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16943/4154>. Acesso em: 15 ago. 2021. p. 9.

<sup>60</sup> Considera-se como refugiado, nos termos da Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, toda pessoa “que [...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”. ACNUR. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>61</sup> LACERDA, Moara; MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. The not so humanitarian dichotomy refugees and economic migrants. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito - UFC, Fortaleza*, v. 40, n. 2, p. 33-48, 23 fev. 2021. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/59986>. Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>62</sup> RICHMOND, Anthony. Reactive migration: sociological perspectives on refugee movements. *Journal of Refugees Studies*, Toronto, Centre of Refugee Studies, York University, 1993. Disponível em: <https://yorkspace.library.yorku.ca/xmlui/handle/10315/8018>. Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>63</sup> RICHMOND, Anthony. Reactive migration: sociological per-

spectives on refugee movements. *Journal of Refugees Studies*, Toronto, Centre of Refugee Studies, York University, 1993. Disponível em: <https://yorkspace.library.yorku.ca/xmlui/handle/10315/8018>. Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>64</sup> D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aag0883>.

<sup>65</sup> D’ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aag0883>.

O impacto econômico causado pelo fluxo de migrantes tem sido um dos principais argumentos no debate sobre a adoção de políticas migratórias mais restritivas, muitas vezes em desacordo com a previsão da proteção internacional dos direitos humanos.

Em análise dos principais efeitos econômicos dos fenômenos migratórios, constatou-se que as grandes ondas de imigração elevam a produção e a produtividade nas economias avançadas em curto e médio prazo, apontando ganhos significativos para a economia como um todo. Os benefícios da imigração dependem de quão bem os recém-chegados são integrados no mercado de trabalho e na sociedade do país de destino.

Para mais, depreendeu-se que as dimensões econômica, social e cívica da integração, reclamam uma abordagem de forma holística, tendo o setor privado um papel essencial a desempenhar nesse esforço, pois o sucesso ou o fracasso da integração pode reverberar por muitos anos nas sociedades aos quais os migrantes se inseriram.

Foram analisados os principais efeitos econômicos dos fluxos migratórios na Europa. Constatou-se que os fluxos migratórios não prejudicam o desempenho econômico ou o equilíbrio fiscal dos países anfitriões, considerando-se que o aumento nos gastos públicos induzido por requerentes de asilo é mais do que compensado por um aumento nas receitas fiscais líquidas de transferências. Além do mais, percebeu-se que, apesar dos gastos com os migrantes serem consideráveis, ainda estão aquém da proteção fornecida às populações nativas dos países europeus, o que pode estar em desacordo com o princípio da não-discriminação.

Dessa forma, conclui-se que, embora os fluxos migratórios na Europa imponham muitos desafios políticos nos países de acolhimento e na coordenação europeia das políticas nacionais e regionais, a crise migratória, atualmente vivida pela Europa, não deve provocar uma crise econômica, podendo ser, pelo contrário, uma grande oportunidade se devidamente aproveitado pelos setores público e privado.

## Referências

ACNUR. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: <https://www.acnur.org/filead->

[min/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/filead-min/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 28 jul. 2021.

ALESINA, Alberto; MIANO, Armando; STANTCHEVA, Stefanie. Immigration and redistribution. *Nber Working Paper*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, v. 24733, 2018. Disponível em: [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w24733/w24733.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w24733/w24733.pdf). Acesso em: 08 ago. 2021.

ANNONI, Danielle; DUARTE, Mônica. A proteção jurídica aplicável aos migrantes e aos refugiados. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13; MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 3, Santa Cruz do Sul, 2017. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017. p. 1-15. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16943/4154>. Acesso em: 15 ago. 2021.

APOLINÁRIO, Silvia Menicucci; JUBILUT, Liliana. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan./jun. 2010.

CHAN, Sewell. How a record number of migrants made their way to Europe. *New York Times*, 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/12/23/world/europe/migrant-crisis-europe-million.html>. Acesso em: 23 jul. 2021.

D'ALBIS, Hippolyte; BOUBTANE, Ekrame; COULIBALY, Dramane. Macroeconomic evidence suggests that asylum seekers are not a “burden” for Western European countries. *Science Advances*, v. 4, n. 6, p. 1-5, 20 jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1126/sciadv.aaq0883>.

DUARTE, Mônica; ANNONI, Danielle. Migração forçada em âmbito internacional e a questão dos refugiados. In: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (org.). *Migrantes Forçados@s: conceitos e contextos*. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018. p. 90-110. Disponível em: [https://www.academia.edu/38140698/Migra%C3%A7%C3%A3o\\_For%C3%A7ada\\_em\\_%C3%82bito\\_Internacional\\_e\\_a\\_Quest%C3%A3o\\_dos\\_Refugiados](https://www.academia.edu/38140698/Migra%C3%A7%C3%A3o_For%C3%A7ada_em_%C3%82bito_Internacional_e_a_Quest%C3%A3o_dos_Refugiados). Acesso em: 29 ago. 2021.

- FIGLINO, Beatriz. A validação da exclusão do imigrante em esferas representativas na campanha pela Brexit. *Pensata: Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UNIFESP*, v. 7, n. 1, 2019. DOI: 10.34024/pensata.2018.v7.10102. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/pensata/article/view/10102>. Acesso em: 24 jul. 2021.
- FIGUEIREDO, Joana Miranda. *Fluxos migratórios e cooperação para o desenvolvimento: realidades compatíveis no contexto europeu?*. 2005. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Cooperação Internacional) – Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2005.
- FILLMORE, M. L. R. *Italy, the European Union, and Mediterranean migrants: opportunity from crisis?*. 2016. Dissertação (Master of Arts in Security Studies - Europe and Eurasia) – Naval Postgraduate School, Monterrey, CA, 2016. Disponível em: <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/1029749.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.
- GREGORI, José. Refugiados e imigrantes: uma abordagem de direitos humanos. In: ACNUR (org.). *Refúgio, migrações e cidadania: caderno de debates 2*. Brasília: IMDH, 2007. p. 15-29. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-02\\_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-02_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf). Acesso em: 29 ago. 2021.
- GUIMARÃES, Gabriel Braga. A última fronteira europeia: os reflexos da migração pelo mar na atual conjuntura europeia. In: MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota et al. (org.). *Perspectivas contemporâneas do direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 473-492.
- HAAS, Hein; CZAIKA, Mathias; FLAHAUX, Marie-Laurence; MAHENDRA, Edo; NATTER, Katharina; VEZZOLI, Simona; VILLARES VARELA, María. International migration: trends, determinants, and policy effects. *Population And Development Review*, v. 45, n. 4, p. 885-922, 8 out. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/padr.12291>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/padr.12291>. Acesso em: 07 ago. 2021.
- HOBSBAWN, Eric. *A era do capital: 1848 – 1875*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- HODALI, Diana; PRANGE, Astrid. Quanto recebe um refugiado na Europa?. *Deutsche Welle*, 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quanto-recebe-um-refugiado-na-europa/a-44294566>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- HOFF, Natali Laise Zamboni; SILVA, Ronaldo; ZABOLOTSKY, Boris Perius; SOUTTO, Dafne Lavinas. Brexit - União Europeia: a imigração como uma questão de segurança internacional. *Revista de Estudos Internacionais*, João Pessoa, v. 8, n. 3, p. 64-82, 2017.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND RESEARCH DEPARTMENT. International Monetary Fund. The macroeconomic effects of global migration. In: *World Economic Outlook: the great lockdown*. 14 abr. 2020. p. 77-101. DOI: <http://dx.doi.org/10.5089/9781513539744.081>. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/081/28950-9781513539744-en/ch04.xml>. Acesso em: 07 ago. 2021.
- JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. *Rembu: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 22, n. 43, p. 11-33, dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880004302>.
- LACERDA, Moara; MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. The not so humanitarian dichotomy refugees and economic migrants. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito - UFC, Fortaleza*, v. 40, n. 2, p. 33-48, 23 fev. 2021. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/59986>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *People on the move: global migration's impact and opportunity*. global migration's impact and opportunity. 2016. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/global%20migrations%20impact%20and%20opportunity/mgi-people-on-the-move-executive-summary-december-2016.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.
- RICHMOND, Anthony. Reactive migration: sociological perspectives on refugee movements. *Journal of Refugee Studies*, Toronto, Centre of Refugee Studies, York University, 1993. Disponível em: <https://yorkspace.library.yorku.ca/xmlui/handle/10315/8018>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de*



futuro. São Paulo: Editora Cl-A Cultural, 2011. p. 201-220.

WENDEN, Catherine Withol de. As novas migrações. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 13, n. 23, p. 17-28, 2016.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes, fuentes internacionales y recepción en Chile**

**O direito humano à identidade cultural dos migrantes, fontes internacionais e recepção no Chile**

Glorimar Leon Silva

Juan Jorge Faundes Peñafiel

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

# El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes, fuentes internacionales y recepción en Chile\*

## O direito humano à identidade cultural dos migrantes, fontes internacionais e recepção no Chile

Glorimar Leon Silva\*\*

Juan Jorge Faundes Peñafiel\*\*\*

### Resumen

En este artículo, afirmamos la existencia de un derecho humano de los migrantes a su identidad cultural en el ámbito jurídico chileno, a la luz de su justificación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su incorporación al derecho interno de dicho país. Luego, evaluamos el cumplimiento jurisprudencial de las obligaciones que emanan de este derecho. Para ello, primero, revisaremos sus fuentes internacionales, la jurisprudencia internacional aplicable, junto a la doctrina relevante; segundo, revisamos la incorporación de este estándar internacional migratorio en el ordenamiento jurídico chileno, atendiendo a los criterios jurisprudenciales emanados de los máximos tribunales de este país. Los resultados serán expuestos en tres partes: (i) revisión panorámica del Sistema Universal de Derechos Humanos y los sistemas regionales en relación con el derecho humano a la identidad cultural focalizado en los migrantes; (ii) estudio del derecho chileno aplicable a los migrantes y su derecho humano a la identidad cultural; (iii) evaluación de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de este país. La metodología es de estudio dogmático de las fuentes normativas, revisión bibliográfica y verificación jurisprudencial.

**Palabras clave:** Identidad cultural; Derechos humanos; No discriminación; Migrantes; Jurisprudencia Chile

### Abstract

The migratory phenomenon is complex in nature and raises, among other issues of broad treatment, the exercise of the right to cultural identity of migrants in regional contexts. But does this right really exist in the Chilean legal sphere in favor of these groups? There are several international human rights instruments of which its progressive development can be observed; and, nevertheless, there are frequent cases in which their protection is denied or limited in the regional spheres through the unequal treatment of people based on their origin and customs. The purpose of this article is to justify the existence of the right to cultural identity in favor of migrants in

\* Recibido em 20/01/2022

Aprovado em 15/03/2022

“Este artículo es parte del Proyecto Fondecyt de Postdoctorado “Inmigración y derecho a la identidad cultural: problemas y estándares para la regulación en Chile”. N° 3210773, 2021-2023.”.

\*\* Abogada por la Universidad Rafael Bellosó Chacín (URBE), Estado Zulia, Venezuela. Magister en Ciencias, Maestría Latinoamericana en Ciencias Penales y criminológicas, Universidad del Zulia (LUZ), Venezuela. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Chile, Santiago de Chile. Investigadora posdoctoral, Instituto de Investigación en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile”

Email: glorimar.leon@uautonoma.cl

\*\*\* Abogado por la Universidad Austral de Chile, Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina por la Universidad de Artes y Ciencias Sociales, Chile. Académico Investigador, Instituto de Investigación en Derecho, Grupo de Investigación en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile  
Email: juanjorgef@gmail.com



Chile under an interpretative approach of the national law applicable to the migratory field and the incorporation to this of the existing international standard on the matter. To do this, we will review the main international instruments erected in the matter together with the most relevant doctrine and pertinent international jurisprudence. Next, we will review the incorporation of this international standard into the current Chilean regulations applicable to the immigration field, considering the jurisprudential criteria emanating from the highest Chilean courts. The results will be presented in three parts: (i) panoramic review of the Universal Human Rights System and regional systems in relation to the human right to cultural identity focused on migrants; (ii) study of Chilean law applicable to migrants and their human right to cultural identity; (iii) evaluation of the jurisprudence of the superior courts of justice of this country. The methodology is the study of normative sources, bibliographic review and verification based on jurisprudential review.

**Keywords:** Cultural identity; Human rights; Nondiscrimination; Migrants; Jurisprudence; Chile

## 1 Introducción

En el fenómeno migratorio es común observar múltiples formas de discriminación hacia los migrantes<sup>1</sup>. Se trata de prácticas que, bajo distintos argumentos<sup>2</sup>, desconocen los derechos inherentes a la dignidad humana de los integrantes de estos grupos<sup>3</sup> e incrementan su

<sup>1</sup> SOLÉ, Carlota; PARELLA, Sònia; ALARCÓN, Amado; BERGALLI, Valeria; GIBERT, Francesc. El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, España, 90, p. 31-157. 2000. p. 133; OIM. *Glosario sobre migración, 2006*. Disponible en: [http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf). Acceso: 3 mar. 2017. p. 329.

<sup>2</sup> Las razones de estas prácticas están relacionadas con las características raciales, nacionalidad y estatus legal de los migrantes. CRÉPEAU, François. *Derechos humanos de los migrantes*: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/69/302, 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>. Acceso: 13 mar. 2020.

<sup>3</sup> CASTILLO, Luis. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 10, n. 2, p. 231-280, 2012. p. 233-234. Persona es todo ser humano según lo regula el Derecho Internacional moderno. El artículo 24 de la CIPDTMYF reitera la personalidad de los migrantes, lo que ha sido reiterado por la Corte IDH: *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)*, 17

vulnerabilidad<sup>4</sup>. Estas interacciones y conflictos culturales<sup>5</sup> plantean la cuestión del ejercicio efectivo del derecho a la identidad cultural (DIC) de los migrantes.

En el ámbito universal son diversos los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales se fundamenta y ha desarrollado progresivamente el DIC como un derecho humano, aunque son frecuentes los casos en los que se deniega o limita jurisprudencialmente (en el grado de la afectación) el amparo de este derecho de los migrantes en contextos nacionales. En ese marco, en este estudio nos preguntamos si en Chile se reconoce el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes. Para responder la pregunta, se examinará: (i) el estándar internacional desarrollado sobre el derecho humano a la identidad cultural, (ii) su incorporación en el derecho interno chileno y (iii) su reconocimiento jurisprudencial por los tribunales superiores de justicia en dicho país.

Para el examen del derecho humano a la identidad cultural y su titularidad por los migrantes, se utilizan dos acercamientos normativos: (i) un enfoque interpretativo de amplio espectro con base al principio de igualdad y no discriminación; (ii) un enfoque estricto relativo a la protección de las minorías.

Se usará una metodología dogmática y hermenéutica que será complementada con revisión bibliográfica y de jurisprudencia. En particular, las afirmaciones del estudio de las fuentes normativas serán verificadas con el estudio de jurisprudencia internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de las máximas cortes chilenas: Tribunal Constitucio-

septiembre 2003, Serie A N° 18, párr. 72.

<sup>4</sup> Sobre la noción de vulnerabilidad véase, MARÍÑO Fernando, FERNÁNDEZ Carlos. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En: FERNÁNDEZ, Liesa; MARÍÑO, Fernando (coord.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19-26; MELLO, Patricia. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 254-286, 2019; MELLO, Lacerda. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020. p. 203-238.

<sup>5</sup> BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. New Jersey: Princeton university press, 2002; DE LUCAS, Javier. *Europa. Derechos, Culturas*. Valencia: PUV, Tirant lo Blanch, 2006.

nal (TC), Corte Suprema (CS) y Cortes de Apelaciones (CA).

Los resultados serán expuestos en tres partes. La primera, dedicada a la revisión panorámica del estándar internacional desarrollado en el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) y los subsistemas de protección regionales -Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH)- revisando los principales instrumentos internacionales erigidos en la materia, las observaciones generales y demás resoluciones emanadas de los órganos creados para la vigilancia del cumplimiento de estos, junto a la doctrina y jurisprudencia internacional más relevante. La segunda, dedicada a la revisión de la incorporación de este estándar internacional en la normativa chilena vigente aplicable al ámbito migratorio, constitucional y su adecuación legal. La tercera, que aborda su reconocimiento, interpretación y aplicación por parte de los máximos tribunales chilenos.

## 2 El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en los instrumentos internacionales de derechos humanos: justificación y jurisprudencia

El DIC esta imbricado en las libertades inherentes a la dignidad de la persona y su ejercicio es un presupuesto del respeto a la diversidad cultural democrática. Se trata de un *derecho síntesis* que abarca transversalmente tanto derechos individuales como colectivos que requiere de la realización efectiva del ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa<sup>6</sup>. Considera dos derechos enlazados: identidad y cultura<sup>7</sup>. Se trata de un derecho inherente a toda persona, sujeto a interpretaciones humanas y a constante reinterpretación<sup>8</sup>. El ejercicio del

DIC puede ser observado desde sus dos vertientes jurídicas: como un derecho colectivo y como un derecho individual<sup>9</sup>. Los requerimientos relativos al DIC han de diversificarse dependiendo de las necesidades particulares de cada grupo. En el caso de los migrantes, este acercamiento estará vinculado a sus sistemas de valores, creencias, tradiciones y empleo de su idioma, reflejando mayor intensidad respecto de su cohesión y cultura por resistir el desarraigo territorial.

El reconocimiento del DIC ha ganado terreno a la luz de la interpretación de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>10</sup>. Por ello, en esta revisión panorámica tomaremos en cuenta las fuentes de índole general que reconocen el DIC en concreto o bien que prohíben la discriminación, junto a las de tipo específico adoptadas para la protección de grupos étnicos, minorías y migrantes<sup>11</sup>, enmarcados como grupos vulnerables<sup>12</sup>.

Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/59>. Acceso: 10 dic. 2020. parr. 8; RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, p. 43-69, 2006;

<sup>9</sup> Para mayor abundamiento respecto de estas perspectivas (individual y la colectiva), véase DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos?* Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

<sup>10</sup> Véase, SHAHEED, Farida. *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/36*. 2010. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/14/36>. Acceso: 10 dic. 2020. Si bien el reconocimiento del DIC se observa en instrumentos que constituyen normas de *hard law*, también está presente en declaraciones o normas de *soft law* sin valor vinculante internacional, pero de gran influencia dentro de sus respectivos sistemas. Ello no obsta para deducir que se trata de un derecho autónomo que se desarrolla como una norma emergente y cuyo ejercicio puede ser parte importante de otros derechos humanos existentes. En el ámbito Interamericano, la CADH no contempla expresamente el DIC, pero su defensa ha sido esgrimida con base en el deber de respetar integralmente los derechos de la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación (CADH, arts. 1.1, 24, 21, 29b).

<sup>11</sup> La ONU a través de los órganos creados en base a su Carta (Consejo de Derechos Humanos y los comités), monitorea el cumplimiento de los principales tratados de derechos humanos. En este orden de ideas, el derecho migratorio internacional se nutre del Derecho Internacional de los derechos humanos y de la concreción que de estos efectúan los órganos de protección. Sobre esto, véase SHAW, Malcolm. *International Law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 304-341; MURPHY, Sean. *Principles of International Law*. Washington: Thomson West, 2006. p. 320-326.

<sup>12</sup> FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. "Grupos vulnerables". Em: Jovino Pizzi; Maximiliano Censi (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologías Sociais, Universidad Federal de Pelotas (UFPel) – Brasil.

<sup>6</sup> RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, p. 43-69. 2006. p. 44. OLIVARES, Alberto. El Derecho a la identidad cultural. En: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2019. p. 175-190.

<sup>7</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019.

<sup>8</sup> BENNOUNE, Karima. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/HRC/31/59*, 2016.

Conforme se indica introductoriamente, para el estudio del derecho a la identidad cultural por parte de los migrantes en el ámbito del Derecho Internacional, seguiremos el siguiente esquema: (i) bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro en base al principio de igualdad y no discriminación; (ii) bajo un enfoque interpretativo estricto en base a la protección de las minorías; (iii) Jurisprudencia internacional: Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el ejercicio del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes.

## 2.1 El derecho a la identidad cultural de los migrantes en los instrumentos internacionales de derechos humanos: bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro en base al principio de igualdad y no discriminación

El reconocimiento de los derechos culturales en los diversos instrumentos internacionales<sup>13</sup> ofrece posibilidades para la protección del DIC<sup>14</sup>. Mas allá de aquellos que contienen previsiones taxativas a la *cultura*<sup>15</sup> o tér-

2021. p. 104-1015.

<sup>13</sup> Estas previsiones hacen referencia a la cultura contemplando muchos de los elementos esenciales de la identidad cultural, tales como: la participación en la vida cultural (derecho a actuar libremente y a escoger su propia identidad e identificarse o no con una o con varias comunidades), el acceso a la vida cultural (comprende, en particular, el derecho a conocer y comprender su propia cultura); y, la contribución a la vida cultural (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural* (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021. parr. 9). Tales previsiones internacionales se traducen a su vez, en la obligación de los Estados parte de reconocer, respetar y proteger la cultura de las minorías como componente esencial de su propia identidad. Ello se extiende a los migrantes, incluyendo -entre otros aspectos- su idioma, religión y folclore (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural* (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021. parr. 32 y 34).

<sup>14</sup> DONDERS, Yvonne. Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed! *Diritti umani y diritto internazionale*, v. 12, n. 5, p. 525-548, 2018.

<sup>15</sup> Respecto de aquellas que conforman normas de *hard law*, se leen previsiones -por citar las más relevantes- en: la Convención para

minos alusivos a la *identidad*, su reconocimiento efectivo descansa, en primer término, sobre la protección del *principio de Igualdad y no discriminación*<sup>16</sup>, presente en numerosos instrumentos internacionales<sup>17</sup>. Este principio emana de la dignidad personal<sup>18</sup> que -entendida como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano independientemente de su condición de nacional o extranjero- exige el respeto de su legítima esfera de autonomía e independencia<sup>19</sup> y permite deducir<sup>20</sup> el DIC como derecho humano.

la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales; y, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta participación en la cultura tiene una amplia connotación, implicando no solo el derecho de los individuos a actuar en libertad, a escoger su propia identidad y a manifestar sus propias prácticas culturales, sino también el derecho a *no participar* en estas prácticas, en particular aquellas que vulneran los derechos humanos y la dignidad de la persona, véase, SHAHEED, Farida. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/67/287, 2012*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso: 3 oct. 202. parr. 5 y 25. Respecto de aquellas que comprenden normas de *soft law*, por citar algunas: la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

<sup>16</sup> Coincidimos con Ramírez en su nueva conceptualización para hacerle más efectivo, como emancipación y como una carta de navegación que permite que el sistema internacional de derechos humanos -conformado por el conjunto de derechos identificados y definidos como prioritarios- determine el modo de su aplicación y su prelación frente a sujetos específicos. Esta nueva óptica propone alcanzar una simetría entre las culturas contrastantes, colocarlas en una misma situación de prelación y generar los mecanismos necesarios para que esta igualdad se traduzca en respeto a los derechos, al marco institucional, y a la vez construir espacios de interacción y de diálogo intercultural. Véase, RAMÍREZ, Silvina. Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas. En: MARCELO ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord.). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012. p. 30-50. p. 44.

<sup>17</sup> Algunos de estos instrumentos en el ámbito universal e interamericano son: Carta de la OEA; CADH; DADH; Protocolo de San Salvador; PIDESC; PIDCP; CIEDR; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas; Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven.

<sup>18</sup> Un concepto v: MARÍN, M<sup>a</sup> Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 9, p. 1-8, 2007. p. 2; VALLS, Ramón. El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 5, p. 278-285, 2015. p. 283-285). También v. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

<sup>19</sup> HÜBNER, Jorge. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1973. p. 19.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. LV, p. 3-25, 2010.



Una primera fuente normativa es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* (DUDH), cuyo *Preámbulo* reivindica el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y su artículo 27 reconoce el derecho de *toda persona* a tomar parte libremente en la vida cultural de su comunidad<sup>21</sup> por tratarse de un componente esencial de la propia identidad<sup>22</sup>. Este derecho se reafirma en el artículo 5 de la *Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural del año 2001*<sup>23</sup> y, más explícitamente en el artículo 5 letra f) de la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, cuyo texto contiene claras referencias al ejercicio del DIC por parte de los migrantes.

Los artículos 27 y 2.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) estipulan la obligación de los Estados de brindar un trato no discriminatorio a los migrantes que se encuentren bajo su jurisdicción<sup>24</sup>. Asimismo, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) -en su artículo 15.1 literal a- también hace referencia al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, incluyendo a los migrantes con base en el principio de igualdad y

no discriminación. A su vez, el artículo 31 de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares*, respecto del resguardo del DIC de los migrantes en contextos laborales, requiere igualdad de trato y mismas condiciones entre estos y los nacionales; y cuya aplicación se extiende a sus familiares<sup>25</sup>.

En el ámbito universal la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de 1965 (CIEDR)<sup>26</sup>, es un instrumento de tipo específico adoptado específicamente para combatir la discriminación. Su artículo 1° define la discriminación racial y prohíbe las actuaciones discriminatorias en cuanto al goce de los derechos<sup>27</sup>. Así, la diferencia de trato basada en la condición de migrante constituye discriminación si los criterios para establecer esa diferencia —en atención a los objetivos y propósitos de la CIEDR— no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de este<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Aunque la DUDH no goza de carácter vinculante, lo cierto es que se reserva afirmar el carácter imperativo de los principios que la integran, e insta a todos a que se guíen por ellos, lo que resulta de vital importancia para la realización de los propósitos de las Naciones Unidas. Véase, REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público*. Principios fundamentales. Madrid: Tecnos, 1987. Tomo I. p. 69. En igual sentido, GRIGORY IVANOVITCH, Tunkin. *Droit international public*. problèmes théoriques. Paris: Editions A. Pedone, 1965. p. 100.

<sup>22</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21*: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021.

<sup>23</sup> En este instrumento se extiende a *toda persona* el derecho de poder participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales en su artículo 5.

<sup>24</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 31*: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004. Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=478b26ea2>. Acceso: 8 sep. 2021. párr. 10-11; CORTE IDH. Resolución 2/11 sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos, Medidas Cautelares 259-02, 2002. disponible en <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acceso: 5 abr. 2021.

<sup>25</sup> COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. *Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, documento de las Naciones Unidas CMW/C/GC/2, 2013. Disponible en: <https://www.mre.gov.py/SimorePlus/Adjuntos/Informes/CMW%20N%C2%BA%202.pdf>. Acceso: 1 oct. 2020. Junto a la protección de la identidad cultural se incluye el reconocimiento de otros derechos culturales a los trabajadores migrantes y sus familiares, a través de diversas previsiones: el artículo 43, párrafo 1 g) y el artículo 45, párrafo 1 d), sobre el acceso a la vida cultural y la participación en ella.

<sup>26</sup> Este instrumento fue inspirado en la *Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* de 1963.

<sup>27</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, 2002. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1975>, Acceso: 10 mar. 2021. p. 24; PALACIOS TREVIÑO, Jorge. Los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. En: OEA (editor). *Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI*. Río de Janeiro: OEA, 2010. p. 427-452. p. 441.

<sup>28</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Recomendación General N° 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos*, 2004. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc37ca.html>. Acceso: 30 mayo 2021. párr. 4. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha insistido en el deber de adoptar medidas proporcionales: “El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento... explique las razones de la aplicación de medidas restrictivas” (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7, 1986. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgen>

Este principio de igualdad y no discriminación se asegura en otros instrumentos internacionales como presupuesto para el resguardo de otros derechos, tales como: A) integridad personal y un trato humano acorde a la dignidad de los inmigrantes y sus familiares privados de libertad<sup>29</sup>; B) Derecho a la enseñanza de la lengua y cultura maternas en la educación de los hijos de los trabajadores migrantes en situación regular e irregular<sup>30</sup>; C) Protección de las tierras, territorios y recursos, así como aquellos territorios tradicionales donde se encuentran sus hogares y sus familias y demás espacios en los que practican sus culturas y aseguramiento de las conexiones de los pueblos indígenas con estos territorios tradicionales<sup>31</sup>, incluso para aquellos que han migrado por razones de trabajo o estudio<sup>32</sup>; D) Derecho a la salud de los inmigrantes, mediante políticas que promuevan estos servicios tomando en cuenta consideraciones culturales y de género y que favorezcan una reducción de los obstáculos lingüísticos, de comunicación y culturales<sup>33</sup>.

com15.html. Acceso: 3 nov. 2020. parr. 14, 15).

<sup>29</sup> COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. *Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, documento de las Naciones Unidas CMW/C/GC/2, 2013*. Disponible en: <https://undocs.org/es/CMW/C/GC/2>. Acceso: 4 oct. 2020. parr. 15.

<sup>30</sup> MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3, 2012*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020. parr. 78.

<sup>31</sup> Sobre el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas véase, FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho, matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019; FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020; FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020. FAUNDES, Juan Jorge; BUEN DÍA, Paloma. “Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, 2021.

<sup>32</sup> MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3, 2012*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020. parr. 24.

<sup>33</sup> BUSTAMANTE, Jorge. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/30, 2010*. Disponible en: [Así, podemos sostener que en todas las fuentes en que se funda la prohibición de discriminación —más allá de sus diferencias— coinciden las categorías sospechosas relativas a la raza, el color, el lenguaje, la religión, el origen nacional, el origen social, lugar de nacimiento, pero resguardan los aspectos vinculados a la identidad y la cultura. Asimismo, la interpretación de distintos órganos de supervisión informa la aplicación del principio de igualdad y no discriminación respecto de los migrantes como imperativo del Derecho Internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado y aplicable los migrantes<sup>34</sup>.](https://undocs.org/es/A/</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

En consecuencia, una interpretación amplia de los diversos instrumentos internacionales antes revisados nos permite observar la reiterada presencia de prohibiciones de discriminación arbitraria en relación con el trato que se brinda a los migrantes en lo tocante al ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. Ello se traduce en el deber de reconocimiento por parte de los Estados de las diferencias y particularidades de los migrantes como un elemento de su dignidad personal. Todo ello fundamenta el ejercicio del DIC de los migrantes en base al principio de igualdad y no discriminación.

## 2.2 El derecho a la identidad cultural de los migrantes en el Derecho Internacional de los derechos humanos: enfoque interpretativo estricto en base a la protección de las minorías

Desde una perspectiva interpretativa estricta focalizada en la protección de las minorías, primero, respecto de las fuentes, el reconocimiento del DIC se regula en el artículo 27 (concatenado con el artículo 2) del PIDCP, imponiendo a los Estados el deber de permitir que los miembros de minorías ejerzan su identidad cultural. Se trata de un derecho autónomo<sup>35</sup> extensible a todos los individuos que se encuentren en el territorio de estos Estados y estén sujetos a su jurisdicción<sup>36</sup>. Luego, el

HRC/14/30. Acceso: 4 oct. 2020.

<sup>34</sup> CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)*, 17 septiembre 2003, Serie A N° 18.

<sup>35</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27)*, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (VI), 1994. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)). Acceso: 30 jul. 2021.

<sup>36</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27)*, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (V. I), 1994. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(V.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(V.I)).

artículo 1 de la *Declaración de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, adoptada en 1992, establece un vínculo entre el resguardo de sus derechos y el desarrollo de la sociedad en su conjunto dentro de un marco democrático basado en el estado de derecho.

Respecto de la protección del DIC en el caso particular de las minorías étnicas el Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio N°169 de la OIT)<sup>37</sup> plantea dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y, su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Las disposiciones iniciales de este convenio configuran -junto a las recomendaciones de los relatores de Naciones Unidas- un estándar internacional para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas<sup>38</sup>. Asimismo, en base al principio de igualdad y no discriminación -y bajo una interpretación amplia de este convenio- sus disposiciones también incluyen a los migrantes que, aunque se encuentren fuera de sus territorios de origen, pertenezcan a estas minorías étnicas (art. 1 letras a) y b) del Convenio 169 de a OIT)<sup>39</sup>.

ps://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(V.I). Acceso: 30 jul. 2021. parr. 5.1 y 5.2.

<sup>37</sup> Otras organizaciones internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también han elaborado normas sobre la protección de los derechos culturales y el ejercicio de la identidad cultural. Nos referimos aquí a la protección internacional de estos derechos respecto de los pueblos indígenas y tribales. En las previsiones de este instrumento se plantean dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y, su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. De modo tal que, de sus previsiones se desprende la protección del derecho a la identidad cultural.

<sup>38</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho, matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019; FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Lus et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020; FAUNDES, Juan Jorge. *Horizontes Constituyentes*. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: Los casos de Chile y Bolivia. Curitiba: Editora Appris, 2020; FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020.

<sup>39</sup> Así también lo ha entendido el Consejo de Derechos Humanos al interpretar las previsiones del artículo 30 del convenio 169 de la OIT (OIM. respuestas presentadas por la Organización Internac-

En segundo lugar, respecto de migrantes como titulares del DIC y bajo el enfoque estricto de protección de las minorías, es necesario establecer lo que entendemos por *minorías*” y *“grupos vulnerables”*, categorías contenidas y usadas, indistintamente, en los instrumentos internacionales justificantes del DIC.

El significado de una u otra noción puede ser equivalente o no según el contexto normativo o el enfoque del DIC que lo defina. Adicionalmente, en relación con las lecturas de los sistemas regionales de derechos humanos, hemos de tener presente que los respectivos tribunales -europeo e interamericano de derechos humanos- han tomado decisiones, principalmente, en relación con grupos humanos diversos y en contextos bien diferentes: “minorías nacionales” en Europa y “pueblos indígenas” en América. No obstante, desde las propias fuentes, esta titularidad del DIC se reconoce sobre la base de (i) una identidad cultural compartida y (ii) la autodefinition de los grupos, como elementos materiales en común reconocidos a “minorías nacionales” (especialmente en el caso europeo) y “pueblos indígenas” (en particular en el caso interamericano)<sup>40</sup>. Así, el tratamiento específico del respectivo grupo depende, en gran medida, de cada sistema regional de derechos humanos, incluso del orden nacional y de los instrumentos internacionales con los que se vincula cada Estado y que circunscriben, en definitiva, el respectivo marco jurídico aplicable y los titulares del DIC en cada contexto<sup>41</sup>.

ional para la Migraciones (OIM) a algunas de las preguntas realizadas por la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia realizada en el marco de la solicitud de opinión Consultiva sobre niñez migrante los días 9 y 10 de octubre de 2013, documento de la OIM DR/CDH/091, 2013. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/complementarias/escrito-OIM-14-11-2013.pdf>. Acceso: 4 sep. 2021. parr. 29). El artículo 20.3 a) del Convenio 169 de la OIT, también regula el deber del Estado de brindar igual protección en las condiciones de trabajo con arreglo a la legislación laboral del territorio en el que estos migrantes indígenas se encuentren. Al efecto, la calidad de trabajador migrante ha sido una de las características más destacables de los integrantes de los pueblos originarios, por lo que, el establecimiento de las anteriores normas internacionales se originó, en un comienzo, en razón a su condición de trabajadores, como parte importante de la naturaleza de dichos individuos (GROS ESPIELL, Héctor. *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*. México: UNAM, 1978. p. 13).

<sup>40</sup> AGUILAR, Gonzalo. *La dinámica internacional de la cuestión indígena*. Santiago: Librotecnia. 2007. p. 315.

<sup>41</sup> Véase: TONIATTI, Roberto. *El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación Entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latino américa*. 2015 Disponible en: [http://www.jupls.eu/images/JPs\\_WP\\_RT\\_Ponencia\\_2015.pdf](http://www.jupls.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf). Acceso: 3 oct. 2021.



Son diversos los intentos de definir lo que debe entenderse por minorías<sup>42</sup>. Por ejemplo, entre otros, se ha focalizado en la *nacionalidad*, pero como criterio diferenciador puede excluir como titulares de derechos las *minorías* a ciertas personas o grupos<sup>43</sup>. También se han caracterizado en base a la *posición no dominante*<sup>44</sup> del grupo en cuestión, lo que se observa en los grupos migratorios en las sociedades de acogida. Esta perspectiva es especialmente relevante, en la práctica, al observarse características comunes entre los migrantes y las *minorías* —nacionales, étnicas, lingüísticas y religiosas— que, generalmente, se encuentran en una posición *no dominante* respecto de las diferentes culturas, idiomas o creencias religiosas de sociedad mayoritaria en que viven.

Así, para los efectos de esta investigación, siguiendo a María José Andrade, entendemos que: (i) no existe una definición convencional internacional única, aceptada universal o regionalmente, sobre “minorías nacionales<sup>45</sup>”; (ii) no obstante, siguiendo la doctrina mayoritaria, es posible definir “minoría nacional” como:

Un grupo *no dominante*, generalmente inferior en número al resto de la población de un Estado en el que están insertos y se encuentra compuesto cuyos integrantes comparten una identidad cultural común y formas de vida —etnia, religión, tradiciones o costumbres—, distintas de la cultura mayoritaria y que buscan preservar.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Véase la definición planteada por los relatores Capotori (CAPOTORI, Francesco. *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021. párr. 568) y Deschenes (DESCHENES, Jules. *Proposal concerning a definition of the term “minority”*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/31, 1985. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/88267?ln=en>. Acceso: 7 agosto 2021. párr. 181).

<sup>43</sup> GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. *Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 2005. Disponible en: [file:///C:/Users/56931/Downloads/E\\_CN.4\\_Sub.2\\_AC.5\\_2005\\_2-ES.pdf](file:///C:/Users/56931/Downloads/E_CN.4_Sub.2_AC.5_2005_2-ES.pdf). Acceso: 11 jul. 2021. párr. 6.

<sup>44</sup> Frase utilizada por Capotori en 1979 (CAPOTORI, Francesco. *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021. párr. 568).

<sup>45</sup> SORIANO DÍAZ, Ramón Luis. *Los Derechos de las Minorías*. Madrid: Editorial Mad, 1999. p.18; RUIZ, Eduardo. *Minorías Europeas y Estado de Derecho*. En: GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel (ed.). *Las Minorías en una Sociedad Democrática y Pluricultural*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2001. p. 51-90. p. 59.

<sup>46</sup> ANDRADE, María José. *Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos*. *Revista Campos en Ciencias Sociales*, n. 6, v. 2, p. 13-48. p.

Paralelamente, sin que signifique una oposición conceptual, también se utiliza un enfoque centrado en la “vulnerabilidad”, conforme el cual, para Mariño las “minorías” o “grupos minoritarios”, también son grupos vulnerables<sup>47</sup>. En este marco, la vulnerabilidad, es comprendida como la falta o desequilibrio de poder y subrepresentación por parte de grupos específicos<sup>48</sup>. En este contexto, entenderemos por “grupo vulnerable” (concepto de frecuente uso doctrinal) a las colectividades de individuos que: (i) participan de formas de vida usualmente diversas al patrón social y/o cultural dominante y, como resultado de ello, son estigmatizados socialmente; (ii) tienen un status en desventaja para el ejercicio de sus derechos, en general de facto, pero a veces jurídico, respecto a los demás ciudadanos, siendo objeto de prácticas discriminatorias (explícitas o implícitas); (iii) presentan dificultades para que sus demandas sean consideradas por medio de la representación política (en los poderes legislativo y ejecutivo); (iv) demandan acciones de protección específicas para su defensa y/o para reducir las brechas relativas a su igualdad jurídica y especialmente política material<sup>49</sup>. Desde este enfoque material, efectivamente, “grupos vulnerables” y “minorías nacionales”, por una parte, comparten factores comunes (como la situación de desventaja social y política frente a los sectores mayoritarios); y, por otra, la identidad cultural es un elemento base de las minorías nacionales que puede estar presente o no en los grupos vulnerables según el grupo en particular de que se trate.

Conforme lo planteado, podemos sintetizar que los migrantes son grupos en que: (i) la identidad cultural es un elemento de cohesión colectiva; (ii) muchas veces son, efectivamente, grupos de población numéricamen-

15-16: ARP, Jörn. *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 405. CAPOTORI, Francesco. *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021. párr. 568.

<sup>47</sup> MARIÑO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En: FERNÁNDEZ, Liesa; MARIÑO, Fernando (coord.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 24.

<sup>48</sup> BUSTAMANTE, Jorge. *Un marco de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos*. Taller sobre mejores prácticas en materia de migración. CEPAL, 2000.

<sup>49</sup> FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. “Grupos vulnerables”. Em: PIZZI, Jovino, CENSI, Maximiliano. (coord.), *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologías Sociais, Universidad Federal de Pelotas (UFPel). 2021. Tb. v. Mariño, 2001, p. 21-23.

te minoritaria, pero no siempre, como en algunos países latinoamericanos; y, no obstante, (iii) sí se caracterizan por su desventaja social y política.

En consecuencia, este derecho puede ser reclamado por los migrantes<sup>50</sup> como nuevas minorías y bajo las razones antes expuestas. Entonces, el reconocimiento del derecho a *ejercer* la identidad cultural (a sostener individual y colectivamente sus *modos de vida*, valores culturales, cosmovisión, religiosidad, etc.) para el caso de los migrantes, bajo una interpretación estricta de los instrumentos internacionales, subyace en la base de su estatus internacional de integrantes de *minorías*. Los Estados que han suscrito y ratificado estos instrumentos internacionales tienen el deber de asegurar la realización y el ejercicio del DIC en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales adoptadas en la materia<sup>51</sup>. Las peticiones o reclamos que plantean las diferentes *minorías* respecto del DIC varían según sus necesidades y experiencias particulares<sup>52</sup>. La propia *Declaración sobre los dere-*

*chos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* hace referencia a cuatro categorías diferentes, cuyos derechos tienen un contenido diferente en base a las necesidades de estos grupos, como *minorías: religiosas, lingüísticas, étnicas y nacionales*<sup>53</sup>. Al mismo tiempo convergen en la necesidad de los migrantes de conservar aquellos símbolos, narraciones, costumbres, lenguas e historias que formen parte del modo en que se perciben a sí mismos como personas y su sentido de pertenencia a determinadas culturas. En consecuencia, la promoción y la protección de los derechos de las minorías exige que los Estados presten particular atención tales a cuestiones.

<sup>50</sup> KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, oct. 2007. p. 19.

<sup>51</sup> Algunos autores sostienen que el Estado no estaría obligado a proteger y promover la identidad cultural de todos los grupos que se encuentran en su territorio ya que estos voluntariamente han renunciado a su cultura al salir de sus territorios y que por lo tanto este deber solo subyace respecto de los grupos etno-culturales (RUIZ CHIROBOGA, Oswaldo El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 5, año 3, p. 43-69. 2006; KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, oct. 2007). Sin embargo, este tipo de distinciones no hace más que exacerbar sus diferencias y conceder mayores beneficios para unos (grupos étnicos nacionales), respecto de los migrantes, e ignora aquellos casos en los que estos últimos salen de sus territorios por razones forzadas. Por ello, sostenemos -como expondremos más adelante- que en virtud de lo contemplado en el artículo 27 del PIDCP en conjunto con otros instrumentos aplicables, que el DIC debe ser reconocido para los migrantes que se encuentren dentro del territorio del Estado en cuestión. Véase, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general 21: Trato humano de las personas privadas de libertad* (artículo 10), documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9, 1992. Disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN21](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN21). Acceso: 2 ene. 2021. párr. 6.1.

<sup>52</sup> En el caso de los pueblos indígenas se plantea la necesidad de conservar su integridad cultural, lo que significa la continuación de una gama de patrones culturales, incluidos los patrones que establecen derechos a la tierra y recursos, y están incorporados en el derecho consuetudinario indígena y las instituciones que regulan las sociedades indígenas (ANAYA, James. *International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state.*

*Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004.). Respecto de los migrantes, los reclamos obedecerán a otras necesidades propias de estos grupos, como facilidades para su reconocimiento como residentes dentro de las sociedades de acogida KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, Oct. 2007; y la obtención de protección específica contra la discriminación y el racismo por emplear su propio lenguaje, ejercitar sus prácticas tradicionales y creencias religiosas. Los migrantes forjan y sostienen relaciones sociales de múltiples cruces con las que ligan sus sociedades de origen y asentamiento” y por ello, en muchos casos su principal interés se centra en mantener tales relaciones con los miembros de sus comunidades de origen, según BASCH, Nina; GLICK SCHILLER, Linda; SZANTON BLANC, Cristina. *Nations Unbound: Transnational Project, Postcolonial Predicaments, and De-territorialized Nation States*. New York: Routledge, 1993. p. 7). En el caso de los migrantes indígenas, sus aspiraciones no se limitan en conservar relaciones sociales sino también prácticas y entendimientos culturales (HERNÁNDEZ, Rosalva; HERRERA, Juan; MACLEOD, Morna; RAMÍREZ, Renya; SIEDER, Rachel; SIERRA, María; SPEED, Shannon. Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas. *Desacatos*, n. 31, p. 13-34, sep./dic. 2009. p. 29).

<sup>53</sup> (i) Las *minorías religiosas* referirán solamente a los derechos especiales relacionados con la profesión y la práctica de su religión; (ii) las *minorías lingüísticas*, se centran en los derechos especiales relacionados con el aprendizaje y el uso de su propio idioma; (iii) las *minorías étnicas* comprenden derechos más amplios relacionados con la preservación y el desarrollo de otros aspectos de su cultura y modo de vida; (iv) La *minoría nacional* son titulares de derechos más amplios, tanto en relación con su cultura, como también relativos a la preservación y desarrollo de su identidad nacional (GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. *Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2*, 2005. Disponible en: [file:///C:/Users/56931/Downloads/E\\_CN.4\\_Sub.2\\_AC.5\\_2005\\_2-ES.pdf](file:///C:/Users/56931/Downloads/E_CN.4_Sub.2_AC.5_2005_2-ES.pdf). Acceso: 11 jul. 2021. párr. 6.)

### 2.3 Jurisprudencia internacional: Corte

Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el ejercicio del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes

Las fuentes generales reseñadas precedentemente deben ser articuladas con los respectivos instrumentos de los sistemas regionales de derechos humanos, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos CEDH). Aunque en estos tratados no se reconoce textualmente el DIC<sup>54</sup>, su fundamentación sustantiva ha estado relacionada con una interpretación también amplia y compleja del derecho a la igualdad y la no discriminación. Respecto del SIDH, según lo contenido en el artículo 24 de la CADH<sup>55</sup>; en tanto que, en el SEDH<sup>56</sup> se recurre a la aplicación del artículo 14 del CEDH relativo al derecho a un trato equitativo<sup>57</sup>.

En el SIDH también son relevantes la Carta de la OEA y el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de

San Salvador. Ambos aseguran los derechos económicos sociales y culturales -interconectados- con el DIC<sup>58</sup>, configurándose como fuente de este derecho<sup>59</sup> bajo un estatus jurídico equivalente a los derechos civiles y políticos de obligatorio aseguramiento<sup>60</sup>. Dentro del marco del SIDH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADH) -pese a su naturaleza jurídica no vinculante- también resguarda este derecho en similares términos en su artículo XIII. Naturalmente, aquí se incluye a los migrantes en el reconocimiento del DIC por ser un derecho que forma parte del derecho a participar en la vida cultural<sup>61</sup>.

En el ámbito europeo, observamos similares referencias respecto del derecho a participar de la vida cultural. El Convenio Marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad de 2005 (Convenio Faro), en su Preámbulo y sus artículos 1 y 2 contiene elementos que integran la definición inicial que planteamos para el DIC.

En consecuencia, tanto en el SIDH como en el SEDH se ampara el DIC, por una parte, ampliando la comprensión de la titularidad de ciertos grupos (como pueblos indígenas, tribales y minorías), hasta comprenderse como un derecho de carácter general de toda persona. Por otra, desde su contenido, se considera integrante del derecho autónomo a la participación en la vida cultural (DESC); o bien, como un derecho emergente de la interconexión entre los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. Estas am-

<sup>54</sup> Como verificaremos más adelante, ha sido la Corte IDH la que ha establecido que la CADH ampara el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, pero también de otros grupos minoritarios tradicionales y sus respectivos integrantes.

<sup>55</sup> Sobre este asunto también se observa el planteamiento del Juez Abreu, quien ha sostenido que los artículos 24 y 1.1 de la CADH que establecen, respectivamente, la igualdad ante la ley y la obligación de respetar los derechos, “son dos ejes transversales que cruzan” el conjunto de derechos dado que los miembros de estos grupos minoritarios culturales “...son libres e iguales a todas las personas en dignidad y derechos y deberán gozar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos y discriminación de ninguna índole [incluso] en algunos casos, los Estados deberán adoptar medidas positivas para garantizar el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos” (CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Voto parcialmente disidente Juez Abreu, párr. 34).

<sup>56</sup> TEDH. *Case Buckley v. United Kingdom*, N°20348/92, sentencia 29 septiembre de 1996. Voto disidente, Juez Petiti. p. 27.

<sup>57</sup> De hecho, La Comisión Europea de Derechos Humanos ha observado en relación con este derecho a un trato equitativo que “... la CEDH no garantiza derechos a las minorías. Los derechos y libertades consagrados en la Convención son, según el artículo 1 de la Convención, **garantizados a ‘todos’** dentro de la jurisdicción de una Alta Parte Contratante. El disfrute de los derechos y libertades consagrados en la Convención se garantizará, de conformidad con el artículo 14, sin discriminación en ningún aspecto, como, entre otros, la asociación con una minoría nacional” (la negrita es nuestra). Véase, Comisión EDH, *G. and E. v. Norway (“Hbe Alta Case”)*, N° 9278/81 y 9415/81, admisibilidad, decisión 3 octubre de 1983, p. 35.

<sup>58</sup> El artículo 14.1. a) del Protocolo de San Salvador en su Preámbulo destaca el deber de los Estados de reconocer el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y artística de la comunidad.

<sup>59</sup> Asimismo, vincula la obligación del artículo 14 del “Protocolo de San Salvador” con el artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Véase, CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Voto parcialmente disidente juez Alirio Abreu, párrs. 20-23.

<sup>60</sup> En el mismo sentido se pronuncia el juez Alirio Abreu, expresando que el derecho a la identidad cultural se fundamenta en el artículo 14 del Protocolo de San Salvador y que este obliga a los estados a adoptar medidas efectivas para asegurar su efectividad. Véase, CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Voto parcialmente disidente juez Alirio Abreu, párrs. 20-23.

<sup>61</sup> FAUNDES, Juan Jorge; BUENDÍA, Paloma. Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, 2021.



pliaciones de la titularidad y contenido incluyen a los migrantes<sup>62</sup>.

El DIC también se reconoce en otros instrumentos regionales, pero su aplicación solo se observa respecto de aquellas personas pertenecientes a minorías, bajo parámetros que han de variar dependiendo del sistema de que se trate. En el ámbito interamericano, la Corte IDH reconoce y justifica este derecho en base a la interpretación de la CADH y otros instrumentos de diversa naturaleza<sup>63</sup>. Al efecto invoca los artículos 1 y 2 de la Convención Americana (obligación general de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno), el artículo 29 (normas de interpretación evolutiva extensiva) y el artículo 63 de la misma convención que establece el marco de las reparaciones que puede disponer la Corte. La Corte IDH ha expandido la titularidad del DIC desde los pueblos indígenas, a los grupos afrodescendientes<sup>64</sup> y más recientemente a todos los grupos y personas<sup>65</sup>.

En el ámbito europeo, la interpretación jurisprudencial del TEDH el derecho a la identidad cultural es comprendido, indirectamente, a la luz de los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH<sup>66</sup>. Así, el DIC se configura en relación con la protección de la vida privada y familiar; los derechos lingüísticos y educativos; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el derecho a la libertad de reunión y asociación; y la libertad de expresión. De este modo, la prohibición de discriminación y el derecho a la vida familiar amparan la identidad étnica de quienes son

parte de una minoría nacional y “son indisociables”<sup>67</sup>. Esta prohibición de discriminación también se ha asociado con: derechos lingüísticos y educativos<sup>68</sup>, libertad religiosa<sup>69</sup>, libertad de expresión, asociación y de reunión<sup>70</sup>. Paralelamente, diversos casos han considerado la discusión de las garantías judiciales del artículo 6.1 del CEDH, en relación con el derecho a un proceso equitativo, respecto de demandas cuyo contenido de fondo refería a los modos de vida de minorías<sup>71</sup>.

Según el TEDH, respecto del origen étnico es necesario introducir diferenciaciones –en muchos casos como medidas positivas– para *corregir desigualdades fácticas*<sup>72</sup>. De este modo se ha reconocido a las minorías, entre otros aspectos, el derecho a: desarrollar libremente las diversas formas de vida tradicional, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado y o con otros, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos; la no discriminación en la en-

<sup>62</sup> FAUNDES, Juan Jorge; BUENDÍA, Paloma. Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, 2021.

<sup>63</sup> 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, párr. 231.

<sup>64</sup> CORTE IDH. Caso *Aloboetoe* y otros Vs. Surinam, 10 septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas); CORTE IDH Caso de la Comunidad *Moinana* Vs. Suriname, 15 junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas); CORTE IDH. Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam, 28 noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128; CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, 8 octubre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; CORTE IDH. Caso Comunidad *Garífuna Triunfo de la Cruz* y sus miembros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 8 de octubre de 2015.

<sup>65</sup> 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, párrs. 231, 236, 240 (pp. 82-87; B1.1.4; B1.2, notas 233, 238).

<sup>66</sup> COUNCIL OF EUROPE, 2011, pp. 14-22.

<sup>67</sup> TEDH. *Case Buckley v. United Kingdom*, N°20348/92, sentencia 29 septiembre de 1996. Voto disidente, Juez Petiti. p. 29, 31. Posteriormente, en el 2001 el TEDH operó un modo particular de reconocimiento del DIC, considerando el derecho a mantener la identidad de una minoría, a llevar su vida privada y familiar conforme con su propia tradición, todo, de acuerdo con el artículo 8 del CEDH (ELOSEGUI ITXACO, María. *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2013. p. 22, 230-235).

<sup>68</sup> TEDH. *Caso D.H. c. República Checa*, [GC], N°57325/00, sentencia 7 de febrero de 2006. parr.176; TEDH. *Caso Sampanis y otros c. Grecia*, N° 32526/05, sentencia 5 de junio de 2008; TEDH. *Caso Oršuš y otros c. Croacia*, N°15766/03, sentencia 16 de marzo de 2010. parr. 143.

<sup>69</sup> Sobre asuntos relativos al derecho de los padres a la educación religiosas de sus hijos, uso de símbolos religiosos, vestimentas religiosas, véase, TEDH. *Laustsi y otros con Italia*, N°30814/06, 3 de noviembre de 2009; TEDH. *Muñoz Díaz con España*, N°49151/07, sentencia 8 de diciembre 2009; TEDH. *Caso Leyla Sabín con Turquía*, N°44774/1998, sentencia 29 junio 2004; TEDH. *S.A.S. versus Francia*, N°43835/2011, (G.S.) sentencia 1 de julio 2014;

<sup>70</sup> TEDH. *Caso Sidiropoulos y otros contra Grecia*, N° 26695/95, sentencia 10 de julio 1998; TEDH. *Caso Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria*, N° 29221/95 y N° 29225/95, sentencia 2 de octubre de 2001.

<sup>71</sup> En el marco europeo, son relevantes para la protección de este derecho las previsiones del FCNM. Asimismo, en los artículos 7, 8 y 9 del FCNM se asegura el derecho de las personas pertenecientes a minorías a la libertad de reunión, de asociación, de expresión y la de pensamiento, conciencia y religión. En sus artículos 10, 11, 13 y 14 el derecho a sus lenguas minoritarias.

<sup>72</sup> TEDH. *Asunto Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, N°27996/06 y 34836/06, (GS) sentencia 22 diciembre 2009, párr. 44.

señanza y a que ella se armonice con el uso de la lengua de esas minorías<sup>73</sup>.

En particular, el TEDH ha referido a la *vulnerabilidad* como un elemento que caracteriza a estos grupos<sup>74</sup>. Ello confirma con nuestra argumentación inicial respecto de la vulnerabilidad de los migrantes y su inclusión dentro de estas categorías, requiriendo de los gobiernos (y del TEDH en su supervisión internacional) una atención especial a las necesidades y al “modo de vida propio”, tanto en la reglamentación general, como en la ponderación de acciones y de decisiones de casos concretos<sup>75</sup>.

Finalmente, tanto la Corte IDH<sup>76</sup> como el TEDH<sup>77</sup> han entendido que la diversidad cultural y el pluralismo constituyen valores basales del orden democrático resguardado mediante sus diversos instrumentos internacionales<sup>78</sup>.

### 3 El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en Chile: su justificación

El Estado chileno ha ratificado una serie de instrumentos internacionales cuya interpretación por parte de los diversos órganos internacionales ha configurado progresivamente un estándar en materia de derechos humanos que se ha entendido vinculante y que otorga un contenido material a principios constitucionales e internacionales respecto de los derechos humanos amparados en instrumentos internacionales, a la luz de la Constitución Política de Chile de 1980 (CPR), al momento de resolver los casos en la jurisdicción nacional. Desde esta perspectiva, el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos emana de un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos que operan en interacción con el derecho interno, como un cuerpo integrado y sistemático de fuentes que busca asegurar la vigencia de estos derechos nacional e internacionalmente<sup>79</sup>.

Así, por ejemplo, respecto del DIC de migrantes indígenas, conforme el artículo 35 del Convenio 169, los artículos 29.b y 63.3 de la CADH y siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>80</sup> (que integra hermenéuticamente las fuentes internacionales indicadas y las recomendaciones de los relatores de Naciones Unidas sobre derechos de los indígenas) se puede identificar un estándar internacional de derechos humanos de los migrantes vinculante ante la ratificación de los referidos

<sup>73</sup> Véase, FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural. *Brazilian Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 222-255, 2020.

<sup>74</sup> TEDH. *Caso Sampanis y otros c. Grecia*, N° 32526/05, sentencia 5 de junio de 2008, párrs. 37, 71. También v.: TEDH. *Caso Orsúš y Otros c. Croacia*, N°15766/03, sentencia 16 de marzo de 2010, párr. 77.

<sup>75</sup> TEDH. *Caso D.H. c. República Checa*, [GC], N°57325/00, sentencia 7 de febrero de 2006. párr. 181. Siguiendo el precedente de Chapman contra Reino Unido. v. TEDH. *Caso Chapman c. Reino Unido*, N°27238/95, (GS) 18 de enero de 2001, párr. 96; Connors contra Reino Unido, núm. 66746/01, 27 de mayo de 2004, párr. 84.

<sup>76</sup> CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Sentencia de 12 junio 2012, párr. 217; CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lbaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 231 (Nota 233); CORTE IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie 304, párr. 158; CORTE IDH. *Caso Pueblo Xucuro vs. Brasil* (2018), párr. 125; CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Samboyamaxa vs. Paraguay*, sentencia 29 marzo 2006, párrs. 138, 212; CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 143, 149.

<sup>77</sup> TEDH. *Asunto Sejdić y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, N°27996/06 y 34836/06, (GS) sentencia 22 diciembre 2009, párr. 44; TEDH. *Laustsi y otros con Italia*, N°30814/06, 3 de noviembre de 2009. párr. 56.

<sup>78</sup> v. FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural. *Brazilian Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 222-255, 2020.

<sup>79</sup> Sobre la noción de estándares y su cumplimiento, véase: NASH ROJAS, Claudio. *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica*. Tendencias jurisprudenciales. Tesis de doctorado. Santiago: Universidad de Chile, 2008. p. 73, 245-246; Comisión de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes E/CN.4/1999/80, 1999. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1493723?ln=es#record-files-collapse-header>. Acceso en: 13 oct. 2021. párr. 81; RODRÍGUEZ, Gabriela. Tercer informe de 15 de febrero de 2002, Comisión de Derechos Humanos – Naciones Unidas, documento, E/CN.4/2002/94, 2002. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/462884?ln=es>. Acceso en: 23 dic. 2021. párr. 101; BUSTAMANTE, Jorge. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante A/HRC/7/12, 2008. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/7/12>. Acceso en: 13 dic 2021. párr. 13. También véanse las previsiones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 respecto de la observancia de los tratados en sus artículos 26 y 27.

<sup>80</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus Editorial, 2014.

instrumentos. Con ello, los derechos asegurados en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile pasan a integrar el conjunto de derechos fundamentales que asegura la Constitución chilena, conforme el artículo 5 inciso 2° de CPR<sup>81</sup>. Bajo este razonamiento, el DIC es exigible ante el Estado, el cual debe protegerlo y velar por su articulación con el ordenamiento jurídico interno.

Con base en los anteriores planteamientos, a continuación, efectuaremos una revisión del ordenamiento jurídico chileno. En esta revisión nos enfocaremos en las previsiones de la CPR y la legislación chilena aplicable al reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes. Para ello, seguiremos la revisión desde un doble enfoque interpretativo: (i) de amplio espectro con base al principio de igualdad y no discriminación; (ii) un enfoque interpretativo estricto con base a la protección de las minorías.

### 3.1 El derecho a la identidad cultural por parte de los migrantes en Chile: bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro con base al principio de igualdad y no discriminación.

En este apartado sostenemos que el DIC constituye un derecho humano que es posible justificar, au-

tónomamente, a partir de la CPR, entendida en sentido material, desde sus valores, principios, a la luz de los derechos fundamentales ya reconocidos por esta norma fundamental, comprensiva de derechos implícitos<sup>82</sup>. Así, conforme el artículo 5 inciso 2° de la CPR, el reconocimiento del DIC supone un razonamiento hermenéutico constitucional, por la vía jurisprudencial, en relación con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico chileno que contemplan los derechos humanos de los migrantes y el DIC en particular.

Ya hemos acotado que los derechos fundamentales asegurados en los tratados internacionales también forman parte de aquellos reconocidos por el Estado chileno con fundamento en la doctrina del Bloque de constitucionalidad<sup>83</sup>. La CPR no reconoce literalmente el DIC. No obstante, desde la perspectiva constitucional, este derecho se justifica en una visión amplia del principio de igualdad y del respeto de la dignidad humana. Asimismo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que el estatuto constitucional de derechos fundamentales (artículo 19) no es taxativo<sup>84</sup>, sino que todos los

<sup>81</sup> En este sentido, véase, Corte Suprema, *Contra Poblete Cordova* (1998, rol n° 469-98) considerando 4°; TC, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.* (2008, rol n° 976-2008) considerando 35°. También véase, CS, *Contra Molo* (2006, rol n° 559-04) considerando 22; CA de Rancagua, (2013, Rol n° 103-2011) considerando A 5. No obstante, este tema es objeto de amplia controversia doctrinal. Al respecto, véase, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional: principios, fuerzas y regímenes políticos*. 2. ed. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1997; RÍOS, Lautaro. *Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos*. *Ius et Praxis*, v. 2, n. 2, p. 101-112, 1997; NASH ROJAS, Claudio. *La incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena, ponencia presentada en el curso regional para jueces, fiscales y abogados de Argentina, Chile y Uruguay organizado por UNICEF, en Montevideo, 2003*. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142607/LaIncorporaci%C3%B3n-de-los-Instrumentos-Internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso en: 19 dic 2017; TAPIA VALDÉS, Jorge. Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias: alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la CPR de 1980. *Ius et Praxis*, v. 9, n. 1, p. 351-364, 2003; BECA, Juan Pablo. De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 5, n. 3, p. 23-38, 2014.

<sup>82</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020. p. 81.

<sup>83</sup> Véase, BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Ius constitutionale commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014. La noción de *bloque constitucional*—con el objeto de servir como *baremo de constitucionalidad*— se trata de un desarrollo dogmático que también puede ser aplicado al Estado chileno (NASH ROJAS, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos; Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012. p. 44). En Chile, aunque es un tema discutido a nivel doctrinario, es posible afirmar la existencia de un bloque constitucional de derechos humanos (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 301–350, 2015. p. 311), enfocado desde la perspectiva de la dignidad humana. Esta posición tiene una sólida acogida en la sentencia del TC, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos* (2003, rol n° 389-2003) considerando 17°. Ello también se entiende con base al artículo 1 y el inciso 2°, artículo 5° de la CPR, posición que tiene una sólida acogida en la sentencia del TC, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -introducido por la Ley N° 20.015-, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud* (2009, rol n° 1218-08) considerando 18°.

<sup>84</sup> CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. 2. ed. San-



derechos del hombre están cautelados por el referido texto constitucional, sea que figuren o no en él<sup>85</sup>, y tienen fuerza jurídica<sup>86</sup>.

Asimismo, los derechos fundamentales asegurados en los tratados internacionales ratificados por Chile<sup>87</sup> son parte del conjunto de derechos que asegura la CPR, a *toda persona* con base en su dignidad humana<sup>88</sup>. Esta se entiende como valor fundante de la CPR, desde la cual surgen los derechos inalienables a la persona, que forzosamente se les deben reconocer<sup>89</sup>, como derechos y deberes innatos del hombre y cuyo quebrantamiento implica una lesión de estos derechos en su esencia<sup>90</sup>. En consecuencia, la persona goza de una especial respetabilidad por el hecho de ser tal y por ser el sujeto del

ordenamiento jurídico<sup>91</sup>, cuya existencia es superior al poder constituyente y cronológicamente precedente a la sociedad política o Estado<sup>92</sup>. Desde esta perspectiva, la dignidad humana se observa como un valor supremo y como principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional chileno<sup>93</sup>. En consecuencia, el migrante, como persona, está dotado de esa dignidad y sus alcances normativos<sup>94</sup>. Es precisamente esta dignidad inherente a la persona la que exige el reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes dentro de las sociedades de acogida.

Luego, conforme el artículo 1 inc. 1° de la CPR, en relación con el artículo 19 N° 2 de la misma, la dignidad humana se concatena con el principio constitucional de igualdad y el derecho a la no discriminación que, a su vez se deben entender comprensivos del derecho humano a la identidad cultural (como se afirma jurisprudencialmente según veremos en el apartado III<sup>95</sup>).

La CPR realiza un tratamiento formal de la igualdad, ya que, más que definirla, señala los supuestos bajo los cuales se hace exigible. Luego, debe ser entendida como una obligación con las personas, como finalidad de la actividad administrativa del Estado y, como principio aplicable a procedimientos y actos. Entendemos entonces que la expresión *discriminar* aparece implícita en la CPR como prohibición esencialmente adscrita a la igualdad ante la ley, lo que exige un tratamiento igual ante situaciones similares y contiene la prohibición de establecer diferencias arbitrarias sin que medie racionalidad alguna<sup>96</sup>. Por otra parte, aunque el Derecho Inter-

tiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012. p. 52.

<sup>85</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015. p. 239.

<sup>86</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional: principios, fuerzas y regímenes políticos*. 2. ed. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1997. p. 136, 137. Los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en Chile dejaron constancia en la Actas de esta circunstancia al asegurar que “cuando en la Constitución se dice que ‘asegura’ a alguien un derecho, es que le da la seguridad que va a alcanzar ese derecho. La expresión ‘asegura’ lleva implícito, de alguna manera, el que las prestaciones que dependen de la comunidad, no del Estado, para asegurar la vigencia de ciertos derechos, existe en la medida en que sea posible hacerlo”, Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 87*. Disponible en: [https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980). Acceso en: 22 jun. 2019. p. 6.

<sup>87</sup> Véase, NACIONES UNIDAS, Teatry Collection, Status of treaties, Chapter IV: Human Rights. Disponible en: <https://treaties.un.org/>. Acceso en: 23 oct. 2021.

<sup>88</sup> La dignidad establece una premisa *antropológica-cultural* que incorpora como regla jurídica (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 301-350, 2015. p. 304), exigiendo que se respete su legítima esfera de autonomía e independencia y que no se le convierta en un instrumento víctima de objetivos ajenos a la verdadera esencia de su vida (HÜBNER, Jorge. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1973. p. 19).

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. El concepto de dignidad humana ante la jurisprudencia de la Corte suprema. En: FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (ed.). *Principios, valores e instituciones*: El Departamento de Derecho Público UC ante el cambio constitucional, reflexiones y propuestas. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016. p. 25-38. p. 30.

<sup>90</sup> CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. 2. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012. p. 42; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 67.

<sup>91</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015. p. 239.

<sup>92</sup> CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. 2. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012. p. 60.

<sup>93</sup> Así lo ha afirmado también el TC, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.* (2008, rol n° 976-2008) considerando 23°.

<sup>94</sup> AZÓCAR, Rodrigo. Desafíos y propuestas para contribuir al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en Chile. *Temas de la Agenda Pública*, n. 90, p. 1-15, 2016. p. 9.

<sup>95</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

<sup>96</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015. p. 306, 309. La Corte de Apelaciones de Valparaíso (Chile) ha señalado que una discriminación arbitraria supone que “carezca de justificación razonable”, esto es, que la misma no contenga un fundamen-

nacional y los ordenamientos nacionales han levantado progresivamente obstáculos a la posibilidad de establecer discriminaciones injustificadas, la discriminación por nacionalidad es todavía lícita en todos los sistemas jurídicos<sup>97</sup>. Por ello, resulta relevante observar que en el texto constitucional chileno no se ha establecido diferencia alguna en la titularidad o el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de los migrantes, sino que su legítimo ejercicio se encuentra garantizado de igual manera que respecto de los nacionales<sup>98</sup>, prohibiendo indirectamente la discriminación contra estos.

De esta forma, el principio de igualdad, en relación con el DIC, debiera entenderse en un sentido amplio, evolutivo, como el derecho humano radicado en la dignidad fundamental de toda persona a desenvolverse y desarrollar su vida conforme todos los aspectos de su identidad personal, lo que, por cierto, comprende su identidad y marco cultural, incluso en un sentido colectivo, como miembro de un grupo específico, que comparte valores culturales, espirituales, religiosos y normas sociales, entre otros. La aplicación de estos principios se traduce en el reconocimiento de otros preceptos constitucionales vinculados con la identidad cultural, tales como el artículo 19 N°3, 4 y 6 de la CPR<sup>99</sup> (relativos a la igual protección de la ley para asegurar el debido proceso; el respeto y protección a la vida privada, a la honra de la persona, de su familia y su identidad; y, la libertad de conciencia y religión).

En síntesis, la CPR reconoce a los migrantes, no solo los derechos taxativamente en ella incorporados, sino también aquellos que se desprenden de los diversos tratados internacionales suscritos por Chile. Las previsiones de estos últimos forman parte del bloque constitucional de derechos y configuran un estándar in-

ternacional cuya aplicación es vinculante en el ámbito nacional. Dentro de este catálogo de derechos se incluye el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los migrantes. A la justificación internacional indicada, se suma el principio de igualdad y no discriminación constitucional, del que son titulares los migrantes como sujetos de los derechos y garantías constitucionales porque el texto constitucional no ha establecido diferencia alguna en la titularidad o el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de los migrantes, sino que su legítimo ejercicio se encuentra garantizado de igual manera que respecto de los nacionales.

Si bien es cierto que en la CPR no se contempla literalmente el DIC, su reconocimiento se justifica en una visión amplia del principio de igualdad, no discriminación y del respeto de la dignidad humana, de los que emanan los derechos inalienables que forzosamente se les deben reconocer a los migrantes —incluyendo el DIC— dentro de las sociedades de acogida.

### 3.2 El derecho a la identidad cultural por parte de los migrantes en Chile: bajo un enfoque interpretativo estricto con base a la protección de las minorías

El asentamiento de diversos grupos de migrantes en Chile, provenientes de diferentes regiones y países, ha permitido la formación de minorías lingüísticas, religiosas y étnicas que se suman a la diversidad de grupos migratorios que a lo largo de la historia se han incorporado a la sociedad chilena. Considerando las características étnicas de quienes conforman los nuevos flujos migratorios, entre otras, se visualizan las identidades indígenas que coexisten con las identidades nacionales y desafían sus propios estereotipos. Estos sesgos, muchas veces, están enraizados en visiones eurocéntricas<sup>100</sup> que ilustraron la conformación de los Estados nación latinoamericanos y las mismas concepciones locales, como la “chilena” sobre su “identidad cultural nacional” que, a su vez, performa su cultura jurídica<sup>101</sup>.

to, explicación o antecedente en que se exprese la causa o el motivo de algo que se está resolviendo y que la misma sea incomprensible para su receptor”. Véase, CA de Valparaíso (2014, rol N° 2476-2014) considerando 2°.

<sup>97</sup> ARLETAZZ, Fernando. La exclusión del extranjero. Consideraciones de Filosofía Jurídica. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. 12, p. 7-26, 2014. p. 10.

<sup>98</sup> BASSA MERCADO, Jaime. Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n. 1, p. 17-41, 2007. p. 23; ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La titularidad de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, v. 1, n. 1, p. 187-201, 2003. p. 189.

<sup>99</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Inus et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

<sup>100</sup> CORREA, Juan José. Identidades, arraigos y soberanías. Migración peruana en Santiago de Chile. *Polis Revista Latinoamericana*, v. 14, n. 42, p. 167-189, 2015. p. 171.

<sup>101</sup> FAUNDES, Juan; LE BONIEC, Fabien. Cultura jurídica chilena, derecho a la identidad cultural y jurisprudencia, un acercamiento metodológico interdisciplinario. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 11, n. 1, p. 137-193, 2020.

La Ley N° 21.325 de 2021 (“Ley de migración”) regula el fenómeno migratorio en Chile<sup>102</sup> y debe considerar los referidos caracteres étnico-culturales de los flujos migratorios de que Chile es receptor. Se trata de una legislación reciente, promulgada con el propósito de actualizar el Decreto Ley 1.094 de 1975 (DL 1.094). Este decreto fue objeto de numerosas críticas enmarcadas en su distanciamiento respecto de las dinámicas modernas de flujos migratorios y por no ajustarse a los estándares internacionales en materia de derechos humanos<sup>103</sup>. Entre otros aspectos, no contenía alusión alguna al resguardo de la identidad cultural de los migrantes, por tratarse de una ley de extranjería que solo se limita a regular las condiciones para la entrada, permanencia y expulsión de los migrantes en el territorio de este país. Mientras, la nueva Ley de Migración eleva los estándares en relación el DL 1.094. En varias secciones alude al reconocimiento de los derechos amparados por la CPR y por los tratados internacionales vinculantes para Chile en el ámbito de los derechos humanos. En particular, busca la integración e inclusión de los migrantes, res-

petando sus expresiones culturales, al establecer que el Estado deberá propender al reconocimiento y respeto de las distintas culturas, idiomas, tradiciones, creencias y religiones de los migrantes, mediante la implementación de una política nacional migratoria.

En consecuencia, conforme con este nuevo marco normativo (internacional, constitucional y legal), interpretando las disposiciones domésticas bajo el principio *pro homine*, el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos<sup>104</sup> y la prohibición de la discriminación, se configura el deber del Estado de Chile de promover, respetar y garantizar los derechos que le asisten a los extranjeros en su territorio, en especial, su derecho humano a la identidad cultural.

Más allá de sus avances, se critican algunos aspectos de la nueva normativa porque ella misma limitaría el ejercicio a los derechos de los migrantes y con ello la posibilidad de una integración efectiva<sup>105</sup>. Críticamente, se señala que el gobierno chileno emplea *un lenguaje incluyente que oculta políticas excluyentes*<sup>106</sup>. Con todo, la plena vigencia de la norma requiere la promulgación de un reglamento que la implemente y solo después de ello podrán confirmarse o no las referidas reservas. Mientras tanto, sigue vigente el DL 1094 con todas las falencias antes observadas. Ello genera un estado de indefensión por parte de los migrantes, al no poseer un cuerpo legal que refiera a sus derechos como grupo social vulnerable específico<sup>107</sup>, ni referencias respecto del resguardo de su identidad cultural.

En el intertanto de la promulgación del reglamento de la nueva Ley de Migración, los migrantes, en lo relativo a trámites de extranjería y procedimientos de entrada o salida de Chile, siguen regulados por el referido DL 1.094. Y, para el resguardo de sus derechos fundamentales, el principio de igualdad y no discriminación, incluyendo el DIC, deben invocar jurisdiccionalmente

<sup>102</sup> Otros cuerpos legales que amparan minorías y grupos vulnerables, considerando su DIC, son: la Ley 21303, que *Modifica la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, para promover el uso de la lengua de señas reconoce la identidad cultural sorda y la Comunidad Sorda*, que reconoce y obliga al Estado a c promover, respetar y a hacer respetar, “los derechos culturales y lingüísticos de las personas sordas” (el destacado es nuestro); la Ley 19.253 que *Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas...* de 1993 que reconoce la existencia de etnias (pueblos) indígenas y reconoce el carácter pluriétnico de Chile y el pluralismo cultural, promoviendo el desarrollo indígena con identidad, promueve la protección de las culturas e idiomas indígenas, entre otros aspectos.

<sup>103</sup> TORREALBA, Nicolás. Mínimos regulatorios para una nueva y mejorada ley de extranjería. En: Centro Democracia y Comunidad (coord.). *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*. Santiago de Chile: Konrad Adenauer Stiftung, 2013. p. 9–16; LARA, Carlos; PINCHEIRA, Carlos; VERA, Francisco. La privacidad en el sistema legal chileno. *Policy Papers*, n. 8, 94 p, 2014; BASSA, Jaime; TORRES, Fernanda. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 103–124, 2015. p. 120; DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las naciones unidas. *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos*, v. 3, n. 1, p. 42–62, 2015. Se ha sostenido que el desarrollo histórico legislativo del referido decreto estuvo vinculado a su contexto político y social, enmarcado dentro de un paradigma centrado en la seguridad nacional que percibía a los migrantes como posibles enemigos, dificultando su inclusión. MÁRMORA, Lelio. *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós, 2002; DOÑA-REVECO, Cristian; Levinson, Amanda. Chile: *A Growing Destination Country in Search of a Coherent Approach to Migration*, 2012. Disponible en: <https://www.migration-policy.org/article/chile-growing-destination-country-search-coherent-approach-migration>. Acceso en: 12 jun 2020.

<sup>104</sup> Por ejemplo, véase: artículos 3 (inciso 5), 1 (numero 7), 11 al 13, 21, 22.2 de la Ley antidiscriminación.

<sup>105</sup> Se acusan algunas incompatibilidades. Véase, (DOÑA-REVECO, Cristian. La reforma de la ley migratoria de Chile ofrece más restricciones, menos bienvenida, 2021. Disponible en: <https://www.migrationportal.org/es/insight/reforma-ley-migratoria-chile-ofrece-mas-restricciones-menos-bienvenida/>. Acceso en: 20 may. 2021).

<sup>106</sup> FINN, Victoria; UMPIERREZ DE REGUERO, Sebastian. Inclusive language for exclusive policies: Restrictive migration governance in Chile, 2018. *Latin American Policy*, v. 11, n. 1, p. 42–61, 2020.

<sup>107</sup> DIAZ, Regina Ingrid. Una nueva institucionalidad para la protección de los derechos de las personas migrantes en Chile. *Revista Justicia y Derecho*, v. 3, año 1, p. 20, 2020.



una interpretación hermenéutica, *pro persona*, de la CPR y los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para Chile.

#### 4 Jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de Chile en relación con el ejercicio del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes

En este capítulo revisaremos los criterios jurisprudenciales más relevantes que dan cuenta del reconocimiento del DIC en favor de los inmigrantes en Chile.

La jurisdicción chilena, en su base normativa argumental incorpora el DIC por medio de la de las doctrinas del Bloque de Constitucionalidad<sup>108</sup> y del Control de Convencionalidad de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos<sup>109</sup>. Luego, de igual forma que en las secciones previas, pueden revisarse los criterios jurisprudenciales siguiendo: (i) un enfoque interpretativo de amplio espectro con base al principio de igualdad y no discriminación: (ii) un enfoque estricto con base a la protección de las minorías.

Así, bajo la primera perspectiva hermenéutica, amplia, del principio de igualdad y no discriminación, las máximas Cortes chilenas han reconocido que la globalización no solo es económica sino también cultural<sup>110</sup>, en clara referencia al fenómeno migratorio y al intercambio cultural asociado a este, producto del bagaje cultural que traen consigo los migrantes cuando se desplazan entre

fronteras e ingresan al territorio chileno (idioma, costumbres, creencias) y que integran su identidad cultural. Se trata, pues, de un reconocimiento jurisprudencial de la diversidad, es decir, de esas diferencias culturales que caracterizan a los migrantes y que debiera conducir a la promoción de la inclusión de los migrantes dentro de la sociedad chilena, mediante el reconocimiento los derechos que les asisten.

En el contexto descrito las máximas cortes chilenas han reconocido a los migrantes ciertos derechos fundamentales que constituyen el fundamento para el ejercicio del DIC. En particular, el artículo 19, números 3, 4 y 6, de la CPR relativos a la igual protección de la ley para asegurar el debido proceso; el respeto y protección a la vida privada, a la honra de la persona, de su familia y su identidad en materia migratoria<sup>111</sup>.

El TC también ha interpretado la aplicación del artículo 1 de la CPR respecto de los migrantes, afirmando que “*toda persona* goza en Chile del respeto a su dignidad expresado constitucionalmente, y de los derechos fundamentales que la Carta Fundamental le garantiza, independientemente *de su nacionalidad*” (la cursiva es nuestra)<sup>112</sup>. La CPR no distingue en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales, lo que impide discriminar contra los extranjeros. Según lo han entendido tribunales superiores de justicia chilenos, el principio de igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de derechos para un extranjero, salvo expresa habilitación constitucional<sup>113</sup>. Ello permite argumentar el ejercicio del DIC en favor de los migrantes, ya que —como hemos sostenido en secciones anteriores— las bases para reconocimiento de este derecho a favor de estos grupos están asentadas bajo la aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

Asimismo, el TC ha sostenido que todos los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 19 de la CPR también son reconocidos a los migrantes, ya que,

<sup>108</sup> NOGUEIRA, Humberto. “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay*, n. 5, p. 79-142, 2010. p. 93-94. Véase: CA de Rancagua, Rol N.º 103-2011, de 14 de enero de 2013, en cumplimiento sentencia Corte IDH. CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 septiembre 2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

<sup>109</sup> Sobre control de convencionalidad, entre otros, véase: HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio. “Control de convencionalidad en Chile”. En: HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017. p. 375-402. p. 378-380. CONTRERAS, Pablo; GARCÍA, Gonzalo. *Estudios sobre control de convencionalidad*. Santiago: DER Ediciones, 2020. VARELLA, Marcelo; MONEBHUUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Río de Janeiro: Editora Processo, 2019. p. 47-209.

<sup>110</sup> TC (2013, rol 2273-12), considerando 9º.

<sup>111</sup> Por citar solo algunos casos, véanse respecto del derecho a la protección del núcleo familiar: CS (2010, rol N.º 3867-2010); CS (2013, rol N.º 2174-13); CS (2016, rol N.º 6414-2016); CS (2017, rol N.º 9317-2017); CS (2016, rol N.º 1727-2016); CS (2015, rol N.º 12356-2015); CS (2011, rol N.º 981-2011); CS (2012, rol N.º 7018-2012); CS (2013, rol N.º 66-2013); y, respecto del debido proceso: CS (2013, rol N.º 5112-2013); CS (2011, rol N.º 866-2011); CS (2012, rol N.º 4000-2012); CA de Santiago, (2011, rol N.º 131-2011).

<sup>112</sup> TC (2020, rol n.º 9930-20) considerando 6º.

<sup>113</sup> TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, parr. VI; TC (2013, rol 2273-12), considerandos 29º y 30º.

cuando la referida disposición emplea la palabra *personas*, “no realiza distinciones entre chilenos y extranjeros, asegurándoles a ambos el catálogo de derechos, existiendo, por ende, una titularidad genérica, en contraste con otros sistemas constitucionales en que hacen una diferenciación”<sup>114</sup>. Este tribunal ha reiterado que la CPR no solo *no discrimina* contra los extranjeros, sino que *les reconoce tal título de derechos plenamente*<sup>115</sup>. En interpretación de la disposición contenida en el artículo 19.2 de la CPR, el TC ha sostenido que la prohibición de discriminación arbitraria es aquella que carece de razonabilidad en términos de introducir una diferencia de trato entre quienes se encuentren en la misma situación, sin que ello obedezca a parámetros objetivos y ajustados a la razón. Esa razonabilidad es el “cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o desigualdad”<sup>116</sup>. En consecuencia, al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar estos derechos humanos, garantizando su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa<sup>117</sup>.

Adicionalmente, el TC ha interpretado las disposiciones de la ley 20.609 (Ley Antidiscriminación) concatenadas con las normas constitucionales, asegurando que el legislador ha contemplado expresamente como categoría sospechosa el hecho de realizar distinciones basadas en raza y nacionalidad. Según lo entiende este tribunal, la ley califica de discriminación arbitraria las distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable. Dice el TC que son “distinciones odiosas o sospechosas de ser vulneradoras de derechos fundamentales” aquellas justificaciones que se fundan en tres categorías que usualmente se presentan en la persona del extranjero: “raza, nacionalidad e idioma”<sup>118</sup>. Este tribunal también ha seguido los criterios jurisprudenciales aplicados por la Corte IDH, relativos al *test* de igualdad en materia migratoria. La ha entendido como una metodología idónea para determinar la objetividad y razonabilidad de una distinción, cuya aplicación implica que esta se deba a una finalidad legítima y que exista una razonable relación de proporcionalidad entre la me-

da diferenciadora y el fin perseguido<sup>119</sup>. Este reconocimiento pleno de derechos nos permite inferir la aplicación vinculante del bloque constitucional de derechos, incluyendo el DIC respecto de los migrantes.

El fundamento del principio de no discriminación —según sostiene el TC— descansa en el reconocimiento de la dignidad inherente que asiste a los migrantes como seres humanos. Según estos planteamientos, “el principio de solidaridad da fundamento a la dignidad en derechos que asiste a los migrantes y permite exigir a los Estados el establecimiento de políticas solidarias que versen sobre la igualdad, la tolerancia y el respeto que fundamentan el derecho a la solidaridad”<sup>120</sup>. La implementación de estas políticas solidarias —junto a los anteriores planteamientos jurisprudenciales— configura un marco de protección positivo respecto de los derechos que asisten a los migrantes, incluyendo el DIC.

Bajo el segundo enfoque hermenéutico, estricto, de protección de las minorías, en el ámbito doméstico chileno, ha sido la jurisprudencia de sus tribunales la que —invocando el Convenio 169— ha expresado en diversas sentencias consideraciones que refieren al derecho a la identidad cultural o, más bien, a “derechos culturales” o al “derecho a la cultura” de los pueblos indígenas. Solo a modo ejemplar, ha dicho la Corte Suprema que:

[...] en el sector materia de autos, existen comunidades indígenas y lugares de significación cultural, susceptibles de ser afectados [y] en dicho entendido, y considerando que la servidumbre solicitada es susceptible de afectar pueblos y personas indígenas... debió tramitarse... la consulta indígena previa [...]<sup>121</sup>.

La Corte de Apelaciones de Temuco (fallo confirmado por la Corte Suprema) señaló que:

[...] especial atención deben tener los Estados en la protección y preservación de las tierras y culturas indígenas en todas sus manifestaciones... se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko [manantial] es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido<sup>122</sup>.

Asimismo, un reconocimiento indirecto del DIC a favor de migrantes pertenecientes a minorías étnicas, lo

<sup>114</sup> TC (2020, rol n° 9930-20) considerando 10°.

<sup>115</sup> TC (2013, rol 2273-12), considerando 29°.

<sup>116</sup> TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S.

<sup>117</sup> TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, parr. V. 6

<sup>118</sup> TC (2013, rol 2273-12), considerando 33°.

<sup>119</sup> TC (2020, rol n° 6307-19), voto disidente de Ministros señores I.A.M., J.J.R.G. y J.I.V.M. considerando 23°.

<sup>120</sup> TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, parr. V. 2.

<sup>121</sup> CS (2016, rol 6.628-2015), considerando 6°.

<sup>122</sup> CA de Temuco (2009, rol n°1773-2008), considerando 14°.

encontramos en la sentencia de la CA de Punta Arenas, en la que sostuvo que los tribunales deben tomar en cuenta las previsiones contenidas en el Convenio 169 de la OIT, a fin de verificar que las actividades desplegadas por estos migrantes se encuentren enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de su cultura<sup>123</sup>.

Con todo, respecto de estos criterios jurisprudenciales aún se denota ausencia de un estándar sistemático y cierto grado de indeterminación del contenido de este derecho<sup>124</sup>.

En otro fallo, el TC también se ha referido a la vulnerabilidad observable en los migrantes, debido a múltiples razones:

El extranjero puede ser discriminado por su condición de tal... puede ser discriminado por su idioma, su sexo o raza. Pero, adicionalmente, la sociedad puede discriminarlo completamente por todas las categorías enunciadas, ya que su situación jurídica es vulnerable<sup>125</sup>.

Este tribunal entiende que la vulnerabilidad que caracteriza a los migrantes viene dada por las difíciles circunstancias que enfrenan al momento de emigrar y durante el proceso migratorio, más allá de las posiciones de desventaja en la que estos se encuentran dentro de las sociedades de acogida. Según su criterio, la vulnerabilidad es común a todo migrante, incluso peor en quienes poseen alguna otra situación vulnerable en particular, por ejemplo: “sortear una frontera, enfrentar a una policía en otro idioma, solicitar apoyo en redes que se estiman confiables y pueden ser delictivas, certificar las ofertas laborales, los estudios y determinar el momento en que la familia lo acompañe”<sup>126</sup>. Este criterio suma a situación de vulnerabilidad que enfrentan los migrantes por participar de formas de vida usualmente diversas al patrón social y/o cultural dominante, que los estigmatiza socialmente. Todo lo cual, e traduce en un *status* en desventaja para el ejercicio de sus derechos. En este sentido, para el TC, la vulnerabilidad se observa como

un elemento que les caracteriza y expone a discriminación, lo que justifica una mayor protección<sup>127</sup>. Luego, por ejemplo, en relación con las minorías haitianas presentes en territorio chileno, el TC ha señalado que esta condición viene dada por un conjunto amplio de razones copulativas:

[...] provienen del país más pobre de América, son mayoritariamente afrodescendientes y por regla general no hablan ni entienden español. Por el factor de la pobreza. Por razones de lengua, se trata de una población cuyo idioma original es una variante étnica del francés: el *creolé* que solo ellos hablan. Por raza. Es una comunidad afroamericana de origen esclavista y con un predominio abrumador de negros y mulatos en la configuración étnica de su población, alcanzando el 95%.<sup>23</sup> Por condiciones de habitabilidad. Después del terremoto del año 2010 P.P. y otros poblados haitianos fueron arrasados quedando un volumen indeterminado de viviendas en el suelo. Por su aislamiento. Es parte de la histórica isla de La Española que comparte con República Dominicana, lo que reduce el volumen de intercambios y migración a una dependencia aérea y naviera que les incrementa su sujeción con quienes pueden movilizar dichos medios de transporte... Durante buena parte del siglo XX y el actual han acentuado su ingobernabilidad y no han logrado consolidar un desarrollo democrático aún incipiente siendo considerado con impropiedad un “Estado fallido”<sup>128</sup>.

Este tribunal acusa la pobreza, idioma, raza, aislamiento y gobernabilidad como factores que inciden en la vulnerabilidad de estas *minorías* haitianas. Y, no obstante, ha sostenido que las diferencias culturales de estas minorías no constituyen elementos que permitan ubicarles en un puesto de inferioridad respecto del *test* de igualdad. Para explicar ello, ha esgrimido ciertas aclaratorias semánticas:

Si la cuestión puesta en juego es el tratamiento discriminatorio de una minoría haitiana, parece evidente que hay que hacerse cargo de algunas cuestiones semánticas desde el inicio. Esta minoría se vincula a un estándar exigente de trato digno que merecen las personas y que no toma las diferencias culturales de las mismas para situarlas en un punto de partida inferior en el test de igualdad. Por lo mismo, hay que recordar que la Constitución no utiliza jamás la categoría de ‘migrante’. la categoría cultural de ‘migrante’ es una especificación no jurídica de la categoría de extranjero o no nacional. Con ello, se apela a una dimensión cultural del concepto que hace distinciones no normativas entre extranjeros. No hablamos de migrantes para identificar a un

<sup>123</sup> CA de Punta Arenas (2016, rol n° 69-2016), considerando 9°. Este criterio fue empleado para dejar sin efecto la sentencia emitida por el Tribunal Oral den lo penal de Punta Arenas bajo el rol n° 113-2015 -entre otros aspectos- por no cumplir con tales parámetros, acordando la realización de un nuevo juicio.

<sup>124</sup> CARMONA CALDERA, Cristóbal. Hacia una comprensión ‘trágica’ de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, VIF y derecho propio indígena. *Revista Chilena de Derecho*, v. 42, n. 3, p. 975-1001, 2015. p. 984.

<sup>125</sup> TC (2013, rol n° 2257-2013), consideraciones de los Ministros señores H.V.S., F.F.F., C.C.S. y G.G.P. considerando 40°.

<sup>126</sup> TC (2013, rol 2273-12), considerando 9°.

<sup>127</sup> TC (2018, rol 4757-18), considerando decimonoveno.

<sup>128</sup> TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, IX, parrr. 1.3.



conjunto de profesionales europeos ni estadounidenses. Ellos no migran. Ellos son extranjeros no importando el estatus jurídico de su presencia en Chile. Por el contrario, en el habla común, la expresión migrante denomina a aquellos que ‘huyen de condiciones de vida denigrantes [...] Son los no cualificados. [...] Los desplazados por conflictos o disturbios graves de carácter político o religioso [...] aquellos que consideramos se encuentran en una situación irregular’. A veces, se adjetiva la condición de migrante con la expresión ‘ilegales’ o ‘irregulares’. Al punto que el adjetivo totaliza toda la categoría para resumir en la expresión ‘ilegales’ o ‘irregulares’<sup>129</sup>.

Por otra parte, en base a la vulnerabilidad y no la cuantía demográfica, sostiene el TC que la noción de minoría no se ve afectada por el incremento numérico de sus miembros o la cuantía de estos grupos dentro del territorio chileno. De hecho, este tribunal se ha referido a los grupos haitianos como *minorías crecientes* dentro del territorio chileno<sup>130</sup>.

En particular, el TC se ha pronunciado respecto de los derechos que asisten a los migrantes en Chile citando textualmente la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, afirmando el derecho que tienen los migrantes que constituyan minorías de disfrutar de su propia cultura, practicar y profesar su propia religión y su propio idioma<sup>131</sup>. A todas luces, ello constituye un reconocimiento del DIC de los migrantes en el ámbito doméstico chileno, bajo los parámetros contenidos en el artículo 27 del PIDCP y las demás normas internacionales que le regulan, cuyo contenido fue revisado en la primera sección de este artículo.

Por su parte, la Corte de Apelaciones (CA) de Punta Arenas ha recurrido a la aplicación de parámetros internacionales en relación con la evaluación de las actividades desempeñadas por migrantes étnicos y su catalogación como prácticas culturales. En relación con integrantes del Pueblo Indígena de *Otavallo* (originario de Ecuador, residentes en Punta Arenas, zona austral de Chile), la CA de Punta Arenas ha sostenido que los tribunales deben tomar en cuenta las provisiones contenidas en los artículos 2 letra b), 3 N° 1, 8 N° 1 y 9 N° 2 del Convenio 169 de la OIT, a fin de verificar que estas actividades se encuentren enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de la cultura y por tanto

socialmente adecuada a esta<sup>132</sup>. En este caso, el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas previamente había determinado que:

[...] la situación de las menores J.N.A.M y N.M.A.M., las que pertenecen a una familia de escasos recursos, se enmarca dentro de la actividad formativa tendiente a alcanzar el ideal “Mindalae”, a través del único medio de que disponen las jóvenes para lograr su formación como comerciante...<sup>133</sup>.

En sus argumentos, esta Corte reconoce las prácticas culturales que son propias de estos migrantes ecuatorianos de la ciudad de Otavallo, sosteniendo que:

Bajo tal realidad se instala en la cultura quichua otavaleña un ideal compartido por todas las clases sociales denominado ‘mindalae’, que no es otra cosa que el convertirse en comerciante a fin de participar en el comercio que sustenta la elite<sup>134</sup>.

Así, el referido tribunal concluyó que ciertas actividades aparentemente comerciales pueden ser enmarcadas dentro de los procesos formativos que integran la identidad cultural de estos migrantes étnicos *otavaleños*, para lo cual sostuvo que –en el caso planteado– no se configuraba el delito incoado, sino que simplemente eran “actividades enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de la cultura quichua otavaleña, por tanto, socialmente adecuada para la referida cultura...”<sup>135</sup>. De estos pronunciamientos se infiere el reconocimiento jurisprudencial de estas prácticas culturales, lo que implica el reconocimiento respecto de la identidad cultural de estos migrantes étnicos.

Las máximas cortes chilenas también se han pronunciado respecto del empleo de la propia lengua por parte de los migrantes en los procesos judiciales en los que estos últimos han estado involucrados. El empleo del idioma propio –visto como un elemento integrante del derecho a la identidad cultural del inmigrante– ha sido observado como una garantía del debido proceso. En este contexto, la CS ha sostenido que la dificultad del inmigrante para expresarse en lengua castellana (el caso en cuestión hace referencia a una migrante de origen o ascendencia *quechua*), así como la ausencia de un intérprete ni abogado, le restan transparencia al proceso

<sup>129</sup> TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, parr. IX, parr. 1.1.

<sup>130</sup> TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, IX, parr. 1.1.

<sup>131</sup> TC (2020, rol n° 9930-20) considerando 9°.

<sup>132</sup> Ello se desprende por argumento en contrario, según lo señalado por la CA de Punta Arenas (2016, rol n° 69-2016), considerando 9°.

<sup>133</sup> Tribunal oral en lo Penal de Punta arenas (2015, rol n° 113-2015), considerando 15°.

<sup>134</sup> Tribunal oral en lo Penal de Punta arenas (2015, rol n° 113-2015), considerando 16°.

<sup>135</sup> Tribunal oral en lo Penal de Punta arenas (2015, rol n° 113-2015), considerando 20°.

lo que hace necesario asegurarle la asistencia de un intérprete<sup>136</sup>.

Entonces, sintetizando esta tercera parte, es posible afirmar que la jurisprudencia de los tribunales superiores de Chile incorpora en sus fundamentaciones normativas el Derecho Internacional de los derechos humanos que asegura el DIC. Estas máximas Cortes han entendido que la CPR no distingue en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales, por lo que los migrantes son titulares del DIC. En particular, la jurisprudencia chilena reconoce los derechos de los migrantes pertenecientes a minorías étnicas y o pueblos indígenas de conformidad al Convenio 169 de la OIT, valorando sus culturas y formas de vida. En este sentido, las sentencias revisadas reconocen el listado de derechos que asisten a los migrantes según las observaciones pronunciadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, reiterando el derecho de estos a disfrutar de su propia cultura, practicar y profesar su propia religión y su propio idioma.

## 5 Conclusiones

El derecho humano a la identidad cultural esta imbricado en las libertades inherentes a la dignidad de la persona. Se caracteriza por una reinterpretación constante y se despliega dependiendo de las necesidades particulares de cada grupo. En el caso de los migrantes, el ejercicio del este derecho estará vinculado a sus sistemas de valores, sus creencias, tradiciones y empleo de su idioma.

En primer lugar, la protección internacional del DIC se configura, por una parte, a partir del desarrollo progresivo e interpretación de distintos tratados, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter universal y regional. En el ámbito universal observamos la reiterada presencia de prohibiciones de discriminación aplicables al trato que se brinda a los migrantes en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. Ello se traduce en el deber general de reconocimiento por parte de los Estados de las diferencias y particularidades de los migrantes como un elemento de su dignidad personal y de asegurar el ejercicio del DIC a los migrantes. Por otra parte, el reco-

nocimiento del DIC en favor de los migrantes subyace en la base de los derechos de los integrantes a las minorías, asegurados en los instrumentos internacionales propios del sistema universal.

En el nivel de los sistemas regionales de derechos humanos, se reconoce a todas las personas el derecho a participar de la vida cultural que incluye el ejercicio del DIC, bajo parámetros que han de variar dependiendo del sistema regional de derechos humanos de que se trate. En el caso del SIDH, mediante un procedimiento de hermenéutica que ha vinculado las disposiciones de la CADH con un conjunto de otros instrumentos de diversa naturaleza, se ha ampliado la comprensión de la titularidad del DIC desde los pueblos indígenas y tribales, a otros grupos, hasta entenderse como un derecho humano de carácter general de *toda persona*, inclusivo de los migrantes, entendiendo a estos como grupos minoritarios culturales.

Mientras, en el SEDH, el DIC se observa centrado en las personas pertenecientes a minorías. En particular, para el TEDH, el origen étnico no puede ser causa de discriminación, por lo que muchas veces se deben introducir diferenciaciones, como medidas positivas, para corregir desigualdades fácticas. Así, tras asociar el derecho a la no discriminación con otros derechos, el TEDH ha reconocido a las minorías, entre otros aspectos, el derecho a: desarrollar libremente las diversas formas de vida tradicional, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado y o con otros, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos; la no discriminación en la enseñanza y a que ella se armonice con el uso de la lengua de esas minorías. Ello debiese hacerse extensible a los migrantes por su catalogación como minorías.

Tanto el TEDH, como la Corte IDH, han sostenido que el respeto de los derechos culturales constituye un valor relevante en un sistema democrático, reconociendo la importancia de la diversidad cultural y el respeto de las culturas de los diferentes grupos minoritarios vulnerables.

En segundo término, en el nivel doméstico chileno, por una parte, de conformidad al artículo 5 inciso 2° de la CPR, el reconocimiento del DIC supone un razonamiento hermenéutico constitucional que incorpora el contenido de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que contemplan los derechos

<sup>136</sup> CS, (2013, rol n° 3563-2013), considerando 4°.

aplicables a los migrantes y, por esa vía, se recepciona jurisprudencialmente el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes.

Por otra parte, aunque la CPR no contempla literalmente el DIC, su reconocimiento se justifica en una visión amplia del principio constitucional de igualdad y del respeto de la dignidad humana, en relación con los derechos fundamentales asegurados en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Dado que todos los derechos de la persona están cautelados por el texto de la CPR, de su texto surgen derechos inalienables que forzosamente se les deben reconocer a los migrantes, como el DIC dentro de las sociedades de acogida.

La legislación migratoria en Chile es de data reciente (2021) y su vigencia está sujeta a un proceso de implementación reglamentaria aún pendiente. En varias de sus disposiciones se alude al reconocimiento de los derechos amparados por la CPR y por los tratados internacionales debidamente suscritos por el estado chileno en el ámbito de los derechos humanos. Asimismo, contiene referencias indirectas respecto de la identidad cultural de los migrantes. En especial, dispone que el Estado deberá propender al reconocimiento y respeto de las distintas culturas, idiomas, tradiciones, creencias y religiones de los migrantes, mediante la implementación de su política nacional migratoria. Con todo, el resguardo efectivo de los derechos fundamentales de los migrantes, incluyendo el DIC, por ahora, solo puede exigirse mediante la interpretación hermenéutica de las previsiones contenidas en la CPR en relación con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En tercer lugar, las Cortes chilenas han entendido que la CPR no distingue en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales, lo que permite fundamentar el ejercicio del DIC en favor de los migrantes. Asimismo, según se desprende de su jurisprudencia, la CPR reconoce a los migrantes la titularidad de derechos plenamente y que el hecho de realizar distinciones basadas en raza y nacionalidad configura una categoría sospechosa.

En cuanto al objeto específico de estudio, identificamos diversas sentencias que refieren al derecho a la identidad cultural de migrantes pertenecientes a minorías étnicas. Los criterios jurisprudenciales apuntan al deber de tomar en cuenta las previsiones contenidas en

el Convenio 169 de la OIT a fin de verificar que sus actividades se encuentren enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de su cultura. Estos tribunales han reconocido las prácticas culturales que son propias de estos migrantes (revisando el caso de migrantes indígenas ecuatorianos de la ciudad de *Otaivaló*), sosteniendo que ciertas actividades pueden ser enmarcadas dentro de los procesos formativos que integran su cultura. Otros pronunciamientos se leen respecto del empleo de la propia lengua por parte de los migrantes *quichuas* en los procesos judiciales en los que estos últimos han estado involucrados, como una garantía del debido proceso.

Por su parte, el TC entiende que la vulnerabilidad de los migrantes (en relación a migrantes haitianos) viene dada por las difíciles circunstancias que enfrenan los migrantes al momento de emigrar y durante el proceso migratorio, más allá de las posiciones de desventaja en la que estos se encuentran dentro de las sociedades de acogida. Al mismo tiempo, las sentencias estudiadas reconocen el listado de derechos que asisten a los migrantes, según las observaciones pronunciadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, reiterando el derecho de estos a disfrutar de su propia cultura, practicar y profesar su propia religión y su propio idioma.

Entonces, a la luz de sus fuentes de Derecho Internacional y su recepción constitucional, es posible afirmar que la jurisprudencia chilena ha reconocido y dotado de contenido al derecho humano a la identidad de los migrantes, en relación con el respeto y protección sus lenguas, prácticas culturales y creencias religiosas, todo lo cual configura sus formas de vida que, en su conjunto, constituyen un valor de la sociedad democrática.

## Referencias

- AGUILAR, Gonzalo. *La dinámica internacional de la cuestión indígena*. Santiago: Librotecnia. 2007.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Ius et Praxis*, v. 16, n. 2, p. 185 – 210, 2010.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La titularidad de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, v. 1, n. 1, p. 187-201, 2003.



- ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004.
- ANDRADE, María José. Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos. *Revista Campos en Ciencias Sociales*, v. 2, n. 6, p. 13-48.
- ARLETAZZ, Fernando. La exclusión del extranjero. Consideraciones de Filosofía Jurídica. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. 12, p. 7-26, 2014.
- ARP, Jörn. *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- AYLWIN, José. Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena. En: STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego (comp.). *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano, 1990.
- AZÓCAR, Rodrigo. Desafíos y propuestas para contribuir al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en Chile. *Temas de la Agenda Pública*, n. 90, p. 1-15, 2016.
- BALBONTIN-GALLO, Cristóbal. El conflicto mapuche como lucha por el reconocimiento: La necesidad de una nueva clave de lectura. *Izquierdas*, Santiago, v. 49, abr. 2020.
- BASCH, Nina; GLICK SCHILLER, Linda; SZANTON BLANC, Cristina. *Nations Unbound: Transnational Project, Postcolonial Predicaments, and De-territorialized Nation States*. New York: Routledge, 1993.
- BASSA, Jaime. Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n. 1, p. 17-41, 2007.
- BASSA, Jaime; TORRES, Fernanda. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 103-124, 2015.
- BECA, Juan Pablo. De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 5, n. 3, p. 23-38, 2014.
- BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. New Jersey: Princeton university press, 2002.
- BENNOUNE, Karima. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/HRC/31/59, 2016*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/59>. Acceso: 10 dic. 2020.
- BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Ius constitucionale commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014.
- BUSTAMANTE, Jorge. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/30, 2010. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/14/30>. Acceso: 4 oct. 2020.
- BUSTAMANTE, Jorge. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante A/HRC/7/12, 2008*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/7/12>. Acceso en: 13 dic. 2021.
- BUSTAMANTE, Jorge. *Un marco de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos*. Taller sobre mejores prácticas en materia de migración. CEPAL, 2000.
- CA de Punta Arenas (2016, rol n. 69-2016).
- CA de Rancagua, (2013, rol n° 103-2011).
- CA de Santiago, (2011, rol N. 131-2011).
- CA de Temuco (2009, rol n°1773-2008).
- CA de Valparaíso (2014, rol N ° 2476-2014).
- CAPOTORI, Francesco. *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021.
- CARMONA CALDERA, Cristóbal. Hacia una comprensión 'trágica' de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, VIF y derecho propio indígena. *Revista Chilena de Derecho*, v. 42, n. 3, p. 975-1001, 2015.
- CASTILLO, Luis. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 10, n. 2, p. 231-280, 2012.

- CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. 2. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes E/CN.4/1999/80, 1999*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1493723?ln=es#record-files-collapse-header>. Acceso en: 13 oct. 2021.
- COMISIÓN EDH, G. and E. v. Norway (“Hhe Alta Case”), N. 9278/81 y 9415/81, admisibilidad, decisión 3 oct. 1983.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, 2002*. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1975>. Acceso: 10 mar. 2021.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009*. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N. 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7, 1986*. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom15.html>. Acceso: 3 nov. 2020.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N. 21: Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9, 1992*. Disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN21](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN21). Acceso: 2 ene. 2021.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, documento de las NACIONES UNIDAS. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004*. Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=478b26ea2>. Acceso: 8 sep. 2021.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27), documento de las naciones unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (V. I), 1994*. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)). Acceso: 30 jul. 2021.
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. *Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, documento de las Naciones Unidas CMW/C/GC/2, 2013*. Disponible en: <https://undocs.org/es/CMW/C/GC/2>. Acceso: 4 oct. 2020.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Recomendación General N° 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos, 2004*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc37ca.html>. Acceso: 30 may. 2021.
- CONTRERAS, Pablo; GARCÍA, Gonzalo. *Estudios sobre control de convencionalidad*. Santiago: DER Ediciones, 2020.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Ataque a joven homosexual: ¿es necesaria la ley antidiscriminación, 2012*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/ataque-a-joven-homosexual-es-necesaria-la-ley-antidiscriminacion/>. Acceso en: 29 jul. 2012.
- CORREA, Juan José. *Identidades, arraigos y soberanías. Migración peruana en Santiago de Chile. Polis Revista Latinoamericana*, v. 14, n. 42, p. 167-189, 2015.
- CORTE IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, 10 septiembre de 1993. Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 octubre de 2015*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Samboyamaxa Vs. Paraguay, sentencia 29 marzo 2006*. Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005*. Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) Vs. Argentina, sen-*

- tencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, reparaciones y costas.
- CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Moimana Vs. Suriname, 15 junio de 2005*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 28 noviembre de 2007*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 12 junio 2012*. Fondo, reparaciones y costas.
- CORTE IDH. *Caso Pueblo Xucuro Vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)*, 17 septiembre 2003, Serie A N° 18.
- CORTE IDH. *Resolución 2/11 sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos, Medidas Cautelares 259-02, 2002*. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acceso: 5 abr. 2021.
- CRÉPEAU, François. *Derechos humanos de los migrantes*: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/69/302, 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>. Acceso: 13 mar. 2020.
- CS (2010, rol N° 3867-2010).
- CS (2011, rol N° 866-2011).
- CS (2011, rol N° 981-2011).
- CS (2012, rol N° 4000-2012)
- CS (2012, rol N° 7018-2012).
- CS (2013, rol N° 2174-13).
- CS (2013, rol N° 5112-2013).
- CS (2013, rol N° 66-2013).
- CS (2015, rol N° 12356- 2015).
- CS (2016, rol N° 1727-2016).
- CS (2016, rol N° 6414-2016).
- CS (2017, rol N° 9317-2017).
- CS, (1998, rol n° 469-98).
- CS, (2006, rol n. 559-04).
- CS, (2013, rol n. 3563-2013).
- CS, (2016, rol 6.628-2015).
- DE LUCAS, Javier. *Europa. Derechos, Culturas*. Valencia: PUV, Tirant lo Blanch, 2006.
- DEL REAL, Alberto. *El DIC: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos?* Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.
- DESCHENES, Jules. *Proposal concerning a definition of the term "minority", documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/31, 1985*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/88267?ln=en>. Acceso: 7 ago. 2021.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. ¿Es la ley Zamudio verdaderamente una Ley general antidiscriminación? *Revista Actualidad Jurídica*, n. 28, p. 279-297, jul. 2013.
- DIAZ GARCÍA, Iván. Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos Internacional y Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, v. 40, n. 2, p. 635 – 668, 2013
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las naciones unidas. *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos*, v. 3, n. 1, p. 42–62, 2015.
- DIAZ, Regina Ingrid. Una nueva institucionalidad para la protección de los derechos de las personas migrantes en Chile. *Revista Justicia y Derecho*, v. 3, año 1, p. 20, 2020.
- DIÈNE, Doudou; MCDUGALL, Gay. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo/racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia: seguimiento y aplicación de la declaración y programa de acción de Durban, documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/19/Add.5 y A/HRC/7/23/Add.3 (Informe conjunto), 2008. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/HRC/7/19/Add.5>. Acceso: 12 abr. 2021.
- DOÑA-REVECO, Cristian. *La reforma de la ley migratoria de Chile ofrece más restricciones, menos bienvenida, 2021*. Disponible en: <https://www.migrationportal.org/es/insight/reforma-ley-migratoria-chile-ofrece-mas-restricciones-menos-bienvenida/>. Acceso: 20 may. 2021



- DONDERS, Yvonne. Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed! *Diritti umani y diritto internazionale*, v. 12, n. 5, p. 525-548, 2018.
- ELOSEGUI ITXACO, María. *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Editorial Aranzandi, 2013.
- FAUNDES, Juan Jorge; BUENDÍA, Paloma. Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, 2021.
- FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, 2020.
- FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural. *Brazilian Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 222-255, 2020.
- FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019.
- FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.
- FAUNDES, Juan Jorge. *Horizontes Constituyentes*. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia. Curitiba: Editora Appris, 2020.
- FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. “Grupos vulnerables”. Em: Jovino Pizzi; Maximiliano Censi (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologias Sociais, Universidad Federal de Pelotas (UFPel) – Brasil. 2021. p. 104-1015.
- FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia. Grupos vulnerables. En: PIZZI, Jovino; CENSI, Maximiliano (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Ufpel, 2021. p. 104-115.
- FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020.
- FAUNDES, Juan; LE BONIEC, Fabien. Cultura jurídica chilena, derecho a la identidad cultural y jurisprudencia, un acercamiento metodológico interdisciplinario. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 11, n. 1, p. 137-193, 2020.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. El concepto de dignidad humana ante la jurisprudencia de la Corte suprema. En: FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo (ed.). *Principios, valores e instituciones: El Departamento de Derecho Público UC ante el cambio constitucional, reflexiones y propuestas*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016. p. 25-38.
- FINN, Victoria; UMPIERREZ DE REGUERO, Sebastian. Inclusive language for exclusive policies: Restrictive migration governance in Chile, 2018. *Latin American Policy*, v. 11, n. 1, p. 42-61, 2020.
- GRIGORY IVANOVITCH, Tunkin. *Droit international public: problèmes théoriques*. Paris: Editions A. Pedone, 1965.
- GROENENDIJK, Kees. The legal integration of potential citizens: denizens in the EU in the final years before the implementation of the 2003 directive on long term resident third country nationals. En: AA.VV. (ed.). *Acquisition and Law of Nationality*. Comparative Analyses: Policies and Trends in 15 European Countries. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006. v. 1. p. 385-410.
- GROS ESPIELL, Héctor. *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*. México: UNAM, 1978.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. *Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 2005*. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E\_CN.4\_Sub.2\_AC.5\_2005\_2-ES.pdf. Acceso: 11 jul. 2021.

- HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. LV, p. 3-25. 2010.
- HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017.
- HERNÁNDEZ, Rosalva; HERRERA, Juan; MACLEOD, Morna; RAMÍREZ, Renya; SIEDER, Rachel; SIERRA, María; SPEED, Shannon. Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas. *Desacatos*, n. 31, p. 13-34, sept./dic. 2009.
- HÜBNER, Jorge. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Andrés Bello. 1973.
- KAZTMAN, Rubén. Notas sobre la medición de la vulnerabilidad social. En: BID-Banco Mundial-CEPAL-DEC. 5° Taller Regional. *La medición de la pobreza: métodos y aplicaciones (continuación)*. Santiago de Chile: CEPAL, 2000. p. 275-301.
- KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, oct. 2007.
- LARA, Carlos; PINCHEIRA, Carlos; VERA, Francisco. La privacidad en el sistema legal chileno. *Policy Papers*, n. 8, p. 94, 2014.
- MARÍN, M<sup>a</sup> Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 9, p. 1-8, 2007.
- MARIÑO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En: FERNÁNDEZ, Liesa; MARIÑO, Fernando (coord.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001.
- MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3*. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020.
- MEDDA-WINDISCHER, Roberta. Fundamentos para la protección de las antiguas y nuevas minorías. En: RUIZ, Eduardo; URRUTIA, Gorka (ed.). *Gestión de la diversidad en sociedades tradicionalmente divididas: Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?* Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, 2010. p. 67-98.
- MELLO Patricia; LACERDA Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvinba (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020.
- MELLO, Patricia. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitucionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 254-286, 2019.
- MURPHY, Sean. *Principles of International Law*. Washington: Thomson West, 2006.
- NASH ROJAS, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012.
- NASH ROJAS, Claudio. *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica*. Tendencias jurisprudenciales. 2008. Tesis (doctorado). Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- NASH ROJAS, Claudio. *La incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena, ponencia presentada en el curso regional para jueces, fiscales y abogados de Argentina, Chile y Uruguay organizado por UNICEF, en Montevideo, 2003*. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142607/LaIncorporacion-de-los-Instrumentos-Internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso: 19 dic. 2017.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus Editorial, 2014.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 301-350, 2015.

- OIM. *Glosario sobre migración*, 2006. Disponible en: [http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf). Acceso: 3 mar. 2017.
- OIM. *respuestas presentadas por la Organización Internacional para la Migraciones (OIM) a algunas de las preguntas realizadas por la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia realizada en el marco de la solicitud de opinión Consultiva sobre niñez migrante los días 9 y 10 de octubre de 2013, documento de la OIM DR/CDH/091, 2013*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/complementarias/escrito-OIM-14-11-2013.pdf>. Acceso: 4 sep. 2021.
- OLIVARES, Alberto. El Derecho a la identidad cultural. En: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2019.
- ONU. *Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de Intolerancia, documento de la Organización de Naciones Unidas A/CONF.189/PC.2/7, 2001*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.189/PC.2/7>. Acceso: 10 dic. 2020.
- PALACIOS TREVIÑO, Jorge. Los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. En: OEA (ed.). *Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI*. Río de Janeiro: OEA, 2010.
- PEÑA Y LILLO, Gaspar Jenkins. La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva. *Estudios Constitucionales*, v. 18, n. 1, p. 211-258, 2020.
- RAMÍREZ, Silvina. Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas. En: MARCELO ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord.). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.
- REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público: Principios fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1987. Tomo I.
- RÍOS, Lautaro. Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos. *Ius et Praxis*, v. 2, n. 2, p. 101-112, 1997.
- RODRÍGUEZ VIGNOLI, Jorge. *Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes*, 2001. Disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/7150/S018659\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/7150/S018659_es.pdf). Acceso: 18 sep. 2021.
- RODRÍGUEZ, Gabriela. *Tercer informe de 15 de febrero de 2002, Comisión de Derechos Humanos – Naciones Unidas, documento, E/CN.4/2002/94, 2002*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/462884?ln=es>. Acceso: 23 dic. 2021.
- RODRÍGUEZ, Pablo. Sobre discriminación arbitraria. *Actualidad jurídica*, n. 28, p. 187-205, 2013.
- ROSALES, Cecilia. Acción de no discriminación arbitraria. En: AA.VV. (ed.). *Acciones protectoras de derechos fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El DIC de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, p. 43-69, 2006.
- RUIZ, Eduardo. Minorías Europeas y Estado de Derecho. En: GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel (ed.). *Las Minorías en una Sociedad Democrática y Pluricultural*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana con-teúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SHAHEED, Farida. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/67/287, 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso: 3 oct. 2021.
- SHAHEED, Farida. *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shabheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/36*. 2010. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/14/36>. Acceso: 10 dic. 2020.
- SHAW, Malcolm. *International Law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional: principios, fuerzas y regímenes políticos*. 2. ed. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1997.
- SOLÉ, Carlota; PARELLA, Sònia; ALARCÓN, Amado; BERGALLI, Valeria; GIBERT, Francesc. El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, España, 90, p. 31-157, 2000.
- SORIANO DÍAZ, Ramón Luis. *Los Derechos de las Minorías*. Madrid: Editorial Mad, 1999.



- SUBIRATS, Joan. *Pobreza y Exclusión Social: Un análisis de la realidad española y europea: Colección Estudios Sociales*. Barcelona: Fundación La Caixa, 2004.
- TAPIA VALDÉS, Jorge. Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias: alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la CPR de 1980. *Ius et Praxis*, v. 9, n. 1, p. 351-364, 2003.
- TC (2003, rol n° 389-2003).
- TC (2008, rol n° 976-2008).
- TC (2009, rol n° 1218-08).
- TC (2013, rol 2273-12).
- TC (2013, rol n° 2257-2013).
- TC (2018, rol 4757-18).
- TC (2020, rol n° 9930-20).
- TC (2020, rol n° 6307-19).
- TEDH. Caso Asunto Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina, N°27996/06 y 34836/06, (GS) sentencia 22 de diciembre 2009.
- TEDH. Caso Buckley c. United Kindom, N°20348/92, 29 septiembre de 1996.
- TEDH. Caso Chapman c. Reino Unido, N°27238/95, (GS) 18 de enero de 2001.
- TEDH. Caso Connors c. Reino Unido, núm. 66746/01, 27 de mayo de 2004.
- TEDH. Caso D.H. c. República Checa, [GC], N°57325/00, 7 de febrero de 2006.
- TEDH. Caso Laustsi y otros c. Italia, N°30814/06, 3 de noviembre de 2009.
- TEDH. Caso Leyla Sahín c. Turquía, N°44774/1998, 29 de junio de 2004.
- TEDH. Caso Muñoz Díaz c. España, N°49151/07, 8 de diciembre de 2009.
- TEDH. Caso Oršuš y otros c. Croacia, N°15766/03, sentencia 16 de marzo de 2010.
- TEDH. Caso S.A.S. c. Francia, N°43835/2011, (G.S.) sentencia 1 de julio de 2014.
- TEDH. Caso Sampanis y otros c. Grecia, No 32526/05, 5 de junio de 2008.
- TEDH. Caso Sidiropoulos y otros c. Grecia, N° 26695/95, 10 de julio 1998.
- TEDH. Caso Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria, N° 29221/95 y N° 29225/95, 2 de octubre de 2001.
- TONIATTI, Roberto. *El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación Entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latino América*. 2015 Disponible en: [http://www.jupl.eu/images/JPs\\_WP\\_RT\\_Ponencia\\_2015.pdf](http://www.jupl.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf). Acceso: 3 oct. 2021.
- TONIATTI, Roberto. Los derechos del pluralismo cultural en la Nueva Europa. *R.V.A.P.*, v. 2, n. 58, p. 17-48, 2000.
- TORREALBA, Nicolás. Mínimos regulatorios para una nueva y mejorada ley de extranjería. En: Centro Democracia y Comunidad (coord.). *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*. Santiago de Chile: Konrad Adenauer Stiftung, 2013. p. 9-16.
- Tribunal oral en lo Penal de Punta Arenas (2015, rol n° 113-2015).
- VALLS, Ramón. El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 5, p. 278-285. 2015. p. 283-285.
- VARELLA, Marcelo; MONEBHUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Río de Janeiro: Editora Processo, 2019.
- VENTURA-ROBLES, Manuel. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, v. 40, p. 87-131, 2004.
- VERGARA, Jorge Iván; HANS GUNDERMANN, Rolf Foerster. Instituciones mediadoras, legislación y movimiento indígena de Dasin a Conadi (1953-1994). *Atenea*, n. 491, p. 71-85, 2005.
- VIAL, Tomás. La Nueva Ley Antidiscriminación: Propuestas para avanzar en su Perfeccionamiento. En: AA.VV. (ed.). *Anuario de Derechos Humanos N° 9*. Santiago: Universidad de Chile, 2013.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O monitoramento e fiscalização do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a relação heterárquica entre o Direito internacional e o Direito brasileiro**

**The monitoring and enforcement of compliance with judgments of the Inter-American Court of Human Rights and the heterarchical relation between international Law and Brazilian Law**

Thiago Carvalho Borges

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# O monitoramento e fiscalização do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a relação heterárquica entre o Direito internacional e o Direito brasileiro\*

## The monitoring and enforcement of compliance with judgments of the Inter-American Court of Human Rights and the heterarchical relation between international Law and Brazilian Law

Thiago Carvalho Borges\*\*

### Resumo

O objetivo do presente artigo consiste em demonstrar como a criação da Unidade de Monitoramento de Fiscalização do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF-CtIDH) pelo Conselho Nacional de Justiça constitui uma medida que promove uma relação heterárquica entre o direito interno e o direito internacional. Foi utilizada uma metodologia hipotético-dedutiva, por meio de revisão bibliográfica e documental. O trabalho está dividido em três partes. Na primeira, explica-se a relação heterárquica entre o direito interno e o direito internacional como proposta para evitar os bloqueios de comunicação provocados pela hierarquia, promovendo o desenvolvimento da programação normativa do sistema do direito. Na segunda parte, analisa-se a UMF-CtIDH com base em seus fundamentos jurídicos e seus objetivos nas operações de integração entre o sistema de justiça brasileiro e a ordem internacional por meio dos documentos que lhe instituem e da bibliografia sobre o tema. Na terceira, demonstra-se que a UMF-CtIDH representa a adoção de uma consideração heterárquica da relação entre o direito internacional e o direito interno como um mecanismo de efetividade de decisões internacionais, o que tende a apresentar resultados mais adequados para as expectativas da sociedade em relação ao funcionamento sistema do direito do que aqueles alcançados por uma abordagem hierárquica. A relevância da abordagem está em evidenciar a necessidade de se conhecerem as normas e os precedentes dos tribunais internacionais para as operações da ordem jurídica e para compreender o sistema do direito.

**Palavras-chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos; Conselho Nacional de Justiça; heterarquia.

\* Recebido em 20/01/2022  
Aprovado em 22/03/2022

\*\* Doutor em Direito Internacional (USP) e Doutor em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos (UFBA). Professor Adjunto da Faculdade Baiana de Direito e Gestão  
Email autor: thiagocarvalhoborges@gmail.com



## Abstract

The purpose of this article is to demonstrate how the creation of the Unit for Monitoring and Enforcement of Compliance with Judgments of the Inter-American Court of Human Rights by the National Council of Justice constitutes a measure that promotes a heterarchical relationship between domestic law and international law. This article uses a hypothetical-deductive approach, executed by the consultation of specialized bibliography and analysis of official documents. The paper is divided into three parts. In the first, the heterarchical relationship between domestic law and international law is explained, based on a bibliographic analysis of doctrines that propose to avoid communication blocks caused by hierarchy, enabling the development of normative programming of the legal system. In the second, the UMF-CtIDH is analyzed from its legal foundations and its objectives in the operations of integration between the Brazilian justice system and the international order through the documents that establish it and the bibliography on the subject. In the third part, it is shown that UMF-CtIDH's creation means the adoption of a heterarchical consideration of the relationship between international law and domestic law as a mechanism for the effectiveness of international decisions, which tends to present results that are more adequate to society's expectations regarding the functioning system of law than those achieved by a hierarchical approach. The relevance of the approach is to highlight the need to know the norms and international jurisprudence for the legal order operations and to understand of the system of law.

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; National Council of Justice; heterarchy.

## 1 Introdução

A adoção de mecanismos de efetivação das normas internacionais constitui um histórico desafio para a ordem jurídica interna dos Estados. As tendências à estruturação hierárquica do sistema jurídico normalmente produzem bloqueios comunicativos que impedem a aprendizagem e a evolução. A observação heterárquica das relações entre o direito internacional e o direito interno dos Estados possibilita uma abertura cognitiva capaz de assimilar melhor as demandas da sociedade em

relação às expectativas de comportamento proporcionadas pelas normas jurídicas.

A estruturação hierárquica do sistema do direito pressupõe que há sempre uma ordem jurídica superior às demais. Essa hierarquização, normalmente, se dá por uma autoimposição de uma ordem jurídica em relação às outras, submetendo-as às suas normas fundamentais. Assim, na relação entre o direito interno e o direito internacional, a estruturação hierárquica pode considerar que a ordem interna constitucional se sobrepõe à ordem internacional ou, de outro ponto de vista, que a ordem internacional está acima da ordem interna dos Estados.

A observação heterárquica, por sua vez, propõe recusar as autoimposições de uma ordem jurídica que determina sua supremacia sobre as demais, admitindo que todas as ordens jurídicas do sistema do direito devem ser consideradas como parte do sistema do direito em uma relação de coordenação, e não de subordinação. Assim, nas situações que envolvem mais de uma ordem jurídica, é preciso considerar todos os pontos de vista em questão, permitindo uma tomada de decisão resultante da interação comunicativa entre as diferentes programações normativas. Esse tipo de observação é possível a partir de estruturas operacionais que promovem uma abertura cognitiva capaz de resultar em um aprendizado evolutivo do sistema do direito pela assimilação das demandas da sociedade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou, em 2020, a Unidade de Monitoramento de Fiscalização do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF-CtIDH), um órgão voltado para o diálogo com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos no plano externo regional. Trata-se de uma estrutura no plano operativo do direito brasileiro que considera as decisões tomadas pela corte internacional como parte do sistema do direito e, assim, procura lhe conferir a máxima eficácia. O presente artigo se propõe a analisar se a adoção desse mecanismo de efetivação das sentenças proferidas pela corte interamericana representa um avanço em direção à consideração heterárquica do direito internacional pela ordem jurídica interna.

A UMF-CtIDH possui uma margem de apreciação em relação à avaliação das obrigações do Brasil, decorrentes das decisões tomadas pela corte interamericana, permitindo que o sistema de justiça nacional possa adotar padrões internacionais com o objetivo de prevenir

violações de direitos humanos. Essa evolução da programação normativa interna é proporcionada pela integração comunicativa com a ordem internacional, sem comprometer a autonomia da ordem jurídica doméstica.

A presente pesquisa parte da premissa de que o sistema do direito deve ser considerado como um sistema composto por uma estrutura institucional e uma programação normativa voltados para o estabelecimento de expectativas de comportamento social condizentes com as demandas da sociedade comunicadas por meio do sistema político. Logo, o sistema do direito se reproduz na sociedade como expectativas de expectativas de comportamento, impulsionadas pela dinâmica da aplicação do binômio lícito/ilícito. Assim, as normas jurídicas estabelecem o que é, e o que não é, conforme ao direito e, desse modo, gera na sociedade uma expectativa de que as pessoas se comportem licitamente, sob pena de as estruturas do sistema do direito atuarem corretivamente.

Desse ponto de vista, o direito é considerado como um sistema de múltiplas ordens normativas, que emanam de diferentes autoridades e segundo distintos procedimentos que são determinados contextualmente, de acordo com as contingências de tempo e espaço. Cada ordem jurídica determina, em sua programação, seus próprios critérios de validade de suas normas. O símbolo da validade servirá para viabilizar a comunicação transitiva entre as ordens jurídicas, na medida em que elas podem se reconhecer mutuamente como direito a partir dessa validade simbólica das normas existentes.

Nesse sentido, toda ordem normativa que estabelece uma distinção entre lícito e ilícito, por meio de normas determinadas por uma autoridade, com base em um procedimento predefinido, é uma ordem jurídica e integra o sistema do direito. Toda ordem jurídica deve ser considerada como parte do sistema do direito pelas demais ordens jurídicas que o integram. As estruturas existentes no sistema do direito resolverão, por meio de decisões, as eventuais lacunas e os conflitos comunicativos que possam existir em razão da existência dessa multiplicidade de ordens jurídicas. Em caso de decisões conflitantes entre diferentes centros de decisão, a prevalência será estabelecida fora do sistema do direito, seguindo a lógica do sistema político, orientada pelo binômio poder/não poder, que reflete a mobilização do uso da força para fazer valer das decisões tomadas com fundamento no direito.

A adoção de estruturas operacionais de comunicação entre as diferentes ordens jurídicas potencializa a integração e o aprendizado entre elas, permitindo que as decisões do centro do sistema sejam tomadas com uma amplificação dos sentidos de cada programação normativa em questão. Com isso, pretende-se demonstrar como a criação dessas estruturas afasta uma perspectiva hierárquica de sobreposição de uma ordem jurídica sobre a outra, uma vez que proporciona uma observação heterárquica com aptidão para considerar os fundamentos de cada uma delas. A hipótese da qual se parte é que a UMF-CtIDH constitui uma estrutura dessa natureza.

O trabalho está dividido em três partes. Na primeira, explica-se, com base em uma revisão bibliográfica, a relação heterárquica entre o direito interno e o direito internacional. Na segunda, os fundamentos jurídicos e os objetivos da UMF-CtIDH são analisados de acordo com os documentos que a instituem e da doutrina. A seguir, demonstra-se como a consideração heterárquica da relação entre o direito internacional e o direito interno, adotada por um mecanismo de efetividade de decisões internacionais, como a UMF-CtIDH, tende a apresentar resultados mais adequados para as expectativas da sociedade em relação ao funcionamento sistema do direito. Por fim, são apresentadas algumas conclusões.

## 2 A heterarquia no sistema do direito

A compreensão heterárquica do sistema do direito pressupõe o reconhecimento de uma estrutura sistêmica que admite uma pluralidade de autoridades e de procedimentos que constituem diferentes ordens jurídicas. A transitividade entre as diversas ordens jurídicas é permitida pelo símbolo da validade, que é definido em conformidade com os critérios estabelecidos em cada ordem em questão. A juridicidade de cada ordem é verificada conforme as condições de possibilidades socialmente aceitas para a autoridade em questão definir, pelos procedimentos existentes, a distinção entre o que é lícito e o que é ilícito, no sentido de conformidade, ou não, com o direito. Assim, toda estrutura normativa que define o que é lícito ou ilícito, segundo a sua programação, é uma ordem jurídica e se relaciona, portanto, com as demais ordens jurídicas do sistema do direito.

As estruturas das ordens jurídicas são hierárquicas, seja na distribuição de competências das autoridades en-

volvidas, seja na organização das normas que integram a sua programação. A hierarquia garante uma estabilidade no funcionamento das estruturas, pois determina uma antecipação de premissas baseadas em valores que fundamentam toda a ordem jurídica, garantido soluções *a priori* para questões sociais resolvidas pelo direito. Ocorre que a existência de múltiplas ordens no sistema do direito pode levar a colisões entre as soluções apresentadas em cada uma delas, exigido, nessas situações, que novas decisões sejam tomadas para estabilizar o sistema.

O reconhecimento da heterarquia, dentro do direito, não exclui a existência de hierarquias, mas convive com elas. A heterarquia é admitida para resolver os paradoxos criados pela tentativa constante de as diferentes ordens jurídicas estabelecerem uma autoimposição de sua programação às demais ordens jurídicas, o que resultaria em uma atomização do sistema do direito. A heterarquia proporciona uma integração cultural, sem causar a perda de autonomia, viabilizando uma fusão de inteligência descentralizada em um sistema coordenado horizontalmente. A integração cultural é essencial para evitar uma disputa de forças que reduza o direito a um instrumento da política.

A autoimposição de uma ordem sobre as demais reduz a capacidade de aprendizagem, que as diferentes ordens em questão apresentam suas soluções com base em diferentes pontos de vista acerca de uma mesma situação jurídica. A compreensão da possibilidade de existirem diferentes ângulos que devem ser considerados no momento de uma tomada de decisão é uma das premissas da heterarquia. Para decidir uma situação que é atinente a diferentes ordens jurídicas, é necessário considerar os fundamentos de cada uma delas, pois eles podem refletir diferentes pontos de vista, o que não será possível na hipótese de uma das ordens em questão se considerar superior hierarquicamente à outra. A observação heterárquica das ordens jurídicas evita esse bloqueio comunicativo, uma vez que pressupõe uma abertura cognitiva nos centros de tomada de decisão do sistema do direito.

Nesse cenário, a gestão de conflitos reconhece discordâncias relativas a valores e a decisão precisa ser tomada com garantia da possibilidade de um diálogo no qual as partes discordantes tenham a chance de justificar sua posição e convencer o oponente. Inevitavelmente, a decisão final será tomada por uma autoridade responsável por resolver o conflito, que irá atuar como

um juiz imparcial<sup>1</sup>. Pode-se perceber, então, a circularidade dos processos quando as considerações iniciais se dão com base nas estruturas hierárquicas de cada ordem jurídica, passando para as relações heterárquicas entre elas e retornando, após a tomada de decisão, à lógica da estrutura hierárquica prevalecente.

Quando uma ordem jurídica se pressupõe superior às demais, as possibilidades de diálogo diminuem e as possibilidades de decisões conflitantes aumentam. A heterarquia reflete uma ideia de que todos os centros de decisão do sistema do direito são capazes de agir coordenadamente de acordo com considerações juridicamente válidas e aceitas reciprocamente como sendo de direito. Nesse contexto, os entrelaçamentos entre as diferentes ordens jurídicas permitirão a construção da racionalidade transversal<sup>2</sup>, que terá um papel essencial para a acomodação das expectativas de comportamento de maneira heterárquica, evitando uma perspectiva hierárquica bloqueie a comunicação.

O direito produzido a partir das autoridades estatais pode ser destinado para a disciplina das relações sociais da comunidade humana, submetida à soberania do Estado, mas também se direciona à disciplina das relações internacionais, seja na perspectiva da coexistência dos Estados, seja no âmbito da cooperação internacional. Essas diversas ordens jurídicas estatais se relacionam, heterarquicamente. E a sobreposição hierárquica, nesse sentido, atua como forma de fechamento do sistema para evitar paradoxos. O fechamento com base na hierarquia entre as normas será possível na relação entre as ordens jurídicas estatais, como no caso do direito internacional privado, e quando as ordens estatais expressamente estabelecerem a superioridade de uma norma internacional em sua programação. Com isso, a autoimposição de uma ordem estatal sobre o direito internacional, ou vice-versa, é descartada por gerar paradoxos insuperáveis e por não observar a integralidade da programação do sistema do direito, impedindo

<sup>1</sup> REIHLEN, Markus. *The logic of heterarchies: making organization competitive for knowledge-based competition*. Disponível em: <http://www.econstor.eu/obitstream/10419/59784/1/71823040X.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019. p. 14. No plano jurídico, André-Jean Arnaud afirma que “*negotiated legal order is gradually replacing the traditional, imposed legal order familiar to our societies*” (ARNAUD, André-Jean. “From Limited Realism to Plural Law. Normative Approach *versus* Cultural Perspective” em *Ratio Juris*. Vol. 11, n. 3, 1998, pp. 246–258, p. 257).

<sup>2</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, *passim*.



entrelaçamentos comunicativos. Além disso, a sobreposição de uma ordem jurídica em relação às demais gera um paradoxo no fechamento, já que as autoridades e os procedimentos de constituição das diferentes ordens jurídicas não coincidem<sup>3</sup>.

A relação heterárquica transfere o problema para o nível operativo em que o símbolo da validade é utilizado no reconhecimento recíproco das ordens jurídicas. Uma vez que a validade é definida pelos critérios da própria ordem jurídica, na qual a norma emana, ela funciona na transição de um estado do direito para outro (do interno para o internacional ou vice-versa), sendo mantida a diferença entre os estados de direito. Nesse momento são necessários tanto os acoplamentos estruturais, que são estáveis e concentrados e criam uma relação simultânea de independência e dependência entre os subsistemas, quanto as pontes de transição, como modelos de entrelaçamentos que não são permanentes nem estáticos e que funcionam como acoplamentos operativos.

Esses modelos de acoplamento operativo devem se (re)construir no plano das novas operações que são dinamizadas pela ocorrência de casos inesperados que revelam as inconsistências intersistêmicas. As estruturas reflexivas das ordens em conflito precisam lidar com a complexidade e se rearticular para possibilitar soluções adequadas. Isso passa por considerar a relação com outras ordens jurídicas como cooperação, e não como concorrência, evitando bloquear ou destruir os fundamentos uma da outra<sup>4</sup>. A unidade do sistema é assegurada pela operatividade da autotransformação, com o entrelaçamento proporcionado pelas pontes de transição funcionando como um procedimento adequado de identificação da estrutura e de reescrita da programação.

Na interação entre os Estados partes na Convenção Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é comum que existam ruídos entre as decisões tomadas pela corte internacional em relação à aplicação do tratado e a programação normativa interna dos Estados conforme compreendida pelos órgãos do centro da ordem jurídica doméstica. O monitoramento do cumprimento das sentenças pela Corte Interamericana não será suficiente se não for de-

vidamente acompanhado por estruturas semelhantes no âmbito interno dos Estados, que deem um tratamento heterárquico à relação entre as ordens jurídicas interna e internacional<sup>5</sup>. Nesse sentido deve ser analisada a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada no Brasil pelo Conselho Nacional de Justiça, como um acoplamento estrutural que potencializa a comunicação heterárquica entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.

### 3 Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões, e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF-CtIDH)<sup>6</sup>. O órgão tem o objetivo de aprimorar o efetivo cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, pelo Estado brasileiro, notadamente nos casos em que houve manifestação da Corte Interamericana. Sua competência se baseia na função do CNJ de fiscalizar e normatizar o Poder Judiciário e os atos praticados por seus órgãos, conforme disposto no artigo 103-B, §4º, I a III, da Constituição. Além disso, a instauração de um sistema

<sup>3</sup> VIRALLY, Michel. Sur un Pont aux ânes: Les rapports entre droit international et droits internes. In: VIRALLY, Michel (ed.) *Le Droit International en devenir: essais écrits au fil des ans*. Genebra: Graduate Institute Publications, 1990. p. 116.

<sup>4</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129.

<sup>5</sup> No caso do Brasil, podem-se enumerar diversas obrigações previstas em sentenças da Corte Interamericana ainda pendentes de cumprimento, como aponta Nevitton Vieira Souza: “a) continuar a desenvolver programas de formação e capacitação dos profissionais de saúde ligados à atenção à saúde mental, tendo por base os parâmetros internacionais na matéria; b) investigar e julgar no plano interno, em prazo razoável, os responsáveis pelos atos violadores dos direitos das vítimas; c) adotar medidas necessárias para tipificar o crime de desaparecimento forçado; d) adotar medidas para afastar a prescrição do crime de redução à situação análoga à de escravo; e) adotar medidas necessárias para que o Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da violência policial; f) garantir, de forma imediata e efetiva, o direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território; g) adotar medidas para se reconhecer, sem exceção, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, segundo os parâmetros internacionais”. SOUZA, Nevitton Vieira. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 351, 2018.

<sup>6</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 364, de 12 de janeiro de 2021*. Brasília, 2021.

de monitoramento e fiscalização do cumprimento de decisões do sistema interamericano encontra suporte constitucional na adoção da prevalência dos direitos humanos como um princípio regente das relações internacionais da República Federativa do Brasil, consoante o artigo 4º, II, da Carta Política.

Trata-se de um órgão criado em decorrência da necessidade de a ordem jurídica interna absorver os sentidos das decisões tomadas pelo centro da ordem jurídica internacional, com a finalidade de tornar efetivos os mecanismos internacionais a partir da atuação do Poder Judiciário nacional. A UMF-CtIDH funciona como um meio de amplificar a comunicação entre a ordem jurídica interna e o sistema regional de proteção dos direitos humanos, colocando-se como um direcionador das ações no âmbito interno no cumprimento das sentenças e medidas provisórias da Corte Interamericana e, ao mesmo tempo, como um informante qualificado das medidas em curso para satisfazer as expectativas de comportamento criadas pelas decisões tomadas no centro da ordem jurídica internacional. Destaca-se, entre as suas atribuições, a de solicitar informações e monitorar a tramitação de processos e procedimentos em curso no Brasil que sejam relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violação de direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana (artigo 2º, IV, da Resolução CNJ n. 364/2021).

O funcionamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, por meio da Comissão e da Corte Interamericana, tem natureza convencional, coadjuvante e complementar daquela que oferece o direito interno dos Estados partes. Assim, as sentenças da Corte, além de proporcionar uma reparação para as vítimas de violação de direitos humanos, têm também o objetivo de contribuir para o desenvolvimento da programação normativa da ordem jurídica interna em conformidade com a interpretação dada pelo tribunal internacional ao Pacto de San José da Costa Rica, seguindo os padrões internacionais. Nesse sentido, parte das decisões envolve o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, que visam, principalmente, prevenir a reiteração das violações e a melhoria das estruturas dos Estados na garantia dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Os Estados se comprometem a cumprir integralmente as sentenças da Corte e, ainda que tenham uma margem de apreciação nos meios de execução, o tratado prevê um mecanismo

de monitoramento pelo tribunal do cumprimento de suas decisões<sup>7</sup>.

Cançado Trindade aponta que os Estados, de um modo geral, cumprem, satisfatoriamente, as determinações de reparação das vítimas, especialmente na forma de indenizações, no entanto as obrigações de fazer e não fazer, como a de investigar os fatos e a de sancionar os responsáveis pelas violações, por exemplo, muitas vezes são inobservadas<sup>8</sup>. Esta tem sido uma preocupação manifestada pela Corte em seus relatórios de monitoramento do cumprimento das sentenças, considerando que a reparação das vítimas não representa garantias de não repetição das violações de direitos humanos nos Estados. A resistência dos Estados em cumprir as obrigações de fazer e não fazer muitas vezes se fundamentam em argumentos hierárquicos de supremacia da ordem jurídica interna que reduzem a eficácia das decisões da Corte e do sistema interamericano como um todo.

Os Estados devem manter um diálogo com a Corte, informando as medidas que adotam em cumprimento das sentenças. Periodicamente, a Corte elabora relatórios de cumprimento nos quais emite um parecer a respeito do caráter satisfativo, ou não, das medidas adotadas pelos Estados. Caso a Corte entenda que o Estado descumpriu suas obrigações estabelecidas na sentença, a situação pode ser incluída no relatório anual enviado à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Por essa razão, a criação de um órgão nacional de monitoramento e fiscalização do cumprimento das sentenças da Corte representa uma abertura comunicativa fundamental da ordem jurídica interna, em particular do Sistema de Justiça brasileiro, para as expectativas de comportamento do Estado manifestadas na sociedade internacional.

Um aspecto a observar, em relação às atribuições da UMF-CtIDH, é que o CNJ pretende acompanhar a implementação de parâmetros de direitos fundamentais estabelecidos por sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas da Corte Interamericana envolvendo o Estado brasileiro, conforme disposto no artigo 2º, VII, da Resolução CNJ n. 364/2021. Trata-se de indicação de uma orientação para os órgãos do Poder Judiciário nacional sobre a interpretação da Convenção Americana-

<sup>7</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 346.

<sup>8</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2015. p. 515.

na de Direitos Humanos conforme as manifestações da Corte Interamericana, visando a uma aplicação uniforme na norma internacional. Com efeito, considerando as funções constitucionais do CNJ, pode-se concluir que há um reconhecimento, pela ordem jurídica interna, de que cabe ao centro da ordem jurídica internacional, no caso, a Corte Interamericana, a definição de “parâmetros de direitos fundamentais” com base na sua interpretação dos direitos previstos no tratado internacional.

Em consonância com essa linha de pensamento, deve-se observar, ainda, o diálogo heterárquico assumido na Resolução CNJ n. 364/2021 no seu preâmbulo, ao afirmar a força vinculante dos tratados internacionais, bem como a impossibilidade de normas internas justificarem o inadimplemento de compromissos internacionais, em observância dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nessa mesma direção, o CNJ assume que o governo nacional deve tomar imediatamente as providências pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das demais unidades da federação possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento de suas obrigações internacionais, como previsto no artigo 28 da Convenção Americana.

A criação da UMF-CtIDH foi uma resposta concreta do CNJ à manifestação dos petionários no caso *Damião Ximenes Lopes*, em que a Corte Interamericana condenou o Brasil. O caso diz respeito à morte de *Damião Ximenes Lopes* na “Casa de Repouso Guararapes”, um hospital psiquiátrico, após sofrer maus-tratos e tortura. O Brasil foi condenado por violação dos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 (direitos à vida e à integridade pessoal) da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, estabelecida no artigo 1.1 do tratado<sup>9</sup>. Os petionários endereçaram à Corte uma petição em outubro de 2020<sup>10</sup>, acusando o Brasil de descumprir alguns pontos resolutivos da sentença, notadamente o Ponto Resolutivo n. 8<sup>11</sup>. O Rela-

tório de Inspeção Nacional em Hospitais Psiquiátricos do Brasil<sup>12</sup>, divulgado em 2019, havia denunciado o retrocesso na política de saúde mental, na contramão dos termos da decisão tomada pelo tribunal internacional.

Em 28 de janeiro de 2021, a Corte Interamericana divulgou uma Resolução sobre a supervisão do cumprimento de sentença no caso *Damião Ximenes Lopes*, em que estabeleceu o descumprimento do Ponto Resolutivo 6: o Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos desse caso surta seus devidos efeitos. Isto ocorreu porque o processo judicial contra os supostos responsáveis pela morte de *Damião Ximenes Lopes* acabou prescrito em segunda instância no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, após o recurso dos réus ser acolhido, levando à desclassificação do tipo de “maus tratos com resultado de morte” para “maus tratados” na modalidade simples. Com isso, a Corte considerou que o Estado brasileiro agiu com negligência, não somente em relação ao processo judicial, mas em toda a fase de investigação dos fatos ocorridos com a vítima, incluindo o resultado da autópsia, que indicou “causa indeterminada” para a morte. Com a prescrição da ação penal, a Corte entendeu como definitivo o descumprimento dessa parte da sentença, uma vez que o Estado brasileiro falhou em dar uma resposta acerca dos responsáveis pela morte de *Damião Ximenes*.

Por outro lado, a Corte Interamericana manteve em aberto a supervisão de cumprimento da parte da sentença relativa ao desenvolvimento de um programa de formação e capacitação para todas as pessoas vinculadas com a atenção da saúde mental. Em audiência com a Corte, realizada em 23 de abril de 2021, o UMF-CtIDH defendeu que o dever de promover a capacitação dos profissionais que lidam com as questões de saúde mental, como garantia de não repetição, engloba os atores do Sistema de Justiça que lidam com a temática, e que as iniciativas de formação desses agentes devem estar ali-

<sup>9</sup> IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença. Série C. N. 149, 4 de julho de 2006. San José, 2006.

<sup>10</sup> IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Caso Damião Ximenes Lopes*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de janeiro de 2021. San José, 2021.

<sup>11</sup> IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença. Série C. N. 149, 4 de julho de 2006. San José, 2006. “Ponto Resolutivo 8: O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares

de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença”.

<sup>12</sup> BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. *Relatório de inspeções: 2018*. Conselho Federal de Psicologia, Conselhos Regionais de Psicologia e Centro de Referência Técnica em Psicologia e Políticas Públicas. Brasília, 2019. Disponível em: [http://crp16.org.br/wp-content/uploads/2019/12/549.3\\_ly\\_RelatorioInspecaoHospPsiq-ContraCapa-Final\\_v2Web.pdf](http://crp16.org.br/wp-content/uploads/2019/12/549.3_ly_RelatorioInspecaoHospPsiq-ContraCapa-Final_v2Web.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.



nhadas aos parâmetros internacionais sobre saúde mental, a partir de uma perspectiva de direitos humanos.

Nesse sentido, a Escola de Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, concretizando a diretriz do CNJ, criou Grupo de Trabalho responsável pela inserção da temática dos princípios que devem reger o trato das pessoas com deficiência mental e do atendimento de saúde mental, conforme os padrões e normas internacionais sobre a matéria, no conteúdo programático das ações para a formação e aperfeiçoamento de magistrados, em cumprimento de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no Caso Ximenes Lopes vs. Brasil<sup>13</sup>.

Em outra ocasião, na audiência pública realizada no dia 20 de agosto de 2021, acerca da supervisão de cumprimento da sentença no caso Cosme Rosa Genoveva e outros v. Brasil, conhecido também como caso Favela Nova Brasília, proferida em 2017, o CNJ apresentou algumas ações da UMF-CtIDH, como a sugestão de que o Ministério Público do Rio de Janeiro e o Ministério Público Federal apresentem relatórios anuais estatísticos investigações feitas em casos de violência policial para atender aos pontos resolutivos décimo quinto a vigésimo da sentença.

O CNJ apontou que já editou a Recomendação n. 49/2014, sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas do Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas, em casos de crimes de tortura, como forma de garantir uma investigação imparcial e independente. Além disso, o Conselho emitiu as Resoluções n. 253/2018 e 386/2021, que seguem a orientação técnica que explicita os direitos da vítima de participar de todas as etapas de apuração de responsabilidade dos autores de crimes relacionados a direitos humanos, incluídas a etapa investigatória e a fase de conhecimento.

Todas essas medidas que o CNJ adota revelam uma abertura cognitiva da ordem interna brasileira ao diálogo com a ordem internacional. Interessa perceber, nas ações do Conselho, a observância do funcionamento sistêmico da ordem internacional, com base na integração das normas do sistema regional com as normas do sistema universal na interação com a ordem jurídica interna. A perspectiva de abertura comunicativa do

poder judiciário brasileiro com o funcionamento dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos não compromete o fechamento do sistema jurídico interno, pois o diálogo não é proposto em um viés hierárquico.

Com efeito, o fechamento operativo do sistema deve ser garantido partindo do suposto de que as medidas destinadas ao cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado devem ser adotadas tendo em consideração a constituição e as leis vigentes no país. Isto quer dizer que a distribuição de competência entre as autoridades estatais não deve ser suprimida, nem os procedimentos inobservados. Nesse sentido, o procedimento de supervisão de cumprimento de sentenças pela Corte Interamericana assimilou o descumprimento pelo Brasil do ponto resolutivo n. 06 da sentença do caso Damião Ximenes Lopes em razão da aplicação, pelo centro da ordem jurídica interna, do instituto da prescrição<sup>14</sup>.

A existência de normas internas, entretanto, não deve servir como justificativa para que qualquer agente público deixe de observar os direitos previstos em tratados internacionais. Pelo contrário, a orientação do CNJ é no sentido de que o Poder Judiciário e seus órgãos devem procurar se adaptar aos parâmetros estabelecidos na jurisprudência da Corte Interamericana em matéria de direitos humanos, reconhecendo, assim, a aplicação do Princípio da Atribuição, além da interpretação conforme e da aplicação uniforme do direito internacional, como já foi mencionado acima. Essa adaptação deve se dar no plano dos sentidos, alcançando tanto as decisões, mas também as normas reguladoras do funcionamento do Poder Judiciário, proporcionando respostas adequadas às expectativas de comportamento delineadas nas

<sup>14</sup> IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Caso Damião Ximenes Lopes*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de janeiro de 2021. San José, 2021.

Resolução 1. “Declarar que el Estado ha incumplido con su obligación de garantizar, en un plazo razonable, que el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos, dando aplicabilidad directa en el derecho interno a la normativa de protección de la Convención Americana”, y declarar concluida la supervisión de este punto (punto resolutivo sexto de la Sentencia). O Ponto Resolutivo 6 da Sentença dispõe que: “6. O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença” (IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença. Série C. N. 149, 4 de julho de 2006. San José, 2006).

<sup>13</sup> ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA FEDERAL. *Portaria ESMAF N.º 002, de 27 de maio de 2021*. Brasília, 2021.

decisões tomadas no centro da ordem jurídica internacional.

## 4 Heterarquia, aprendizagem e desenvolvimento do sistema do direito

A observação heterárquica do direito pressupõe que a unicidade do sistema jurídico não se baseia em uma norma fundamental, mas na sua capacidade de evoluir pela comunicação na abertura cognitiva e se reescrever com o fechamento operacional<sup>15</sup>. Como o sistema é multicêntrico<sup>16-17</sup>, a resolução do conflito entre ordens pode não se dar pela estrutura hermética de uma das ordens jurídicas, mas pela racionalidade transversal que opera nas pontes de transição criadas pelo reconhecimento recíproco entre as ordens jurídicas como integrantes do sistema do direito<sup>18</sup>. Do ponto de vista lógico-formal, ao reconhecer o caráter multicêntrico do sistema jurídico, é inevitável admitir a possibilidade de conflitos de normas e decisões. Isto se dá em razão do que Tullio Treves chamou de “Princípio da Relatividade dos valores jurídicos”, segundo o qual as várias qualificações jurídicas, como permissão, proibição, lícito e ilí-

cito, são relativas à ordem jurídica do ponto de vista que o observador se põe<sup>19</sup>.

O conflito será percebido quando, diante de uma situação fática concreta, tanto a ordem jurídica interna quanto a ordem jurídica internacional estabelecerem expectativas de comportamento, porém a aplicação da norma da ordem jurídica interna leva à solução concreta A, com uma eficácia A, mas a observância da norma jurídica internacional leva à solução concreta B, que produz uma eficácia equivalente a não A. Para Treves, “a regra e a conseguinte qualificação jurídica própria de um ordenamento não são mais que simples dados de fato, do ponto de vista do outro ordenamento”<sup>20</sup>.

Assim, a aplicação de uma norma de direito interno que implique a ineficácia de uma norma internacional é observada do plano externo apenas como um comportamento desconforme às expectativas normativas existentes na ordem jurídica internacional. O fato de esse comportamento ser lícito e, portanto, conforme ao direito interno, não impede que ele seja considerado ilícito pelo centro de decisão da ordem jurídica internacional. É nesse sentido que o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados afirma que um Estado não pode invocar seu direito interno para justificar o inadimplemento de uma obrigação internacional.

Uma observação hierarquizada do sistema do direito irá sempre produzir bloqueios comunicativos entre as diferentes ordens jurídicas quando os conflitos normativos se apresentarem. Seja porque a autoimposição de uma ordem sobre a outra impede o fluxo dos sentidos da ordem inferior para a superior, seja porque a solução, em caso de igualdade, se dará sempre pela lógica binária do “tudo ou nada”.

O paradigma hierárquico atualmente assumido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela essa complexidade. O precedente vigente da igualdade hierárquica entre os tratados internacionais e as leis ordinárias, estabelecido em 1977, no julgamento do RE

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2006.; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. *passim*.

<sup>16</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 122. Palma afirma que “a unidade do sistema jurídico (a aplicação do código lícito/ilícito) mantém-se ainda que haja a presença de uma pluralidade de ordenamentos” (PALMA, Maurício. *Heterarquias Hierárquicas: Semântica e Paradoxos de Atuais Arranjos Jurídicos Globais*. In: CALABRIA, Carina; PALMA, Maurício (org.). *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 145). Ver, também, RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do Direito brasileiro com o Direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.; DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2004.; BURKE-WHITE, William W. *International Legal Pluralism*. *Michigan Journal of International Law*, [S.l.], v. 25, p. 963-979, 2004.

<sup>17</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noesis, 2010. p. 143-144.

<sup>18</sup> Ian Brownlie, a respeito do entrelaçamento entre as ordens jurídicas interna e internacional afirma que “it is possible to state the position with clarity and to understand that each system reserves to itself the authority to determine for the time being the extent and terms of interpenetration of laws and related issues of the separation of powers” (CRAWFORD, James (ed.). *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 50).

<sup>19</sup> De acordo com Treves, “un medesimo fatto o atto può essere diversamente qualificato, a seconda che esso venga in considerazione dal punto de vista del diritto internazionale o da quello del diritto interno” (TREVES, Tullio. *Diritto Internazionale: problemi fondamentali*. Milão: Giuffrè, 2005. p. 654).

<sup>20</sup> Tradução livre, no original: “le regole e le conseguenti qualificazioni giuridiche proprie di un ordinamento non sono che dei semplici dati di fatto, dal punto di vista di un altro ordinamento” (TREVES, Tullio. *Diritto Internazionale: problemi fondamentali*. Milão: Giuffrè, 2005. p. 655).

80.004-SE<sup>21</sup>, opera segundo a regra *lex posterior revogat legi priori*, implicando um bloqueio de comunicação com os fundamentos da norma anterior. Já o precedente mais recente, firmado em 2009 no RE 466.343-SP<sup>22</sup>, criou a noção de “supralegalidade” dos tratados sobre direitos humanos, que também hierarquiza a relação entre o direito interno e o direito internacional, colocando as leis ordinárias abaixo desses tratados, mas submetendo essas normas da ordem internacional a um exame de constitucionalidade. Todo esse arranjo discursivo obstrui a comunicação e desconsidera a diversidade de pontos de vistas existente em programações normativas estabelecidas por diferentes autoridades e seguindo procedimentos distintos.

A relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional, por outro lado, propõe que o centro de cada uma das ordens jurídicas é capaz de observar a programação da outra como parte do sistema do direito, considerado em sua complexidade multicêntrica, não sendo, por isso, a norma jurídica interna considerada apenas como um fato para o direito internacional, ou vice-versa. Como foi visto, o símbolo da validade garante a transição entre as normas de uma ordem jurídica para a outra como parte da programação do sistema do direito. Por conseguinte, a solução para o problema não pode ser obtida por meio da aplicação das regras da lógica formal. A lógica formal, que utiliza a estrutura binária, somente pode ser utilizada em relação ao conflito normativo entre normas de uma mesma ordem jurídica, com fundamento nas regras contidas em sua estrutura para a exclusão de antinomias, como os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

Na relação heterárquica entre as ordens jurídicas, a solução não será alcançada pela aplicação de regras da lógica, já que inexistente uma relação estrutural entre elas<sup>23</sup>. No entanto, as programações das estruturas normativas são reconhecidas pelas ordens jurídicas envolvidas como pertencentes ao sistema do direito, porque válidas, embora as operações com base nas normas de cada ordem jurídica produzam soluções antagônicas. Por isso, somente uma delas pode produzir seus efeitos, isto é, uma delas terá a operação obstada. A diferença

substancial, no caso da observação da relação heterárquica, é que a decisão de prevalência não é estabelecida *a priori* no direito positivo, abrindo a possibilidade para um diálogo construtivo entre as programações, já que todas elas comunicam expectativas de comportamento na sociedade.

O conflito entre a ordem jurídica interna e a internacional deve ser considerado quando não houver previsão de solução pelo direito positivo. Não havendo previsão, obviamente a solução não poderá ser obtida pela lógica formal binária. Também deve ser considerado o conflito quando houver uma regra do direito positivo de uma ordem jurídica que impõe uma superioridade hierárquica sobre a outra ordem jurídica que se relaciona com a primeira heterarquicamente<sup>24</sup>. Como foi dito acima, a autoimposição de supremacia de uma ordem jurídica sobre as demais bloqueia os canais de comunicação<sup>25</sup>, o que impede respostas mais adequadas. Contudo, se uma das ordens jurídicas, internacional ou interna, implicada na situação fática, estabelece, em suas normas, uma regra de prevalência da outra ordem jurídica sobre suas normas (como no caso do artigo 98 do Código Tributário Nacional), conflito não há e isso deve ser considerado no momento da tomada de decisão no centro da ordem jurídica interna e no da internacional<sup>26</sup>.

Não há um postulado juridicamente apriorístico de supremacia do direito internacional sobre o direito interno<sup>27</sup>. Embora a regra do artigo 27 se constitua como

<sup>24</sup> Mirkine-Guetzévich já afirmava que “*L'exécution des règles du droit international est plus importante que le fondement du droit. Dans l'exécution, il n'y a pas de problème de la primauté; il n'y a qu'un seul problème que nous avons exposé dans notre cours: le problème de l'unité*” (MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Droit International et Droit Constitutionnel. Recueil des Cours*, The Hague, p. 310-463, 1931.p. 461).

<sup>25</sup> Saulo José Casali Bahia, a propósito do monismo, sustenta que não é possível alegar o princípio da unidade do direito público, “já que a unidade se revela em distintos âmbitos de validade, ou seja, ao privilegiar a norma interna ou internacional, tanto o aplicador interno quanto o externo conferem unidade no campo de atuação próprio” (BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 76).

<sup>26</sup> NOLLKAEMPER, André. The effects of treaties in domestic law. In: TAMS, Christian J.; TZANAKOPOULOS, Antonios; ZIMMERMANN, Andreas; RICHFORD, Athene E. *Research Handbook on the Law of Treaties*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2014. p. 125.

<sup>27</sup> Em sentido contrário, grande parte da doutrina chamada “monista”, que coloca o direito internacional no topo do sistema do direito, como, dentre outros, Celso D. Albuquerque de Mello, que afirma que “o importante é a predominância do DI [direito internacional]; que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 80.004/SE. Rel. Min. Xavier Albuquerque, j. 01.06.77, DJ 29.12.77. Brasília, 1977..

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466.343/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.12.2008 e DJe 05.06.2009. Brasília, 2009.

<sup>23</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noesis, 2010. *passim*.



um dos dispositivos conectados com o objeto e as finalidades da CVDT/69<sup>28</sup>, ela não estabelece uma superioridade hierárquica do direito internacional sobre o direito interno. De acordo com Villiger, o artigo 27 expressa o princípio de que, no âmbito internacional, o direito internacional tem supremacia<sup>29</sup>. Considerando a relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional, seria desnecessário afirmar essa supremacia, pois as normas de direito interno, embora sejam reconhecidas como direito, não são aplicáveis no âmbito internacional<sup>30</sup>.

A Corte Permanente de Justiça Internacional se manifestou no sentido de que não cabe à jurisdição internacional se manifestar sobre a interpretação do direito doméstico. No entanto, compete ao tribunal internacional apreciar se a aplicação das normas de direito interno pelo Estado constitui, ou não, uma conduta do Estado em conformidade com as obrigações assumidas em tratados ou decorrentes de costumes internacionais<sup>31</sup>. A

---

o direito de iniciar um 'processo' de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior" (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2. p. 124.). Ver, também, Xavier, para quem o artigo 27 da CVDT/69 consagra, "de forma enfática, a supremacia hierárquica dos tratados internacionais sobre o Direito interno" (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 95).

<sup>28</sup> Em 1997, a Guatemala formulou uma reserva ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, pretendendo limitar os efeitos do artigo às normas infraconstitucionais da Guatemala, mas se eximindo da obrigação de observar a regra quando a norma interna em questão fosse a Constituição guatemalteca. Áustria, Dinamarca, Suécia e o Reino Unido apresentaram objeção à reserva formulada pela Guatemala, por considerarem-na incompatível com o objeto e finalidade da Convenção, com base no artigo 19, *c*.

<sup>29</sup> VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 375.

<sup>30</sup> A Corte Internacional de Justiça no caso *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, afirmou que o direito internacional prevalece sobre o direito doméstico (ICJ Report 1988, p. 12, 34).

<sup>31</sup> A Corte Permanente de Justiça Internacional observou, no caso *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, que "the Court is certainly not called to interpret the Polish Law as such, but there is nothing to prevent the Courts' giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention" (PCIJ. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Rep., 1925, series A, n. 7, p. 19). Conferir, também, o caso julgado pela Corte Internacional de Justiça em CIJ. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United*

supremacia do direito internacional no centro de decisão da ordem internacional existe, portanto, no sentido de que a licitude de uma conduta de um Estado conforme o seu direito interno não corresponde, necessariamente, ao cumprimento das expectativas de comportamento na sociedade internacional. Isso não quer dizer que a norma de direito interno não seja considerada como uma norma jurídica<sup>32</sup>, nem que essa norma seria, de algum modo, inválida à luz do direito internacional. A observação heterárquica transfere a análise da situação concreta para o plano da eficácia, admitindo que os Estados possuem uma autonomia nos meios e forma de cumprimento das obrigações internacionais.

Não é possível afirmar que o artigo 27, nem o artigo 26 (*pacta sunt servanda*)<sup>33</sup>, da CVDT/69 estabelecem um método de cumprimento das obrigações internacionais previstas em tratado, pois eles deixam uma margem de liberdade para cada Estado adotar a medida mais adequada ao seu panorama jurídico interno<sup>34</sup>. Nesse sentido, é possível verificar, na aplicação da doutrina da margem de apreciação<sup>35</sup>, o reconhecimento da relação heterárquica entre o direito interno e o direito internacional. Entretanto, determinados tratados, principalmente sobre direitos humanos, limitam a liberdade de implementação ao estabelecerem o dever de incorporação à ordem jurídica interna dos direitos previstos na norma internacional, como no artigo 2(2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>36</sup> e no artigo 2

---

Kingdom). ICJ Report, 1992.

<sup>32</sup> A regra prevista no artigo 46 da CVTD/69 é expressa em reconhecer o direito interno como norma jurídica, além de admitir que há normas internas de importância fundamental que podem macular a manifestação de vontade de um Estado em se obrigar na ordem internacional.

<sup>33</sup> Para Villiger, o princípio expresso no artigo 27 teria relevância prática para dar apoio ao princípio da *pacta sunt servanda*, pois, sem ele, a obrigatoriedade dos tratados estaria prejudicada (VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 375).

<sup>34</sup> NOLLKAEMPER, André. The effects of treaties in domestic law. In: TAMS, Christian J.; TZANAKOPOULOS, Antonios; ZIMMERMANN, Andreas; RICHFORD, Athene E. *Research Handbook on the Law of Treaties*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2014. p. 125, "the State is in control of the domestic effect of the treaty".

<sup>35</sup> SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in International Law? *The European Journal of International Law*, [S.l.], v. 16, n.5, p. 907-940, 2006.

<sup>36</sup> Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Artigo 2(2). Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração

da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>37</sup>, por exemplo.

A doutrina da “margem de apreciação” é prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>38</sup> e amplamente reconhecida nos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>39</sup> desde os anos 1970 e é reconhecida em outros tribunais internacionais, embora sofra severas críticas por parte da doutrina, principalmente em relação à sua aplicação em matéria de direitos humanos<sup>40</sup>. Por essa doutrina, o Estado teria uma prerrogativa de escolher os meios e formas de aplicar disposições convencionais com conceitos indeterminados ou para colmatar lacunas encontradas nos textos<sup>41</sup>.

Erik Jayme já havia sugerido o diálogo das fontes, ao pressupor “uma certa coerência” ao sistema jurídico. Assim, o juiz, diante de fontes com soluções antagônicas, deveria coordená-las em uma decisão<sup>42</sup>. Shany sustenta que os Estados deveriam ter uma margem de apreciação nos casos em que a aplicação do direito dependesse, principalmente, da análise dos fatos, por considerar que as autoridades nacionais têm vantagem

seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

<sup>37</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>38</sup> Convenção Europeia de Direitos Humanos, Preâmbulo, último parágrafo: “afirmando que as Altas Partes Contratantes, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, têm a responsabilidade primária de assegurar os direitos e as liberdades definidos nesta Convenção e nos seus Protocolos e, ao fazê-lo, gozam de uma margem de apreciação, sujeita à supervisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estabelecido pela presente Convenção”.

<sup>39</sup> Destaque para o caso CtEDH. *Tyler v The United Kingdom*, App n. 5856/72, 25 April 1978, em que a Corte Europeia decidiu que a margem de apreciação “permite uma interpretação evolutiva da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que deve ser compreendida como um ‘instrumento vivo’, adaptável às condições da contemporaneidade de sua aplicação”.

<sup>40</sup> DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. *Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste*. *Revue internationale de droit comparé*, [S.l.], v. 52, n. 4, p. 753-780, 2000.

<sup>41</sup> 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*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 328, 2018.

<sup>42</sup> JAYME, Erik. *Direito internacional privado e cultura pós-moderna*, 1996. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43487/27366>. Acesso em: 21 mar. 2022.

sobre as cortes internacionais nas atividades de revelação e acesso a eles. Entretanto, o autor entende que as cortes internacionais estão em melhores condições de interpretação das normas, o que reduziria a aplicação da doutrina nas questões puramente de direito<sup>43</sup>.

A doutrina da margem de apreciação admite que o caráter multicêntrico do sistema do direito resulta em variações de expectativas de comportamento na sociedade, em conformidade com valores sociais, morais, religiosos e culturais dos diferentes povos<sup>44</sup>. Isso exige a concessão de algum crédito aos órgãos de decisão nacionais<sup>45</sup> na apreciação das condições de cumprimento das obrigações internacionais em face das condições objetivas refletidas na ordem jurídica interna. A interação comunicativa entre as programações normativas interna e internacional é necessária para se construir, por meio do diálogo entre as diferentes expectativas de comportamento, soluções adequadas para as demandas da sociedade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos admite a existência de uma margem de apreciação pelos Estados no cumprimento das obrigações da Convenção Americana na Opinião Consultiva OC-24/17<sup>46</sup>. No Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”<sup>47</sup>, a Corte reconheceu a aplicação de uma margem nacional de apreciação

<sup>43</sup> SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in International Law? *The European Journal of International Law*, [S.l.], v. 16, n.5, p. 913, 2006.

<sup>44</sup> A Comissão de Direitos Humanos da ONU já decidiu que “public morals differ widely. There is no universally applicable moral standard. Consequently, in this respect, a certain margin of discretion must be accorded to the responsible national authorities” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Hertzberg v Finland*, *Cmn n. 61/1979*. 1982).

<sup>45</sup> MCGOLDRICK, Dominic. A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee. *International and Comparative Law Quarterly*, [S.l.], v. 65, p 21–60, 2016.

<sup>46</sup> IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017*. San José, 2017. p. 116. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_24_esp.pdf). Acesso em: 21 mar. 2022. Na opinião consultiva, a Corte afirma que “asimismo, cabe destacar que los asuntos respecto de los que la Corte ejerce sus competencias, pueden comprender también aspectos que integran la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado, también conocida como dominio reservado y, en otras latitudes, como margen de apreciación de los Estados. La citada jurisdicción se encuentra contemplada en la Carta de las Naciones Unidas<sup>11</sup>, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>12</sup> y aunque de manera más indirecta, también en la Convención<sup>13</sup>”.

<sup>47</sup> IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. San José, 2004.

ção em recursos processuais. Já no caso Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”<sup>48</sup>, a Corte ponderou que a margem de apreciação não pode estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam a própria essência do direito a recorrer da decisão. Percebe-se, portanto, que a doutrina da margem de apreciação encontra ressonância no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, com ressalvas.

A jurisdição internacional, como a da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem o papel de apreciar em que medida a conduta dos Estados produzida a partir da programação da ordem jurídica interna corresponde às obrigações assumidas na Convenção Americana de Direitos Humanos. Como os Estados assumem, inclusive, a obrigação de modificar suas normas internas para incorporar os direitos enumerados no tratado, a Corte tem uma legitimidade mais abrangente para apreciação da aplicação do direito doméstico dos Estados partes, podendo emitir juízos sobre a adequação das medidas normativas adotadas internamente. Por essa razão, as sentenças da Corte Interamericana precisam ser consideradas pelas estruturas operacionais da ordem jurídica interna dos Estados partes para, eventualmente, promover modificações na programação e no funcionamento dessas estruturas, de maneira a compatibilizá-las com as expectativas produzidas no plano regional.

A UMF-CtIDH, criada pelo CNJ, é uma estrutura operacional da ordem jurídica interna voltada para assimilar os sentidos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme a interpretação que este centro de decisão confere ao Pacto de San José da Costa Rica. Não se trata, portanto, de considerar que a ordem internacional está acima da ordem jurídica interna, mas de promover uma reflexão, dentro da margem de apreciação deixada à ordem jurídica interna, sobre as inconsistências da programação normativa brasileira diante das expectativas criadas na ordem jurídica internacional pela participação no tratado. Ao reconhecer as inconsistências e procurar corrigi-las por meio de medidas compatíveis com os padrões estabelecidos na decisão da corte internacional, o CNJ indica que o sistema de justiça brasileiro mantém uma abertura ao diálogo e à aprendizagem, que tendem a produzir resultados melhores no seu funcionamento.

<sup>48</sup> IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentença de 17 de novembro de 2009. San José, 2009.

Esse posicionamento do CNJ foi confirmado na Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022, que “recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”<sup>49</sup>. No ato, o Conselho considera que “cabe aos juízes extrair o melhor dos ordenamentos buscando o caminho para o equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes”. Trata-se do reconhecimento de que a multiplicidade de ordens deve ser considerada nas decisões do centro da ordem jurídica interna, evitando-se o bloqueio da hierarquização dessas programações normativas.

É importante ressaltar que os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como o sistema interamericano, não são criados com o objetivo de punir os Estados pelo descumprimento dos seus compromissos internacionais. O principal propósito desses sistemas é contribuir para que o padrão de respeito aos direitos humanos se mantenha elevado nos Estados partes e, nesse sentido, o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer tem uma relevância equivalente ao pagamento de indenizações às vítimas. Não basta reparar, é preciso garantir que as violações de direitos humanos não se repitam, ou que, pelo menos, os Estados demonstrem que estão agindo no sentido de evitar que isso aconteça.

A UMF-CtIDH cumpre o papel de intensificar os esforços do Estado brasileiro para a construção de um sistema de justiça mais condizente com os compromissos internacionais. Isso passa por conhecer e implementar os padrões internacionais de funcionamento das estruturas judiciárias e dos seus órgãos de apoio, por meio de investimentos em capacitação de agentes, criação de novas estruturas, modificação do funcionamento de outras, adoção de normas legais e infralegais e outras medidas que se façam necessárias para esse fim. As ações adotadas pelo UMF-CtIDH apontam para uma consideração heterárquica da ordem jurídica internacional, o que pode representar um passo consistente na direção dessa orientação em outras esferas do sistema de justiça brasileiro.

<sup>49</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022*. Brasília, 2022.



## 5 Considerações finais

A UMF-CtIDH foi criada pelo CNJ com base em fundamentos constitucionais, no que tange ao papel do Conselho no monitoramento do funcionamento do sistema de justiça e, especialmente, em observância à prevalência dos direitos humanos como um princípio que rege as relações internacionais do Brasil. Esse mecanismo de efetivação de decisões proferidas pela corte interamericana representa uma manifestação da própria soberania do Estado, no sentido de atribuir maior eficácia à ordem jurídica internacional, que foi criada com a participação do país. Assim, proporcionar condições para que as obrigações internacionais sejam devidamente cumpridas não representa uma violação da soberania nacional. O cumprimento de tais obrigações reflete, em verdade, o sentido participativo da soberania do Estado, como membro da sociedade internacional que, como tal, detém direitos e deveres na ordem jurídica externa.

Além disso, ao assumir que as sentenças da corte interamericana devem ser cumpridas pelo Brasil, o Estado não coloca a ordem internacional hierarquicamente acima da ordem jurídica interna. A UMF-CtIDH tem o papel de estabelecer um canal aberto para a comunicação do sistema de justiça nacional para as obrigações assumidas internacionalmente pelo Estado no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Com esse mecanismo, o CNJ admite que o centro da ordem internacional tem legitimidade para decidir sobre a conformidade da atuação do Estado brasileiro frente às expectativas de comportamento criadas na sociedade internacional. Isso não significa que exista uma relação de sobreposição das decisões da corte interamericana sobre a jurisdição nacional, mas sim que essas decisões refletem parte do funcionamento das estruturas do sistema do direito, ao qual a ordem jurídica interna encontra-se integrada.

Nesse sentido, ao buscar ampliar a eficácia das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a ordem jurídica brasileira cria um mecanismo de interlocução com os padrões internacionais de proteção dos direitos humanos, proporcionando condições para o desenvolvimento de sua programação. O resultado dessa interação comunicativa somente é possível ao assumir uma consideração heterárquica da relação entre o direito internacional e a ordem jurídica interna. Uma consideração hierarquizada do sistema do

direito poderia impedir o diálogo ao considerar a ordem interna como superior à ordem internacional.

A heterarquia evita os bloqueios de uma compreensão hierarquizada da relação entre as ordens jurídicas nacional e internacional e viabiliza o fluxo dos sentidos, admitindo que as decisões possam ser tomadas considerando diferentes pontos de vista sobre uma mesma situação jurídica. Essa amplificação dos sentidos possibilita o aprendizado e a tomada de decisões mais adequadas para atender à complexidade das demandas da sociedade por estabilização das expectativas de comportamento.

A adoção de mecanismos de efetivação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como a UMF-CtIDH, não compromete a autonomia da ordem jurídica interna, na medida em que o CNJ poderá recomendar a adoção de medidas adequadas para garantir, ao mesmo tempo, o cumprimento das obrigações internacionais e os fundamentos constitucionais do sistema de justiça nacional. Ao observar, heterarquicamente, os comandos da ordem jurídica internacional, a atualização da programação da ordem jurídica interna revela-se como uma decisão soberana no sentido de atender àqueles comandos como um Estado cooperativo nas relações internacionais. Espera-se que essa dinâmica comunicativa seja capaz de promover um incremento na assimilação, pelo Estado brasileiro, das expectativas de comportamento existentes na sociedade internacional, especialmente em observância do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais, conforme previsto na Constituição.

## Referências

- ARHEGAS, João Gabriel; GUSSOLI, Felipe Klein; VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Caso Gomes Lund (“Guerrilha Do Araguaia”) dez anos depois: desafios para o cumprimento integral pelo Estado brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 371-388, 2021.
- ARNAUD André-Jean. From Limited Realism to Plural Law. Normative Approach *versus* Cultural Perspective. *Ratio Juris*, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 246-258, 1998.
- BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- BURKE-WHITE, William W. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, [S.l.], v. 25, p. 963-979, 2004.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Hertzberg v Finland*, *Cmn n. 61/1979*. 1982.
- BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. *Relatório de inspeções*: 2018. Conselho Federal de Psicologia, Conselhos Regionais de Psicologia e Centro de Referência Técnica em Psicologia e Políticas Públicas. Brasília, 2019. Disponível em: [http://crp16.org.br/wp-content/uploads/2019/12/549.3\\_ly\\_RelatorioInspecaoHospPsiq-ContraCapa-Final\\_v2Web.pdf](http://crp16.org.br/wp-content/uploads/2019/12/549.3_ly_RelatorioInspecaoHospPsiq-ContraCapa-Final_v2Web.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 364, de 12 de janeiro de 2021*. Brasília, 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022*. Brasília, 2022.
- FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Tyler v The United Kingdom*, *App n. 5856/72, 25 April 1978*. Estrasburgo, 1978.
- IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. San José, 2004.
- IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença. Série C. N. 149, 4 de julho de 2006. San José, 2006.
- IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentença de 17 de novembro de 2009. San José, 2009.
- IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017*. San José, 2017. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 21 mar. 2022.
- IACHR. Inter-American Court of Human Rights. Judgment. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Caso Damião Ximenes Lopes*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de janeiro de 2021. San José, 2021.
- ICJ. International Court of Justice. *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*. Advisory Opinion. *ICJ Report*, 1988.
- ICJ. *International Court of Justice. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*. *ICJ Report*, 1992.
- CIJ. Court of International Justice. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. *PCIJ Report*, Haia, n.7, 1925.
- CRAWFORD, James (ed.). *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. *Revue internationale de droit comparé*, [S.l.], v. 52, n. 4, p. 753-780, 2000.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2004.
- ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA FEDERAL. *Portaria ESM/AF N.º 002, de 27 de maio de 2021*. Brasília, 2021.
- JAYME, Erik. *Direito internacional privado e cultura pós-moderna*, 1996. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43487/27366>. Acesso em: 21 mar. 2022.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MCGOLDRICK, Dominic. A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee. *International and Comparative Law Quarterly*, [S.l.], v. 65, p. 21-60, 2016.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. Droit International et Droit Constitutionnel. *Recueil des Cours*, The Hague, pp. 310-463, 1931.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOLLKAEMPER, André. The effects of treaties in domestic law. In: TAMS, Christian J.; TZANAKOPOULOS, Antonios; ZIMMERMANN, Andreas; RICHFORD, Athene E. *Research Handbook on the Law of*

- Treaties*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2014. p. 125.
- PALMA, Maurício. Heterarquias Hierárquicas: Semântica e Paradoxos de Atuais Arranjos Jurídicos Globais. In: CALABRIA, Carina; PALMA, Maurício (org.). *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do Direito brasileiro com o Direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- REIHLEN, Markus. *The logic of heterarchies: making organization competitive for knowledge-based competition*. Disponível em: <https://www.econstor.eu/obitstream/10419/59784/1/71823040X.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.
- 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*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018, p. 324-337.
- SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in International Law? *The European Journal of International Law*, [S.l.], v. 16, n.5, p. 907-940, 2006.
- SOUZA, Nevitton Vieira. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 343-356, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 80.004/SE*. Rel. Min. Xavier Albuquerque, j. 01.06.77, DJ 29.12.77. Brasília, 1977.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 466.343/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.12.2008 e DJe 05.06.2009. Brasília, 2009.
- TREVES, Tullio. *Diritto Internazionale: problemi fondamentali*. Milão: Giuffrè, 2005.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. 2.ed. Belo Horizonte: DelRey, 2015.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noesis, 2010.
- VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- VIRALLY, Michel. Sur un Pont aux ânes: Les rapports entre droit international et droits internes. In: VIRALLY, Michel (ed.) *Le Droit International en devenir: essais écrits au fil des ans*. Genebra: Graduate Institute Publications, 1990.
- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Application of Article 5 of the ECHR to the detention of a person who has committed a criminal offense**

**Aplicação do artigo 5.º da CEDH à detenção de uma pessoa que tenha cometido uma infração penal**

Vitalii A. Zavhorodnii

Oksana Orel

Galyna Muliar

Olga I. Kotlyar

Volodymyr Zarosylo

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

# Application of Article 5 of the ECHR to the detention of a person who has committed a criminal offense\*

## Aplicação do artigo 5.º da CEDH à detenção de uma pessoa que tenha cometido uma infração penal

Vitalii A. Zavhorodnii\*\*

Oksana Orel\*\*\*

Galyna Muliar\*\*\*\*

Olga I. Kotlyar\*\*\*\*\*

Volodymyr Zarosylo\*\*\*\*\*

### Abstract

**Purpose of the article:** The purpose of this article is to examine the theoretical and practical aspects of the arrest and transfer by one state to another (upon request) of a person suspected or accused of committing a crime or a convicted offender. **Methodology:** The authors use such research methods as systems analysis, comparative law, documentary, bibliographic, dialectical, dogmatic, logical-legal, system-structural and modeling methods. **Conclusions:** After conducting this study, the authors suggested their own ways to solve problematic aspects of the legal regulation of extradition in Ukraine. **Originality or value:** This study analyzes the Ukrainian legislation and decisions of the European Court of Human Rights. The study of detention outside the territory of Ukraine from the point of view of the national legislation of Ukraine and the European Court of Human Rights is complementary. This article defines the legal grounds and procedure for extradition of persons who have committed a crime outside the territory of Ukraine. The peculiarities of the national legislation in case of detention of a person who has committed a criminal offense outside the territory of Ukraine are analyzed, problematic issues in this area are identified and own solutions are proposed. The aspect of realization of the rights and freedoms of the detainee, including the right to protection, is investigated separately.

**Keywords:** extradition of criminals; extradition; detention; temporary arrest; extradition arrest.

### Resumo

Objetivo do artigo. O objetivo deste artigo é examinar os aspectos teóricos e práticos da prisão e transferência por um estado para outro (a pedido) de uma pessoa suspeita ou acusada de cometer um crime ou um infrator condenado.

\* Recebido em 27/05/2021  
Aprovado em 02/11/2021

\*\* Dr. of Law at the Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs. Full Doctor in Legal Science, Professor at the Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs.  
Email: zavhorodnii-vit@neu.com.de

\*\*\* PhD in Law, Associate Professor, Head of the Department of Legal Support at the National Academy of the National Guard of Ukraine.  
oksana\_orel@edu.cn.ua

\*\*\*\* Full Doctor in Legal Science, Associate Professor at the Academy of Labor, Social Relations and Tourism. Dr. of Law at the Academy of Labor, Social Relations and Tourism.  
E-mail: muliar@acu-edu.cc

\*\*\*\*\* PhD in Law, Associate Professor of the Department of International Law at the State University "Uzhhorod National University".  
E-mail: kotlyar\_olga@sci-univ.com

\*\*\*\*\* Full Doctor in Legal Science, Professor, Head of the Department of Security Management, Law Enforcement and Anti-Corruption Activities at the Interregional Academy of Personnel Management. Dr. of Law at the Interregional Academy of Personnel Management.  
E-mail: zarosylo8002@edu.cn.ua



**Metodologia.** Os autores utilizam métodos de pesquisa como análise de sistemas, direito comparado, métodos documentais, bibliográficos, dialéticos, dogmáticos, lógico-legais, sistêmico-estruturais e de modelagem.

**Conclusões.** Após a realização deste estudo, os autores sugeriram suas próprias formas de resolver aspectos problemáticos da regulamentação legal da extradição na Ucrânia.

**Originalidade ou valor.** Este estudo analisa a legislação ucraniana e as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O estudo da detenção fora do território da Ucrânia do ponto de vista da legislação nacional da Ucrânia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é complementar. Este artigo define os fundamentos legais e o procedimento para a extradição de pessoas que cometeram um crime fora do território da Ucrânia. São analisadas as peculiaridades da legislação nacional em caso de detenção de uma pessoa que cometeu um crime fora do território da Ucrânia, são identificadas questões problemáticas nesta área e são propostas soluções próprias. O aspecto da realização dos direitos e liberdades do detento, incluindo o direito à proteção, é investigado separadamente.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Direito Internacional

## 1 Introduction

The problem of crime is an aspect that can never be avoided in any society. Therefore, the study of extradition is relevant. The essence of extradition is that when someone commits a crime in the territory and flees to another country for fear of persecution, he is arrested in that country and handed over (upon request) to the state by a person suspected or accused of committing a crime or a convicted criminal. There is that tendency the country where the crime was committed is always asking the country if resident in sending back this criminal to be trialed and persecuted in the country where the crime was committed according to the law of that country. The issue here is that during the process of extradition, it is the responsibility of the demanding state in ensuring that the fundamental right of those detained should be respected and secured. In the context of the growth of transnational crimes, issues of international cooperation of states in the field of tracing and deten-

tion of persons who have committed criminal offenses are of special urgency and interest.

The situation in this present dispensation has become interesting and appetizing as there are unified and harmonious efforts of states in this direction with its primary objective being that of preserving state sovereignty and security. Aspect of extradition when issues of crime commission is concerned involved one of the main types of international cooperation within criminal proceedings and even most of the time constitutes the most difficult to implement, since it includes not only extradition as it is, but also a set of measures aimed at its ensuring. The importance of legal regulation of the institution of extradition within the system of international cooperation in criminal proceedings carried out by different states is determined by the national interests of each state in order to prevent crime on their territories<sup>1</sup>.

The authors intention in pinpointing this special interest was in offering a deep understanding of the concept of extradition as an act of legal aid based on international treaties and universally recognized norms and principles of international law that involves the transfer of the accused or convicted by the state (on the territory of which he is located now) to the state requiring his transfer (on the territory of which that person committed a crime or a citizen of which he is), or to the state that has suffered from a crime, for bringing him to criminal liability or for bringing to trial<sup>2</sup>.

In modern legal science, the concept of extradition is not limited to international law. P.S. Nalbandian believes that “extradition is a procedural procedure for extradition of a person for criminal prosecution, execution of a sentence, as well as transfer of a person to serve a sentence or apply to him coercive measures of a medical nature in a foreign or Ukrainian state”<sup>3</sup> I.V. Ochkasov is convinced that “extradition is the oldest form of mutual assistance of states in the fight against crime, in which the transfer of one state to another, a

<sup>1</sup> ROBINSON, M.; MOODY, L. Capital punishment, international law and human rights. *International Journal of Criminal Justice Sciences*, n. 142, p. 298-319, 2019. DOI: 10.5281/zenodo.3723480/.

<sup>2</sup> VALIEIEV, R. *Extradition of criminals within modern international law certain issues of the theory and practice*. Kazan: Publishing House of Kazan University, 1976.

<sup>3</sup> NALBANDIAN, P. S. Problems of regulation and implementation of extradition under criminal procedure legislation. *Legal Horizons*, n. 11, p. 253-256, 2012.



person prosecuted for a crime, to bring him to justice or to execute his sentence”<sup>4</sup>. And the scientist P.R. Izmailov believes that

extradition can be defined as a type of legal assistance provided by subjects of international law at the request or request of the competent authorities, including the extradition of accused and convicted persons in order to prosecute them or serve their sentences. On the basis of international legal norms and domestic legislation<sup>5</sup>.

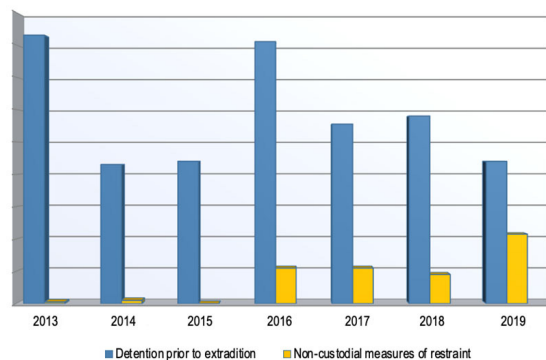
Bilateral and multilateral treaties, national extradition laws and, in some cases, the principle of reciprocity and morality can be used as a basis for extradition in modern international law. In studying this issue, we found that many international legal documents and decisions are devoted to the problems of extradition activities.

It is clear that, in general, the right to liberty and security of a person is of the utmost importance in a democratic society in terms of Article 5 of the Convention<sup>6</sup>. The mentioned article is very important, because it is related to the basic principle of modern criminal law - the presumption of innocence. In particular, this means that the person to be remanded in custody must be treated with particular caution, bearing in mind the presumption of innocence. Otherwise, the state on whose behalf the public authorities took the detainee in custody may be obliged to compensate the person who was unjustifiably detained for the damage caused<sup>7</sup>.

International human rights law in its aimed of upholding the standard of human protection and safety has stipulated and proscribes that any aspect of arbitrary arrest and detention of persons presumed of crime commission should be questionable and authorize in its entirety. Under no circumstances should someone be arrested arbitrarily even though sufficient evidence shows the commission of the offence. The fact that arrest is a legal basis stipulated in criminal texts, the manner in which it is carried out should be able in respecting the fundamental human right the person arrested espe-

cially at the level of their treatment during the detention process awaiting trial<sup>8</sup> (Figure 1). Thus, the legal institution of extradition has a comprehensive nature, since it performs an integrative function in the field of international cooperation of Ukraine with other states; it serves as the most important instrument for fulfilling international obligations in the field of criminal justice.

**Figure 1** - Application of detention prior to extradition and non-custodial measures of restraint to ensure extradition during 2013-2019



This article aimed at establishing and emulating the relevant issues surrounding the detention of person presumed of committing a criminal offense outside the territory of Ukraine in respect with the provisions adumbrated by the European Court of Human Rights (ECtHR). The study was conducted through the prism and euphoria of the national legislation and the relevant case law of the ECtHR. Research national legislation of Ukraine and the practice of the European Court of Human Rights in the field of extradition by one state to another person suspected or accused of committing a crime or a convicted offender. Implement a comprehensive and systematic criminal law characterization of the institution of extradition of persons who have committed a criminal offense, as well as the formulation on this basis of scientifically sound proposals to improve the legal regulation of relations in this area and law enforcement practice. Define the concept of extradition of a person. To analyze the features of the normative regulation of detention of a person who has committed a criminal offense outside the territory of Ukraine, enshrined in current criminal procedure legislation.

<sup>4</sup> OCHKASOVA, I. V. Formation and development of the institute of extradition. *Legal Journal*, n. 1, v. 13-14, p. 13-14, 2005.

<sup>5</sup> IZMAILOV, P. R. Extradition problems in public international law. *Legal Horizons*, n. 5, p. 46-55, 2010.

<sup>6</sup> CONVENTION for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 1950. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#). Access on: Apr. 2021.

<sup>7</sup> STANIĆ, M. Neophodnost određivanja pritvora i naknada štete u praksi Evropskog suda za ljudska prava-smernice za Srbiju. In: *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*. Beograd: Institut Za Upravedno Parvo, 2019. p. 269-281.

<sup>8</sup> NGUINDIP, N.; ABLAMSKYI, S. Ensuring the right to liberty and security of person in Ukraine and Cameroon: a comparative analysis in the area of criminal justice. *Commonwealth Law Review Journal*, n. 6, p. 281-304, 2020.

Mentioned above methods were used in the paper with the view of their interconnection and interdependence, which ensured comprehensiveness, completeness and objectivity of the research. The methodological basis is an interdisciplinary approach, where the basis of the theoretical and practical component are the fundamental provisions of the theory of criminal proceedings. An objective analysis of the subject was possible due to the use of a set of methods of general and special scientific knowledge.

Modern methods of scientific knowledge were used while writing the article. In particular, the method of systematic analysis was used by the authors to analyze the decisions of the ECtHR and the benefits of international acts. The comparative legal method has helped to reveal the peculiarities of national legislation of Ukraine in comparison with international standards and norms<sup>9</sup>.

Dialectical method, according to which the studied phenomena were studied in the unity of their factual essence and legal form, which allowed to consider extradition in their constant development and to identify the conditionality of such development. The dogmatic method and the logical-legal method contributed to the study of the legislation of Ukraine on criminal liability, other regulations and bylaws, to clarify the content and meaning of the concepts used in them, to identify shortcomings, justify conclusions and proposals for changes and additions.

The system-structural method was used to study specific elements of criminal law governing the features of the institution of extradition of persons who have committed a criminal offense. Structural and functional method, which contributed to a comprehensive study of the unification of extradition rules. The modeling method was used to formulate proposals for improving the legislation of Ukraine on the institution of extradition of persons who have committed a criminal offense in Ukraine, both in theoretical and practical terms<sup>10</sup>.

Documentary analysis made it possible to develop propositions and recommendations for improving the

development of national legislation concerning the exercise of departmental control over the activities of judges. The bibliographic method provided the authors with the opportunity to select the necessary number of scientific sources focused on the issue. The researchers used data from documentary study, ECtHR judgments, decisions of national judges on the issue under study and his experience as a police officer.

The fact that the main law governing issues of protecting the right of the offender is well articulated and explained in the ECtHR system in which Ukraine is a party. The ECtHR has established a standard in which those involved in extradition must be respected by member countries. Our main worry here is at the level of Ukrainian domestic law as to extradition. What will be the situation where the so called ECtHR standard contravenes that put in place by the country in question? Will Ukraine jeopardize its territorial security and the most fundamental, sovereignty in respecting the provisions of the ECtHR system as to the subject matter in question? We think this is aspect of rational and rethinking platform when aspect of state security and sovereignty is threatened. It is acceptable concept that there is a need of unifying laws especially in aspect of criminal proceedings, but as far as the security of the state is concerned issues of this nature has to be questionable.

## 2 The need for recognizing and determining the legal basis for the extradition of offenders

Today United Nations (UN) documents are of great importance. The UN works in several areas, including upholding peace and security by helping nations and parties negotiate with each other and by seeking peacekeeping forces. It also delivers humanitarian aid and promotes sustainable development across the globe. Most relevant for this paper is that the UN works to promote and protect human rights — those rights laid out in the 1948 document, the Universal Declaration of Human Rights. The UN upholds international law. The Preamble to the UN Charter states that its purpose is “to establish conditions under which justice and respect

<sup>9</sup> EPIHIN, A.; ZAITSEV, O.; TATTANINA, L.; MISHIN, A. Extradition of a person for criminal prosecution: international law and national aspects. *Revista San Gregorio*, v. 41, p. 121-127, 2020. DOI: 10.36097/rsan.v1i41.1490.

<sup>10</sup> BOGATYROVA, O.; BOGATYROV, I.; BOGATYROV, A.; HRYTSAENKO, L.; YERMAKOVA, G. S. Criminological analysis and its economic rate of the crime in the places of confinement of Ukraine for the last decade (2010-2019). *International Journal of Management*, v. 11, n. 5, p. 1214-1224, 2020.

for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained<sup>11</sup>.

Of fundamental interest and explanation, the issue of extradition of offenders is governed by the Convention on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters of 1993<sup>12</sup>. This Convention was ratified by the Law of Ukraine dated from October 10, 1994 with the appropriate reservations, and it became effective for our country on April 14, 1995. We should also name among important international documents the Model Extradition Treaty, adopted by the Resolution of the General Assembly of the United Nations on December 14, 1990<sup>13</sup>. Equally important is the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, the Protocol on the Status of Refugees of 1967, to which Ukraine acceded on January 10, 2002<sup>14</sup>, and which include provisions on the extradition of offenders, as well as the grounds for the extradition of persons granted with the refugee status.

Since 1992 and till now, Ukraine has concluded a number of bilateral international treaties with other countries of the world regulating the issues of international cooperation in realizing criminal proceedings, including during the extradition with different countries with the aimed of ensuring that aspect of extradition should be handled with utmost importance. The issue here is that handling issue of extradition is a complex and sometimes time demanding, as it can affect the relationship existing between the states of the said regional grouping in question. But it is necessary to check the capabilities of the Ukrainian state with the help of concluded agreements to compromise its internal security, adhering to the provisions of bilateral agreements.

The situation at hand becomes of high debate in issues related to extradition, like that of bilateral international treaties of the former USSR are still in for-

ce in Ukraine. They are applied within the succession procedure, and are concluded with such states as: The People's Republic of Albania<sup>15</sup>, the Federal People's Republic of Yugoslavia<sup>16</sup>, the Iraqi Republic<sup>17</sup>, the Republic of Finland<sup>18</sup>, the People's Democratic Republic of Algeria<sup>19</sup>, the People's Democratic Republic of Yemen<sup>20</sup>, the Tunis Republic<sup>21</sup>, the Republic of Cyprus<sup>22</sup>.

This notion of the law put in place has been a glorified platform even though plagued with the problem of enforcing laws regard to the situation, when it is necessary to extradite a person to a state, which has not concluded an international treaty with Ukraine. In this case, the practice of the ECtHR should be taken into account. In particular, the § 87 of the judgment on *Öcalan v. Turkey*, the ECtHR found out the following: in regard to the arrangements on the extradition existing between the states, one of which is a party to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and another is not, the norms established by the extradition treaty or, in the absence of such a treaty, the terms of cooperation of such states are also considered as essential factors to be taken

<sup>11</sup> ROBINSON, M.; MOODY, L. Capital punishment, international law and human rights. *International Journal of Criminal Justice Sciences*, n. 142, p. 298-319, 2019. DOI: 10.5281/zenodo.3723480/.

<sup>12</sup> CONVENTION on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters. 1993. Available at: <https://www.unhcr.org/protection/migration/4de4edc69/convention-legal-aid-legal-relations-civil-family-criminal-cases-adopted.html>. Access on: Apr. 2021.

<sup>13</sup> UN GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 45/116*. Model Treaty on Extradition. 1990. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/995\\_687#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/995_687#). Access on: Apr. 2021.

<sup>14</sup> LAW OF UKRAINE. *On the Accession of Ukraine to the Convention Relating to the Status of Refugees and the Protocol Relating to the Status of Refugees*. 2002. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2942-14#>. Access on: Apr. 2021.

<sup>15</sup> AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the People's Republic of Albania on the Provision of Legal Assistance in Civil, Family, Marital and Criminal Matters. 1958. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/008\\_002#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/008_002#). Access on: Apr. 2021.

<sup>16</sup> AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the Federal People's Republic of Yugoslavia on Legal Assistance in Civil, Family and Criminal Matters. 1962. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/891\\_001#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/891_001#). Access on: Apr. 2021.

<sup>17</sup> AGREEMENT on Mutual Legal Assistance between the Union of Soviet Socialist Republics and the Republic of Iraq. 1973. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/368\\_001#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/368_001#). Access on: Apr. 2021.

<sup>18</sup> AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the Republic of Finland on Legal Protection and Legal Assistance in Civil, Family and Criminal Matters. 1978. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/246\\_008#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/246_008#). Access on: Apr. 2021.

<sup>19</sup> AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the People's Democratic Republic of Algeria on Mutual Legal Assistance. 1982. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/012\\_002#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/012_002#). Access on: Apr. 2021.

<sup>20</sup> AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the People's Democratic Republic of Yemen on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters. 1986. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/887\\_003#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/887_003#). Access on: Apr. 2021.

<sup>21</sup> AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the Tunisian Republic on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters. 1986. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/788\\_050#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/788_050#). Access on: Apr. 2021.

<sup>22</sup> AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the Republic of Cyprus on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters. 1984. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/196\\_002#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/196_002#). Access on: Apr. 2021.



into account in determining whether the arrest, which became the basis of a complaint to the Court, is lawful.

In itself, the fact of compliance with the law on detention in extradition proceedings is insufficient. The decision must meet the criterion of good faith. This was recalled by the European Court of Human Rights in its judgment in *Shikhsaitov v. Slovakia*<sup>23</sup> (application no. 56751/16). The court concluded that the authorities had not acted in good faith and that the grounds for the applicant's detention had lapsed. This violated Article 5 § 1 of the Convention.

The risk of inhuman or degrading treatment to the extradited person may be a legitimate ground for refusing extradition in accordance with international agreements. However, this risk must have a sufficient factual basis. This has been pointed out by the European Court of Human Rights in *Romeo Castano v. Belgium*<sup>24</sup> (application № 8351/17). The ECtHR emphasized that the detection of a violation did not necessarily mean that Belgium was obliged to transfer N.J.E. authorities of Spain. The lack of sufficient factual support for the refusal to extradite it led the Court to conclude that there had been a violation of Art. 2. Nor has it in any way diminished the Belgian authorities' obligation to verify that N.J.E. to be treated contrary to Art. 3 of the Convention in case of its transfer to the Spanish authorities.

In *Novik v. Ukraine*<sup>25</sup> (2008), "the Court reiterates that any deprivation of liberty under Article 5 § 1 (f) of the Convention is justified only at the time of the deportation and extradition proceedings. If this issue is not considered in good faith, detention shall no longer be justified under this paragraph." In the present case, the court ruled that "in the circumstances of the present case it cannot be said that during the 28 days of the applicant's detention while the extradition proceedings were in progress, the relevant authorities did not act with due diligence".

The court ruled that when deciding on the extradition of a foreigner to his homeland, the authorities must take into account the state of health of the person. Otherwise, the administrative measure can be regarded as inhuman treatment. The European Court of Human Rights ruled in *Khachaturov v. Armenia*<sup>26</sup> (application no. 59687/17). Suren Khachaturov, a Russian citizen and former head of the state institution, was living in Yerevan when the Armenian authorities decided to extradite him to Russia. There he was suspected of committing corruption offenses<sup>27</sup>.

Khachaturov appealed against the decision on the grounds that extradition and his transportation could pose a risk to his health, as he had serious problems due to a stroke. So the man referred to Art. 2 (right to life), Art. 3 (prohibition of inhuman and degrading treatment), Art. 18 (reservations on the application of restrictions on rights), Art. 34 (right to individual appeal) and Art. 38 (adversarial proceedings) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

The Strasbourg Court agreed that if the applicant was extradited to Russia without a proper assessment of his health, the Armenian authorities would violate Article 3 of the Convention. As regards the application of the interim measure under Rule 39 of the Regulation, the ECtHR confirmed its validity until that decision became final or until further notice. The ECtHR also ruled that the detection of a potential violation of Art. 3 of the Convention constituted in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which might have been inflicted on the applicant.

The fact itself of the refugee's extradition as a result of the cooperation of the states does not make the detention unlawful and, accordingly, does not provide reasons to any questions under the Article 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>28</sup>. Considering this decision, one can understand that even in cases, when a person

<sup>23</sup> CASE of *Shikhsaitov V. Slovakia*. 2020. Application No. 56751/16 and 33762/17. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-206369%22%5D%7D>. Access on: Dec. 2020.

<sup>24</sup> CASE of *Romeo Castano V. Belgium*. 2019. Application No. 8351/17. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-194618%22%5D%7D>. Access on: July 2019.

<sup>25</sup> CASE of *Novik V. Ukraine*. 2008. Application No. 48068/06. Available at: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,496365562.html>. Access on: Dec. 2008.

<sup>26</sup> CASE of *Khachaturov V. Armenia*. 2021. Application No. 59687/17. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-13317%22%5D%7D>. Access on: June 2021.

<sup>27</sup> STANIĆ, M. Neophodnost određivanja pritvora i naknada štete u praksi Evropskog suda za ljudska prava-smernice za Srbiju. In: *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*. Beograd: Institut Za Upravno Parvo, 2019. p. 269-281.

<sup>28</sup> CASE of *Öcalan V. Turkey*. 2005. Application No. 46221/99. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-69022%22%5D%7D>. Access on: Apr. 2021.

has been apprehended on the territory of Ukraine and who is a citizen of a non-member state of the Council of Europe, such a detention can be admitted legal.

Recently, the relevant practice of the ECtHR has been formed regarding the violations by Ukraine of the Articles 3, 5, 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while hearing the extradition cases by national courts. An example of this may be the following rulings in the cases of *Novik v. Ukraine*<sup>29</sup>, *Soldatenko v. Ukraine*<sup>30</sup>, *Kreydich v. Ukraine*<sup>31</sup>, *Khomullo v. Ukraine*<sup>32</sup>. Consequently, these and other rulings of the ECtHR should be taken into account in the law-enforcement practice of law enforcement authorities, the extradition court.

In *Soldatenko v. Ukraine*, the court noted that

the purpose of Article 5 § 4 of the Convention is to protect the right of persons detained and detained to judicial review of the lawfulness of the measure applied to them. Appropriate remedies should be available to the detainee during his or her detention and enable him or her to obtain immediate judicial review of the lawfulness of his or her detention and, in appropriate circumstances, to obtain his or her release.

That is, in this case, the court found a violation of the right to defense during the extradition procedure.

Some principles of extradition are common to many countries. For example, many states have waived their obligation to extradite their citizens. Indeed, the Constitutions of Slovenia and Colombia prohibit the extradition of their citizens. In Argentina, the United Kingdom, and the United States, citizens can only be extradited if the extradition treaty allows it. Another common principle of “double crime”, which states that the alleged crime for which extradition is requested should be enshrined in law in both the requesting and the requested countries. In accordance with the principle of specificity, the requesting State may prosecute

a person only for the offense for which he or she was extradited and may not extradite a detainee to a third country for offenses committed prior to initial extradition. At the same time, the latest developments in the national legislation of a number of countries move away from the “strict” ban on extradition and provide for certain exceptions to this rule. Examples of this kind can be found in the legislation of Kazakhstan and Georgia, which allow the extradition of citizens in cases provided for by international treaties.

One of the most contentious issues concerning extradition is the exception for most political crimes, the standard provision in most extradition laws and treaties that gives the requested State the right to refuse extradition for political crimes. Although this exception may have acquired the status of a general principle of law, its practical application is far from resolved. The evolution of international law and the development of an almost general consensus, condemning some forms of criminal behavior, have limited the scope of this principle, so that it now excludes the most serious international crimes, such as genocide, war crimes and crimes against humanity. Apart from these and some other cases, however, there is very little agreement on what constitutes a political crime, and thus states can exercise considerable freedom of application except for political crimes.

That is why, despite the numerous extradition agreements that exist throughout the world community, there are still cases of illegal international extradition. Such incidents have repeatedly attracted the attention of the world press and even provoked heated discussions within the UN, as states allege violations of their sovereignty. Probably the most notorious cases of illegal international extradition occurred in the last half of the twentieth century, such as the abduction by Israeli agents in 1960 of Nazi war criminal Adolf Eichmann from Argentina and the 1989 extradition of Panama General Noriega’s gunboat to the United States.<sup>33</sup>

Thus, the system of sources of law regulating the issue of extradition consists of generally accepted principles and norms of international law, international treaties of Ukraine, the Constitution, the Criminal Procedure Code of Ukraine (hereinafter the CPC of

<sup>29</sup> CASE of *Novik V. Ukraine*. 2008. Application No. 48068/06. Available at: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,496365562.html>. Access on: Dec. 2008.

<sup>30</sup> CASE of *Soldatenko V. Ukraine*. 2008. Application No. 2440/07. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-89161%22%5D%7D>. Access on: Apr. 2021.

<sup>31</sup> CASE of *Kreydich V. Ukraine*. 2009. Application No. 48495/07. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-96116%22%5D%7D>. Access on: Apr. 2021.

<sup>32</sup> CASE of *Khomullo V. Ukraine*. 2014. Application No. 47593/10. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-148229%22%5D%7D>. Access on: Apr. 2021.

<sup>33</sup> BUTKO, L. A. Extradition of a person who has committed a criminal offense (extradition): some theoretical and practical aspects. *International Scientific Journal Internanka*, n. 21-26, p. 87-96, 2018.

Ukraine), the Criminal Code of Ukraine, ECtHR Rulings, norms of other regulatory acts. At the same time, it should be emphasized that the procedural aspects of the extradition, and in particular the application of preventive measures, are regulated by special bilateral treaties that most accurately take into account the peculiarities of the legislation of both states.

### **3 Understanding the Phenomenon of Detention of a Person Who Committed a Criminal Offense outside the Territory of Ukraine**

Crime at today's stage of society is an extremely serious threat to its further development. Over the years, crime has become dangerously transnational in nature. Today, it is quite difficult for the government of any state to take measures that are effective in combating crime without taking any form of international cooperation. All States must understand that none of them is fully protected from transnational crime. As a result, in international law, the fight against crime is one of the priority areas of international cooperation of all states and creates the need for cooperation between states in these conditions. Given that Ukraine has become the object of growing interest of international criminal groups (for example, in the areas of money laundering, illegal migration, trafficking in human beings, weapons, dangerous materials, drugs, etc.), the solution of important socio-economic, political and other goals for Ukraine it is practically impossible without her participation in international cooperation in the fight against crime, in the activities of international law enforcement organizations.

Therefore, Ukraine's participation in international cooperation in the fight against crime, in full compliance with the principles of international law is necessary. It is logical that such cooperation with the countries of the world and international organizations is a guarantee of elimination of many problems not only of foreign policy, foreign economic, but also internal character. The need for international cooperation in the fight against crime for Ukraine requires a more detailed comprehensive study of certain issues related to this activity. Certain problematic issues of international cooperation in the fight against crime, including with the participa-

tion of Ukraine, are increasingly becoming the main topic for discussion in the media, as well as the subject of discussion in science.

It should be added that an important foreign policy task for Ukraine is to create and ensure a secure international environment, improve cooperation in preventing transnational crime in the international and regional dimensions, which in turn will ensure and promote Ukraine's development. The state wants to obtain for itself a high geopolitical status of a full-fledged and equal subject in the system of international relations, to establish itself as a reliable partner in resolving complex issues related to cooperation in combating crime. Extradition and detention is a pre-extradition stage of the cooperation between states in the field of counteraction to crime and is carried out in order to ensure the possibility of sending a request for extradition by diplomatic channels, which may last a long time and make it impossible to hide suspects from pre-trial investigative agencies and the court.

International cooperation in the criminal prosecution of perpetrators of crimes is an impetus for the modernization of law enforcement, regardless of existing contradictions. The execution of extradition is a manifestation of the goodwill of the issuing state and a confirmation of its adherence to global standards for the protection of values that are significant for humanity from unlawful encroachments. In this regard, the extradition of persons who have committed not only conventional but also conventional crimes is carried out<sup>34</sup>.

The freedom of the individual is ensured by the fact that the citizen, a suspect in the commission of a crime may be detained only for reasons specified by law. Appropriate understanding of them is the foundation for legislative work in the field of procedural regulation. otherwise, this may lead to legal grounds for detention by an authorized official that do not correspond to the very nature and purpose of the institution, which may result in certain inconsistencies and conflicts in law enforcement practice. This contributes to the need for a more extensive analysis of the grounds for detention of a person suspected of committing a criminal offense

<sup>34</sup> CHERNIAVSKYI, S.; HOLOVKIN, B.; CHORNOUS, Y.; BODNAR, V.; ZHUK, I. International cooperation in the field of fighting crime: directions, levels and forms of realization. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory*, n. 223, p. 1-11, 2019.



and to address the issue of the expediency of expanding their list, taking into account international legal models.

The provisions of the Article 582 of the CPC of Ukraine determine the specifics of the detention of a person, who has committed a criminal offense outside Ukraine. It should be noted that such a detention is carried out on the territory of Ukraine, therefore, we should take into account operation principle of the CPC in the space. According to this principle, criminal proceedings on the territory of Ukraine are carried out on the grounds and in the manner prescribed by the CPC, regardless of the place of the criminal offenses commission. Besides, Part 1 of the Article 582 of the CPC of Ukraine states that the detention of a person on the territory of Ukraine wanted by a foreign state in connection with the commission of a criminal offense is carried out by an authorized official. Considering the above mentioned, it can be argued that in the case of the commission of a criminal offense outside of our state, the procedure for his detention on the territory of Ukraine is regulated by the criminal procedural legislation of Ukraine.

In accordance with Part 7 of the Article 582 of the CPC of Ukraine, the procedure for the detention of such persons and consideration of complaints about their detention is carried out in accordance with the Articles 206, 208 of the CPC of Ukraine, taking into account the specifics established by the Section IX of the CPC of Ukraine International Cooperation in the Course of Criminal Proceedings. Considering the provisions of the Article 208 of the Criminal Procedural Code of Ukraine, an authorized official who has carried out the detention of a person (including a person who committed a criminal offense outside Ukraine) must immediately inform the detainee the grounds for detention and state the offense he is suspected of committing in a language which he understands, as well as to explain his rights. At the same time, a protocol is drawn up on the detention of a person suspected in committing a crime.

The specifics of the detention of a person who committed a criminal offense outside of Ukraine are, above all, in the order of informing prosecutors of different levels about such a detention. If in the case of the detention of a person in accordance with the Article 208 of the CPC of Ukraine we just need to send a copy of the detention report to the prosecutor, then in case of apprehension of a person wanted by a foreign

state, in accordance with the Article 582 of the CPC of Ukraine we have immediately to inform the prosecutor about such an action, within the territorial jurisdiction of which the detention was carried out, and to send him a written notification. Such a notification must contain detailed information on the grounds and reasons for the detention, with a copy of the detention protocol.

The prosecutor, within the territorial jurisdiction of which the detention was carried out, must:

- 1) verify the legality of the detention of a person wanted by the competent authorities of foreign states. In this case, in our opinion, the prosecutor must check the observance of national legislation on the legality of the procedure and the grounds for the detention of such a person. The prosecutor must also verify the correspondence of the detained person to the wanted person and the possibility of extradition to the requesting party and the proper reason for extradition;
- 2) execute and immediately send a notice of the detention of a person wanted by the competent authorities of foreign states to the relevant regional prosecutor's office<sup>35</sup>.

The central bodies of Ukraine for extradition are the Prosecutor General's Office of Ukraine (for the extradition of suspects in criminal proceedings at the stage of pre-trial investigation) and the Ministry of Justice of Ukraine (for the extradition of defendants convicted in criminal proceedings at the stage of trial or execution). No later than 60 hours after detention, the person must be brought to court for consideration of one of the requests: for temporary arrest (if no request for extradition (extradition) has been received or for extradition arrest (if a request for extradition (extradition) has been received) Most often, at this stage a request for extradition has not yet been received, so the prosecutor is forced to apply to the court for temporary detention for up to 40 days, which must be considered by the investigating judge as soon as possible, but no later than seventy-two hours. According to the results of the trial, the investigating judge may rule on the application of temporary arrest or refusal to apply temporary arrest, if there are no grounds for his election. It should be noted that Part 6 of Article 583 of the CPC of Ukraine does not provide for alternative, a more lenient, precautionary

<sup>35</sup> CRIMINAL Procedure Code of Ukraine. 2012. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05#>. Access on: Apr. 2021.

ry measure (house arrest, bail, personal commitment). That is, the investigating judge may or may not apply you are suspended, or your application is denied and you are released from custody.

#### **4 Rationale for Detention of a Person Wanted by the Competent Authorities of Foreign States**

The Article 208 of the CPC of Ukraine contains cases, when it is possible to detain a person suspected of committing a crime. However, they are related to the time of the crimes commission (for example, if a person was caught in the commission of a crime or an attempt to commit it, or if the witness, including the victim, or a set of obvious signs on the body, clothing, or place immediately after the crime was committed, indicate on the fact that this person has just committed a crime) or there are reasonable grounds to believe that a possible escape is possible in order to evade the criminal liability of a person suspected of committing a serious or particularly serious corruption offense, classified by the law to jurisdiction of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine.

According to the research, authorized persons during the detention of a person in accordance with the Article 582 of the CPC of Ukraine refer to the reports of the Ukrainian Bureau of Interpol of the National Police of Ukraine on finding a wanted person. Thus, one of the tools of extraterritorial prosecution by a law enforcement agency is cooperation within the International Criminal Police Organization, which is abbreviated to Interpol. Interpol is an international organization headquartered in Lyon, France, which includes 194 member states. Its main purpose is to ensure access of law enforcement agencies of the participating States to information on crimes committed and persons suspected of committing them, as well as technical support in the process of maintaining information databases and access to them. Interpol databases can be viewed as a global instrument for combating crime, in particular for the prevention, detection and investigation of crimes, the detection of persons (suspects, defendants, convicts, missing persons), vehicles, items and objects, identification of persons who cannot report any information about themselves, including sick people and

children, unidentified corpses, etc. One of the key functions of the Interpol General Secretariat is the creation and guarantee of operation of international databases of forensic and investigative information.

The National Bureau has the right to issue 8 different types of circulars (messages), 7 of which are given the appropriate color, based on their purpose: red, blue, green, yellow, black, orange and purple. The most common is the “red” circular, which means that the competent authorities of the Member States of Interpol undertake to arrest a person in the event of his detention on their territory. The purpose of the publication may be different. Search for missing persons (yellow card), collection of information on persons who may have committed a crime (blue card), reports on persons who have previously committed crimes and may be dangerous to society (green card), and others. However, the most popular is the “red card”, which is necessary to establish the whereabouts and arrest of the wanted person for further extradition, or similar legal actions. Therefore, the record of a certain person may be displayed on the Organization’s website or be available only to law enforcement agencies of other states. As he only testified that one of the member countries of the organization had issued a decision on her arrest.<sup>36</sup> In the frames of our study, the most interesting is the database Persons or a red-corner message that contains the description of the appearance, photographs, fingerprints, passport numbers and other documents of the wanted person, legal information a crime for the commission of which a person is suspected, the articles of the criminal law this act is provided for, what punishment is applied for the commission of such crimes, reference to details of the court decision which determined a preventive measure, the probable countries of residence.

It should be emphasized that the Interpol red-corner message (the database Persons) is not itself a reason for the detention, but is published on the basis of a court decision of the state, which detects a person (in particular, a warrant for arrest). We believe that the reason for the detention of a person who committed a criminal offense outside of Ukraine, in accordance with the Article 582 of the CPC of Ukraine is the existence of a procedural document on the election of a preventive

<sup>36</sup> BAKONINA, E. *Search by Interpol: how to stop, and how to prevent*. 2021. Available at: [https://jurliga.ligazakon.net/analityczs/201226\\_rozshuk-nterpolom-yak-pripiniti--yak-zapobgti](https://jurliga.ligazakon.net/analityczs/201226_rozshuk-nterpolom-yak-pripiniti--yak-zapobgti). Access on: Apr. 2021.

measure for such a person by the competent authorities of a foreign state or another order, which has the same force and issued in accordance with the procedure provided by the legislation of a foreign state (for example, a European order or preventive arrest under the legislation of the Republic of Moldova).

Regarding the above mentioned and in order to determine the reasons for the detention of a person who committed a criminal offense outside Ukraine, we believe it is necessary to supplement Part 1 of the Article 582 of the CPC of Ukraine with the following wording: ... Detention of a person who committed a criminal offense outside Ukraine is carried out in case of the election of a preventive measure by a competent authority of a foreign state<sup>37</sup>. All these procedures put in place is important in effecting the phenomenon of extradition and detention, but the question one need to be answering now is in determining whether the measures posits by the law are implemented within the confines of the Ukrainian territory.

It will be of no it little use of establishing measures by the various criminal proceedings dispositions, and these instruments becomes mere dressing and admirable platform with no grounds of implementation. The issue here is not even the extradition or detention process in nature, we just have to understand here that aspect of human rights protection is always necessary in every stage of the criminal proceedings whether the person committed the offence or not. There is the need in ensuring that the fundamental human rights of the accused or offender should be respected by both countries be it residing country or country demanding the extradition. In case such human right is not respected, then it will therefore affect the *raison d'être* of the human rights system especially that put in place by the European Human Rights system. As we have already mentioned, at each stage of the person have a certain amount of guarantees, and this procedure can be considered a kind of guarantee that ensures the adoption of an impartial and appropriate bylaws decision on the extradition of such persons. This procedure is permanent, and the violation of the stages of certain procedures entails the illegality of the decision, and in each of the stages of violation of procedural guarantees,

which are inherent in a particular stage, becomes the basis for appealing the extradition decision. The procedural nature of extradition procedures makes it possible to talk about the differentiation of these guarantees in accordance with each of the stages of the extradition process.

## 5 The Issues of Implementing Individual Rights of the Detained Person

In every matter relating to criminal proceedings, one of the fundamental rights of the detainee is the right to be immediately informed in a language understandable to him about the reasons for his arrest and about any charges against him. This is directly indicated in the Article 5 § 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The Court noted in §§ 27 and 28 of the ECtHR judgment of *Van der Leer v. the Netherlands*, that there are no grounds for excluding a person who is detained in custody for the extradition purpose from the scope of the Article 5 § 2<sup>38</sup>.

Similar provisions are established in the national legislation. Thus, according to Part 4 of the Article 208 of the Criminal Procedural Code of Ukraine, an authorized official who has carried out the arrest, must immediately inform the detainee the grounds for his detention and the commission of which offense he is suspected of in a language, which he understands, and to explain his rights. Besides, Part 5 of the Article 208 of the CPC of Ukraine provides for the drafting of a protocol on the detention of a person suspected of committing a crime, which is signed by the person who executed it and the detainee. Also, Part 4. of the Article 104 of the CPC of Ukraine states that before signing the protocol participants of the procedural action are given an opportunity to get acquainted with the text of the protocol. In order to properly exercise human rights, the legislator in Part 2 of the Article 581 of the CPC of Ukraine provided that the person who is under the consideration of the extradition and who does not speak the state language, shall be provided with the ri-

<sup>37</sup> CRIMINAL Procedure Code of Ukraine. 2012. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05#>. Access on: Apr. 2021.

<sup>38</sup> CASE of *Van Der Leer V. The Netherlands*. 1990. Application no 11509/85. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22it%22%3A%22001-57620%22%7D>. Access on: Apr. 2021.



ght to make statements, to file a petition, to speak in the court in the language he speaks, to use the services of an interpreter, and to obtain a translation of a court decision and the decision of the central agency of Ukraine in the language he used during the process.

However, these provisions do not answer such questions. How can the authorized official to inform immediately the reasons for the detention of a person who does not speak the state language? What is the required scope of information about the reasons for the detention? Besides, how can a detainee get acquainted with the protocol and sign it without proper acknowledgement? In this case, it is provided that in case of the detention of a person in accordance with the Article 582 of the CPC of Ukraine, an authorized official must immediately engage an interpreter. However, prior to the arrival of an interpreter, an authorized official must process the detention in a procedural manner by executing a protocol. In the nearest future, upon arrival of an interpreter, the detention protocol must be translated into a language understandable for the detainee and all the provisions of Ukrainian legislation must be explained to him. The problem of practical and organizational nature lies precisely how fast the interpreter may arrive. Therefore, the investigator, the prosecutor must take measures to quickly ensure the arrival of an interpreter in order to comply with all the rights of the detained person.

In regard to the clarification of the issue of establishing the required scope of information on the reasons for the detention, one should refer to the practice of the ECtHR. The adequacy of the provided information should be assessed according to the specific circumstances of each case<sup>39</sup>. However, the simple indication of the legal grounds for the arrest is not sufficient to comply with the objectives of the Article 5 § 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>40</sup>. Arrested persons must be informed in a simple, accessible, non-professional language of substantial legal and the actual reasons for the arrest, in order to enable them, if they deem it ap-

propriate, to go to court to appeal the lawfulness of the arrest in accordance with the Article 5 § 4 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>41</sup>.

However, the Article 5 § 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms does not require the information to include a complete list of convictions against the arrested person<sup>42</sup>. The ECtHR points out that in case, when a person is arrested for the purpose of the extradition, the information may be provided to a lesser extent<sup>43</sup>, since the arrest for such purposes does not require the existence of a judgment on the merits of the convictions. However, such persons must be provided with sufficient information to enable them to go to court to consider the lawfulness of their detention in accordance with the Article 5 § 4 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>44</sup>.

One of the fundamental rights of every person is the right to protection, guaranteed both at the international and national levels. The paragraph 2 of Part 1 of the Article 581 of the CPC of Ukraine guarantees the right to have a defense counsel and meet with him under conditions that ensure the confidentiality of communication, the presence of a defense counsel during interrogations to a person who is under the procedure of extradition. Under these provisions, a person has the right either to independently invite a lawyer or, at his request, a defense counsel must be involved by an investigator, a prosecutor, an investigating judge, a court. However, the participation of a defense counsel in the process of solving the issue of extradition of a person is not mandatory.

At the same time, we are convinced that the person who is under the procedure of extradition must be guaranteed with the obligatory participation of the defense

<sup>39</sup> CASE of Fox, Campbell and Hartley V. The United Kingdom. 1990. Applications No.12244/86; 12245/86; 12383/86. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57721%22>}. Access on: Apr. 2021.

<sup>40</sup> CASE of Murray V. The United Kingdom. 1994. Application No. 14310/88. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57895%22>}. Access on: Apr. 2021.

<sup>41</sup> CASE of Fox, Campbell and Hartley V. The United Kingdom. 1990. Applications No.12244/86; 12245/86; 12383/86. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57721%22>}. Access on: Apr. 2021.

<sup>42</sup> CASE of Nowak V. Ukraine. 2011. Application No. 60846/10. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-104289%22>}. Access on: Apr. 2021.

<sup>43</sup> CASE of Kaboulov V. Ukraine. 2010. Application No. 41015/04. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-95771%22>}. Access on: Apr. 2021.

<sup>44</sup> CASE of Shamayev and Others V. Georgia and Russia. 2005. Application No. 36378/02. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-68790%22>}. Access on: Apr. 2021.

counsel. This is due to the fact that a detained person who committed a criminal offense outside Ukraine may not understand the provisions of the Ukrainian criminal and criminal procedural legislation, which puts the person who is the subject to extradition and the criminal justice authorities in an admittedly unequal position. It is also important that such a person does not understand his rights and mechanisms for their implementation and protection. Regarding the above mentioned, we believe that the current legislation must provide the obligatory participation of a defense counsel while considering the issue of extradition of a person.

## 6 Concretising the Place of Detention in Ukrainian Positive Law

Article 29 of the Constitution of Ukraine stipulates that the justification for holding a person in custody as a temporary preventive measure must be checked by the court within seventy-two hours<sup>45</sup>. Provisions of the Article 211 of the CPC of Ukraine established that the term of detention of a person without the order of an investigating judge, the court cannot exceed seventy-two hours from the moment of detention. The period of detention of a person established by the legislator for 72 hours is also referred to the detention of a person wanted by the competent authorities of foreign states. Besides, according to the paragraph 1 of Part 6 of the Article 582 of the CPC of Ukraine, such a person must be transferred to an investigating judge within sixty hours from the moment of his detention to consider a motion to elect a preventive measure in the form of a temporary or extradition arrest. Otherwise, such a person should be released. Part 5 of the Article 583 of the CPC of Ukraine established that a petition for a temporary arrest should be considered by the investigating judge as soon as possible but not later than seventy-two hours after the person was detained. That is, an investigating judge has no more than 12 hours to establish a detainee's personality, to decide on the legality of the detention of a person wanted by the competent authorities of foreign states and to make a decision on the application of a temporary or extradition arrest.

<sup>45</sup> UKRAINE. [Constitution (1996)]. *The Constitution of Ukraine*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>. Access on: Apr. 2021.

The CPC of Ukraine also provides certain specific rules for the detention of a person declared to be internationally wanted. Thus, after the detention of a person declared to be internationally wanted, no later than forty-eight hours after he is brought to the place of the criminal proceedings, the investigating judge, the court with the participation of the suspect, accused should consider the use of the chosen preventive measure in the form of detention or his change to a milder preventive measure (Part 6 of the Article 193).

In resolving these issues, we should also consider the paragraph 4.8. of the Instructions on the procedure of using the possibilities of the Interpol National Central Office in Ukraine by law enforcement agencies to prevent, detect and investigate crimes dated from January 09, 1997, which states that in case of apprehension or establishment of the wanted persons location on the territory of Ukraine, the initiator of his international search is obliged immediately, but in any case no later than 5 days, to inform the NCB in order to inform the law enforcement agencies of foreign countries about the termination of the search<sup>46</sup>.

An analysis of judicial practice demonstrates that there are cases, when prosecutors after the detention of a person file a motion for a temporary arrest in those cases, when we establish the circumstances under which the extradition is not carried out. For example, on January 10, 2017 a prosecutor of Kelmenetsky local prosecutor's office appealed to the Kelmenetsky district court of the Chernivtsi region with the motion to apply temporary arrest to a citizen of the Republic of Moldova PERSON\_5, since at 14:50 on January 7, 2017 at the border crossing point Rososhany a detained citizen of the Republic of Moldova PERSON\_5 who, according to the report of the working apparatus of the Ukrainian Bureau of Interpol of the National Police of Ukraine, is wanted by the law enforcement agencies of Romania for the purpose of arrest and subsequent extradition to Romania for criminal prosecution for committing a crime of the category of fraud smuggling.

The motion was accompanied by a decision of the court on the right and will to preventive arrest of the

<sup>46</sup> UKRAINE. The Order of the Ministry of Internal Affairs. The Prosecutor General's Office of Ukraine. Security service of Ukraine. *On the statement of the Instruction on the order of use of opportunities of NCB of Interpol by the law enforcement agencies*. 1997. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0054-97/page#>. Access on: Apr. 2021.

PERSON for a period of 30 days from the date of this measure. During the trial, it was found out that the detainee PERSON was accused of smuggling cigarettes on the territory of Romania, whereas, according to the legislation of Ukraine, such actions are not criminally punishable and do not provide imprisonment. Therefore, the court issued a ruling to refuse to apply a temporary arrest (Decision No 717/19/17, 2017). Consequently, the investigating judge quite rightly refused to apply a temporary arrest, since the crime for which the person was detained did not impose a sentence of imprisonment under the law of Ukraine.

Thus, it can be determined that the detention of a person who committed a criminal offense outside of Ukraine is a temporary preventive measure that is applied to a person declared to be wanted by a foreign state in case of the election of a preventive measure by the competent authority of a foreign state. It should be emphasized that the procedure for the detention of such persons is carried out in accordance with the criminal procedural legislation of Ukraine. However, in resolving the issue of the lawfulness of detention, the investigating judge must take into account both the provisions of the current CPC of Ukraine regarding the procedure for detention and the procedural execution, as well as special bilateral treaties that most accurately take into account the peculiarities of the legislation of both states.

It should be added that generally accepted international standards in the field of rights are necessary for extradition human rights, in particular regarding the right to life, liberty and security of person, to judicial protection, etc. Therefore, the legal regulation of extradition plays an important role, as well as the refusal to extradite, if we talk about the threat of non-compliance with these standards. We believe that the instrumental potential of law shows that there is no complex problem in the field of human rights (as well as any other complex problem of our time), which with sufficient mastery of mechanisms and legal tools could not find a proper solution according to civil society and legal logic<sup>47</sup>. Therefore, modern approaches to extradition issues, regulating its procedural order and taking into account international human rights standards, orient national criminal procedural legislation to the obser-

<sup>47</sup> ALEKSEEV, S. S. *Mystery is right*: his understanding, appointment, social value. Moscow: NORMA, 2001.

vance of human and civil rights at all stages of extradition proceedings, which is a necessary guarantee of ensuring the rights of persons involved in the criminal justice system in general and extradition proceedings in general.

## 7 Conclusions

Today, there is an intensification of cooperation between international and domestic criminal law, aimed at uniting the efforts of states in the fight against crime. Such cooperation has become the basis for improving the rules for providing legal assistance and extradition of persons who commit criminal offenses, as well as for the further development of the institution of extradition. The desire of each state to combat criminal activity is the basis for concluding relevant international agreements, in which extradition deserves special attention as a tool to ensure the inevitability of punishment and responsibility of the perpetrators. However, the development of normative regulation of the extradition institution is hindered by the national specifics of the procedure for extradition of persons who have committed a criminal offense, which is reflected in the relevant legislation of Ukraine. Thus, the issue of formation and consolidation of the institution of extradition in the domestic legislation is due to the lack of until recently in the criminal procedure legislation of Ukraine norms aimed at legal regulation of relevant relations in this area.

Ukrainian law pays considerable attention to the protection of individual rights during extradition, although there is a need to improve it. The purpose of extradition should be the legal administration of justice over a person without violating his rights and freedoms. Given the modern development of the legal society, the protection of human rights, the institution of extradition needs further study and improvement.

It should be concluded that the use of preventive measures against a person who committed a criminal offense outside of Ukraine is an integral part of the extradition institution in criminal procedural and international law. It should be emphasized that the provisions of the current criminal procedural law that regulates the procedure of the application of preventive measures during the extradition are to be improved and brought



into line with international legal acts, in particular, it is necessary:

1) to determine the grounds for the detention of a person who committed a criminal offense outside the borders of Ukraine, which is the existence of a procedural document on the election of a preventive measure for such a person by the competent authorities of a foreign state or another order which has the same force and issued in accordance with the procedure provided for by the legislation of a foreign state;

2) to provide the obligatory participation of a defense counsel in the process of extradition of a person who committed a criminal offense;

3) to determine the content and requirements for applying the temporary arrest and extradition arrest;

4) to exclude the provision of the Article 585 of the CPC of Ukraine as contradicting the international obligations of Ukraine;

5) we suggest to amend Part 2 of the Article 52 of the CPC of Ukraine with the clause 10 in the following wording: in the process of extradition of a person who committed a criminal offense from the moment of apprehension of a person who committed a criminal offense outside of Ukraine. We should stress that in case, when the lawyer does not speak the language spoken by the client, their meetings should be conducted in the presence of an interpreter.

Thus, it is necessary for domestic law to meet the standards of the so-called “True laws” established by the Convention. More precisely, it is a standard that requires the precision of the law, which allows a person to predict the consequences of his actions or inactions. It is also understandable that, in addition to precision, which in any case enables predictability of the law, the existence of clear procedural provisions is required. These preconditions which are in the competence of the legislator and which the legislator, above all, should take into account. However, when a valid law is adopted, it is up to the persons ordering detention to take a sensitive approach to ensure that detention is applied in accordance with its purpose.

As we have defined in the article, extradition is the transfer of a person by the competent authorities who have committed a crime in the State in whose territory he is located to the requested State if such crime has caused significant harm. As a rule, extradition is carried

out on the basis of an agreement between the respective states. It can be either a bilateral treaty or a multilateral convention, to which both the inviting and the invited state must be parties. An example of such a convention is the European Extradition Convention of 1957. In principle, extradition can be carried out without a contract, if required by the law of the invited party. The “extradition” of international crimes requires a revision of a number of international treaties, in particular, provisions that can be used to prevent the implementation of criminal proceedings for international crimes, and even more, the interests of the world community in combating international crime. On the positive side, in recent years, considerable attention has been paid to the study of the institution of extradition, as well as to ensuring the rights and freedoms of the person against whom such a decision is made, which is reflected in the new criminal procedure legislation.

## References

AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the Federal People’s Republic of Yugoslavia on Legal Assistance in Civil, Family and Criminal Matters. 1962. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/891\\_001#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/891_001#). Access on: Apr. 2021.

AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the People’s Republic of Albania on the Provision of Legal Assistance in Civil, Family, Marital and Criminal Matters. 1958. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/008\\_002#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/008_002#). Access on: Apr. 2021.

AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the Republic of Finland on Legal Protection and Legal Assistance in Civil, Family and Criminal Matters. 1978. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/246\\_008#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/246_008#). Access on: Apr. 2021.

AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the People’s Democratic Republic of Algeria on Mutual Legal Assistance. 1982. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/012\\_002#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/012_002#). Access on: Apr. 2021.

AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the People’s Democratic Republic of Yemen on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters.

1986. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/887\\_003#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/887_003#). Access on: Apr. 2021.
- AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the Tunisian Republic on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters. 1986. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/788\\_050#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/788_050#). Access on: Apr. 2021.
- AGREEMENT between the Union of Soviet Socialist Republics and the Republic of Cyprus on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters. 1984. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/196\\_002#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/196_002#). Access on: Apr. 2021.
- AGREEMENT on Mutual Legal Assistance between the Union of Soviet Socialist Republics and the Republic of Iraq. 1973. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/368\\_001#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/368_001#). Access on: Apr. 2021.
- ALEKSEEV, S. S. *Mystery is right: his understanding, appointment, social value*. Moscow: NORMA, 2001.
- BAKONINA, E. *Search by Interpol: how to stop, and how to prevent*. 2021. Available at: [https://jurliga.ligazakon.net/analytics/201226\\_rozshuk-nterpolom-yak-pripiniti--yak-zapobgti](https://jurliga.ligazakon.net/analytics/201226_rozshuk-nterpolom-yak-pripiniti--yak-zapobgti). Access on: Apr. 2021.
- BOGATYROVA, O.; BOGATYROV, I.; BOGATYROV, A.; HRYTSAENKO, L.; YERMAKOVA, G. S. Criminological analysis and its economic rate of the crime in the places of confinement of Ukraine for the last decade (2010-2019). *International Journal of Management*, v. 11, n. 5, p. 1214-1224, 2020.
- BUTKO, L. A. Extradition of a person who has committed a criminal offense (extradition): some theoretical and practical aspects. *International Scientific Journal Inter-nauka*, n. 21-26, p. 87-96, 2018.
- CASE of Fox, Campbell and Hartley V. The United Kingdom. 1990. Applications No. 12244/86; 12245/86; 12383/86. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57721%22>}. Access on: Apr. 2021.
- CASE of Kaboulov V. Ukraine. 2010. Application No. 41015/04. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-95771%22>}. Access on: Apr. 2021.
- CASE of Khachaturov V. Armenia. 2021. Application No. 59687/17. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-13317%22>}. Access on: June 2021.
- CASE of Khomullo V. Ukraine. 2014. Application No. 47593/10. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-148229%22>}. Access on: Apr. 2021.
- CASE of Kreydich V. Ukraine. 2009. Application No. 48495/07. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-96116%22>}. Access on: Apr. 2021.
- CASE of Murray V. The United Kingdom. 1994. Application No. 14310/88. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57895%22>}. Access on: Apr. 2021.
- CASE of Novik V. Ukraine. 2008. Application No. 48068/06. Available at: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,496365562.html>. Access on: Dec. 2008.
- CASE of Nowak V. Ukraine. 2011. Application No. 60846/10. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-104289%22>}. Access on: Apr. 2021.
- CASE of Öcalan V. Turkey. 2005. Application No. 46221/99. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-69022%22>}. Access on: Apr. 2021.
- CASE of Romeo Castaño V. Belgium. 2019. Application No. 8351/17. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-194618%22>}. Access on: July 2019.
- CASE of Shamayev and Others V. Georgia and Russia. 2005. Application No. 36378/02. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-68790%22>}. Access on: Apr. 2021.
- CASE of Shikhsaitov V. Slovakia. 2020. Application No. 56751/16 and 33762/17. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-206369%22>}. Access on: Dec. 2020.
- CASE of Soldatenko V. Ukraine. 2008. Application No. 2440/07. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-89161%22>}. Access on: Apr. 2021.
- CASE of Van Der Leer V. The Netherlands. 1990. Application no 11509/85. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57620%22>}. Access on: Apr. 2021.

- CHERNIAVSKYI, S.; HOLOVKIN, B.; CHORNOUS, Y.; BODNAR, V.; ZHUK, I. International cooperation in the field of fighting crime: directions, levels and forms of realization. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory*, n. 223, p. 1-11, 2019.
- CONVENTION for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 1950. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#). Access on: Apr. 2021.
- CONVENTION on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters. 1993. Available at: <https://www.unhcr.org/protection/migration/4de4edc69/convention-legal-aid-legal-relations-civil-family-criminal-cases-adopted.html>. Access on: Apr. 2021.
- CRIMINAL Procedure Code of Ukraine. 2012. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05#>. Access on: Apr. 2021.
- DECISION of the Investigating judge of the Kelmensky district court of the Chernivtsi region, Teshman O. V. on the case No 717/19/17 2017. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/63959664/>. Access on: Apr. 2021.
- EPIHIN, A.; ZAITSEV, O.; TATIANINA, L.; MISHIN, A. Extradition of a person for criminal prosecution: international law and national aspects. *Revista San Gregorio*, v. 41, p. 121-127, 2020. DOI: 10.36097/rsan.v1i41.1490.
- IZMAILOV, P. R. Extradition problems in public international law. *Legal Horizons*, n. 5, p. 46-55, 2010.
- LAW OF UKRAINE. *On the Accession of Ukraine to the Convention Relating to the Status of Refugees and the Protocol Relating to the Status of Refugees*. 2002. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2942-14#>. Access on: Apr. 2021.
- NALBANDIAN, P. S. Problems of regulation and implementation of extradition under criminal procedure legislation. *Legal Horizons*, n. 11, p. 253-256, 2012.
- NGUINDIP, N.; ABLAMSKYI, S. Ensuring the right to liberty and security of person in Ukraine and Cameroon: a comparative analysis in the area of criminal justice. *Commonwealth Law Review Journal*, n. 6, p. 281-304, 2020.
- OCHKASOVA, I. V. Formation and development of the institute of extradition. *Legal Journal*, n. 1, v. 13-14, p. 13-14, 2005.
- ROBINSON, M.; MOODY, L. Capital punishment, international law and human rights. *International Journal of Criminal Justice Sciences*, n. 142, p. 298-319, 2019. DOI: 10.5281/zenodo.3723480/.
- STANIĆ, M. Neophodnost određivanja pritvora i naknada štete u praksi Evropskog suda za ljudska prava-smernice za Srbiju. In: *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*. Beograd: Institut Za Upporedno Parvo, 2019. p. 269-281.
- STANIĆ, M.; ANDONOVIĆ, S. Police detention of football fans as measure of preventing violence in case law of the European Court of Human Rights. *Thematic Conference Proceedings of International Significance*, n. 101, p. 65-76, 2020.
- UKRAINE. [Constitution (1996)]. *The Constitution of Ukraine*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>. Access on: Apr. 2021.
- UKRAINE. The Order of the Ministry of Internal Affairs. The Prosecutor General's Office of Ukraine. Security service of Ukraine. *On the statement of the Instruction on the order of use of opportunities of NCB of Interpol by the law enforcement agencies*. 1997. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0054-97/page#>. Access on: Apr. 2021.
- UN GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 45/116*. Model Treaty on Extradition. 1990. Available at: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/995\\_687#](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/995_687#). Access on: Apr. 2021.
- VALIEIEV, R. *Extradition of criminals within modern international law certain issues of the theory and practice*. Kazan: Publishing House of Kazan University, 1976.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O Banco Mundial frente ao Constitucionalismo Transformador Latino-Americano:** panorama geral e passos concretos

**Aligning the World Bank with Latin American Transformative Constitutionalism.** The Big Picture and Concrete Steps

Armin Von Bogdandy

Ebert Franz

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

# O Banco Mundial frente ao Constitucionalismo Transformador Latino- Americano: panorama geral e passos concretos\*

## Aligning the World Bank with Latin American Transformative Constitutionalism. The Big Picture and Concrete Steps

Armin Von Bogdandy\*\*

Ebert Franz\*\*\*

### Resumo

O presente artigo trata das atividades do Banco Mundial com base na perspectiva do constitucionalismo transformador, conforme entendido pelo enfoque do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. O impacto social do Banco Mundial na América Latina é ambivalente e altamente controverso. Argumenta-se que, embora os atritos entre as atividades do Banco Mundial e os objetivos desse constitucionalismo transformador tenham, em certa medida, sido mitigados ao longo do tempo, uma série de problemas permanecem. Com base em uma abordagem de direito público como estrutura analítica, este artigo examina os principais instrumentos por meio dos quais o Banco exerce autoridade pública internacional e impacta a formulação de políticas em áreas relevantes. Com base nisso, são exploradas várias opções que poderiam reduzir as tensões e facilitar uma aproximação entre os instrumentos do Banco Mundial, e os objetivos e princípios do constitucionalismo transformador latino-americano.

**Palavras-chave:** Banco Mundial, constitucionalismo transformador, América Latina, direitos humanos.

### Abstract

This Paper engages with the World Bank's activities from the perspective of transformative constitutionalism as understood by the *Ius Constitutionale Commune* in América Latina approach. The social impact of the World Bank in Latin America is ambivalent and highly controversial. It is argued that while the frictions of the World Bank's activities with the objectives of this transformative constitutionalism have, to some extent, been mitigated over time, a number of problems remain. Drawing on a public law approach as an analytical framework, the paper examines key instruments through which the Bank exercises international public authority and impact policy making in relevant areas. On this basis, several options are explored which could reduce tensions and facilitate a rapprochement between the World

\* Recebido em 09/08/2021  
Aprovado em 23/03/2022

\*\* Diretor do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha). Professor de Direito Público da Universidade de Frankfurt/Main. Doutor pela Universidade de Freiburg. Graduado em Direito e em Filosofia. Condecorado com: the Leibniz Prize (2014), Premio Internacional "Hector Fix Zamudio" (2015), Premio the "Mazo" da Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) e prêmio da Berlin-Brandenburg Academy of Sciences (2008), por feitos extraordinários nos campos do direito e da economia.  
Email: sekreavb@mpil.de

\*\*\* LL.M. pela Universidade de Utrecht e Research Fellow no Max Planck Institut Direito Público Comparado e Direito Internacional de Heidelberg.  
E-mail: ebert@mpil.de



Bank's instruments, on the one hand, and the objectives and principles of Latin-American transformative constitutionalism, on the other.

**Keywords:** World Bank, transformative constitutionalism, Latin America, human rights, international financial institutions.

## 1 Introdução

O impacto social do Banco Mundial na América Latina é ambivalente e altamente controvertido. O problemático legado dos programas de ajuste estrutural, promovidos pelo Banco, juntamente ao Fundo Monetário Internacional (FMI), segue sendo palpável na América Latina, e, até então, tem ocasionado intensos debates. Suas atividades têm sido criticadas, entre outras razões, por sua orientação neoliberal, por seus efeitos negativos no âmbito social e nos direitos humanos, assim como por evitar processos democráticos nos países envolvidos.<sup>1</sup> Por outro lado, em parte, devido à considerável resistência exercida por movimentos sociais,<sup>2</sup> o Banco Mundial tem reformulado, paulatinamente, a sua agenda a favor de uma noção holística de desenvolvimento.<sup>3</sup> Para isso, tem, também, adotado políticas dirigidas a mitigar os efeitos adversos de suas operações.<sup>4</sup> Em várias de suas atividades na região, o Banco também tem pos-

to foco na promoção da inclusão de grupos vulneráveis, financiando, por exemplo, iniciativas para incrementar o acesso a serviços públicos em matéria de abastecimento de água, saúde, saneamento ou educação.<sup>5</sup> No entanto, os projetos financiados pelo Banco Mundial, cujo fim é melhorar a situação da população do país, com frequência ocasionam impactos problemáticos para os direitos humanos.<sup>6</sup>

Frente a esse cenário complexo, o presente estudo analisa as implicações das atividades do Banco Mundial para o constitucionalismo transformador latino-americano,<sup>7</sup> conforme o enfoque dado pelo *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL).<sup>8</sup> Com seus amplos recursos em nível econômico e político, o Banco Mundial influencia a realidade socioeconômica dos países latino-americanos, o que pode repercutir na concretização dos objetivos do constitucionalismo transformador na região, especificamente no que tange ao reconhecimento dos direitos humanos, à inclusão social, à democracia pluralista e à institucionalidade.<sup>9</sup> A partir daí, surge a questão a respeito das medidas que poderiam aproximar as atividades do Banco Mundial a

<sup>1</sup> Ver, por exemplo, BURGOS SILVA, Germán. *Estado de Derecho y Globalización. El Banco Mundial y las Reformas Institucionales en América Latina*, Universidad Nacional de Colombia/Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, D.C., em especial pp. 311-323, 2009; TAN, Celine. *Governance through Development. Poverty Reduction Strategies, International Law and the Disciplining of Third World States*, Routledge, Oxford, em especial pp. 52, 85, 2011; ABOUHARB, M. Rodwan e CINGRANELLI, David. *Human Rights and Structural Adjustment*, Cambridge University Press, Cambridge, em especial pp. 149, 181, 2007.

<sup>2</sup> Sobre isso, ver, RAJAGOPAL, Balakrishnan. From Resistance to Renewal: The Third World, Social Movements, and the Expansion of International Institutions. *Harvard Journal of International Law*, vol. 41, núm. 2, pp. 529-578, 2000.

<sup>3</sup> Ver, por exemplo, VETTERLEIN, Antje. Economic Growth, Poverty Reduction, and the Role of Social Policies: The Evolution of the World Bank's Social Development Approach. *Global Governance*, vol. 13, núm. 4, pp. 513-533, em especial p. 518, 2007.

<sup>4</sup> Ver, entre outros, MCBETH, Adam. *International Economic Actors and Human Rights*, Routledge, Londres/Nova York, pp. 196-206, 2010 e HEUPEL, Monika. Human Rights Protection in World Bank Lending: Following the Lead of the US Congress. Em: HEUPEL, Monika e ZÜRN, Michael (eds.). *Protecting the Individual from International Authority. Human Rights in International Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 243-250, 2017.

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), Corporação Financeira Internacional (CFI) e Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA). *Country Partnership Framework for the Republic of Panama for the period FY15-FY21*, pp. 42-45, 2 de março de 2015; BIRF, *Program Document for a Proposed Loan in the Amount of US\$ 400 Million to the State of Bahia with a Guarantee of the Federative Republic of Brazil for Strengthening Fiscal Management and Promoting Better and More Inclusive Service Delivery*, pp. 2-3, 3 de julho de 2014.

<sup>6</sup> Ver, por exemplo, DARROW, Mac. *Between Light and Shadow: The World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*, Hart Publishing, Oxford, pp. 72-74, 2003; GHAZI, Bahrām. *The IMF, the World Bank Group and the Question of Human Rights*, Transnational Publishers, Ardsley, pp. 40-45, 2005.

<sup>7</sup> Sobre o constitucionalismo transformador na América Latina, ver CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 4, pp. 537-700, 2004; GARGARELLA, Roberto et al. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2006.

<sup>8</sup> Ver, por exemplo, as contribuições em Von BOGDANDY, Armin et al. (eds.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2014 e em Von BOGDANDY, Armin et al. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

<sup>9</sup> Para mais informações sobre esses conceitos ver, por exemplo, VON BOGDANDY, Armin et al. neste volume, VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. Revista Derecho del Estado*, núm. 34, pp. 3-50, janeiro-junho de 2015.



esses objetivos. Essa questão é ainda mais crucial à luz da atual crise causada por COVID-19, que impõe, entre outros, enormes desafios para os sistemas sociais e orçamentos públicos, os quais são vitais para avançar na direção do objetivo da inclusão social, entre outros.

Tal aproximação requer, sobretudo, uma consciência sobre a relação entre os objetivos do constitucionalismo transformador e as atividades do Banco. Uma vez analisada essa relação, é indispensável a correspondente vontade política entre as instituições relevantes, a qual dependerá, de maneira considerável, da pressão política a ser exercida pela sociedade civil. Apesar de essa disposição política ser necessária para tal processo, ela não é suficiente. Para além dela, a aproximação entre atividades do Banco Mundial e constitucionalismo transformador latino-americano também possui uma dimensão jurídica, inclusive doutrinária, que este artigo explorará com base na perspectiva do direito público.

Este artigo se estrutura em quatro partes. Após a introdução, na seção II, apresenta-se um panorama geral do constitucionalismo transformador na América Latina, conforme é entendido pelo projeto *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. A seguir, na seção III, examina-se, em detalhes, a difícil relação entre o Banco Mundial e o constitucionalismo transformador latino-americano, também à luz do ICCAL. Embora os conflitos entre os objetivos desse constitucionalismo transformador e as atividades do Banco Mundial tenham sido reduzidos nos últimos tempos, persistem, ainda, desafios importantes. Com a finalidade de abordar essas questões sob uma perspectiva jurídica, a seção VI explora os instrumentos por meio dos quais o Banco exerce o seu poder. Isso abarca não somente uma análise dos instrumentos de financiamento, mas também de outros instrumentos, como os informes *Doing Business* e demais ferramentas semelhantes para se avaliarem as políticas dos países.<sup>10</sup> Na seção V, esboçam-se as vias mediante as quais esses instrumentos poderiam, com as reformas necessárias, dar suporte ao constitucionalismo transformador latino-americano e reduzir as tensões existentes.

<sup>10</sup> Cabe salientar que as atividades mencionadas, a exemplo os instrumentos de financiamentos e outros instrumentos como o *Doing Business*, estão altamente inter-relacionadas, o que ressalta a necessidade de se analisar os seus efeitos sobre o constitucionalismo transformador de forma conjunta.

## 2 Uma abordagem regional do constitucionalismo: IUS Constitutionale Commune na América Latina<sup>11</sup>

O conceito de “constitucionalismo transformador” tem origem na África do Sul pós-Apartheid e tem sido, desde então, utilizado para descrever fenômenos de diferentes regiões do mundo. Nas palavras de Karl Klare, um de seus principais estudiosos do tema, o termo descreve:

*um projeto de promulgação, interpretação e aplicação da constituição, que ocorre a longo prazo e é comprometido [...] com a transformação das instituições políticas e sociais de um país e das relações de poder para uma direção democrática, participativa e igualitária.*<sup>12</sup>

Neste artigo, nós nos ancoramos em uma abordagem do constitucionalismo transformador voltada, especificamente, para a América Latina, conhecida como *Ius Constitutionale Commune na América Latina (ICCAL)*. O caráter distintivo dessa abordagem, em comparação a outras formas de constitucionalismo transformador, baseia-se sobretudo no fato de estar profundamente interligada com Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim como outros conceitos jurídicos, Sistema Interamericano de Direitos Humanos, compreende o direito positivo e a prática a ele relacionada, bem como o discurso jurídico que o permeia. No que tange ao direito positivo, baseia-se, sobretudo, na Convenção Americana de Direitos Humanos e em outros instrumentos jurídicos interamericanos, nas garantias similares presentes em constituições nacionais, nas normas constitucionais de abertura da ordem jurídica interna ao direito internacional, em outras normas de direito interno pertinentes e na jurisprudência internacional. Essa dimensão, também, inclui as interações entre essas normas, as instituições e os grupos sociais que as aplicam, criando uma narrativa espessa de práticas argumentativas e jurídicas na região. Em termos de discurso

<sup>11</sup> Esse trecho é baseado em VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en America Latina: Observations on Transformative Constitutionalism*. *American Journal of International Law Unbound*, vol. 109, pp. 109-14, 2015; VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Comune en América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism*. En: VON BOGDANDY et al. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The emergence of a new ius commune*, Oxford University Press, p. 27, 2017.

<sup>12</sup> KLARE, Karl E. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*. *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, p. 150, 1998.

jurídico, é caracterizada por uma combinação interdisciplinar de correntes jurídicas nacionais e internacionais, por uma lógica comparativa e por uma orientação metodológica centrada em princípios. A ICCAL apoia a realização regional e segura das propostas centrais das constituições nacionais, a inserção das ordens jurídicas nacionais em um contexto mais amplo e a transformação da sociedade por meio do direito.

A existência de um *Ius Constitutionale Commune* torna-se mais palpável na interação entre as autoridades domésticas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Isso porque muitos Estados da região reconheceram a supremacia do direito internacional dos direitos humanos em suas ordens jurídicas internas — por meio de disposições constitucionais expressas ou da adjudicação constitucional. Além disso, a Corte IDH desenvolveu a doutrina jurídica do controle de convencionalidade, segundo a qual todas as autoridades domésticas têm a obrigação de determinar se seus atos estão em conformidade com a Convenção Americana e a sua respectiva interpretação segundo a Corte IDH. Em resposta à jurisprudência da Corte, os Estados revogaram e alteraram leis e normas em geral, incluindo provisões constitucionais.<sup>13</sup> O judiciário de vários países latino-americanos, especialmente os tribunais constitucionais, se apoiou na jurisprudência interamericana em casos relevantes. Ao mesmo tempo, instâncias administrativas elaboraram inúmeras políticas para cumprir reparações de grande alcance.

Esse projeto regionalizado de constitucionalismo transformador surge da experiência profundamente difícil para grande parte da população, que vive em condições de vida inaceitáveis. Essa situação está relacionada a uma série de elementos estruturais, tais como um alto grau de exclusão social e desigualdade econômica, violência e insegurança generalizadas, e eficácia seletiva das instituições públicas e da aplicação da lei. De fato, a questão da desigualdade é central.<sup>14</sup> A desigualdade é

<sup>13</sup> Derrubaram, por exemplo, leis de anistia. Corte Suprema de la Nación [CDJN] [Suprema Corte], 14/6/2005, “Simón Julio Héctor y otros”, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [Fallos] (2005-328-2056) (Arg.); Sabalsagaray Curuchet, Blanca Stela, Denuncia, Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 3 e 4 da Lei no. 15.848, 19 de outubro de 2009, M.R.: Jorge O. Chediak González, Ficha 97-397/2004, Sentença No. 365 (Uru.).

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives*. Em: VON BOGDANDY, Armin et al. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a new Ius Commune*, Oxford University Press, p. 49, 2017.

particularmente profunda, persistente e explosiva quando grupos inteiros da população não conseguem participar das conquistas do Estado de bem-estar social, que incluem saúde, educação, economia, política e até mesmo a própria lei. O conceito de exclusão descreve esse desafio. Ele resume os problemas de uma sociedade cuja capacidade de integração social falha, uma vez que muitos não são tratados com a mesma consideração dentro das instituições. Assim, a ICCAL se empenha para superar esse desafio. A superação da exclusão — em outras palavras, a promoção da inclusão social — serve como enfoque conceitual e é o objetivo central do ICCAL.

Para avançar com essa agenda, o ICCAL elege os direitos humanos como eixo condutor. Existem três razões essenciais para isso. Primeiramente, porque os elementos transformadores das constituições estão contidos em suas garantias fundamentais ou de direitos humanos. Em segundo lugar, porque esses direitos permitem a mobilização da sociedade civil por meio da litigância estratégica. Em terceiro lugar, porque as decisões judiciais voltadas para os direitos fundamentais e humanos, que, muitas vezes, são pretendidas por grupos excluídos, fornecem apoio legal para projetos desses grupos. Efetivamente, os direitos humanos tiveram um impacto profundo e transformador na América Latina, independentemente do fato de que, muitas vezes, não são efetivamente garantidos. Eles se desenvolveram para alcançar uma linguagem comum — não só jurídica, mas também política e social — que não existia há 20 anos, tendo sido incorporados em discussões sobre os desafios de exclusão e soluções disponíveis, não apenas entre profissionais do direito, mas também em um discurso público mais amplo.

Nesse sentido, o Princípio da Igualdade não é entendido como uma mera proibição de discriminação. Ao contrário, ele exige o reconhecimento e a superação de pelo menos as formas mais massivas de desigualdade social e, assim, a redistribuição através do Estado social.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Ver ALDAO, Martín, CLÉRICO, Laura e RONCONI, Liliana. *A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity*. Em: VON BOGDANDY, Armin et al. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a new Ius Commune*, Oxford University Press, p. 83, 2017; CARPIZO, Jorge. *Perspectiva de la protección de los derechos humanos en el México de 2010*. Em: FIX-ZAMUDIO, Héctor e VALADÉS, Diego (eds.). *Formación y Perspectivas del Estado Latinoamericano en Derechos Humanos y en México*, 98, 2010. Para uma análise mais geral, ver ABRAMOVICH, Victor e COURTIS,

A jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia, por exemplo,<sup>16</sup> ilustra essa perspectiva orientada por direitos sociais.<sup>17</sup> Por meio de inovações legais notórias, o referido tribunal tentou tornar os direitos sociais uma realidade, apesar da ausência, em geral, de uma legislação social e de uma administração social operante.<sup>18</sup> Assim, uma característica distintiva dos direitos humanos na América Latina é a ênfase na dimensão coletiva de sua proteção. Essa proteção de direitos tem uma dimensão coletiva e as decisões judiciais são elaboradas para que se dirijam imediatamente a grupos relevantes.<sup>19</sup> Outra característica dessa dimensão coletiva refere-se ao fato de que decisões judiciais importantes são fruto de litigância estratégica, conduzida por grupos e organizações privadas comprometidas com a transformação social.<sup>20</sup>

### 3 A relevância do banco mundial para o constitucionalismo transformador latino-americano

#### 3.1 O Banco Mundial no contexto da América Latina

O termo “Banco Mundial” é utilizado habitualmente para se referir a duas instituições do Grupo do Banco

Mundial (GBM) que se dedicam a todo o setor público: o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), que se ocupa de países de rendimentos médios, e a Associação Internacional de Desenvolvimento (AID), que trabalha com os países mais pobres.<sup>21</sup> Igualmente, pertencem ao GBM duas instituições que prestam serviços financeiros a empresas do setor privado, quais sejam a Corporação Financeira Internacional (CFI) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA, na sigla em inglês).<sup>22</sup>

Para além das instituições do GBM, uma variedade de instituições financeiras internacionais (IFIs) desenvolve atividades na América Latina. Isso inclui, em nível global, o FMI, e na região, em especial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, a Corporação Andina de Fomento, o Banco Centro-Americano de Integração Econômica e o Fundo Latino-Americano de Reservas. A essa lista também pode-se incluir o Novo Banco de Desenvolvimento dos países membros do grupo BRICS, uma vez que este está emergindo como um ator financeiro de desenvolvimento inter-regional na América Latina.<sup>23</sup> Assim, os bancos privados e atores similares têm se tornado, progressivamente, uma alternativa ao financiamento do Banco Mundial.<sup>24</sup> A competição que o Banco Mundial enfrenta em várias áreas também afeta

Christina. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, 2002.

<sup>16</sup> Ver ESCOBAR GARCÍA, Claudio. La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano: Balances y perspectivas después de dos décadas. *Foro Revista de Derecho*, núm. 12, p. 127, 2009; CEPEDA, Manuel J. La Defensa Judicial de la Constitución. La Gran Fortaleza Colombiana. Em: VON BOGDANDY, Armin, PIOVESAN, Flávia e MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.). *Derechos Humanos, Democracia e Integração* Jurídica na América do Sul, Lumen, p. 581, 2009.

<sup>17</sup> Entre muitos, ver CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. El constitucionalismo de la pobreza. *Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 4, p. 53, 1995.

<sup>18</sup> Ver OSUNA, Néstor. Panorama de la justicia constitucional colombiana. Em: VON BOGDANDY, Armin et al. (eds.). *La Justicia Constitucional y su Internalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, p. 623, 2010.

<sup>19</sup> Ver SOLEY, Ximena. The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence. Em: VON BOGDANDY, Armin et al. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a new Ius Commune*, Oxford University Press, p. 337, 2017.

<sup>20</sup> Ver PARRA VERA, Oscar. The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment. Em: VON BOGDANDY, Armin et al. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a new Ius Commune*, Oxford University Press, p. 357, 2017; COSTA CARDOSO, Evorah L. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, 2012.

<sup>21</sup> Sobre as questões terminológicas relacionadas, ver MAURIZIO, Ragazzi. World Bank Group. Em: WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *The Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, t. X, p. 909, 2012.

<sup>22</sup> O quinto membro do GBM, o Centro Internacional de Resolução de Disputas Relativas a Investimentos, não presta serviços financeiros.

<sup>23</sup> Em abril de 2017, se firmou um primeiro acordo de empréstimo entre o Novo Banco de Desenvolvimento e o Banco de Desenvolvimento do Brasil (BNDES) por um valor de US\$ 300 milhões. Ver New Development Bank, *NDB Signs First Loan Agreement in Brazil for Financing Renewable Energy Projects*, comunicado de imprensa de 26 de abril de 2017, disponível em: [http://www.ndb.int/press\\_release/ndb-signs-first-loan-agreement-brazil-financing-renewable-energy-projects/](http://www.ndb.int/press_release/ndb-signs-first-loan-agreement-brazil-financing-renewable-energy-projects/).

<sup>24</sup> Ver, por exemplo, WEAVER, Catherine. The World's Bank and the Bank's World. *Global Governance*, vol. 13, núm. 4, p. 502, 2007; AVALLE, Oscar A. The Multilateral Development Banks in Latin America and the Caribbean Region. *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 6, núm. 2, pp. 193-212, 2004 e PRADA, Fernando. *World Bank, Inter-American Development Bank, and Subregional Development Banks in Latin America: Dynamics of a System of Multilateral Development Banks*, ADBI Working Paper Series núm. 380, 2012; disponível em: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/156235/adbi-wp380.pdf>. Sobre a privatização da cooperação ao desenvolvimento, ver DAVIS, Kevin E. e DADUSH, Sarah. The Privatization of Development Assistance: Symposium Overview. *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, núm. 4, pp. 1079-1089, 2010.



as suas operações e a sua agenda na região. Nesse contexto, o Banco Mundial continua sendo um ator com considerável influência para a formulação de políticas econômicas e de assistência financeira nos países da América Latina. Por exemplo, no ano fiscal de 2016, o total de empréstimos líquidos da carteira ativa do Banco Mundial na América Latina e no Caribe totalizou US\$ 28,8 bilhões.<sup>25</sup> Além disso, o Banco Mundial também impacta as políticas nacionais por meio de outros instrumentos, como as avaliações de políticas nacionais por meio dos relatórios *Doing Business*.<sup>26</sup>

### 3.2 O Banco Mundial sob a ótica do constitucionalismo transformador latino-americano

#### *O problemático legado do Banco Mundial na América Latina*

O Banco Mundial, há muito tempo, tem influenciado as condições econômicas e sociais da América Latina.<sup>27</sup> Como exemplo, em relação à Colômbia, o Banco Mundial, já nos anos 50, conduzia um intenso diálogo sobre políticas nacionais de desenvolvimento, que era acompanhado de vários empréstimos.<sup>28</sup> Desde então, a influência do Banco Mundial, nos países da região, variou substancialmente ao longo do tempo e em função das relações concretas entre o Banco e as autoridades dos países em questão, bem como das conjunturas políticas em nível global e interno do Banco.<sup>29</sup> Não há dúvida de que os empréstimos condicionados e o assessoramento do Banco Mundial têm afetado profundamente o papel do Estado na economia em vários países da América Latina.<sup>30</sup> Desse modo, o Banco Mundial tem

tido um papel importante nas reformas estruturais de muitos países em matéria de setor público,<sup>31</sup> mercado de trabalho,<sup>32</sup> setor bancário<sup>33</sup> e dos sistemas judiciais,<sup>34</sup> entre outras áreas.

Especialmente após o impulso do Banco Mundial para promover ajustes estruturais no final da década de 1970,<sup>35</sup> suas atividades passaram a ser altamente controversas na América Latina. Com base nas políticas do chamado Consenso de Washington,<sup>36</sup> seus programas — frequentemente elaborados com a colaboração do FMI — tendiam a dar alta prioridade a reformas voltadas à liberalização, desregulamentação e privatização de vastos setores econômicos.<sup>37</sup> Isso tendeu a afetar a regulamentação estatal dos atores empresariais, a capacidade redistributiva do Estado e o seu papel como agente econômico.<sup>38</sup> Esse tipo de enfoque foi criticado

pact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America. *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, p. 792, 1997.

<sup>31</sup> Ver BAER, Werner e BIRCH, Melissa. Privatization and the Changing Role of the State in Latin America. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, núm. 1, pp. 7-8, 1992-1993.

<sup>32</sup> Como exemplo, ver O'BRIEN, Robert. Antagonism and Accommodation: The Labor-IMF/World Bank Relationship. Em: KAASCH, Alexandra e STUBBS, Paul (eds.). *Transformation in Global and Regional Social Policies*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, pp. 156-157, 2014.

<sup>33</sup> Sobre o México, ver ZAMORA, Stephen. NAFTA and the Harmonization of Domestic Legal Systems: The Side Effects of Free Trade. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, núm. 2, pp. 419-420, 1995.

<sup>34</sup> Ver SANTOS, Alvaro. The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development. Em: TRUBEK, David M. e SANTOS, Alvaro (eds.). *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 282-286, 2006.

<sup>35</sup> Sobre isso, ver PAHUJA, Sundhya, *Decolonising International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 165-168, 2011; DANN, Philipp. *The Law of Development Cooperation. A Comparative Analysis of the World Bank, the EU and Germany*, Oxford University Press, Oxford, pp. 90-92, 2013.

<sup>36</sup> Sobre esse conceito, ver WILLIAMSON, John. A Short History of the Washington Consensus. *Law and Business Review of the Americas*, vol. 15, núm. 1, pp. 7-23, 2009.

<sup>37</sup> Como exemplo, ver LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia. *El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y los derechos humanos*, Thomson Reuters, Navarra, p. 203, 2013 e, quanto ao setor financeiro, ver, WILLIAMS, David. Development' and Global Governance: The World Bank, Financial Sector Reform and the 'Will to Govern'. *International Politics*, vol. 45, núm. 2, em especial p. 217, 2008.

<sup>38</sup> Ver BIERSTEKER, Thomas J. Reducing the Role of the State in the Economy: A Conceptual Exploration of IMF and World Bank Prescriptions. *International Studies Quarterly*, vol. 34, núm. 4, pp. 486-487, 1990.

<sup>25</sup> Ver Banco Mundial, *Annual Report 2016*, Washington, p. 60, 2016.

<sup>26</sup> Ver com mais detalhe no tópico III.2.B.

<sup>27</sup> A respeito do início das atividades do Banco Mundial na América Latina, ver BURGOS SILVA, Germán. op. cit., pp. 38-41.

<sup>28</sup> Ver ALACEVICH, Michele. *The Political Economy of the World Bank. The Early Years*, Stanford University Press/Banco Mundial, Palo Alto/Washington, em especial pp. 46-49, 2009; assim como ESLAVA, Luis. *Local Space, Global Life. The Everyday Operation of International Law and Development*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 122-124, 2015.

<sup>29</sup> A respeito da relação entre o Banco Mundial e os atores políticos internos, ver WOODS, Ngaire. *The Globalizers. The IMF, the World Bank, and Their Borrowers*, Cornell University Press, Ithaca/Londres, em especial pp. 65-83, 2006; para um estudo de caso do México ver ibidem, pp. 84-103. Acerca das implicações políticas das dinâmicas dentro do Banco, ver, por exemplo, VETTERLEIN, Antje. Seeing It Like the World Bank on Poverty. *New Political Economy*, vol. 17, núm. 1, pp. 35-58, em especial p. 54, 2012.

<sup>30</sup> Ver FIX-FIERRO, Héctor e LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. The Im-

por não ter dado adequada atenção aos aspectos sociais e por não considerar os contextos nacionais.<sup>39</sup> Na mesma linha, vários estudos assinalaram problemas nos programas de ajuste estrutural do Banco Mundial e do FMI em matéria de direitos humanos.<sup>40</sup> Em particular, identificou-se uma correlação em longo prazo entre os referidos programas e violações dos direitos humanos em diversas áreas.<sup>41</sup> Outros estudos sugerem que muitos desses programas não atingiram os seus objetivos em termos de crescimento e estabilidade econômica,<sup>42</sup> nem conseguiram impedir o aumento da pobreza.<sup>43</sup> Diante do exposto, o enfoque centrado nos ajustes estruturais também foi altamente problemático na perspectiva dos fundamentos do constitucionalismo transformador, particularmente no que diz respeito aos direitos econômicos e sociais, bem como à inclusão social.

*A evolução do Banco Mundial para além do Consenso de Washington*

À luz do exposto, não surpreende que os empréstimos para ajuste estrutural tenham, em repetidas ocasiões, provocado uma forte resistência por parte da sociedade civil<sup>44</sup> e de outras instituições internacionais,

como a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL).<sup>45</sup> Especialmente, a pressão externa por parte da sociedade civil parece ter promovido a materialização de mudanças relevantes na organização<sup>46</sup> por meio do reforço de vozes progressistas dentro do Banco,<sup>47</sup> e, às vezes, por meio de instituições nacionais com influência no Banco, como o Congresso Nacional dos Estados Unidos.<sup>48</sup> Em particular, o Banco Mundial se afastou gradualmente de um enfoque centrado no “ajuste estrutural” e passou a adotar uma noção holística de desenvolvimento.<sup>49</sup> Essa mudança de abordagem implica uma visão mais ampla do papel do Estado, que também compreende a distribuição de riqueza,<sup>50</sup> em oposição às visões minimalistas determinadas a garantir simplesmente os direitos dos atores econômicos no mercado.<sup>51</sup> Isso foi incorporado ao Marco Integral de Desenvolvimento (MID), proposto pelo então Presidente do Banco, James Wolfensohn, no final da década de 1990.<sup>52</sup> Além disso, a elaboração dos Documentos

(ed.). *Globalization and the Politics of Resistance*, Palgrave, Basingstoke e Nueva York, pp. 295-312, 2000.

<sup>45</sup> Ver TRUBEK, David M. Law, State, and Developmentalism. Em: TRUBEK, David M. et al. (eds.). *Law and the New Development State. The Brazilian Experience in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 8, 2013.

<sup>46</sup> Ver RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, em especial pp. 113-127, 2003; WEAVER, Catherine, op. cit., pp. 502-503.

<sup>47</sup> Ver, por exemplo, VETTERLEIN, Antje. Economic Growth, Poverty Reduction..., cit., pp. 525-526. Sobre isso, convém salientar que nem o Banco Mundial, nem os países são entidades monolíticas, mas são formados por diferentes atores com interesses diversos e conflitos ideológicos e políticos em seu interior; ver, por exemplo, KAPUR, Devesh. The Changing Anatomy of Governance of the World Bank. Em: PINCUS, Jonathan R. e WINTERS, Jeffrey A. (eds.). *Reinventing the World Bank*, Cornell University Press, Ithaca/Londres, p. 59, 2002. Para uma descrição ilustrativa dos conflitos ideológicos e políticos dentro do BANCO VER WADE, Robert. US Hegemony and the World Bank: The Fight over People and Ideas. *Review of International Political Economy*, vol. 9, núm. 2, pp. 201-229, em especial pp. 210-213, 2002.

<sup>48</sup> Ver HEUPEL, Monika, op. cit., pp. 252, 256-257.

<sup>49</sup> Ver, por exemplo, VETTERLEIN, Antje. Seeing it Like the World Bank..., cit., p. 42.

<sup>50</sup> Ver DANN, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., p. 115.

<sup>51</sup> Sobre as reformas do mercado financeiro apoiadas pelo Banco Mundial em diferentes países, ver WILLIAMS, David, op. cit., pp. 216-217.

<sup>52</sup> Sobre as implicações do MID dentro do Banco Mundial, ver GULRAJANI, Nilima. The Art of Fine Balances. The Challenge of Institutionalizing the Comprehensive Development Framework Inside the Bank. Em: STONE, Diane e WRIGHT, Christopher (eds.). *The World Bank and Governance. A Decade of Reform and Reaction*, Routledge, Abingdon, pp. 48-66, 2007.

<sup>39</sup> Em relação ao Peru, por exemplo, ver SCHEETZ, Thomas. *Peru and the International Monetary Fund*, University of Pittsburg Press, Pittsburgh, pp. 152-153, 1986.

<sup>40</sup> Ver GHAZI, Bahram, op. cit., pp. 47-51; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia, op. cit., pp. 204-205.

<sup>41</sup> Sobre isso, ver ABOUHARB, M. Rodwan e CINGRANELLI, David. The Human Rights Effects of World Bank Structural Adjustment, 1981–2000. *International Studies Quarterly*, vol. 50, núm. 2, pp. 233-362, em especial pp. 256-257, 2006; ABOUHARB, M. Rodwan e CINGRANELLI, David. *Human Rights and Structural Adjustment...*, cit., especialmente pp. 149, 181; ERIKSEN, Silja e De SOYSA, Indra. A Fate Worse than Debt? International Financial Institutions and Human Rights, 1981-2003. *Journal of Peace Research*, vol. 46, núm. 4, pp. 485-503, 2009; BLANTON, Robert G. et al. The Impact of IMF and World Bank Programs on Labor Rights. *Political Research Quarterly*, vol. 68, núm. 2, pp. 324-336, em especial p. 499, 2015.

<sup>42</sup> Ver EASTERLY, William. What Did Structural Adjustment Adjust? The Association of Policies and Growth with Repeated IMF and World Bank Adjustment Loans. *Journal of Development Economics*, vol. 76, núm. 1, pp. 1-22, em especial p. 20, 2005.

<sup>43</sup> Ver ELLIS, Mark S. The World Bank: Fighting Poverty – Ideology versus Accountability. Em: NADAKAVUKAREN SCHEFER, Krista (ed.). *Poverty and the International Economic System. Duties to the World's Poor*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 294, 2013, com referências adicionais.

<sup>44</sup> Ver, por exemplo, HEREDIA, Blanca. The Political Economy of the Mexican Crisis. Em: GHAI, Dharam (ed.). *The IMF and the South. The Social Impact of Crisis and Adjustment*, Zed Books, Londres e Nueva Jersey, pp. 128-130, 1991; MACLEAN, Sandra J. et al. Structural Adjustment and the Response of Civil Society in Bangladesh and Zimbabwe: A Comparative Analysis. Em: GILLS, Barry K.

sobre a Estratégia de Redução da Pobreza (DERPs) — exigidos pelo FMI e pelo Banco Mundial para fornecer apoio financeiro aos países de baixa renda —<sup>53</sup> contou com uma maior ênfase na participação do país e das partes interessadas.<sup>54</sup>

Em relação aos instrumentos do Banco Mundial que substituíram os programas de ajuste estrutural, tais como os DERPs e os Empréstimos para Políticas de Desenvolvimento,<sup>55</sup> alguns autores os criticaram argumentando que tais instrumentos teriam introduzido mudanças meramente estéticas e essencialmente reproduzem o enfoque anterior.<sup>56</sup> Uma avaliação completa dessas críticas no contexto latino-americano requer uma análise caso a caso das operações do Banco Mundial, a qual está além do escopo deste artigo. No entanto, é possível identificar, nas atividades do Banco, tendências que sugerem que ele está, pelo menos em alguns casos, dando uma maior atenção a questões relacionadas ao constitucionalismo transformador na América Latina. A título de exemplo, o Banco Mundial reformou, progressivamente, o seu enfoque, de modo que, atualmente, se dá destaque à necessidade de se colocar maior ênfase ao desenvolvimento e à inclusão social.<sup>57</sup> Em relação às suas atividades de crédito e assessoramento, o Banco tem apoiado o acesso ao abastecimento de água

potável,<sup>58</sup> assistência médica<sup>59</sup> e o fortalecimento de redes de proteção social,<sup>60</sup> entre outros.

O Banco Mundial também deu suporte a inúmeros projetos que visam fortalecer o Estado de Direito, no que diz respeito tanto ao judiciário quanto a outras entidades relacionadas à justiça em diferentes países, incluindo países latino-americanos.<sup>61</sup> No entanto, várias dessas reformas foram descritas como problemáticas por ignorarem o contexto sociocultural do país em questão,<sup>62</sup> por evitarem processos democráticos nacionais<sup>63</sup> e por estarem sujeitas aos propósitos do Consenso de Washington.<sup>64</sup> Em parte como resposta a essas críticas, o Banco Mundial experimentou diferentes abordagens para tratar de questões específicas relacionadas ao Estado de Direito.<sup>65</sup> Um exemplo é o “Programa Justiça

<sup>58</sup> Ver, por exemplo, Banco Mundial, *Program Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount US\$55 Million to the National Bank of Public Works and Services (Banobras) with the Guarantee of the United Mexican States for a Oaxaca Water and Sanitation Sector Modernization Operation*, 5 de maio de 2014.

<sup>59</sup> Ver, por exemplo, Banco Mundial, *Program Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US\$420 Million to the Republic of Costa Rica for a Strengthening Universal Health Insurance in Costa Rica*, 18 de fevereiro de 2016.

<sup>60</sup> Sobre o apoio do Banco Mundial ao programa Bolsa Família do Brasil, ver MILAZZO, Annamaria e GROSH, Margaret. *Social Safety Nets in World Bank Lending and Analytical Work: FY2002-2007*, Banco Mundial, Washington, p. 30, 2008.

<sup>61</sup> Ver, por exemplo, CISSÉ, Hassane. Justice Reform: The Experience of the World Bank. Em: BUSSANI, Mauro e HECKENDORN URSCHELER, Lukas (eds.). *Comparisons in Legal Development. The Impact of Foreign and International Law on National Legal Systems*, Schulthess, Zurich, pp. 23-26, 2016.

<sup>62</sup> Sobre as reformas no judiciário na década de 1990 na Argentina, ver TUOZZO, Maria F. World Bank Influence and Institutional Reform. *Development and Change*, vol. 40, núm. 3, pp. 467-485, em especial pp. 481-482, 2009, e sobre o tema da independência da justiça ver LAVER, Roberto. The World Bank and Judicial Reform: Overcoming “Blind Spots” in the Approach to Judicial Independence. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22, núm. 2, pp. 183-238, em especial pp. 215-216, 2011-2012.

<sup>63</sup> Ver BURGOS SILVA, Germán, op. cit., em especial pp. 331-332.

<sup>64</sup> Ver FAÚNDEZ, Julio. Rule of Law or Washington Consensus: The Evolution of the World Bank’s Approach to Legal and Judicial Reform. Em: PERRY-KESSARIS, Amanda (ed.). *Law in the Pursuit of Development*, Routledge, Oxford/Nueva York, pp. 190-191, 2010. O Banco justificou a falta de resultados positivos nos programas de ajuste estrutural referindo-se, em parte, a problemas de governança e a problemas relacionados ao Estado de Direito nos países envolvidos; ver VAN DEN MEERSCHE, Dimitri. The Evolving Mandate of the World Bank: How Constitutional Hermeneutics Shaped the Concept and Practice of Rule of Law Reform. *Law and Development Review*, vol. 10, núm. 1, pp. 93-94, 2017 e KREVER, Tor. The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank’s Development Model. *Harvard International Law Journal*, vol. 52, núm. 1, pp. 287-319, especialmente pp. 305-306, 319, 2011.

<sup>65</sup> Ver DESAI, Deval e WOOLCOCK, Michael. Experimental Jus-

<sup>53</sup> Nesse meio tempo, o Banco Mundial deixou de exigir que os países de baixa renda preparem os mencionados DERPs. Ver Banco Mundial et al., *World Bank Group: A New Approach to Country Engagement*, Washington, § 47, 2014.

<sup>54</sup> Ver DANN, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., pp. 309-310.

<sup>55</sup> Ver seção IV.2.A.a) abaixo.

<sup>56</sup> Ver, por exemplo, TAN, Celine. The Poverty of Amnesia. PRSPs in the Legacy of Structure Adjustment. Em: STONE, Diane e WRIGHT, Christopher (eds.). *The World Bank and Governance. A Decade of Reform and Reaction*, Routledge, Abingdon, pp. 147-167, em especial pp. 153-155, 2007; FUJITA, Sanae. The Challenges of Mainstreaming Human Rights in the World Bank. *International Journal of Human Rights*, vol. 15, núm. 3, pp. 381-382, 2011, com referências adicionais.

<sup>57</sup> Ver Banco Mundial, *Inclusion Matters. The Foundation for Shared Prosperity*, Washington, 2013.



para os Pobres”, que busca dar suporte a grupos sociais desfavorecidos e acentuar processos contextualizados de reforma, ao invés de estabelecer um enfoque único para todos.<sup>66</sup>

Também se alterou a posição do Banco Mundial a respeito dos direitos humanos. Embora, por muito tempo, esse tema não estivesse na agenda do Banco, este tem paulatinamente se aberto, em certa medida, ao discurso sobre direitos humanos.<sup>67</sup> Entre outros, o Banco Mundial reconheceu a capacidade dos tribunais, particularmente na América Latina, de transformar as relações sociais e econômicas por meio dos direitos econômicos e sociais.<sup>68</sup> Além disso, o Banco Mundial adotou políticas de proteção de povos indígenas e de outras comunidades afetadas. Algumas dessas políticas têm relevância direta para os direitos humanos e, por conseguinte, também para o constitucionalismo transformador na América Latina.<sup>69</sup>

Em termos gerais, é possível afirmar que as tensões entre os objetivos do constitucionalismo transformador, por um lado, e das atividades do Banco Mundial, por outro lado, foram atenuadas. Essa afirmação, no entanto, não pretende negar a existência de problemas relacionados à aproximação dos objetivos do Banco Mundial aos do constitucionalismo transformador latino-americano. Efetivamente, algumas de suas atividades continuam apresentando sérias dificuldades. Por exemplo, nos relatórios *Doing Business*, é palpável uma inclinação neoliberal que favorece a desregulamentação, de modo que, apesar de existirem instrumentos do Banco Mundial relacionados aos direitos humanos, estes continuam sendo afetados pelos inúmeros projetos que a instituição bancária financia.<sup>70</sup> Além disso, por meio

de experiências passadas, pode-se observar que não há progresso linear nas políticas do Banco Mundial em direção a uma maior observância dos direitos humanos. De fato, em algumas ocasiões houve um retrocesso no grau de proteção ou na eficácia de certas políticas de salvaguarda do Banco.<sup>71</sup>

Finalmente, em um nível mais geral, convém ressaltar que o fato de o Banco Mundial ter se tornado mais aberto a questões sociais e de direitos humanos não significa que o efeito de suas atividades seja positivo na perspectiva do constitucionalismo transformador latino-americano. Efetivamente, tem-se argumentado que a incorporação de temas e conceitos sociais como o de “boa governança” ou o de “desenvolvimento sustentável” à agenda do Banco poderia fazer com que ele influenciasse as políticas públicas nacionais dessas áreas na direção de paradigmas de natureza neoliberal, focados no mercado. Isso permitiria ao Banco permanecer exercendo a sua influência neoliberal, ao mesmo tempo em que combateria as críticas que recebe dos movimentos sociais.<sup>72</sup>

A análise anterior destaca a necessidade de desenvolver enfoques conceituais, além de mecanismos concretos, que tendam não somente a garantir que as atividades do Banco Mundial não tenham efeitos negativos no constitucionalismo transformador, mas que também apoiem os seus objetivos. As seções a seguir se destinam a contribuir para essa tarefa.

Justice Reform: Lessons from the World Bank and Beyond. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 11, pp. 155-174, 2015.

<sup>66</sup> Até a presente data, esse programa está em operação somente na África e na Ásia; ver Banco Mundial, *Justice for the Poor*, Washington, sem data.

<sup>67</sup> Ver SARFATY, Galit A. Doing Good Business or Just Doing Good: Competing Human Rights Frameworks at the World Bank. Em: MORGAN, Bronwen (ed.). *The Intersection of Rights and Regulation: New Directions in Sociolegal Scholarship*, Ashgate Press, Aldershot, p. 93, 2007 e seção V.2.A deste artigo.

<sup>68</sup> Ver Banco Mundial, *World Development Report 2017. Governance and the Law*, Washington, p. 94, 2017.

<sup>69</sup> Ver seção V.2 abaixo.

<sup>70</sup> Ver, entre outros exemplos, MUNARRIZ, Gerardo J. Rhetoric and Reality: The World Bank Development Policies, Mining Corporations, and Indigenous Communities in Latin America. *International Community Law Review*, vol. 10, núm. 4, pp. 431-443, em especial p. 441, 2008; NATENSON, Meghan. The World Bank Group's Human

Rights Obligations under the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 33, núm. 2, pp. 493-496, 2015.

<sup>71</sup> Ver, por exemplo, HEUPEL, Monika, op. cit., pp. 261-262 e BUGALSKI, Natalia. The Demise of Accountability at the World Bank? *American University International Law Review*, vol. 31, núm. 1, pp. 1-56, 2016.

<sup>72</sup> Ver, por exemplo, CHIMNI, Bhupinder. International Financial Institutions and International Law: A Third World Perspective. Em: BRADLOW, Daniel D. e HUNTER, David B. (eds.). *International Financial Institutions & International Law*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, pp. 32-62, em especial p. 39, 2010; RITTICH, Kerry. The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social. Em: TRUBEK, David M. e SANTOS, Alvaro (eds.). *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 203-253, em especial pp. 234 e 246-247, 2006.

## 4 O poder do banco mundial através de uma perspectiva jurídica

### 4.1 Um marco conceitual para entender o poder do Banco

Uma estratégia para facilitar a mencionada aproximação é reconfigurar a estrutura jurídica das atividades do Banco Mundial a fim de impedir que elas impactem, negativamente, os objetivos do constitucionalismo transformador latino-americano. Mais do que somente impedir os efeitos negativos, pretende-se que as atividades do Banco passem a contribuir para a concretização desses objetivos. Para muitos, parece óbvio associar o Banco Mundial a uma entidade poderosa que deve exercer, legitimamente, o seu poder em função do bem comum e em consonância com os padrões de boa governança acordados na região. No entanto, fazer com que esse tipo de lugar comum se reflita nas estruturas jurídicas correspondentes é um processo mais complexo. Um primeiro passo necessário para aproximar a autoridade do Banco Mundial ao constitucionalismo transformador é identificar e compreender melhor os instrumentos por meio dos quais o Banco exerce influência a nível nacional.

Facilitar esse processo é o objetivo do enfoque de direito público, que pretende reconstruir e desenvolver o âmbito jurídico que regula o exercício da *autoridade pública*, incluindo aquela desempenhada por instituições internacionais.<sup>73</sup> A ideia principal é fortalecer os regimes legais relacionados às atividades das instituições internacionais à luz de seu caráter público. Dessa maneira, a doutrina pode contribuir para a abordagem de problemas derivados de tais atividades.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> Esse trecho se fundamenta em VON BOGDANDY, Armin et al. From Public International to International Public Law: Translating World Opinion into International Public Authority. *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 1, pp. 115-145, em especial pp. 133-141, 2017.

<sup>74</sup> Isso está em sincronia com outras abordagens acadêmicas que também buscam desenvolver um marco de direito público para as atividades de governança de organizações internacionais e atores relacionados, tais como as abordagens do Constitucionalismo Global, Direito Institucional Internacional e Direito Administrativo Global. Ver, por exemplo, PETERS, Anne. Los méritos del constitucionalismo global. *Revista Derecho del Estado*, núm. 40, pp. 3-20, janeiro-junho de 2018; SCHERMERS, Henry G. e BLOKKER, Niels M. *International Institutional Law. Unity within Diversity*, 5a. ed., Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2011; KINGSBURY, Benedict et al. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contem-*

Questiona-se se um enfoque de direito público é apropriado para o Banco Mundial, especialmente quando sua principal atividade consiste em empréstimos geralmente associados a atividades comerciais privadas. De fato, diferentes autores apontam que, inicialmente, na concepção de vários funcionários do Banco, esse órgão se aproximava mais de um banco privado do que de uma instituição pública para o desenvolvimento.<sup>75</sup> No entanto, essa concepção é contrária às disposições dos acordos constitutivos das duas instituições que compõem o Banco (BIRD e AID), segundo os quais seus objetivos principais não são o lucro, mas sim o desenvolvimento e outros bens públicos.<sup>76</sup> Consequentemente, o Banco não pode operar por interesse próprio, mas somente para promover interesses coletivos.<sup>77</sup>

No entanto, de acordo com o paradigma do direito público, nem todas as atividades do Banco Mundial merecem a mesma atenção. São de particular interesse os casos em que o Banco efetivamente exerce o seu poder, os quais costumam ser, precisamente, aqueles que provocam as maiores controvérsias. Dito isso, o enfoque do direito público não atribui ao seu objeto de estudo um amplo conceito de poder, mas um conceito mais limitado de autoridade, isto é, um poder baseado na competência jurídica, como, nesse caso, é o mandato do Banco Mundial. A ideia básica desse enfoque é precisamente que qualquer exercício de autoridade pública suscite questões de legitimidade que requerem ser tratadas por meio de um regime de direito público.<sup>78</sup>

Nesse sentido, o exercício da autoridade pública internacional implica a capacidade de repercutir na liberdade de outrem, seja um indivíduo ou uma entidade coletiva. Ele implica também a *afirmação* de se ter a faculdade de fazê-lo de acordo com o direito internacional.<sup>79</sup> Tais repercussões podem consistir na restrição da

*porary Problems*, vol. 68, núm. 3-4, pp. 15-61, 2005.

<sup>75</sup> Ver PAHUJA, Sundhya, op. cit., p. 67. Según Dann, essa visão segue vigente em parte do pessoal atual do Banco, ver DANN, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., p. 194.

<sup>76</sup> Art. I (i) da Convenção Constitutiva do BIRD; art. I da Convenção Constitutiva da AID.

<sup>77</sup> Sobre os aspectos conceituais, ver VON BOGDANDY, Armin et al. From Public International to International Public Law..., cit., pp. 137-139.

<sup>78</sup> Ver também VON BOGDANDY, Armin et al. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. *German Law Journal*, vol. 9, núm. 1, pp. 1375-1400, em especial pp. 1381 e 1383, 2008.

<sup>79</sup> Isso não significa que um ato ilegal perca o *status* de exercício de autoridade, pois podem ocorrer usos ilegais e, nesses casos, os atos

liberdade dos Estados beneficiários do Banco Mundial, mas também podem ampliar tal liberdade ou condicionar o seu uso. As respectivas repercussões podem se materializar com base em alterações em uma situação jurídica que obrigue um ator ou pessoa a agir de uma certa maneira; igualmente podem obedecer à alteração de uma situação fática. A concessão ou retenção de recursos financeiros é uma ferramenta poderosa nesse aspecto.

Além disso, os atos das instituições internacionais podem repercutir na liberdade dos atores ao influenciar os seus conhecimentos e percepções.<sup>80</sup> É dessa maneira que a governança, por meio da informação, se tornou um instrumento particularmente importante a nível global.<sup>81</sup> Assim, conclui-se que seja necessário que o constitucionalismo transformador latino-americano considere os diferentes instrumentos por meio dos quais o Banco Mundial exerce essa autoridade, os quais não se limitam aos instrumentos de empréstimo, mas que vão além. Vários instrumentos importantes do Banco serão a seguir brevemente descritos a fim de identificar exercícios de autoridade pública relevantes e desvendar o seu significado para o constitucionalismo transformador.

## 4.2 Instrumentos que envolvem um exercício de autoridade pública pelo Banco Mundial

### 4.2.1 Os instrumentos de financiamento do Banco Mundial

a) O financiamento para Políticas de Desenvolvimento

serão objeto de litígio. Sendo assim, esse entendimento de autoridade deve ser diferenciado do de legitimidade: a autoridade é acompanhada de uma refutável *reivindicação* de legitimidade. No direito internacional, os dois conceitos são frequentemente apresentados como sinônimos, por exemplo, na escola de *New Haven*; ver HATHAWAY, James C. *America, Defender of Democratic Legitimacy*. *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 1, pp. 121-134, 2000.

<sup>80</sup> Sobre os fundamentos psicológicos, ver RYAN, Richard M. e DECI, Edward L. *Intrinsic and Extrinsic Motivations: Classic Definitions and New Directions*. *Contemporary Educational Psychology*, vol. 25, núm. 1, pp. 54-67, 2000.

<sup>81</sup> Ver, por exemplo, DAVIS, Kevin E. et al. *Introduction: Global Governance by Indicators*. Em: DAVIS, Kevin E. et al. (eds.). *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford, pp. 3-28, 2012 e as outras contribuições neste volume.

As Operações de Financiamento para Políticas de Desenvolvimento, que substituíram os programas de ajuste estrutural,<sup>82</sup> tornaram-se um instrumento fundamental para a execução da agenda do Banco Mundial.<sup>83</sup> Apesar de os estatutos do BIRD e da AID preverem que empréstimos não relacionados a projetos de investimento específicos sejam concedidos somente “em circunstâncias especiais”,<sup>84</sup> esse tipo de financiamento chegou a representar cerca de 50% das atividades de crédito do Banco em alguns anos.<sup>85</sup>

Isso também tem implicações para os objetivos do constitucionalismo transformador latino-americano. Os efeitos sociais dos Empréstimos para Políticas de Desenvolvimento, diferentemente daqueles dos Financiamentos para Políticas de Investimento, são geralmente de natureza indireta e pode ser que se materializem somente após um certo tempo.<sup>86</sup> Em particular, as condições associadas a um Empréstimo para Políticas de Desenvolvimento permitem requerer de um governo que adote políticas que afetem, negativamente, os direitos econômicos e sociais e que, por fim, criem obstáculos à concretização do projeto do constitucionalismo transformador.<sup>87</sup> Uma vez formulada essa afirmação, deve-se destacar que empréstimos desse tipo também foram concedidos para, entre outros propósitos, facilitar o acesso a serviços públicos como assistência médica e educação a grupos vulneráveis,<sup>88</sup> ou para fortalecer

<sup>82</sup> Sobre essa mudança, ver DANN, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., pp. 413-415.

<sup>83</sup> Ver Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy Financing*, OPS5.02-POL.105, 2 de agosto de 2017, e Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy Financing*, atualizado em julho de 2014.

<sup>84</sup> Art. III seção 4(VII) da Convenção Constitutiva do BIRD; e art. V seção 1 b) da Convenção Constitutiva da AID.

<sup>85</sup> Ver SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. *International Bank for Reconstruction and Development (IBRD)*. Em: WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, t. V, p. 377, 2012. Por exemplo, o montante de dispêndios brutos do BIRD em Políticas de Financiamento para o Desenvolvimento representou a maior parte dos empréstimos desembolsados pelo Banco Mundial na América Latina e atingiu mais da metade do caixa total bruto do ano de 2016 (12.068 de 22.532 milhões USD). Ver Banco Mundial, *Annual Report 2016*, cit., p. 62.

<sup>86</sup> Ver DANN, Philipp e RIEGNER, Michael. *Managing Social and Environmental Risk in World Bank Development Policy Operations*, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, Bonn/Eschborn, p. 5, 2015.

<sup>87</sup> Para exemplos relacionados sobretudo aos programas de ajuste estrutural, ver DARROW, Mac, op. cit., pp. 68-70; e GHAZI, Bahram, op. cit., pp. 50-51.

<sup>88</sup> Ver, por exemplo, BIRF, *Program Document for a Proposed Loan in the Amount of US\$ 400 Million to the State of Bahia...*, cit., p. 31.



as redes de proteção social do país.<sup>89</sup> Nessa ordem de ideias, os Empréstimos para Políticas de Desenvolvimento podem ser canalizados para promover os objetivos do constitucionalismo transformador, por exemplo, reforçando a capacidade do Estado na implementação de políticas que promovam a inclusão social.

Embora qualquer Empréstimo para Políticas de Desenvolvimento seja fundado em um acordo de empréstimo entre o Banco Mundial (BIRD ou AID) e o país mutuário, essas operações envolvem uma série de exercícios de autoridade pública.<sup>90</sup> Isso pode ser constatado ao se analisar as decisões relativas à adoção ou não de uma operação de financiamento. O anterior inclui uma decisão do Banco sobre se deve ou não realizar trabalhos preparatórios para a operação,<sup>91</sup> uma decisão sobre se deve ou não entrar em negociação com o país em questão,<sup>92</sup> bem como uma decisão sobre a aprovação final da operação pela Diretoria Executiva ou a Administração do Banco Mundial, conforme o caso.<sup>93</sup> Obter o apoio do Banco nesse sentido pode aumentar, consideravelmente, a margem de manobra de um determinado governo para implementar certos tipos de políticas por meio da concessão de maiores recursos — ou, ao contrário, para restringir as suas possibilidades por meio da recusa de concessões. Essa situação pode ser criada sobretudo em países que dispõem de recursos escassos e com avaliações negativas das agências de qualificação, que por consequência têm acesso limitado ao mercado de capitais e que geralmente dependem de maneira especial de assistência financeira.

Talvez, ainda, mais importante do ponto de vista da autoridade pública seja a condicionalidade utilizada no contexto dos Empréstimos para Políticas de Desenvolvimento. Essa condicionalidade adota duas modalidades. Em primeiro lugar, o Banco pode solicitar previamente ao país mutuário ações referentes a reformas econômicas ou institucionais, entre outros aspectos. A implementação dessas ações anteriores é usualmente

avaliada pelos funcionários do Banco antes que se prosiga com a negociação do empréstimo.<sup>94</sup>

Em segundo, podem ser formuladas condições associadas ao acordo de empréstimo. A documentação submetida à aprovação do empréstimo geralmente contém uma “Carta de Política de Desenvolvimento”, a qual se requer do país mutuário para a aprovação do programa correspondente.<sup>95</sup> Nesse documento, o país se compromete a realizar ações específicas ao longo do programa.<sup>96</sup> Somente se os Diretores Executivos (ou, conforme o caso, a Administração) do Banco aprovarem o empréstimo, os documentos legais correspondentes poderão ser assinados.<sup>97</sup> Após a assinatura do acordo de empréstimo, o Banco avalia a implementação das condições relevantes do programa e pode tomar medidas em casos de inadimplemento.<sup>98</sup> Como os empréstimos são tipicamente pagos em parcelas, o não cumprimento dos objetivos estabelecidos pelos indicadores de desempenho relevantes pode levar, entre outros, à retenção de partes do empréstimo em questão.<sup>99</sup>

O inadimplemento das condições (*ex ante* e *ex post*) pode não apenas dificultar o acesso ao financiamento do Banco e a outros serviços acessórios, como também representar uma perda de reputação para o país. De fato, a falta de conformidade às condições estabelecidas é frequentemente entendida pelo setor privado como um sinal de que o país não é solvente.<sup>100</sup> Consequentemente, o país mutuário pode abster-se de cumprir tais condições apenas a um custo potencialmente alto. Nesse sentido, resulta do exposto que se constituem exercícios de autoridade pública internacional não apenas a decisão sobre o conteúdo das condições para o financiamento, mas também os atos que avaliam a sua implementação

<sup>94</sup> *Ibidem*, §§ 4-5.

<sup>95</sup> Ver DANN, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., pp. 423-424 (em inglês “Letter of Development Policy”, tradução própria).

<sup>96</sup> Ver Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, cit., seção III, § 35.

<sup>97</sup> Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy...*, cit., § 11.

<sup>98</sup> *Ibidem*, § 23.

<sup>99</sup> *Ibidem*, §§ 17-19; Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, cit., seção III, § 36. As condições de emissão por parcela incluem a satisfação do Banco com: “(a) o programa que está sendo realizado pelo país membro; e (b) a adequação da estrutura da política macroeconômica do país membro”; Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy...*, cit., § 17 (tradução própria). Para maiores informações, ver DANN, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., p. 422.

<sup>100</sup> Ver WEAVER, Catherine, op. cit., p. 501.

<sup>89</sup> Ver BIRF, *Program Document for a Proposed Loan in the Amount of US\$100 Million to the Republic of Panama for a First Programmatic Fiscal Management and Efficiency of Expenditures Development Policy Loan*, pp. 34-35, 21 de março de 2011.

<sup>90</sup> Nos cingimos ao procedimento relativo aos *Empréstimos* para Políticas de Desenvolvimento. O procedimento referente às *Garantias* para Políticas de Desenvolvimento difere do anterior em diversos aspectos. Ver, por exemplo, Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy...*, cit., §§ 2, 4, 9, 11 e 25.

<sup>91</sup> *Ibidem*, § 2.

<sup>92</sup> *Ibidem*, §§ 4 e 6.

<sup>93</sup> *Ibidem*, §§ 7-8 e 10.

e que decidem sobre a aprovação do programa ou do desembolso de fundos.

#### b) O Financiamento de Projetos de Investimento

O Financiamento de Projetos de Investimento é um dos instrumentos mais visíveis do Banco Mundial, uma vez que, frequentemente, envolve projetos de infraestrutura em larga escala, como os de oleodutos ou barragens. Esse instrumento, relativo a empréstimos e outros tipos de financiamento, tipicamente direcionado aos governos, pode ser relevante para o constitucionalismo transformador de várias maneiras. Por um lado, ele pode afetar, negativamente, os direitos das comunidades locais, particularmente de grupos vulneráveis, como povos indígenas localizados na área onde o projeto será desenvolvido.<sup>101</sup> Entre outros, os Projetos de Investimento podem requerer reassentamentos com efeitos potencialmente adversos em relação à situação econômica e ao tecido social das comunidades afetadas.<sup>102</sup> No entanto, por outro lado, o financiamento desses projetos também pode, dependendo de seu desenho específico, contribuir para a consecução dos objetivos do constitucionalismo transformador, como por exemplo a inclusão social, por meio do melhoramento do suprimento de energia em áreas rurais remotas ou proporcionando emprego formal para a população.

Juntamente com um acordo de empréstimo com o país em questão,<sup>103</sup> o Banco Mundial toma diversas decisões unilaterais que podem ser consideradas exercícios de autoridade pública.<sup>104</sup> De maneira similar aos Empréstimos para Políticas de Desenvolvimento, esses exercícios de autoridade pública, relacionados a Projetos de Investimento, são encontrados em dois aspectos principais: em relação ao primeiro, na questão referente ao financiamento ou não de um projeto e, ao

segundo, nas condições definidas para a realização desse projeto.<sup>105</sup> Essas decisões têm o potencial de afetar a capacidade de um país para materializar um projeto e, paralelamente, condicionam a maneira pela qual esse projeto é realizado pelo país mutuário.<sup>106</sup> Um pressuposto característico de políticas que podem condicionar a maneira pela qual esses projetos são realizados pelo país mutuário se configura nas políticas de salvaguarda do Banco,<sup>107</sup> além de nas políticas anticorrupção e anti-fraude.<sup>108</sup>

Mais especificamente, por meio da “decisão conceitual” tomada no início do processo, o Banco estabelece se deve ou não avançar na preparação para o Financiamento de Projetos de Investimento.<sup>109</sup> Nesse estágio, também é determinada a aplicabilidade de certas políticas de salvaguarda ambiental e social que o país mutuário deve observar ao executar o projeto.<sup>110</sup> Após a fase preparatória, a Administração do Banco pode decidir se deve ou não iniciar negociações formais com o país.<sup>111</sup> Finalmente, a decisão sobre a aprovação do financiamento do projeto de investimento é tomada pela Administração do Banco ou pela Diretoria Executiva.<sup>112</sup> Além disso, o exercício da autoridade pública vai além

<sup>101</sup> A respeito dos povos indígenas, ver MUNARRIZ, Gerardo J., op. cit. Para um estudo detalhado sobre a relevância da consulta prévia de povos indígenas e afrodescendentes para o constitucionalismo transformador na América Latina, ver HERRERA, Juan C. *The Right of Cultural Minorities to Binding Consent: Case Study of Judicial Dialogue in the Framework of a Ius Constitutionale Commune em América Latina*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2017-11, 2017; disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2972026](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972026).

<sup>102</sup> Ver, por exemplo, CLARK, Dana L. *The World Bank and Human Rights: The Need for Greater Accountability*. *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, pp. 212-213, 2002 com referências adicionais.

<sup>103</sup> Ver Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing*, OPS5.03-POL.110, seção III, §§ 18-19, 30 de setembro de 2018.

<sup>104</sup> A análise seguinte se limita ao procedimento relativo aos empréstimos, e não às *garantias* relacionadas a projetos de investimento.

<sup>105</sup> Além das descritas abaixo, outras decisões envolvendo exercícios de autoridade pública incluem a preparação de adiantamentos e de financiamento adicional. Ver Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing*, OPS5.03-DIR.110, seção III, §§ 11-12 e 61, 30 de setembro de 2018.

<sup>106</sup> Nota-se que os requisitos processuais em determinadas circunstâncias relevantes podem ser dispensados. Ver Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing*..., cit., seção V; Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing*..., cit., seção V.

<sup>107</sup> Para mais informações, ver: <http://www.worldbank.org/en/programs/environmental-and-social-policies-for-projects/brief/environmental-and-social-safeguards-policies>. Desde outubro de 2018, um novo conjunto de políticas de salvaguarda se aplica a Projetos de Investimento do Banco Mundial aprovados depois de sua entrada em vigor; ver *Bank Policy on Investment Project Financing*..., cit., § 9(b). Essas novas políticas estão disponíveis em: <http://www.worldbank.org/en/programs/environmental-and-social-policies-for-projects/brief/the-environmental-and-social-framework-esf>. Ver também DANN, Philipp e RIEGNER, Michael. *Safeguard-Review der Weltbankgruppe. Ein neuer Goldstandard für das globale Umwelt- und Sozialrecht?*, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, Bonn/Eschborn, 2017.

<sup>108</sup> Ver, em particular, Banco Mundial, *Bank Directive, Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants (Revised as of July 1, 2016)*, §§ 3-6 e 9-10, 19 de julho de 2016.

<sup>109</sup> Ver Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing*..., cit., seção III, § 9 (tradução própria).

<sup>110</sup> *Idem*.

<sup>111</sup> *Ibidem*, §17.

<sup>112</sup> *Ibidem*, §§ 28, 30 e 34.

da aprovação do projeto. Isso se deve ao fato de que, quando o acordo legal de financiamento entra em vigor, a depender de suas disposições, o Banco tem, por exemplo, a faculdade de suspender os desembolsos total ou parcialmente.<sup>113</sup>

#### 4.2.2 Outros instrumentos

##### a) Os Quadros de Parceria com País

Os Quadros de Parceria com País (CPF, na sigla em inglês) constituem o principal instrumento estratégico do GBM para programar as suas atividades em países.<sup>114</sup> Um CPF abrange um período de quatro a seis anos e é preparado para qualquer país em que o BIRD, a AID ou um fundo fiduciário administrado pelo Banco Mundial esteja realizando — ou planeje realizar — atividades.<sup>115</sup> Com base na estratégia de desenvolvimento do país em questão, os CPFs estabelecem vários objetivos de desenvolvimento que devem ser alcançados em um determinado período.<sup>116</sup> Eles também descrevem as principais intervenções do GBM para implementar esses objetivos<sup>117</sup> e podem indicar as quantias dos recursos financeiros que estarão disponíveis durante o período de sua implementação.<sup>118</sup>

Ao definir a agenda do Banco Mundial em um país específico, os CPFs podem ter implicações em relação aos objetivos do constitucionalismo transformador latino-americano. Em particular, a inclusão social encontra uma abordagem direta pelos CPFs. Como exemplo,

o CPF relativo a Honduras prevê, entre suas pautas, o aumento do número de famílias indígenas e afro-hondurenhas que se beneficiam de programas de assistência social sob o pilar “Promover a inclusão”.<sup>119</sup> Da mesma forma, o CPF da Guatemala inclui como objetivo o maior acesso aos serviços básicos, em conexão com o pilar “Promoção da inclusão de grupos vulneráveis”.<sup>120</sup>

O Banco deve preparar os CPFs “em estreita cooperação com o governo”.<sup>121</sup> Apesar disso, o Banco tem a liderança e o papel principal. Todos os CPFs são elaborados por uma equipe de trabalho, composta por funcionários do BIRD, AID, CFI e MIGA, conforme o caso, e são aprovados pelas respectivas instituições por meio de uma decisão unilateral.<sup>122</sup>

Nesse sentido, os CPFs não apenas retomam as propostas apresentadas pelo país em questão, mas também têm em conta as áreas que o GBM considera cruciais para a consecução dos objetivos de “reduzir a pobreza e promover a prosperidade compartilhada”<sup>123</sup> e aquelas em que vê sua vantagem comparativa.<sup>124</sup> Especialmente nos dois primeiros anos do período de implementação, o CPF deveria estabelecer, de maneira “bem definida”, as atividades que as instituições do GBM devem realizar.<sup>125</sup> Embora as atividades mencionadas no CPF devam ser indicativas, ao invés de “restringir a flexibilidade da equipe do país para responder com diferentes instrumentos durante o período do CPF”, “[todas] as principais atividades que podem ser projetadas durante o período do CPF” devem promover um objetivo do CPF.<sup>126</sup> Esses objetivos são concretizados por meio da “matriz de resultados” do CPF, que inclui indicadores para avaliar o progresso e o cumprimento dos objetivos relevantes.<sup>127</sup>

<sup>113</sup> Ver Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing...*, cit., § 27; Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing...*, cit., § 44.

<sup>114</sup> O CPF substituiu o mecanismo de programação anterior, chamado Estratégia de Assistência ao País do Banco Mundial. Ver Banco Mundial et al., *World Bank Group: A New Approach...*, cit., em especial § 9. Esse instrumento é parte integrante de um processo mais amplo. Isso implica, em particular, um “Diagnóstico sistemático do país”, o qual é a base analítica dos CPFs. Para mais informações, ver Grupo del Banco Mundial, *Guidance on Systematic Country Diagnostic*, OPS5.01-GUID.111, 12 de marzo de 2019. Outro componente são as avaliações que o Banco realiza durante e ao final do período do CPF. Ver Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Directive on Country Engagement*, OPCS 5.01-DIR.01, seção III, §§ 10-11, 1 de julho 2014.

<sup>115</sup> *Ibidem*, seção III, § 7. Quando o planejamento para esse período não é possível, é adotada uma “Nota de colaboração com o país” (tradução própria). Ver *ibidem*, seção III, §§ 12-14.

<sup>116</sup> Ver Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Guidance on Country Engagement*, OPS5.01-GUID.110, seção III, §3, 28 de setembro de 2018.

<sup>117</sup> *Ibidem*, seção III, § 35 (tradução própria).

<sup>118</sup> *Ibidem*, seção III, § 45.

<sup>119</sup> AID et al., *Country Partnership Framework for the Republic of Honduras for the period FY16-FY20*, pp. 51-52, 13 de novembro de 2015 (tradução própria).

<sup>120</sup> BIRD et al., *Marco de Alianza con el País para la República de Guatemala para el periodo 2017-2020*, p. 42, 12 de outubro de 2016.

<sup>121</sup> GBM, *World Bank Group Directive on Country...*, cit., seção III, § 15 (tradução própria).

<sup>122</sup> GBM, *World Bank Group Guidance on Country...*, cit., §13.

<sup>123</sup> Sobre isso, ver também GBM, *A Stronger, Connected, Solutions World Bank Group. An Overview of the World Bank Group Strategy*, Washington, em especial pp. 1-5, 2014.

<sup>124</sup> GBM, *World Bank Group Directive on Country...*, cit., §19 (tradução própria); ver também *ibidem*, §30.

<sup>125</sup> *Ibidem*, §34 (tradução própria).

<sup>126</sup> *Ibidem*, §36 (tradução própria).

<sup>127</sup> *Ibidem*, §§ 41-42.



Diante do exposto, a ambivalência da autoridade do Banco Mundial se manifesta novamente. Por um lado, a definição de objetivos e indicadores de progresso nos CPFs pode aumentar a capacidade dos Estados para implementar seus objetivos de desenvolvimento e para materializar a agenda do constitucionalismo transformador. Por outro lado, pode ser difícil obter o apoio do GBM para atividades que não estejam previstas no CPF correspondente.<sup>128</sup> Consequentemente, o CPF pode impactar a agenda nacional de desenvolvimento, ainda que de maneira menos direta do que no caso dos instrumentos de financiamento do Banco Mundial.

#### b) Avaliações de Política Nacional

O termo Avaliação de Política Nacional abriga uma ampla gama de instrumentos que podem ser entendidos como instrumentos de governança por meio da informação.<sup>129</sup> As Avaliações de Política Nacional se destacam como um tipo de instrumento de instituições internacionais por meio do qual se fazem públicas as informações relacionadas às políticas e às medidas adotadas a nível interno.

Esse mecanismo atribui uma objetividade baseada em *dados empíricos*.<sup>130</sup> As Avaliações de Política Nacional, que, geralmente, se manifestam como *soft law* ou instrumentos não vinculantes, são caracterizadas por serem acompanhadas de poder comunicativo suficiente para que os governos e outros determinados atores apenas possam ignorá-las a um certo custo.<sup>131</sup> As Avaliações de Políticas Nacionais podem se manifestar, por exemplo, como recomendações de políticas, e, ao mesmo tempo, serem combinadas com um monitoramento periódico.<sup>132</sup> Outro tipo de avaliação consiste em classificações, por país, a respeito de uma ou várias questões específicas relativas a políticas nacionais, as quais incentivam os

governos a revisar seus programas para melhorar sua posição nos *rankings*.<sup>133</sup> Nesse sentido, um fator importante que contribui para a eficácia de tais mecanismos reside em sua natureza iterativa, que incentiva os países a ajustarem suas políticas em um determinado período.<sup>134</sup>

Com relação ao Banco Mundial, este desenvolveu vários indicadores para diversos fins. Como exemplo, menciona-se a Avaliação de Políticas e Instituições Nacionais (CPIA, na sigla em inglês),<sup>135</sup> que mede a adequação das políticas de países de renda baixa e média a determinados critérios, em áreas que vão da política tributária e gestão de dívida, passando por questões comerciais e financeiras, até política social e «boa governança». A CPIA pode influenciar os governos nacionais de diferentes maneiras. Para os países beneficiários da AID, a pontuação é incorporada a uma fórmula utilizada para estabelecer a quantia de fundos que a AID aloca por país.<sup>137</sup> Nesse sentido, os indicadores da CPIA aparecem no desenho dos CPFs e, podem, portanto, afetar o conteúdo dos programas de assistência financeira, bem como o de projetos específicos.<sup>138</sup> Da mesma forma, a CPIA influencia o conteúdo da assistência técnica e do assessoramento sobre políticas, bem como investidores privados e agências de qualificação.<sup>139</sup>

Talvez a ferramenta de avaliação de políticas nacionais mais conhecida do Banco Mundial seja o seu relatório *Doing Business*. Preparada pelos funcionários do Banco com base nas informações fornecidas por especialistas locais, essa publicação anual classifica o marco regulatório de cerca de 190 países de acordo com a medida em que tais marcos supostamente favorecem as atividades empresariais. O relatório *Doing Business* abrange onze áreas, que incluem a “abertura de um negócio”,

<sup>128</sup> Na mesma linha, mas sobre os instrumentos predecessores dos CPFs, as Estratégias de Assistência de País, ver DANN, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., p. 325. Também cfr. Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing...*, cit., seção III, § 4.

<sup>129</sup> Ver VON BOGDANDY, Armin e GOLDMANN, Matthias. The Exercise of International Public Authority through National Policy Assessment. The OECD's PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument. *International Organizations Law Review*, vol. 5, núm. 2, p. 286, 2008.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 287 (tradução própria).

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>132</sup> Ver SCHULER, Gefion. National Policy Assessment' as a Standard Form of International Organisations. The Example of the OECD Anti-Bribery Policy. *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 72, p. 413, 2012.

<sup>133</sup> Ver VON BOGDANDY, Armin e GOLDMANN, Matthias, op. cit., p. 288.

<sup>134</sup> *Idem*.

<sup>135</sup> Sobre as origens da CPIA, ver RESTREPO, David. Transnational Legal Indicators: The Missing Link in a New Era of Law and Development. Em: FORTES, Pedro et al. (eds.). *Law and Policy in Latin America. Transforming Courts, Institutions and Rights*, Palgrave Macmillan, Nueva York, pp. 98-99, 2017.

<sup>136</sup> Ver, por exemplo, Grupo de Evaluación Independiente, *The World Bank's Country Policy and Institutional Assessment. An IEG Evaluation*, Washington, Banco Mundial, pp. 4-5, 2010.

<sup>137</sup> Ver RIEGNER, Michael, “Governance Indicators in the Law of Development Finance: A Legal Analysis of the World Bank's ‘Country Policy and Institutional Assessment’”. *Journal of International Economic Law*, vol. 19, núm 1, p. 12, 2016.

<sup>138</sup> *Ibidem*, pp. 12-13.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 13.

a “obtenção de crédito”, o “registro de propriedade”, o “pagamento de impostos”, a “regulamentação do mercado de trabalho”, entre outros parâmetros.<sup>140</sup> Diversos analistas têm argumentado que, ao avaliar os países com base na “flexibilidade” de sua legislação nos respectivos campos, o *Doing Business* tende a favorecer a desregulamentação sem considerar adequadamente as funções e os benefícios da legislação em concreto<sup>141</sup> ou o contexto socioeconômico local.<sup>142</sup>

O caráter problemático do *Doing Business* também se refletiu em uma controvérsia recente relativa à classificação do Chile no referido relatório e sobre a metodologia para se determinar a pontuação de um país. Em uma entrevista ao *Wall Street Journal*, a qual foi alvo de grande atenção, o então economista-chefe do Banco Mundial, Paul Romer, criticou as mudanças metodológicas do *Doing Business* por provocarem impressões equivocadas e expressou a suspeita de que elas eram politicamente motivadas.<sup>143</sup> Como resultado de tais mudanças, a classificação do Chile aumentou durante o governo conservador de Piñera e depois diminuiu consideravelmente durante o posterior governo de esquerda de Bachelet.<sup>144</sup> Embora Romer tenha declarado mais tarde que não tinha conhecimento de nenhuma manipulação política a esse respeito,<sup>145</sup> suas declarações provocaram um intenso debate sobre a confiabilidade da metodologia do *Doing Business* e colocaram em destaque deficiências em

termos de conflitos de interesse, controle de qualidade e prestação de contas.<sup>146</sup>

Os relatórios *Doing Business* se tornaram uma das publicações mais lidas do Banco Mundial e um recurso chave para os responsáveis pela formulação de políticas nacionais, tendo determinado a agenda política de vários países.<sup>147</sup> Sua influência é particularmente palpável em países com poucos dados disponíveis sobre a regulamentação interna.<sup>148</sup> Além disso, esses relatórios servem de base para o trabalho político e as condições dos empréstimos do Banco Mundial e do FMI,<sup>149</sup> podendo exercer uma forte influência nos países que recebem assistência financeira de tais instituições. Ainda, os relatórios de *Doing Business* são levados em consideração por empresas privadas para tomar suas decisões comerciais, de modo que classificações baixas podem influenciar na quantidade de investimento estrangeiro direto nos países afetados.<sup>150</sup> Em suma, as Avaliações de Política Nacional do Banco Mundial são um mecanismo poderoso para influenciar as políticas nacionais no âmbito econômico e social, o que faz com que sejam altamente relevantes para o constitucionalismo transformador.

## 5 Facilitar a aproximação das atividades do Banco Mundial ao constitucionalismo transformador latino-americano

Na seção IV, foi realizada uma análise jurídica sobre como o Banco Mundial exerce autoridade pública e

<sup>140</sup> Ver a versão em português do site de internet do *Doing Business*, disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org>. Como exemplo, Banco Mundial, *Doing Business 2018. Reforming to Create Jobs*, Washington, p. 2, 2017.

<sup>141</sup> Sobre os indicadores “abertura de um negócio” e “registro de propriedades”, ver KERN, Christoph. Die Doing-Business-Reports der Weltbank – fragwürdige Quantifizierung rechtlicher Qualität? *Juristenzeitung*, vol. 64, núm. 10, pp. 502-503, 2009. Sobre o indicador “regulamentação do mercado de trabalho”, ver SANTOS, Alvaro. Labor Flexibility, Legal Reform, and Economic Development. *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, núm. 1, pp. 43-106, em especial pp. 73-74, 2009; LEE, Sangheon et al. The World Bank’s ‘Employing Workers’ Index: Findings and critiques – A review of recent evidence. *International Labour Review*, vol. 147, núm. 4, pp. 421-426, 2008.

<sup>142</sup> Ver FAÚNDEZ, Julio, op. cit., pp. 194-195; SANTOS, Alvaro. The World Bank’s Uses..., cit., pp. 294-295.

<sup>143</sup> Ver ZUMBRUN, Josh e TALLEY, Ian. World Bank Unfairly Influenced Its Own Competitiveness Rankings. *Wall Street Journal*, 12 de janeiro de 2018, disponível em: [https://www.wsj.com/articles/world-bank-unfairly-influenced-its-own-competitiveness-rankings-1515797620?\\_\\_twitter\\_impession=true](https://www.wsj.com/articles/world-bank-unfairly-influenced-its-own-competitiveness-rankings-1515797620?__twitter_impession=true).

<sup>144</sup> Idem.

<sup>145</sup> Ver ROMER, Paul. *My Unclear Statements about the Doing Business Report*, 16 de janeiro de 2018, disponível em: <https://paulromer.net/my-unclear-comments-about-the-doing-business-report/>.

<sup>146</sup> Ver RIEGNER, Michael. Cheating Chile. The (Il)legality of Information and the World Bank’s “Doing Business” Ranking. *Völkerrechtsblog*, 19 de janeiro de 2018, disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/cheating-chile/>.

<sup>147</sup> Ver, por exemplo, KREVER, Tor, op. cit., p. 315. Para exemplos sobre, ver MICHAELS, Ralf. Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law. *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 4, p. 772, 2009.

<sup>148</sup> Cfr. BERG, Janine e CAZES, Sandrine. Policymaking Gone Awry: The Labor Market Regulations of the Doing Business Indicators. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 29, núm. 4, p. 350, 2008 sobre a regulamentação trabalhista.

<sup>149</sup> Para exemplos, ver BAKVIS, Peter. The World Bank’s Doing Business Report: A Last Fling for the Washington Consensus? *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 15, núm. 3-4, p. 427, 2009.

<sup>150</sup> Até o momento, a evidência relativa ao uso dos informes *Doing Business* por parte do setor privado é escassa. Ver MICHAELS, Ralf, op. cit., p. 772.

como pode, por meio dela, afetar a consecução dos objetivos do constitucionalismo transformador latino-americano. Nesta seção, serão exploradas as possíveis medidas para diminuir a tensão entre as atividades do Banco Mundial e os ditos objetivos, bem como as vias que permitem uma aproximação entre eles. Embora cada um dos instrumentos do Banco Mundial não seja tratado em detalhes, serão examinadas as questões transversais relacionadas a esses instrumentos.

## 5.1 Enquadrar e controlar a autoridade pública do Banco: considerações gerais

Uma aproximação das atividades do Banco Mundial ao constitucionalismo transformador latino-americano pode ser facilitada por meio do reforço dos mecanismos de controle no âmbito do direito público relativo ao Banco. Trata-se de uma temática que está vinculada a diferentes debates jurídicos.<sup>151</sup> Embora, em alguns casos, os mecanismos existentes possam ser expandidos ou reforçados, em outros casos é necessária a criação de novos mecanismos. Estes poderiam assumir diferentes formas, as quais dependerão do instrumento específico. Com base na análise apresentada, resta claro que tais mecanismos são necessários não apenas para os instrumentos de financiamento do Banco, mas também para os seus demais instrumentos de governança, tanto em uma dimensão material quanto em uma dimensão processual.

### 5.1.1 A dimensão material

Primeiramente, surge a questão a respeito de quais temas o Banco Mundial pode ou deve levar em consideração ao realizar suas atividades. Essa questão está

<sup>151</sup> Isso inclui os debates sobre a relação entre as IFIs e os direitos humanos, sobre o direito administrativo global e as IFIs, bem como o debate geral sobre como melhorar os mecanismos de prestação de contas do Banco Mundial. Ver, por exemplo, SKOGLY, Sigrun. *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, Cavendish, London/Sydney, 2001; SAPER, Benjamin M. The International Finance Corporation's Compliance Advisor Ombudsman (CAO): An Examination of Accountability and Effectiveness from a Global Administrative Law Perspective. *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 44, núm. 4, pp. 1279-1329, 2012; NAUDÉ Fourie, Andria. *The World Bank Inspection Panel and Quasi-Judicial Oversight. In Search of the 'Judicial Spirit' in Public International Law*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2009; FUJITA, Sanae. *The World Bank, Asian Development Bank and Human Rights. Developing Standards of Transparency, Participation and Accountability*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

ligada à interpretação dos mandatos de suas instituições, o BIRD e a AID,<sup>152</sup> cujas convenções fundadoras enfatizam o “desenvolvimento” como seu principal propósito.<sup>153</sup> Por outro lado, os atos constitutivos de ambas as instituições contêm disposições específicas que as proíbem de interferir “nos assuntos políticos de qualquer membro”,<sup>154</sup> exigência conhecida como “cláusula de proibição política”.<sup>155</sup>

Por algum tempo, o Banco Mundial interpretou o seu mandato de maneira restrita, concentrando-se sobretudo no desenvolvimento econômico.<sup>156</sup> No entanto, passou a adotar, progressivamente, uma interpretação mais ampla, utilizando-se das formulações indeterminadas contidas nas disposições do referido mandato<sup>157</sup> para redefinir os limites do “econômico” e do “político”.<sup>158</sup> Atualmente, a posição predominante no Banco Mundial é a de que o conceito de “desenvolvimento” engloba várias áreas, tais como “desenvolvimento humano, educação, governança e instituições, desenvolvimento social e até questões como inclusão, coesão, participação, prestação de contas e igualdade”.<sup>159</sup>

Do ponto de vista do constitucionalismo transformador latino-americano, a relação entre as atividades do Banco Mundial e os direitos humanos é de particular importância e tem sido objeto de intenso debate nas últimas décadas.<sup>160</sup> Embora a maioria da literatura

<sup>152</sup> Sobre isso, ver DANN, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., pp. 183-184 e 193.

<sup>153</sup> Ver art. I da Convenção Constitutiva do BIRD; e art. I da Convenção Constitutiva da AID.

<sup>154</sup> Ver art. IV, seção 10 da Convenção Constitutiva do BIRD; e art. V, seção 6 da Convenção Constitutiva da AID.

<sup>155</sup> Sobre essa cláusula, ver CISSÉ, Hassane. Should the Political Prohibition in Charters of International Financial Institutions Be Revisited? The Case of the World Bank. *World Bank Legal Review*, vol. 3, pp. 59-92, 2012.

<sup>156</sup> Ver, por exemplo, MCBETH, Adam, op. cit., p. 175.

<sup>157</sup> Sobre isso, ver também KILLINGER, Stefanie. *The World Bank's Non-Political Mandate*, Carl Heymanns Verlag, Colonia et al., pp. 74 e 163, 2003.

<sup>158</sup> Para uma perspectiva crítica, ver PAHUJA, Sundhya, op. cit., pp. 238-239.

<sup>159</sup> LEROY, Anne-Marie. *Legal Note on Bank Involvement in the Criminal Justice Sector*, § 10, 9 de fevereiro de 2012 (tradução própria). Ver também WOUTERS, Jan e COGOLATI, Samuel. Taking Sustainable Development Goal 17 Seriously. The World Bank's Legal Framework for Providing Global Public Goods. *World Bank Legal Review*, vol. 7, p. 195, 2016, com referências adicionais.

<sup>160</sup> Entre muitos outros, ver MCBETH, Adam, op. cit., p. 179 e ss.; MCINERNEY-LANKFORD, Siobhán. International Financial Institutions and Human Rights: Selected Issues on Legal Obligations. Em: BRADLOW, Daniel D. e HUNTER, David B. (eds.). *International Financial Institutions & International Law*, Kluwer, Alphen aan



acadêmica sustente que o Banco Mundial é obrigado a cumprir com ao menos certos direitos humanos,<sup>161</sup> o Banco segue relutante em reconhecer formalmente que está sujeito a obrigações internacionais nessa matéria.<sup>162</sup>

A visão do Banco acerca do tema dos direitos humanos evoluiu com o tempo.<sup>163</sup> Embora não exista uma opinião oficial da Diretoria Executiva do Banco Mundial a esse respeito, um parecer jurídico preparado pelo ex-conselheiro geral Roberto Dañino Zapata descreve vários cenários nos quais os temas de direitos humanos podem ser significativos para o Banco Mundial.<sup>164</sup> Embora essa opinião nunca tenha sido apresentada à Diretoria Executiva do Banco,<sup>165</sup> alguns altos funcionários consideram que ela contribuiu para dar forma à posição da instituição em relação aos direitos humanos, além de ter facilitado que eles sejam considerados em suas operações.<sup>166</sup> Por outro lado, a versão mais recente das políticas de salvaguarda do Banco, adotada em agosto de 2016, indica que “as atividades do Banco Mundial apoiam a materialização dos direitos humanos expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos”,<sup>167</sup>

de modo que se poderia depreender que o Banco já reconhece o conceito de direitos humanos como um todo.<sup>168</sup>

Essas políticas de salvaguarda contêm, como mencionado, requisitos normativos relacionados aos direitos humanos que abrangem a proteção dos povos indígenas<sup>169</sup> e de outras comunidades afetadas, por exemplo, por questões relacionadas à aquisição e ao uso da terra, bem como a reassentamentos involuntários.<sup>170</sup> Recentemente, também foram incorporados requisitos relativos às condições de trabalho dos trabalhadores envolvidos em projetos financiados pelo Banco.<sup>171</sup>

Uma vez aceita essa premissa, deve-se notar que há diferentes limitações nas políticas de salvaguarda do Banco Mundial. Essas — além das críticas vinculadas ao padrão de proteção em várias áreas —<sup>172</sup> não incluem uma abordagem abrangente em relação aos direitos humanos.<sup>173</sup> Além disso, o âmbito de aplicação dessas po-

den Rijn, pp. 239-285, 2010.

<sup>161</sup> Ver SKOGLY, Sigrun, *The Human Rights Obligations...*, cit., em especial p. 173; CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, pp. 151-152, 2006; GOLDMANN, Matthias. *Human Rights and Sovereign Debt Workouts*. Em: BOHOSLAVSKY, Juan Pablo e LETNAR CER-NIC, Jernej (eds.). *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, Hart Publishing, Oxford, pp. 92-95, 2014.

<sup>162</sup> Ver Van GENUGTEN, Wille. *The World Bank Group, the IMF and Human Rights*, Intersentia, Cambridge, pp. 3-5, 2015. A respeito das dinâmicas internas, ver SARFATY, Galit A. Why Culture Matters in International Institutions: The Marginality of Human Rights at the World Bank. *American Journal of International Law*, vol. 103, núm. 4, pp. 647-683, em especial pp. 659-667 e 673-676, 2009.

<sup>163</sup> Para uma descrição sucinta, ver KINLEY, David. *Human Rights and the World Bank: Practice, Politics, and Law*. *World Bank Legal Review*, vol. 2, pp. 361-362, 2006.

<sup>164</sup> Ver ZHOU, Suzanne. Reassessing the Prospects of a Human Rights Safeguard Policy at the World Bank. *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 3, pp. 830-831, 2012. Seu antecessor, Ibrahim Shihata, também falou sobre a relevância dos direitos humanos para o Banco Mundial, embora tenha o feito de maneira mais comedida; ver, por exemplo, SARFATY, Galit A. *Values in Translation. Human Rights and the Culture of the World Bank*, Stanford University Press, Stanford, pp. 59-60 e 64-66, 2012.

<sup>165</sup> Ver SARFATY, Galit A. Why Culture Matters..., cit., p. 666. O poder da interpretação autorizada da Convenção Constitutiva cabe ao Conselho Executivo do Banco Mundial e, em última instância, ao Conselho de Governadores. Ver art. IX(a) e (b) da Convenção Constitutiva do BIRD; art. X(a) e (b) do Convenção Constitutiva da AID.

<sup>166</sup> Ver CISSÉ, Hassane. Should the Political Prohibition..., cit., pp. 73-74, com referências adicionais.

<sup>167</sup> Ver Banco Mundial, *Marco Ambiental y Social. Una Visión para el*

*Desarrollo Sostenible*, § 3, 4 de agosto de 2016.

<sup>168</sup> Nesse sentido, ver DANN, Philipp y RIEGNER, Michael. *Safeguard-Review der Weltbankgruppe...*, cit., p. 16. Os autores assinalam que anteriormente o Banco Mundial limitava as suas declarações de direitos humanos a direitos económicos e sociais, ver ídem.

<sup>169</sup> Ver Banco Mundial, *Operational Policy 4.10 - Indigenous Peoples*, adotada em julho de 2005, revisada em 2013. Desde outubro de 2018 um novo instrumento é aplicado; ver Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 7: Pueblos Indígenas/ Comunidades Locales Tradicionales Históricamente Desatendidas de África Subsahariana*, adotado em 4 de agosto de 2016. Ver a página correspondente do Banco Mundial, disponível em: <http://www.bancomundial.org/es/projects-operations/environmental-and-social-framework>.

<sup>170</sup> Ver, por exemplo, Banco Mundial, *Operational Policy 4.12 - Involuntary Resettlement*, adotada em dezembro de 2001, revisada em abril de 2013. Um novo instrumento é aplicado desde outubro de 2018; ver Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 5: Adquisición de Tierras, Restricciones sobre el Uso de la Tierra y Reasentamiento Involuntario*, adotado em 4 de agosto de 2016.

<sup>171</sup> Ver Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 2: Trabajo y Condiciones Laborales*, adotado em 4 de agosto de 2016.

<sup>172</sup> Ver, por exemplo, ERRICO, Stefania. The World Bank and Indigenous Peoples: The Operational Policy on Indigenous Peoples (O.P. 4.10.) Between Indigenous Peoples' Rights to Traditional Lands and to Free, Prior, and Informed Consent. *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 13, núm. 4, p. 367-390, 2006; com referências adicionais EBERT, Franz Christian. Labour Standards and the World Bank. Analysing the Potential of Safeguard Policies for Protecting Workers. Em: GÖTT, Henner (ed.). *Labour Standards in International Economic Law*, Springer, Cham, pp. 284-288, 2018. Para uma análise moderada sobre os novos padrões em matéria de povos indígenas, ver AZZARELLO, Severa. The World Bank's Environmental and Social Standard on Indigenous Peoples: A Case Study on Global Governance. *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 50, núm. 2, pp. 135-155, 2017.

<sup>173</sup> Para uma crítica contundente, ver Assembleia Geral das Nações Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos*

líticas está sujeito a restrições. Em particular, as novas políticas de salvaguarda do Banco permitem, em certos casos, um deslocamento de responsabilidade do Banco para o mutuário em relação a questões sociais e ambientais, uma vez que os regulamentos do Banco podem, de acordo com determinados critérios, ser substituídos pelo próprio ordenamento jurídico e administrativo do país mutuário.<sup>174</sup>

Por outro lado, o alcance desses instrumentos é limitado ao Financiamento de Projetos de Investimento do Banco Mundial e a instituição não conta com políticas desse tipo para seus outros instrumentos.<sup>175</sup> No entanto, o fato de constituírem exercícios de autoridade pública implica, do ponto de vista do direito público, a necessidade de garantir o cumprimento das normas de direitos humanos. Por esse motivo, podem ser argumentadas, com base nos problemas que eles podem acarretar para os direitos humanos, razões convincentes para submeter esses instrumentos a políticas semelhantes.

### 5.1.2 A dimensão processual

Os princípios essenciais em nível processual que o Banco Mundial deve levar em consideração são, entre outros, o Princípio da Transparência, o Princípio da Participação e o Princípio da Revisão.<sup>176</sup> A transparência tem sido considerada um preceito fundamental para a prestação de contas de instituições internacionais e de outros atores globais.<sup>177</sup> Atualmente, o Banco tem adotado uma política específica sobre o assunto.<sup>178</sup> Juntamente com a regulação do princípio da publicidade

*humanos*, A/70/274, § 68, 4 de agosto de 2015.

<sup>174</sup> Sobre isso, ver DANN, Philipp e RIEGNER, Michael, *Safeguard-Review der Weltbankgruppe...*, cit., pp. 15-16; EBERT, Franz Christian, op. cit., pp. 297-298.

<sup>175</sup> Para algumas dessas atividades são previstas avaliações de impacto social; ver seção V.2.B.

<sup>176</sup> Como exemplo, ver KINGSBURY, Benedict et al., op. cit., pp. 37-40. Sobre a importância dos princípios procedimentais no campo internacional, ver também ULFSTEIN, Geir. Institutions and Competences. Em: KLABBERS, Jan et al., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 62-63, 2009.

<sup>177</sup> Ver HALE, Thomas N. e SLAUGHTER, Anne-Marie. Transparency: Possibilities and Limitations. *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 30, núm. 1, p. 154, 2006.

<sup>178</sup> Ver Banco Mundial, *Bank Policy on Access to Information*, EXC4.01-POL.01 de 1 de julho de 2015. Para uma análise detalhada da política de acesso à informação anterior do Banco, ver GARTNER, David. Uncovering Bretton Woods: Conditional Transparency, the World Bank, and the International Monetary Fund. *George Washington International Law Review*, vol. 45, núm. 1, pp. 121-148, em especial pp. 127-137, 2013.

sobre qualquer documento, salvo disposição específica em contrário, tal política prevê regras detalhadas sobre o acesso a documentos.<sup>179</sup> Além disso, foi criado um recurso contra as decisões negativas do Banco em matéria de acesso à informação, o qual pode ser instaurado primeiramente perante um comitê competente e depois perante um conselho de apelações composto por especialistas externos.<sup>180</sup>

Do mesmo modo, foram integrados elementos de participação em alguns dos procedimentos do Banco Mundial.<sup>181</sup> A título de exemplo, as políticas internas, relacionadas às atividades de Empréstimo para Projetos de Investimento fornecem, no período prévio a um projeto, consultas às principais partes interessadas a respeito dos impactos ambientais e sociais correspondentes.<sup>182</sup> Além disso, nos Quadros da Parceria com o País são requeridas consultas com representantes da sociedade civil, empresas e outros atores.<sup>183</sup> Por outro lado, no Financiamento para Políticas de Desenvolvimento, as consultas são realizadas principalmente na medida em que há previsão na legislação nacional,<sup>184</sup> enquanto que não parece haver requisitos formais de participação para as avaliações de políticas nacionais como a CPIA.<sup>185</sup> No entanto, considerando que essas implicam um exercício de autoridade pública, geralmente com efeitos sociais tangíveis nos países afetados, considera-se fundamental estabelecer mecanismos de participação também para esses instrumentos.<sup>186</sup>

<sup>179</sup> Ver Banco Mundial, *Bank Policy on Access to Information...*, cit., seção III B, §§ 1-6.

<sup>180</sup> Ver ibidem, seção III, § 8. Para maiores informações, ver DANN, Philipp. *The Law of Development Cooperation...*, cit., pp. 458-459; DANN, Philipp. Der Zugang zu Dokumenten im Recht der Weltbank. Kosmopolitische Tendenzen im Internationalen Verwaltungsrecht? *Die Verwaltung*, vol. 44, núm. 3, pp. 313-325, 2011.

<sup>181</sup> Ver HUNTER, David. International Law and Public Participation in Policy-Making at the International Financial Institutions. Em: BRADLOW, Daniel D. e HUNTER, David B. (eds.). *International Financial Institutions & International Law*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, pp. 199-238, 2010.

<sup>182</sup> Ver, por exemplo, Banco Mundial, *Política Ambiental y Social del Banco Mundial para el Financiamiento de Proyectos de Inversión*, §§ 53-55, adotado em 4 de agosto de 2016; e análise adicional em LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia, *El Banco Mundial...*, cit., pp. 303-306.

<sup>183</sup> Ver GBM, *World Bank Group Guidance on Country...*, cit., §§ 17-20.

<sup>184</sup> Ver Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, cit., seção III, § 9; e mais detalhadamente em RIEGNER, Michael. *Informationsverwaltungsrecht internationaler Institutionen. Dargestellt am Entwicklungsverwaltungsrecht der Weltbank und Vereinten Nationen*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 343-344, 2017.

<sup>185</sup> Ver RIEGNER, Michael. Governance Indicators in the Law..., cit., pp. 14-15.

<sup>186</sup> Para reflexes sobre o tema, ver VAN GENUGTEN, Willem, op.

Do ponto de vista do direito público, é de particular interesse que o Banco Mundial tenha sólidos mecanismos de revisão para as suas atividades. De fato, o Banco criou um mecanismo interno de responsabilização quase judicial com relativa autonomia<sup>187</sup> chamado Painel de Inspeção, por meio do qual comunidades locais, povos indígenas e outros atores podem alegar o descumprimento das próprias políticas da instituição.<sup>188</sup> No entanto, os efeitos do referido instrumento na abordagem de problemas, em casos concretos, têm sido considerados insuficientes e alguns de seus aspectos jurídicos possivelmente prejudicam a sua efetividade, bem como a sua acessibilidade para possíveis reclamantes.<sup>189</sup> Entre as limitações que devem ser citadas do ponto de vista do direito público está a falta de capacidade de tomar decisões vinculantes e determinar reparações, além de outras diversas deficiências no acompanhamento dos casos.<sup>190</sup>

Uma limitação adicional do Painel de Inspeção diz respeito ao seu alcance. As competências do Painel de Inspeção dependem em grande medida do alcance das políticas do Banco Mundial, em particular de suas políticas de salvaguarda.<sup>191</sup> Por exemplo, na prática, é difícil

levantar diante do Painel questões relacionadas aos Empréstimos para Políticas de Desenvolvimento.<sup>192</sup> Principalmente, o exame de outros instrumentos, como *Doing Business* e Avaliações de Política Nacional semelhantes, consiste apenas na supervisão política geral da Diretoria Executiva do Banco<sup>193</sup> e nas avaliações ocasionais do Grupo de Avaliação Independente.<sup>194</sup> Esse tipo de controle, na prática, é em geral bastante restrito. Assim, e considerando que essas atividades também implicam um exercício de autoridade pública com possíveis violações de direitos humanos — além de outros princípios e objetivos relevantes para o constitucionalismo transformador — conclui-se que é necessário fortalecer a estrutura institucional nesse aspecto.

Outra importante dimensão processual se refere aos mecanismos de prevenção de impactos adversos. Por exemplo, as novas políticas de salvaguarda do Banco Mundial preveem que o mutuário realize uma “avaliação social e ambiental” para projetos de empréstimo para investimento.<sup>195</sup> Da mesma forma, o Banco deve realizar a “devida diligência em matéria ambiental e social” em relação a “todos os projetos propostos para os quais se solicita apoio por meio de financiamento de projetos de investimento”.<sup>196</sup> Essas avaliações são essenciais para determinar os efeitos problemáticos dos projetos previstos em aspectos relacionados aos direitos humanos, entre outros. Dito isso, a estrutura existente foi criticada, entre outras razões, devido à excessiva confiança depositada nas autoavaliações dos países mutuários e ao

cit., pp. 50-51.

<sup>187</sup> O Painel de Inspeção é independente da Administração do Banco Mundial e se reporta diretamente à Diretoria Executiva do Banco. Ver BRADLOW, Daniel. Private Complainants and International Organizations: A Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions. *Georgetown Journal of International Law*, vol. 36, núm. 2, p. 412, 2005. Para um análise a esse respeito, ver LAGERWALL, Anne. Le Panel d'inspection jouit-il de l'indépendance nécessaire pour contrôler les agissements de la Banque Mondiale? *Revue Belge de Droit International*, vol. 43, núm. 2, pp. 389-422, 2010.

<sup>188</sup> Ver, respectivamente, BIRD e AID, *Resolución núm. BIRF 93-10 y Resolución núm. AIF 93-6 “The World Bank Inspection Panel”*, 22 de setembro de 1993; assim como Banco Mundial, *The Inspection Panel at the World Bank. Operating Procedures*, abril de 2014.

<sup>189</sup> Para uma crítica detalhada, ver, por exemplo, NANWANI, Suresh. Holding Multilateral Development Banks to Account: Gateways and Barriers. *International Community Law Review*, vol. 10, núm. 2, pp. 210-221, 2008.

<sup>190</sup> Para uma avaliação sobre esse (e outros) aspectos, ver ORAKHELASHVILI, Alexander. The World Bank Inspection Panel in Context. Institutional Aspects of the Accountability of International Organizations. *International Organizations Law Review*, vol. 2, núm. 1, pp. 57-102, em especial pp. 100-102, 2005; LÓPEZ-JACOISTE, Eugenia. El control *cuasi jurisdiccional* del Panel de Inspección del Banco Mundial. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, pp. 111-164, em especial pp. 161-162, 2013; LUKAS, Karin. The Inspection Panel of the World Bank: An Effective Extrajudicial Complaint Mechanism? *World Bank Legal Review*, vol. 6, pp. 531-544, em especial p. 544, 2015.

<sup>191</sup> Ver também VAN GENUGTEN, Willem, op. cit., p. 46.

<sup>192</sup> Ver DANN, Philipp e RIEGNER, Michael, *Managing Social and Environmental Risk...*, cit., p. 6.

<sup>193</sup> Ver DANN, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., pp. 456-458.

<sup>194</sup> Trata-se de avaliações gerais das políticas do Banco, que, no entanto, não revisam a sua aplicação em casos específicos. Para mais detalhes, ver LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia, op. cit., pp. 314-315 assim como DANN, Philipp. Accountability in Development Aid Law: The World Bank, UNDP and Emerging Structures of Transnational Oversight. *Archiv des Völkerrechts*, vol. 44, núm. 4, p. 392, 2006.

<sup>195</sup> As características e critérios dessa avaliação variam de acordo com os riscos e potenciais impactos do projeto em questão; ver Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 1: Evaluación y Gestión de Riesgos e Impactos Ambientales y Sociales*, §§ 23-29, adotada em 4 de agosto de 2016. Em especial, regras específicas se aplicam a projetos que envolvem vários subprojetos e projetos que implicam intermediários financeiros; ver Banco Mundial, *Política Ambiental y Social...*, cit., §§ 36-45.

<sup>196</sup> Ver Banco Mundial, *Política Ambiental y Social...*, cit., § 30. De acordo com essa normativa, a diligência devida “se adequará à natureza e à escala do projeto, e será proporcional ao nível de riscos e impactos ambientais e sociais”, *ibidem*, § 31.



considerável grau de discricionariedade dos funcionários do Banco nessa área.<sup>197</sup> Resta verificar se as novas políticas de salvaguarda resultarão efetivas.

Da mesma forma, são previstas as Análises da Pobreza e Impacto Social (APIS) dos Empréstimos para Políticas de Desenvolvimento.<sup>198</sup> Seu objetivo é identificar os efeitos sociais negativos das políticas contempladas no contexto das operações de financiamento para desenvolvimento, especialmente em grupos desfavorecidos e vulneráveis. Dessa maneira, os efeitos mencionados podem ser tratados antes ou durante a execução da operação.<sup>199</sup> Embora essas análises representem progresso, elas também estão sujeitas a várias limitações. Como exemplo, foram criticados, devido à sua natureza imprecisa, os critérios contidos nos instrumentos relevantes do Banco Mundial que dizem respeito a quando esse tipo de APIS deve ser executada.<sup>200</sup> Da mesma forma, nem sempre foram realizadas as avaliações correspondentes, inclusive no caso de políticas em relação às quais o Banco identificou prováveis efeitos adversos.<sup>201</sup> Ademais, a estrutura jurídica do Banco não é precisa em relação às medidas que devem ser adotadas pelos funcionários para corrigir qualquer efeito desfavorável identificado e, portanto, não pode garantir que o resultado da análise tenha influência real em suas operações.<sup>202</sup>

Além de abordar as deficiências nos mecanismos de avaliação de impacto existentes,<sup>203</sup> parece de extrema importância implementar as Avaliações de Impacto nos Direitos Humanos (AIDH), que foram defendidas por acadêmicos e representantes da sociedade civil.<sup>204</sup> Isso

poderia facilitar ao Banco considerar sistematicamente os aspectos de direitos humanos na aplicação de seus instrumentos, o que contribuiria para atenuar as tensões com o constitucionalismo transformador na América Latina. No entanto, para que essas AIDHs sejam mais eficazes, é necessária uma metodologia sólida que compreenda elementos quantitativos e qualitativos, bem como a participação das partes interessadas e dos afetados pelo instrumento em questão.<sup>205</sup> Além disso, esse instrumento necessitaria de contar com uma estrutura institucional e processual apropriada para garantir a independência e a disponibilidade de recursos adequados para o órgão encarregado da AIDH, bem como com um trabalho de acompanhamento de acordo com os resultados da avaliação.<sup>206</sup>

## 5.2 Um padrão de legitimidade contextualizado para os atos do Banco Mundial na América Latina

Nesta seção, exploram-se os caminhos por meio dos quais o Banco Mundial pode levar em consideração questões específicas relacionadas ao constitucionalismo transformador latino-americano. A ideia não é de que os regulamentos do Banco sejam diferentes para a América Latina daqueles que se aplicam a outras regiões. Em vez disso, o que se pretende é enquadrar a aplicação do referido marco jurídico à luz do contexto jurídico e dos desafios socioeconômicos específicos da região.

### 5.2.1 Contextualizando o enfoque do Banco Mundial em relação aos direitos humanos

Em comparação com outras regiões, uma das principais características do constitucionalismo transformador latino-americano é o seu amplo componente do direito internacional, baseado em particular na Conven-

<sup>197</sup> Sobre esses aspectos, ver EBERT, Franz Christian, op. cit., pp. 289-290, com referências adicionais.

<sup>198</sup> Ver Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, cit., seção III, § 13.

<sup>199</sup> Sobre isso, ver Banco Mundial, *Good Practice Note: Using Poverty and Social Impact Analysis to Support Development Policy Operations*, agosto de 2008.

<sup>200</sup> Ver DANN, Philipp e RIEGNER, Michael. *Managing Social and Environmental Risk...*, cit., p. 10. Sobre isso, ver Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, cit., seção III, § 13.

<sup>201</sup> Ver Banco Mundial, *2015 Development Policy Financing Retrospective: Results and Sustainability*, pp. 38 e 40, 2015.

<sup>202</sup> Sobre isso, ver DANN, Philipp e RIEGNER, Michael. *Managing Social and Environmental Risk...*, cit., p. 12.

<sup>203</sup> Quanto às propostas específicas relacionadas às avaliações do Financiamento para Políticas de Desenvolvimento do Banco, ver *ibidem*, pp. 16-17.

<sup>204</sup> Como exemplo, ver SKOGLY, Sigrun. The Human Rights Obligations of the World Bank and the IMF. Em: VAN GENUGTEN, Willem et al. (eds.). *World Bank, IMF and Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, pp. 61-62, 2003 e Human Rights Watch, *Abuse-Free Development. How the World Bank Should Safeguard against*

*Human Rights*, pp. 54-57, 2013.

<sup>205</sup> Para reflexões sobre esse tema, ver HARRISON, James. Establishing a Meaningful Human Rights Due Diligence Process for Corporations: Learning from Experience of Human Rights Impact Assessment. *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, núm. 2, pp. 107-117, 2013.

<sup>206</sup> Ver, por exemplo, VAN GENUGTEN, Willem, op. cit., pp. 44-45; bem como os elementos elaborados no *Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, A/HRC/34/57, § 59, 27 de dezembro de 2016.

ção Americana de Direitos Humanos.<sup>207</sup> A ela devem ser acrescentadas as normas constitucionais nacionais, que, em sua maioria, contém cláusulas de abertura para tratados internacionais de direitos humanos.<sup>208</sup> Sobre essa base, se constitui um *bloco de constitucionalidade* através do qual o direito nacional e internacional em matéria de direitos humanos se reforçam mutuamente.<sup>209</sup>

A situação específica da América Latina revela que seria razoável fazer uma interpretação contextualizada do regime jurídico do Banco Mundial, a qual considere não apenas os padrões globais de direitos humanos, mas também os padrões regionais, tal como foram interpretados por parte das instituições do sistema interamericano. Os instrumentos regionais em matéria de direitos humanos refletem um consenso sobre um conjunto de padrões comuns a serem respeitados na região, geralmente vinculados aos desafios históricos específicos enfrentados pelos países nessa área geográfica.<sup>210</sup> Portanto, as normas regionais de direitos humanos — bem como outros instrumentos análogos a nível global — deveriam ser considerados como um padrão ao qual o Banco e as outras IFIs devem dar especial atenção, particularmente ao projetar seu apoio financeiro a grandes projetos e em relação às condicionalidades de seus empréstimos. Uma área que ilustra esse fenômeno é a dos direitos dos povos indígenas, que se tornaram concretos na jurisprudência da Corte IDH, destacando, entre outros, o conceito de propriedade coletiva e o direito a uma “vida digna”.<sup>211</sup>

<sup>207</sup> Sobre isso, ver SOLEY, Ximena. The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence. Em: VON BOGDANDY, Armin et al. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, pp. 337-355, 2017.

<sup>208</sup> Ver MORALES ANTONIAZZI, Mariela. El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: Objetivo y desafío del *Ius Constitutionale Commune*. Em: VON BOGDANDY, Armin et al. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México D.F., pp. 65-144, 2013.

<sup>209</sup> Ver GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*. Em: VON BOGDANDY, Armin et al. (eds.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., pp. 301-327, 2014.

<sup>210</sup> Ver também SHELTON, Dinah. The Promise of Regional Human Rights Systems. Em: WESTON, Burns H. e MARKS, Stephen P. (eds.). *The Future of International Human Rights*, Transnational Publishers, Ardsley, p. 356, 1999.

<sup>211</sup> Ver, por exemplo, Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai, Mérito, Reparaciones e Custas*, Serie C No. 214, Sentença de 24 de agosto de 2010; Corte IDH, *Caso Povos Kalina e Lokono v.*

Esse tipo de abordagem regional a respeito dos direitos humanos teria a vantagem de diminuir o risco de que, ao realizar atividades na América Latina, o Banco Mundial impusesse uma visão de direitos humanos que não estivesse de acordo com os padrões e discursos desenvolvidos na região. Nesse sentido, tal abordagem seria menos vulnerável ao perigo apontado por vários autores de que o Banco Mundial tende a se apropriar do discurso dos direitos humanos de uma maneira que enfraquece o seu elemento progressista, submetendo-os a uma lógica de mercado.<sup>212</sup> Tratar-se-ia, portanto, de uma abordagem contextualizada com os discursos influentes e as práticas na região, levando em consideração, em particular, a jurisprudência dos órgãos interamericanos de direitos humanos. A seção a seguir se propõe justamente a apresentar algumas reflexões sobre como essa abordagem pode ser incorporada à estrutura jurídica dos instrumentos do Banco Mundial mencionados anteriormente.

### 5.2.2 Passos concretos rumo à aproximação

Juntamente às medidas gerais anteriormente mencionadas, vários passos concretos podem ser considerados para facilitar que as atividades do Banco Mundial apoiem os objetivos e os princípios do constitucionalismo transformador latino-americano. Para esse fim, esses objetivos e princípios devem ser considerados de maneira sistemática nos mecanismos analisados anteriormente. Daí a importância de se dar especial atenção aos instrumentos e às decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em primeiro lugar, a equipe do Banco Mundial poderia considerar, em suas operações na região, os instrumentos e as decisões da Corte e da Comissão Interamericana. Além disso, os funcionários do Banco Mundial também poderiam participar de audiências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tanto gerais quanto relativas a casos concretos, quando discutidos assuntos relevantes para as suas atividades.<sup>213</sup> Além disso, os Estados poderiam consul-

*Surinam, Mérito, Reparaciones e Custas*, Serie C No. 309, Sentença de 25 de novembro de 2015.

<sup>212</sup> Ver, por exemplo, ANGHIE, Antony. Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions, and the Third World. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, núm. 2, pp. 243-290, em especial p. 254, 2000; WILLS, Joe. The World Turned Upside Down? Neoliberalism, Socioeconomic Rights, and Hegemony. *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, núm. 1, pp. 19 e 28-30, 2014.

<sup>213</sup> Tais audiências são normalmente públicas e podem ser convo-

tar a Comissão Interamericana a respeito de operações ou políticas relevantes do Banco que poderiam estar em conflito com os padrões regionais.<sup>214</sup>

A orientação das instituições interamericanas, entre outros, poderia ser levada em consideração, na análise do Painel de Inspeção do Banco, o que seria possível conforme o ordenamento jurídico atual desse órgão.<sup>215</sup> Da mesma forma, deve-se destacar que existem outras disposições nos regulamentos do Banco que podem servir como porta de entrada para considerações relacionadas ao constitucionalismo latino-americano. Um exemplo que pode ser citado são as medidas de salvaguarda relativas ao Financiamento para Projetos de Investimento. Tais salvaguardas, também, requerem que “na avaliação ambiental e social” a ser realizada pelo mutuário, se “leve em consideração [entre outros aspectos] as leis e as regulações nacionais”.<sup>216</sup> Desse excerto, pode-se depreender que estão incluídos o direito constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país. Assim, o acervo normativo do constitucionalismo transformador latino-americano pode ter relevância para a mencionada avaliação ambiental e social realizada pelo mutuário, bem como para a devida diligência do Banco em relação às operações em concreto.<sup>217</sup>

Da mesma forma, as reflexões sobre o constitucionalismo transformador latino-americano devem ser consideradas em relação à realização das APIs. Embora questões como a inclusão social tenham desempenhado um papel significativo nas APIs, a sua metodologia, conforme destacado, permaneceu imprecisa e amplamente submetida à discricionariedade dos funcionários do Banco.<sup>218</sup> Assim, existe uma ampla margem para, sistematicamente, se levar em consideração questões relacionadas ao constitucionalismo transformador enfatizando as preocupações especialmente importan-

---

casas pela Comissão “por iniciativa própria ou por solicitação de uma das partes interessadas. Art. 61 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ver também art. 68 do mesmo instrumento.

<sup>214</sup> Isso seria possível de acordo com o art. 41, e) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Até a presente data não foi utilizada por nenhum Estado.

<sup>215</sup> Ver Banco Mundial, *The Inspection Panel at the World Bank...*, cit., §§ 42 (a) e (b), 54 (d).

<sup>216</sup> Ver Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 1...*, cit., § 26. Ver também *ibidem*, § 37 (nota de rodapé 37).

<sup>217</sup> Cf. também Banco Mundial, *Política Ambiental y Social...*, cit., §§ 7 e 15.

<sup>218</sup> Ver seção V.2.B com referências adicionais.

tes para a região, tais como os aspectos socioeconômicos dos direitos humanos.<sup>219</sup>

Para além dessa afirmação, é possível vislumbrar vários pontos de concordância entre o constitucionalismo transformador e a agenda de desenvolvimento do Banco Mundial. Dependendo da existência da necessária vontade política por parte dos respectivos responsáveis, o Banco Mundial poderia — de acordo com a interpretação atual de seu mandato — apoiar, de maneira sistemática, o constitucionalismo transformador.<sup>220</sup>

Entre outros aspectos, o Banco poderia criar um programa de financiamento centrado em facilitar a implementação de decisões tanto dos tribunais nacionais, quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ocasionalmente, no passado, o Banco Mundial concedeu empréstimos para apoiar a implementação de decisões judiciais na região, como ocorreu com o financiamento dos complexos trabalhistas de saneamento na bacia do rio Matanza-Riachuelo, que haviam sido ordenados pelo Supremo Tribunal de Justiça da Nação Argentina. Dessa maneira, o Banco apoiou o papel da Corte em relação a outros atores nacionais envolvidos.<sup>221</sup>

Esse tipo de precedente poderia dar suporte a um enfoque mais sistemático do Banco a partir de um programa específico, destinado a atender a constelação de

---

<sup>219</sup> Isso é ainda mais relevante desde que a Corte IDH, em decisões recentes, reinterpreto a base jurídica para a apresentação de casos envolvendo direitos socioeconômicos, ver Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Serie C No. 340, Sentença de 31 de agosto de 2017; Corte IDH, *Caso Comunidades indígenas membros da Associação Lbaka Honbat (Nossa Terra) vs. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de fevereiro de 2020, Serie C No. 400. Da mesma forma, a Corte reconheceu em uma opinião consultiva recente, entre outros, um direito autônomo a um meio ambiente saudável e reiterou o dever do Estado de prevenir danos ao meio ambiente, o que pode ter repercussões nas operações do Banco na região. Ver Corte IDH, *Meio ambiente e direitos humanos (obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal – interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1 em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, Série A No. 23, Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017.

<sup>220</sup> Ver a análise do mandato do Banco na seção V.1.A com referências adicionais.

<sup>221</sup> Ver URUEÑA, René. Courts and Regulatory Governance in Latin America. Improving Delivery in Development by Managing Institutional Interplay. *World Bank Legal Review*, vol. 6, pp. 350-352, 2015; bem como de MOERLOOSE, Stéphanie. The World Bank's Sustainable Development Approach and the Need for a Unified Field of Law and Development Studies in Argentina. *Law and Development Review*, vol. 8, núm. 2, pp. 361-388, em especial pp. 369-371, 2015.



casos de descumprimento de sentença que não têm origem primariamente na vontade política, mas que estão relacionados à capacidade econômica do Estado para cumprir.<sup>222</sup> Nesse tipo de caso, os importes fornecidos pelo Banco Mundial poderiam servir de contra-argumento para aqueles que se opõem ao constitucionalismo transformador precisamente com o argumento de que as ordens judiciais de natureza transformadora são excessivamente onerosas e excedem os limites dos orçamentos nacionais.<sup>223</sup>

Outra maneira pela qual o Banco Mundial poderia promover os objetivos descritos seria participando metodicamente do financiamento e do desenvolvimento de programas que melhorem as capacidades dos principais atores do constitucionalismo transformador latino-americano. Para isso, uma das áreas relevantes seria a capacitação de juízes e administradores em temas como o bloco de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.<sup>224</sup>

## 6 Considerações finais

O presente artigo analisou a relação entre o constitucionalismo transformador, segundo o enfoque do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, e as ativida-

des do Banco Mundial. Tradicionalmente, esse relacionamento tem sido considerado tenso e até antagônico. No entanto, algumas mudanças no discurso e nas operações do Banco Mundial atenuaram em certa medida essa tensão. Isso aponta para a possibilidade de uma aproximação entre atividades do Banco Mundial e os objetivos do constitucionalismo transformador, embora, ainda, persistam vários problemas. Do ponto de vista do direito público, este artigo examinou os instrumentos através dos quais o Banco Mundial exerce autoridade pública e os problemas de legitimidade que surgem a esse respeito. Sobre essa base, foram exploradas propostas que buscam uma melhoria no regime jurídico do Banco Mundial, a fim de promover essa aproximação. Tal como demonstrado por este estudo, isso não requer um começo totalmente novo para o Banco Mundial, mas sim um avanço em um caminho no qual os primeiros passos já foram dados.

É evidente que a integração dos objetivos do constitucionalismo transformador latino-americano às atividades do Banco Mundial não pode ser alcançada sem uma considerável vontade política por parte do Banco, juntamente à pressão dos atores da sociedade civil.<sup>225</sup> Nesse sentido, a análise e a crítica por parte de atores externos continuará sendo de vital importância para realizar mudanças progressivas em relação aos instrumentos do Banco. Seu significado é incrementado devido à crescente concorrência que o Banco enfrenta em relação ao setor privado e a outros atores, o que acentua a pressão sobre o Banco para aumentar a fluidez de suas operações de empréstimo e pode reduzir a sua disposição para contemplar salvaguardas sociais e ambientais complexas.<sup>226</sup>

Também resta evidente que o enfoque enunciado não se destina a oferecer uma panaceia para resolver todos os problemas das atividades do Banco Mundial na América Latina. A título de exemplo, são necessárias reformas mais amplas do ponto de vista da estrutura institucional do Banco para que se enfrente os déficits de representatividade que ainda persistem em sua governança interna e se reformule a estrutura de incentivos internos para os seus funcionários.<sup>227</sup> Apesar disso,

<sup>222</sup> Para exemplos de sentenças que exigem alocações orçamentárias significativas, ver a respeito do Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentenças T-025/04 y T-760/08 (relativas ao direito à saúde e aos desaparecimentos forçados, respectivamente), em CEPEDA, Manuel José e LANDAU, David. *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, Oxford University Press, Oxford, pp. 172-190, 2017. Em relação à Corte Interamericana, ver, por exemplo, as sentenças Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Reparaciones, Serie C No. 116, Sentença de 19 de novembro de 2004 e Corte IDH, *Masacres de Río Negro v. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 250, Sentença de 4 de setembro de 2012, de acordó com as quais o Estado debe establecer uma série de serviços básicos em varias comunidades. Em relação a tais programas, seria importante assegurar que não se agrave a situação de dívida dos países em questão.

<sup>223</sup> Ver, por exemplo, CLAVIJO, Sergio. Fallos y fallas económicas de las altas cortes: El caso de Colombia 1991-2000. *Revista de Derecho Público*, núm. 12, pp. 27-66, janeiro-junho 2001.

<sup>224</sup> Sobre isso, é interessante notar que o Banco Interamericano de Desenvolvimento prestou apoio financeiro a workshops sobre questões de direitos humanos realizados por instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; ver BIEBESHEIMER, Christina. The Impact of Human Rights Principles on Justice Reform in the Inter-American Development Bank. Em: ALSTON, Philip e ROBINSON, Mary (eds.). *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, Oxford University Press, Oxford, p. 289, 2005.

<sup>225</sup> Isso também é sugerido a partir de experiências anteriores relacionadas à mudança de políticas dentro do Banco; ver, por exemplo, VETTERLEIN, Antje. Economic Growth, Poverty Reduction..., cit., em especial p. 529.

<sup>226</sup> Ver WEAVER, Catherine, op. cit., p. 502.

<sup>227</sup> Sobre isso, ver WOODS, Ngaire, op. cit., pp. 208-213.

os possíveis caminhos descritos neste artigo serviriam para mitigar os atritos entre as atividades do Banco Mundial e o constitucionalismo transformador latino-americano, facilitando que eles operem em sinergia. Como consequência, isso impulsionaria o constitucionalismo transformador na América Latina e, ao mesmo tempo, aumentaria a legitimidade das atividades do Banco Mundial na região.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Suprema Corte dos Estados Unidos:** lições do ano judiciário de 2019-2020 e uma breve homenagem a Ruth Bader Ginsburgh

**United States Supreme Court:** lessons from the 2019-2020 term and a brief tribute to Ruth Bader Ginsburgh

João Carlos Souto

Patrícia Perrone Campos Mello

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# Suprema Corte dos Estados Unidos: lições do ano judiciário de 2019-2020 e uma breve homenagem a Ruth Bader Ginsburgh\*

## United States Supreme Court: lessons from the 2019-2020 term and a brief tribute to Ruth Bader Ginsburgh

João Carlos Souto\*\*

Patrícia Perrone Campos Mello\*\*\*

### Resumo

O presente artigo trata de ano judiciário de 2019-2020 da Suprema Corte dos Estados Unidos, um dos tribunais de maior prestígio do mundo. Tal ano judiciário é o primeiro período de atuação integral de Brett Kavanaugh, juiz conservador indicado pelo Presidente Donald Trump, bem como o último período de Ruth Bader Ginsburgh, juíza progressista, nomeada por Bill Clinton. Trata-se, ainda, de um ano em que se julgaram relevantes casos sobre direitos de grupos minoritários. O trabalho divide-se em duas seções. Na primeira examinam-se três casos de grande relevância na matéria, demonstrando, que, a despeito da maioria conservadora, as decisões proferidas foram deferentes a precedentes progressistas da Corte. Em tais julgamentos, destacam-se os votos conservadores apresentados por Kavanaugh. Na segunda seção do artigo, trata-se da saída de Ruth Bader Ginsburgh e faz-se uma retrospectiva de seu legado progressista para a proteção dos direitos de grupos minoritários. O trabalho, em seu conjunto, demonstra que as posições ideológicas dos *justices* interferem sobre seus entendimentos, mas que, a despeito disso, os julgados do período tenderam a respeitar precedentes anteriores. Tal fator sugere que, na situação, o *stare decisis* teve peso para contrabalancear influências ideológicas. O trabalho é, ainda, uma retrospectiva e uma homenagem ao trabalho de Ginsburgh, mundialmente reconhecida por sua relevância como juíza e jurista.

**Palavras-chave:** Suprema Corte dos Estados Unidos; Ano Judiciário de 2019-2020; Análise de precedentes; Ruth Bader Ginsburg; Brett Kavanaugh.

### Abstract

This article deals with the United States Supreme Court's Term of 2019-2020, one of the most prestigious courts in the world. It was the first period of full performance of Brett Kavanaugh, a conservative judge appointed by President Donald Trump, and the last term of Ruth Bader Ginsburgh, a progressive judge, appointed by Bill Clinton. During the Term, relevant cases on minority rights were judged. The article is divided into two sec-

\* Recebido em 28/09/2021  
Aprovado em 10/02/2022

\*\* Professor de Direito Constitucional (UDF/Brasília), Doutorando em Direito (Uni-CEUB), Procurador da Fazenda Nacional, ex-Secretário de Estado de Justiça e Cidadania do Distrito Federal (2015/2016), realizou extensão acadêmica na Harvard Law School (PIL-1998), na University of Delaware (1995) e na Thomas Jefferson School of Law (San Diego, 2012). É autor de *Suprema Corte dos Estados Unidos - Principais Decisões*. São Paulo: Atlas, 4. ed, 2021.  
E-mail: [direitocomparado2@uol.com.br](mailto:direitocomparado2@uol.com.br), 2021.  
Twitter @soutojc

\*\*\* Professora Titular do Centro Universitário de Brasília – CEUB (graduação, mestrado e doutorado). Doutora e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Visiting Scholar no Max Planck Institute of Comparative Law and International Law, Heidelberg, Alemanha. Visiting Fellow na Harvard Kennedy School (Ash Center for Democratic Governance). Assessora no Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.  
E-mail: [pcamposmello@uol.com.br](mailto:pcamposmello@uol.com.br)

tions. The first examines three highly relevant cases in the matter, demonstrating that, despite the conservative majority, the decisions handed down were in line with the Court's progressive precedents. In such judgments, we also analyse the votes presented by Kavanaugh. The second section of the article deals with Ruth Bader Ginsburgh's departure from the Court and looks back at her progressive legacy in judging the minority rights. The work shows that the ideological positions of the justices interfere with their understandings, but that, despite this, their decisions, during the period, tended to adhere to previous progressive precedents. This factor suggests that, at least in that situation, *stare decisis* counterbalanced ideological influences. The work is also a retrospective and a tribute to the work of Ginsburgh, worldwide recognized for her relevance as a judge and jurist.

**Keywords:** United States Supreme Court; 2019-2020 Term; Precedent analysis; Ruth Bader Ginsburgh; Brett Kavanaugh.

## 1 Introdução

A história, como se sabe, é contada com base em grandes acontecimentos que, de um modo ou de outro, mudaram o curso da humanidade ou contribuíram para moldá-la. Situações de extrema dificuldade, catástrofes e, também, momentos que significaram o rompimento com o passado; conquistas que propiciaram um avanço no tempo e melhoria de vida para alguns, muitos ou todos. Um olhar sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (Suprema Corte ou Corte) permite identificar um órgão judicial e um elenco de decisões com essa grandiosidade. É sobre ela que se ocupa o presente artigo, mais precisamente sobre sua performance no ano judiciário (*Term*) de 2019-2020, em que casos relevantes foram julgados com alguns desfechos surpreendentes<sup>1</sup>. De certo, não foi tão impactante quanto

<sup>1</sup> O ano judiciário constitui o período de aproximadamente nove meses de funcionamento da Suprema Corte, que se inicia na primeira segunda-feira de outubro e vai até fins de junho ou primeira quinzena de julho do ano seguinte. Durante ele, o órgão analisa a admissibilidade dos recursos (em sua esmagadora maioria *writs of certiorary*), ouve as sustentações orais dos casos admitidos para julgamento e se reúne conjuntamente, a portas fechadas, para deliberar e escolher o relator que elaborará o voto da maioria em cada caso. *Rule of Four*. Sobre esse tema ver: SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.

o de 1954, em que se decidiu *Brown v. Board of Education*<sup>2</sup>; ou como o de 1973, em que se assentou o direito ao aborto, em *Roe v. Wade*<sup>3</sup>. Esses dois casos históricos não se repetem com frequência. De todo modo, o ano judiciário de 2019-2020 foi um período de decisões importantes, que deve ser celebrado e merece reflexão.

O ano judiciário que se encerrou na segunda semana de julho de 2020 foi o primeiro em que Brett Kavanaugh, segundo juiz indicado pelo Presidente Donald Trump para a Corte,<sup>4</sup> atuou do início ao fim, porque, em 2018, quando tomou posse, a Corte já se encontrava em velocidade de cruzeiro. Foi, ao mesmo tempo, o último ano de Ruth Bader Ginsburgh, juíza progressista, nomeada pelo Presidente Bill Clinton. Ginsburgh faleceu aos 18 de setembro de 2020, com oitenta e sete anos, após vinte e sete anos de extraordinários serviços prestados à Corte. Tal ano judiciário produziu um universo relevante de decisões, em um momento em que alterações importantes se processavam na composição ideológica da Corte. Vale, portanto, o esforço de conhecê-lo melhor e de avaliar em que medida tais alterações repercutiram nos entendimentos da Corte. A isso se propõe o trabalho, assim como a fazer uma homenagem ao legado de Ginsburgh.

Nesse sentido, é importante considerar que os Estados Unidos da América apresentam um universo ideológico com relevantes projeções em matéria constitucional, que se reparte, de modo geral, entre democratas, com tendências mais progressistas em temas de direitos fundamentais, assecuratórias do exercício de direitos de grupos minoritários<sup>5</sup>; e em republicanos, com inclinações mais conservadoras e menos protetivas no assunto. Além disso, juízes progressistas adotam formas de interpretação mais flexíveis, por meio das quais lêem novos direitos no texto constitucional, à medida que novas

80-87; LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON JR., Richard H. *Constitutional law: cases, comments, questions*. 8. ed. Saint Paul: West Publishing Company, 1996. p. 53.

<sup>2</sup> ESTADOS UNIDOS, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>3</sup> ESTADOS UNIDOS, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>4</sup> Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos, tomou posse em outubro de 2018. O primeiro indicado foi Neil Gorsuch.

<sup>5</sup> Grupos minoritários, com o significado utilizado no trabalho, aludem a grupos que, independentemente do aspecto quantitativo demográfico, estão subrepresentados ao espaço político majoritário (Executivo e Legislativo) e que, por essa razão, têm dificuldade de fazer valer seus direitos nessa seara e dependem do Judiciário para tal. São exemplos de tais grupos: afroamericanos, mulheres e comunidade LGBT, entre outros.

questões se apresentam à sociedade; ao passo que juízes conservadores tendem a compreensões mais literais do Direito, atentas ao texto e à intenção original do legislador.<sup>6</sup> Nesse contexto, estudos empíricos sugerem que a ideologia dos juízes da Suprema Corte pode influenciar, de forma relevante, suas decisões<sup>7</sup>.

Por outro lado, o sistema norte-americano adota a política judicial do *stare decisis*, que determina que a razão de decidir dos precedentes judiciais adotados por uma corte superior é vinculante para todos os demais órgãos judiciais. Nessa medida, sempre que a maioria da Suprema Corte firma um entendimento sobre determinada questão jurídica, a mesma solução deverá ser aplicada pelas cortes inferiores aos casos semelhantes<sup>8</sup>. Em tais condições, precedentes anteriores podem funcionar como um elemento de contenção de viradas ideológicas. A tese do artigo é de que, de fato, a ideologia interfere nos processos decisórios dos juízes da Suprema Corte, entretanto, tal influência, ao menos no ano judiciário de 2019-2020, e no que se refere ao julgamento de questões ligadas a grupos minoritários, foi contrabalanceada pelos precedentes da Corte sobre o tema.

Para demonstrá-la, o trabalho se divide em duas seções. Na primeira examinam-se as decisões consideradas as três mais relevantes da temporada<sup>9</sup> e o posicionamento de Kavanaugh em tais julgamentos. Na segunda seção, trata-se da trajetória e dos votos de Ginsburgh

na Corte. Ambas permitem que se compreenda, em concreto, o papel que a ideologia e os precedentes desempenham no processo decisório da Suprema Corte. Assim, registra-se o começo de um juiz, cuja trajetória na Corte começa a se definir, e uma homenagem a uma grande juíza, que deixa um admirável legado para o constitucionalismo norte-americano. Por meio deles, expõem-se, ainda, as dinâmicas decisórias da Corte.

## 2 Três decisões de destaque do Ano Judiciário de 2019-2020

### 2.1 Ramos v. Louisiana: unanimidade do Júri nos casos de crimes graves

O caso *Ramos v. Louisiana*, julgado pela Suprema Corte em abril de 2020, teve origem na Louisiana e resultou de um recurso interposto por Evangelista Ramos, condenado pela prática de homicídio em Nova Orleans. Julgado pela Justiça estadual, ele fora sentenciado à prisão perpétua, pela prática de crime grave (*convicted of a serious crime*), com base em decisão não unânime de um júri. Irresignado, o réu contestou o veredicto em razão da ausência de unanimidade, o que, em seu entendimento, caracterizaria uma violação à Sexta Emenda.<sup>10</sup>

#### 2.1.1 Sexta Emenda

A Sexta Emenda a que se refere o relatório da Corte corresponde justamente ao *Bill of Rights*, declaração de direitos que os Estados Unidos da América e o mundo devem, em grande parte, a James Madison. A Constituição Federal norte-americana previu a separação dos Poderes, instituiu a República e o Estado Federal, assegurou ampla autonomia aos Estados-membros. Contudo, não previu uma declaração de direitos. A inexistência de um *Bill of Rights* gerara considerável resistência por parte de alguns Estados em ratificar o documento.

Essa ausência incomodou muitos e foi ostensivamente usada como moeda de troca no processo de ratificação, sem a qual não haveria Constituição, tampouco Estados Unidos, na forma como estruturados desde a

<sup>6</sup> Entretanto, reconhece-se, igualmente, que as preferências hermenêuticas, eventualmente, podem ser orientadas ao resultado de mérito que se julga (ideologicamente) mais apropriado.

<sup>7</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. New York: Cambridge University, 2002.; SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 99, n. 2, p. 743-804, 2006. p. 743-804. Na literatura nacional, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: GEN, Forense, 2015. (para um apanhado sobre tais estudos empíricos na literatura nacional).

<sup>8</sup> GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959.; MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988. p. 763-767.; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-112.

<sup>9</sup> Obviamente, a avaliação da relevância dos julgados sempre tem componentes subjetivos. De todo modo, do ponto de vista objetivo, a importância dos três casos selecionados está em que tratavam de temas altamente controversos, foram amplamente noticiados pela imprensa e constituíam situações em que a Suprema Corte firmaria, pela primeira vez, um entendimento ou em que as preferências ideológicas da sua maioria conservadora não estavam alinhadas aos precedentes progressistas anteriores.

<sup>10</sup> ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. \_\_\_\_ (2020). *Ramos v. Louisiana* Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924\\_n6io.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924_n6io.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.



primeira eleição presidencial de 1789. Em tal contexto, cuidou-se da elaboração de uma emenda à Constituição, de modo a contemplar um rol de direitos que assegurassem o que se julgava indispensável como garantia aos cidadãos. Coube a James Madison<sup>11</sup> aperfeiçoar o texto elaborado por George Mason. O *Bill of Rights* foi aprovado em definitivo pelo Congresso em 25 de setembro de 1789. O processo de ratificação se estendeu por pouco mais de dois anos, tendo-se concluído em 15 de dezembro de 1791.

### 2.1.2 Alcance da expressão “júri imparcial”

*Ramos v. Louisiana* tinha por objeto, exatamente, a Sexta Emenda à Constituição norte-americana. O caso foi relatado pelo *Justice* Neil Gorsuch<sup>12</sup>, o primeiro *justice* indicado por Trump. Em razão das posições adotadas ao longo de sua carreira como magistrado e de seu indiscutível viés conservador, Gorsuch produziu um voto surpreendente, embora não tenha sido o único da ala não liberal a votar a favor de Evangelista Ramos.

A Sexta Emenda tem redação sóbria, clara e objetiva. Ela trata de processos criminais, assegura que o julgamento deve ocorrer no Estado ou Distrito onde o crime se consumou, prevê que o acusado tem direito a saber, previamente, a natureza da acusação, a confrontar e arrolar testemunhas, assim como deve ser assistido por um advogado. Determina, ainda, que o julgamento seja público, rápido e por um júri imparcial. A expressão “júri imparcial” é chave para o caso *Ramos v. Louisiana*, e o voto do juiz Gorsuch deixa isso muito claro. A certa altura, ele afirma que o texto e a estrutura da Constituição indicam, claramente, que a expressão da Sexta Emenda, “julgamento por um júri imparcial”, está impregnada por um significado sobre o conteúdo e os requisitos de um julgamento por parte de um júri. E arremata: um desses requisitos é que um júri chegue a um veredicto unânime para condenar.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Madison foi o grande artífice do *Bill of Rights*, considerado, ainda, o “Pai da Constituição”. Foi Deputado e mais tarde se tornou o quarto Presidente dos Estados Unidos.

<sup>12</sup> Tomou posse em 10 de abril de 2017, ocupando a vaga que pertenceu ao juiz Antonin Scalia, e que originariamente deveria ser preenchida pelo indicado de Obama, juiz Merrick Garland. Contudo, a obstrução promovida pelo Senador Republicano Mitch McConnell, jamais vista na história da Suprema Corte, fez com que a indicação democrata sequer fosse apreciada pela Câmara Alta. v. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 389.

<sup>13</sup> ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. \_\_\_\_ (2020), *Ramos v. Louisiana*.

Trata-se, evidentemente, de interpretação peculiar de “imparcialidade”, porque é perfeitamente possível que a decisão não unânime igualmente se revista de caráter imparcial. Contudo, tal entendimento é longo nos Estados Unidos, conforme registro constante do voto, em que se afirma que a unanimidade dos jurados surgiu como um “direito comum vital no século XIV na Inglaterra, apareceu nas primeiras constituições estaduais americanas e forneceu o pano de fundo diante do qual a Sexta Emenda foi redigida e ratificada”.<sup>14</sup>

### 2.1.3 Precedentes e federalismo

Em 120 anos, aduz Gorsuch, a Corte julgou o requisito da unanimidade “não menos de 13 vezes” e, durante esse tempo, assentou que o direito ao júri, previsto na Sexta Emenda, igualmente se aplica aos Estados, por força da Décima-Quarta Emenda, adotada em 1868. Essa última emenda integrou o “pacote legislativo” pós-Guerra Civil, do qual se destacam ela própria e mais a Décima-Terceira e a Décima-Quinta Emenda, que, juntas, são conhecidas como *Reconstruction Amendments*.<sup>15</sup>

A expressão “igualmente se aplica aos Estados” resulta do federalismo puro praticado nos Estados Unidos desde sempre. Ocorre que, quando se aprovou o *Bill of Rights*, em 1791, o entendimento dominante era o de que ele não se aplicava aos Estados-membros, somente sendo oponível ao governo federal. Noah Feldman aponta dois motivos para essa restrição, ambos razoáveis, se lançarmos um olhar para aquele momento histórico. Em primeiro lugar, os Estados já possuíam *Bill of Rights*. Em segundo lugar, a Constituição fora redigida, primordialmente, para conferir poderes ao governo federal recém-criado<sup>16</sup>. Pode parecer estranho, mas assim restou implementado, nos primeiros anos, o *Bill of Rights*. Inclusive, a Suprema Corte sufragou esse entendimento “político-doutrinário” em *Barron v. Mayor*

<sup>14</sup> ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. \_\_\_\_ (2020), *Ramos v. Louisiana*, livre tradução.

<sup>15</sup> A expressão deriva da *Reconstruction Era*, aludindo ao conjunto de medidas adotadas pela Administração do Presidente Abraham Lincoln, de modo a criar as condições (administrativas, políticas, legais e sociais) para “reintegrar” os estados confederados que estavam na iminência de rendição. Sobre *Reconstruction Era* consultar, entre outros, BEARD, Charles Austin. *History of the United States*. Lexington: Renaissance Classics, 2012. p. 243-247.

<sup>16</sup> FELDMAN, Noah. *The three lives of James Madison*. New York: Picador, 2020. p. 270.

City Council of Baltimore<sup>17</sup>, com voto de autoria do Chief Justice John Marshall.

A tese da inconstitucionalidade, esposada por Gorsuch, recebeu 6 votos. Três juízes votaram contra ela: surpreendentemente, a Justice Elena Kagan votou com a minoria (Alito e Roberts); e os conservadores Kavanaugh, Gorsuch e Clarence se juntaram à ala progressista. A exigência de condenação por unanimidade é uma prática bem antiga no direito norte-americano. A Suprema Corte, *in casu*, reiterou entendimento já consolidado nela própria<sup>18</sup> (conforme o próprio Gorsuch assinalou em seu voto), bem como nos tribunais federais e na esmagadora maioria dos Estados. Somente a Louisiana e o Utah insistiam em seguir caminho diverso. Ambos, contudo, já emendaram suas Constituições de modo a se adaptarem ao precedente.

#### 2.1.4 O voto de Kavanaugh: critérios para a superação de precedentes

Uma última palavra merece ser dita sobre o voto de Kavanaugh. O justice apresentou uma opinião concorrente àquela subscrita pela maioria. Somou-se a ela, mas por fundamentos parcialmente distintos. Afirmou que a Suprema Corte havia reconhecido a constitucionalidade da condenação não unânime por júri em relação aos Estados, em *Apodaca v. Oregon* (1972). Reconheceu essa decisão como um precedente vinculante na matéria. Entretanto, manifestou-se pela superação de tal precedente e, portanto, pelo reconhecimento da necessidade de unanimidade para a condenação por júri também no âmbito dos Estados.

Para fazê-lo, em primeiro lugar, defendeu que, segundo entendimento da Suprema Corte, devem-se utilizar critérios mais flexíveis para a superação de precedentes constitucionais, em comparação a precedentes que tratam da aplicação de leis. Em seguida, propôs-se uma teorização dos critérios utilizados pela Corte para superar seus próprios precedentes, a saber: (i) exigência de que a decisão anterior esteja gravemente errada, e não apenas errada; (ii) avaliação quanto a consequências negativas decorrentes da aplicação do precedente que se avalia revogar (operacionalidade, clareza e coerência entre as decisões que o aplicam); (iii) consequências, em

termos de segurança jurídica, decorrentes da superação do precedente. Demonstrou, então, que o precedente de *Apodaca v. Oregon* preenchia os critérios para superação.

Assim, pode-se argumentar que Kavanaugh votou com os progressistas no mérito, mas agiu, metodológica e estrategicamente, como um conservador em sua fundamentação. Buscou formular critérios objetivos e positivos para a superação de precedentes, procurando subsumir a situação concreta a eles. Além disso, firmou, para o futuro, critérios de superação de precedentes que podem se prestar à parcial alteração de entendimentos liberais em uma Corte progressivamente conservadora. Uma vez firmados critérios objetivos de superação, deixa de estar tão exposto a imputações quanto a votar conforme preferências ideológicas em eventuais superações. É uma hipótese de atuação estratégica que o tempo tratará de esclarecer.

## 2.2 A Lei de Direitos Civis proíbe discriminação contra a minoria LGBT

Dois meses depois de decidir sobre a inconstitucionalidade do veredicto não unânime de júri a Corte enfrentou, em *Bostock v. Clayton County*, três casos, julgados simultaneamente, todos eles envolvendo discriminação contra a comunidade LGBTQ<sup>19</sup>. O Condado de Clayton, na Geórgia, dispensou Gerald Bostock, funcionário antigo, somente porque ele passou a jogar em uma liga de softball integrada por homossexuais (*gay recreational softball league*). Uma empresa privada, a Altitude Express, demitiu Donald Zarda depois de ele se declarar gay. Por fim, a Harris Funeral Homes extinguiu o contrato de Aimee Stephens, que, ao ser contratada, havia se apresentado como homem, mas, em seguida, informou ao empregador que viveria e trabalharia como mulher.

### 2.2.1 O entendimento das Cortes de Apelação

Os casos foram julgados por três Cortes de Apelação diferentes: a Segunda Corte de Apelação, com sede em Nova Iorque, e a Sexta Corte, com sede em Cincinnati, Ohio, entenderam que a medida contrariava a Lei de Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act*). A Décima-

<sup>17</sup> ESTADOS UNIDOS. 32 U.S. 7 Pet. 243 (1833).

<sup>18</sup> ESTADOS UNIDOS. 170 U. S. 343 (1898), *Thompson v. Utah*, entre outros julgados.

<sup>19</sup> A expressão alude a lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais e *queers*, mas abarca, em seu conjunto, o universo de pessoas não aderente ao padrão cisgênero e heterossexual supostamente vigente.

-Primeira Corte de Apelação, com sede em Atlanta, na Geórgia, decidiu que não havia qualquer ilegalidade.

Diante da composição mais conservadora da Suprema Corte — após as duas indicações de Donald Trump<sup>20</sup> —, a expectativa era no sentido de que pudesse proferir uma decisão que, de alguma forma, desvinculasse o pleito (de interesse de toda a comunidade LGBTQ) dos direitos civis assegurados aos negros após décadas de luta e pressão por parte dessa minoria, cujo ponto culminante foi o Movimento de Direitos Civis (*Civil Rights Movement*), liderado pelo Reverendo Martin Luther King. No entanto, para surpresa de muitos, Gorsuch proferiu voto favorável aos autores, no que foi seguido pelos progressistas e pelo *Chief Justice* John Roberts, de modo que o resultado se afigura como uma novidade dupla, porque um tema que costuma figurar na plataforma dos políticos progressistas teve o apoio de uma Corte sabidamente conservadora.<sup>21</sup>

### 2.2.2 Textualismo e Intencionalismo na Suprema Corte

Para o primeiro indicado por Trump para a Suprema Corte, na história recente dos Estados Unidos, poucos atos normativos podem ombrear-se em importância com a Lei de Direitos Civis de 1964. No seu Título VII, o Congresso tornou ilegal a discriminação no local de trabalho baseada em raça, cor, religião, sexo ou origem. E, no caso então em exame, a Corte deveria decidir se um empregador pode demitir alguém tão-somente por ser homossexual ou transgênero.

A não previsão de discriminação de gênero quando da elaboração da norma em 1964 não passou despercebida ao relator, que reconheceu: eles, os legisladores, “podem” não ter previsto que seu trabalho levaria a esse resultado específico. Na sequência citou a proibição de discriminação contra a maternidade e de assédio sexual contra homens no ambiente de trabalho, como exemplos que não foram previstos pelo legislador, mas restaram incorporados na práxis judicial. Assim, a seu ver,

<sup>20</sup> Sobre a indicação de ambos, especialmente no que se refere à polêmica em torno da aprovação do nome de Kavanaugh, bem como o perfil dos indicados por Trump para a Justiça de primeiro e segundo graus, v. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 8-78.

<sup>21</sup> Para uma compreensão de como ocorre a formação de maiorias estratégicas no âmbito da Suprema Corte, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: GEN, Forense, 2015. p. 178-184.

os limites da imaginação dos redatores não fornecem nenhuma razão para ignorar as exigências da lei.

Gorsuch foi enfático ao dizer que “a resposta era clara” para a pergunta anteriormente formulada<sup>22</sup>. O empregador que demite um indivíduo somente por ele ser gay ou transgênero o faz por questionar traços e ações que ele não questionaria em pessoas de outro sexo. Nessas condições, o sexo desempenha um papel necessário e indiscutível na decisão, exatamente o que a Lei de Direitos Civis proíbe<sup>23</sup>. Gorsuch assinalou, ainda, que quando os termos expressos de uma norma nos dão uma resposta e considerações extratextuais sugerem outra, não há contestação possível. Somente a palavra escrita é a lei, e todas as pessoas têm direito a seu benefício.

O que restou descrito até aqui do voto de Neil Gorsuch — e especialmente o parágrafo anterior — parece revelar adesão ao textualismo Scaliano com uma leve incursão ao *intentionalism*.<sup>24</sup> É o que se constata na passagem mais acima, quando se alude ao entendimento de que a imaginação dos redatores não deve afastar as exigências da lei. Percebe-se, assim, uma “troca de olhares” com a “intenção” do legislador, algo incomum em um textualista discípulo de Scalia.<sup>25</sup> Intenção porque, em 1964, o legislador não deixou expresso a proteção a homossexuais e transgêneros, mas afirma-se que, se esse pleito estivesse na ordem do dia ou sendo reivindicado, ele seria acolhido. Embora não tenha sido expressamente previsto no *Civil Rights Act*, Gorsuch entendeu presente a intenção do legislador nesse sentido.

Em seguida, Gorsuch reassume seu papel e retoma a linha hermenêutica que lhe guindou à Corte Suprema: somente a palavra escrita é lei. Nessa frase, repleta de significados, ele se reencontra com a doutrina do *Associate Justice* Antonin Scalia, que o antecedeu no cargo e que é autor de afirmações como a que se segue: “O texto é a lei, e é o texto que deve ser observado”<sup>26</sup>. Scalia,

<sup>22</sup> Pergunta: pode o empregador demitir alguém tão-somente por ser homossexual ou transgênero?

<sup>23</sup> ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. (2020), *Bostock v. Clayton County*.

<sup>24</sup> Os textualistas defendem a interpretação da Constituição com base no significado semântico do texto, rejeitando a inclusão de direitos que não constem expressamente dele. O intencionalismo busca a intenção do legislador. v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: GEN, Forense, 2015. p. 4-6.

<sup>25</sup> Aliás, é possível ser “textualista” em 2020 e não ser discípulo do primeiro descendente de italianos a ter assento na Suprema Corte? A resposta é: muito improvável.

<sup>26</sup> SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*: Federal Courts and



inclusive, foi solenemente lembrado por Gorsuch em dois momentos recentes e importantes de sua carreira. Na cerimônia de anúncio da sua indicação<sup>27</sup>, quando se referiu a ele como um leão do direito<sup>28</sup>, e durante a sabatina de apreciação do seu nome pelo Senado. A ele se referiu como “mentor” que ensinava que as palavras importam, que a função do juiz é seguir as palavras que estão na lei, não as substituir por aquelas que não estão<sup>29</sup>.

### 2.2.3 *Leading case*

*Bostock v. Clayton County* não é uma decisão articulada propriamente em termos constitucionais porque se limitou a dizer que a discriminação em questão era ilegal, por ferir a Lei de Direitos Civis de 1964. Entretanto, o precedente tem enorme importância por ser o primeiro grande caso sobre direitos de transgêneros e por ter julgado ilegal vasta legislação estadual (de mais da metade dos Estados) que permitia que empregadores dispensassem integrantes da comunidade LGBTQ somente por essa condição. A decisão, nesse aspecto, traz conforto e afasta incertezas.

A oposição de Alito, a que se juntaram Thomas e Kavanaugh, e que, por certo, teria tido a companhia de Scalia, se vivo fosse, não foi de molde a arrebatá-la a maioria da Corte, que cerrou fileiras com o voto de Gorsuch, de onde se destaca a seguinte passagem, com a qual se concluem esses comentários relativos ao caso: “Nós não hesitamos em reconhecer hoje a consequência necessária de tal escolha legislativa: um empregador que demite um indivíduo apenas por ser homossexual ou transgênero viola o Direito”<sup>30</sup>.

the Law. Princeton: Princeton University Press, 1997. p. 22, livre tradução.

<sup>27</sup> Diferentemente do Brasil, nos EUA é comum uma cerimônia de anúncio do nome do indicado. A de Gorsuch ocorreu na *East Room* da Casa Branca, em 31 de janeiro de 2017.

<sup>28</sup> FULL transcript and video: trump picks Neil Gorsuch for Supreme Court. *The New York Times*, Nova York, 31 jan. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/01/31/us/politics/full-transcript-video-trump-neil-gorsuch-supreme-court.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>29</sup> GORSUCH, Neil. Confirmation hearing on the nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States. Washington: U. S. Government Publishing Office, 2018. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.

<sup>30</sup> Voto do *Justice* Gorsuch, ESTADOS UNIDOS, 590 U.S. \_\_\_\_ (2020), *Bostock v. Clayton County*.

### 2.2.4 O voto de Kavanaugh: a Corte não deve legislar

Nesse segundo caso, Kavanaugh votou como um típico conservador. Inicialmente, reconheceu que não é justo que as pessoas sejam discriminadas com base em sua “orientação sexual” e que isso efetivamente precisa mudar. No entanto, a pergunta que se deveria colocar, em sua opinião, é sobre quem tem autoridade para fazer tal alteração. Segundo o *Justice*, o que a lei em questão vedava era a “discriminação em razão do sexo”, questão distinta da discriminação em razão da orientação ou identidade sexual. Nessas condições, cabia ao Legislativo e não à Suprema Corte alterar a lei.

A extensão do direito à não discriminação também à orientação ou identidade sexual por meio de decisão judicial implicaria verdadeira atividade legislativa pela Corte, o que lhe era vedado, tanto pelo princípio da separação dos poderes quanto pela ideia de Estado de Direito (*rule of law*) e, ainda, por uma questão de legitimidade democrática. Somente quem foi eleito pelo voto popular estaria legitimado a alterar as escolhas do legislador. Trata-se do argumento convencional por meio do qual conservadores se opõem à expansão de direitos para grupos discriminados e subrepresentados no parlamento. Nesse sentido, o voto de Kavanaugh confirmou suas conhecidas inclinações hermenêuticas e ideológicas.

### 2.3 Lei do Estado da Louisiana viola o direito ao aborto

Ainda em junho de 2020, a Corte julgou *June Medical Service v. Russo*, referente a uma lei do Estado da Louisiana que criava dificuldades para a mulher interromper voluntariamente uma gestação indesejada. A norma dificultava a realização de abortos em clínicas, exigindo que o médico fosse integrante de hospital, autorizado a realizar cirurgias, e que esse hospital estivesse a não mais que 30 milhas de distância da clínica onde o aborto ocorreria, além de impor outras exigências.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> ESTADOS UNIDOS. Act 620, Estado da Louisiana, no original, art. 2º, Seção “a”：“Na data em que o aborto é realizado ou induzido, um médico que realiza ou induz um aborto deve: (a) Ter privilégios ativos de admissão em um hospital localizado a não mais de trinta milhas do local em que o aborto é realizado ou induzido e que forneça serviços de saúde obstétrica ou ginecológica. Para os fins desta Seção, “privilégios de admissão ativa” significa que o médico é um membro regular da equipe médica de um hospital atualmente licenciado pelo departamento, com capacidade para admitir um pa-

O tema é delicado, polêmico, e, nos EUA, assume contornos dramáticos, talvez em razão da acentuada religiosidade da sociedade norte-americana, aliada ao seu engajamento político. Desde que a Corte julgou constitucional o direito ao aborto, no célebre caso *Roe v. Wade*<sup>32</sup>, em 1973, alguns Estados vêm tentando impor limites, criando dificuldades e explorando eventuais lacunas da decisão.

Tratando-se de tema muito debatido no país, e, ainda, de uma pauta cara aos conservadores de hoje e de sempre, esperava-se que a Corte, de maioria conservadora (Thomas, Roberts, Alito, Gorsuch e Kavanaugh), votasse em bloco, mantendo, por óbvio, a constitucionalidade da lei estadual.

### 2.3.1 “Extremistas do aborto”: a polarização em torno do tema

Entretanto, John Roberts alterou o que se imaginava ser o “curso natural” de seu comportamento e, por meio de uma opinião concorrente, se juntou aos quatro liberais (Ginsburg, Kagan, Sotomayor e Breyer, esse último, o autor do voto), acolhendo os argumentos dos recorrentes, no sentido de que a lei era inconstitucional porque, entre outras coisas, impunha um ônus indevido ao direito de seus pacientes de obter um aborto.

A aderência de Roberts à corrente majoritária suscitou críticas de figuras proeminentes do Partido Republicano, como o Senador Republicano Ted Cruz, que o acusou de “jogo político” e de se alinhar aos “extremistas do aborto”.<sup>33</sup> Apesar das críticas contundentes de diferentes setores do Partido que o indicou<sup>34</sup>, outros

comentaristas, como Linda Greenhouse, enxergaram, na *concurring opinion* do *Chief Justice*, uma redação dúbia, que possibilitaria margem para entendimentos judiciais futuros contra o aborto.<sup>35</sup>

### 2.3.2 Stephen Breyer e o *stare decisis*

No voto que expressou a opinião do Tribunal, o *Justice* Stephen Breyer citou dois precedentes, *Planned Parenthood v. Casey*<sup>36</sup> e *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*<sup>37</sup>, julgados, respectivamente, em 1992 e 2016, em que a Corte assentou que normas sanitárias desnecessárias e com o propósito de criar obstáculos substanciais a uma mulher em busca de um aborto, impõem um ônus indevido ao direito, sendo, por isso, inconstitucionais.<sup>38</sup> No último parágrafo da decisão, Breyer afirmou que o julgamento de 2016 se aplicava em sua totalidade ao que se decidia em 2020.

Nesse sentido asseverou que a doutrina legal do *stare decisis*<sup>39</sup> exige que, na ausência de circunstâncias especiais, dispense-se tratamento semelhante a casos semelhantes e ato contínuo arrematou: a lei da Louisiana impõe um ônus ao acesso ao aborto tão severo quanto ao imposto pela lei do Texas,<sup>40</sup> de modo que, pelas mesmas razões, não pode prevalecer perante os precedentes da Corte. Vale dizer, em razão da enorme semelhança com os precedentes julgados em 1992 (*Planned Parenthood*) e 2016 (*Whole Woman’s Health*), a Lei da Louisiana deveria ser invalidada por se opor ao que antes fora decidido pela Corte.

ciente e fornecer serviços diagnósticos e cirúrgicos a esse paciente, de acordo com os requisitos do Parágrafo (A) (1) desta Subseção” (livre tradução). Disponível em: <https://www.legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=914189>. Acesso em: 27 jul. 2020.

<sup>32</sup> ESTADOS UNIDOS. 410 U.S. 113 (1973).

<sup>33</sup> Manifestação do Senador Ted Cruz, em seu *Twitter*, em 29 junho de 2020: “Chief Justice Roberts está, mais uma vez, jogando politicamente. Dessa vez, ele se aliou aos extremistas do aborto, que se importam mais com prestar o serviço de aborto “sob demanda” do que com a proteção da saúde das mulheres” (livre tradução). Disponível em: <https://twitter.com/SenTedCruz/status/1277673169315344391>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>34</sup> Roberts tem sido criticado pelos conservadores em razão de sua posição de *swing vote* em alguns casos relevantes. Foi assim quando ele votou a favor da constitucionalidade do *Obamacare* (ESTADOS UNIDOS. 567 U.S. 519, 2012, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*) e agora nesse caso da lei do aborto no Estado da Louisiana. A insatisfação, como aquela externada pelo Senador Ted Cruz, tem crescido entre conservadores de diferentes matizes. Parcela do

Partido Republicano almeja que os indicados à Corte Suprema tenham alinhamento automático com o conservadorismo. Esqueçamos que o mundo real não é assim que a Corte funciona. Parecem não considerar exemplo de Earl Warren na década de 1950.

<sup>35</sup> GREENHOUSE, Linda. We just saw the future of anti-abortion laws. *The New York Times*, Nova York, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/08/13/opinion/arkansas-abortion-laws.html?action=click&module=Opinion&pgtype=Homepage>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>36</sup> ESTADOS UNIDOS. 505 U.S. 833 (1992).

<sup>37</sup> ESTADOS UNIDOS. 579 U. S. \_\_\_\_ (2016).

<sup>38</sup> ESTADOS UNIDOS. 591 U.S. \_\_\_\_ (2020), *June Medical Service v. Russo*.

<sup>39</sup> Sobre a doutrina do *stare decisis* e seu funcionamento nos Estados Unidos, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

<sup>40</sup> Nessa passagem, Breyer se refere à lei declarada inconstitucional em ESTADOS UNIDOS. 579 U. S. \_\_\_\_ (2016), *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*.

Mais adiante, ancorado em O Federalista (78), Stephen Breyer lembrou que a aderência ao precedente é necessária para “evitar o uso de critérios arbitrários pelas cortes”. E, nessa linha, emendou, em tom absolutamente pragmático: a restrição do precedente distingue “método e filosofia judicial daqueles do processo político e legislativo”. De fato, o Legislativo e a política raramente se guiam pelo precedente e é bom que assim o seja. Ambos reclamam dinamismo, inovação, tentativa e acerto, experimento, que nem sempre estão ou devem estar presentes no processo judicial. Nessa linha, parece apropriada a lição simples e verdadeira do *Justice* Oliver Wendel Holmes, Jr.: “as regras de funcionamento do Direito estão há muito fundadas no bom senso”.<sup>41</sup>

O *stare decisis*, arremata Stephen Breyer, é princípio baseado em uma humildade básica que reconhece que as questões jurídicas de hoje, muitas vezes, não são tão diferentes das questões de ontem e que não somos os primeiros a tentar respondê-las. De todo modo, é importante reconhecer que a adesão ao *stare decisis*, no caso, era convergente com a sua preferência e com seu viés progressista no tema de fundo.

### 2.3.3 O voto dissidente de Clarence Thomas

A divergência contou com quatro votos conservadores, ou, talvez, fosse correto dizer, ultraconservadores, não no sentido político da palavra, mas jurídico.<sup>42</sup> Dentre eles merece um olhar mais alongado o voto de Clarence Thomas, por sinal, considerado um dos *justices* mais conservadores de toda a História da Suprema Corte. O segundo *African-American* a ter assento na Suprema Corte usou de expressões fortes para demonstrar sua oposição ao entendimento da maioria<sup>43</sup>. Afirmou que

ela estaria perpetuando sua jurisprudência infundada sobre o aborto, ao afastar uma lei estadual perfeitamente legítima, e que o estava fazendo “sem deter jurisdição para o caso”. Isso porque a ação teria sido movida por “abortistas e clínicas de aborto”, portanto, por autores que eram parte ilegítima para a causa, já que não eram titulares do direito em debate, que seria detido pelas mulheres que querem realizar o procedimento.

Segundo Thomas, as decisões anteriores criaram o direito ao aborto do “nada”, sem qualquer apoio no texto da Constituição, de forma que eram gravemente erradas e deveriam ser rejeitadas. Arrematou seu voto assinalando que, como a Corte não tinha nenhuma jurisdição ou autoridade constitucional para declarar a lei devidamente promulgada inconstitucional, uma vez que os autores não tinham legitimidade para a causa, ele, respectivamente, discordava da decisão.

Thomas afirmara ausente uma das condições da ação por entender que os autores não poderiam fustigar a lei estadual em defesa de direito alheio, vale dizer, da mulher grávida em busca de aborto. Mas ele próprio reconheceu, no seu voto, que esse entendimento de ser vedado à parte levar a juízo direito constitucional de quem não figura na lide, firmado pela Suprema Corte no último suspiro do século XIX,<sup>44</sup> restou superado logo depois, mais precisamente a partir de 1915, com o caso *Truax v. Raich*<sup>45</sup> e em seguida com *Pierce v. Society of Sisters*<sup>46</sup>.

Desses precedentes, definidos por ele como “desvios” (*deviations*), teria emergido a doutrina do terceiro interessado (*third-party standing doctrine*), que permitiria a determinado litigante reivindicar direitos constitucionais de outros, quando a parte que clama pelo direito tem uma relação “estreita” com a pessoa que o detém, e, há um “obstáculo” à capacidade do possuidor de proteger seus próprios interesses. Assim, há alguma contradição no argumento desenvolvido por Thomas. Vale o registro, ainda, de que ele reconheceu que os precedentes da Corte são convergentes com a decisão da maioria, mas ainda assim se opõe a eles.

<sup>41</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover Publications, 1991. p. 118. Livre tradução.

<sup>42</sup> Os ultraconservadores da política são bem mais radicais do que aqueles eventualmente encrustados no Judiciário. Tome-se como exemplo o site de “notícias” Breitbart.com, fundado por Andrew Breitbart e continuado por Steve Bannon e Larry Solov, após a morte precoce do fundador. Em 2012, o Los Angeles Times traçou um perfil interessante do criador e criaturas: RAINEY, James. Breitbart.com sets sights on ruling the conservative conversation. *Latimes*, Los Angeles, 1 ago. 2012. Disponível em: <https://www.latimes.com/entertainment/la-xpm-2012-aug-01-la-et-breitbart-20120801-story.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>43</sup> O primeiro foi Thurgood Marshall, que havia sido *Solicitor General* no governo de John Kennedy e foi indicado por Lyndon Johnson, permanecendo na Corte de 1967 a 1991. Marshall foi sucedido, justamente, por Clarence Thomas.

<sup>44</sup> ESTADOS UNIDOS. 176 U. S. 114, 118, (1900), *Clark v. Kansas City*.

<sup>45</sup> ESTADOS UNIDOS. 239 U. S. 33, (1915), *Truax v. Raich*.

<sup>46</sup> ESTADOS UNIDOS. 268 U. S. 510, (1925) *Pierce v. Society of Sisters*.



### 2.3.4 O voto de Kavanaugh: as provas são insuficientes

Também nesse terceiro caso, o *justice* Kavanaugh votou como um conservador. Entretanto, acompanhou o *Justice* Alito em sua divergência, e não o *Justice* Thomas, mantendo a coerência quanto aos critérios para superação de precedentes (que não permitiriam legitimar a lei restritiva ao aborto). Segundo Kavanaugh, não era possível afirmar a inconstitucionalidade da lei porque haveria necessidade de dilação probatória para demonstrar que os novos requisitos para a realização de abortos exigidos das clínicas e dos médicos eram excessivamente onerosos e inviabilizavam o procedimento. Por essa razão, o caso deveria ser remetido a novo julgamento e à complementação probatória. Assim, com base em um argumento processual, Kavanaugh evitou concordar com a maioria, que se manifestava a favor da lei que limitava o aborto no mérito e evitou a polêmica.

## 3 O legado de Ruth Bader Ginsburg

Como já indicado acima, o ano judiciário de 2019-2020, além de ter sido o primeiro de atuação completa de Kavanaugh, e um ano rico em decisões relevantes, marcou, ainda, a partida de uma grande estrela progressista da Suprema Corte dos Estados Unidos. Ruth Bader Ginsburg (Ginsburg ou RBG) foi a segunda mulher a ter assento na Corte, mas a primeira integrante a conquistar um lugar na sua história como ícone cultural de uma geração<sup>47</sup>, bem como a ser velada no Capitol Hill com honras de Estado<sup>48</sup>. Não seria possível tratar do ano judiciário em questão, portanto, sem tratar dessa jurista extraordinária que deixa um legado impecável para o constitucionalismo contemporâneo.

<sup>47</sup> RBG se tornou uma marca: canecas, roupas, bonecas, máscaras, cadernos, livros, inclusive de colorir, para crianças. O filme “RBG”, dirigido e produzido por Betsy West e Julie Cohen, foi escolhido pela “National Board of Review” como o melhor filme documentário de 2018, e obteve menção honra no BAFTA, além de ter recebido duas indicações para o Oscar: melhor filme documentário e melhor trilha sonora original.

<sup>48</sup> Capitol Hill é expressão que designa a área onde encontram-se localizada as duas Casas do Congresso dos Estados Unidos: a Câmara dos Deputados e o Senado. Em outro sentido, a expressão também designa ampla área residencial em Washington-DC, que igualmente contempla a sede do Legislativo federal.

## 3.1 Brooklyn, Harvard e Columbia

Ginsburg foi protagonista de trajetória singular, que se resume nas linhas que se seguem. Nascida e criada no Brooklyn, em Nova Iorque, de pai judeu imigrante da Ucrânia e mãe norte-americana, nascida quatro meses depois de seus avós chegarem aos Estados Unidos vindos da Polônia, Ginsburg foi uma daquelas personalidades fadadas a entrar para a história. Ainda criança, perdeu a irmã para a meningite, e a mãe, anos mais tarde, de câncer, logo após a conclusão dos estudos de segundo grau. Em 1955, deu à luz a sua primeira filha. No ano seguinte, em 1956, ingressou no curso de Direito da prestigiada Harvard Law School. À época, dos quinhentos alunos matriculados, somente nove eram mulheres. Todos os professores eram “da mesma raça e sexo”, vale dizer, homens e brancos.<sup>49</sup> Em 1958, seu esposo, Martin Ginsburg, recebeu oferta de emprego em Nova Iorque. Ruth tentou cursar Columbia e se graduar por Harvard; a proposta, entretanto, não foi aceita.

Assim, a partir de 1958, a Columbia Law School passou a ostentar, nos seus quadros, a aluna Ruth Bader Ginsburg, que brilhara em Harvard, e teria na Escola de Direito ao norte de Manhattan idêntica trajetória. Inclusive, se graduou, em 1959, como primeira da turma, além de ter sido editora da revista de Direito nas duas faculdades, privilégio de poucos<sup>50</sup>.

## 3.2 Assessorias e Lund

Embora graduada em Direito pela *Columbia Law School*, foi seu ex-professor em Harvard, Albert Martin Sacks, quem a indicou para aquele que deveria ter sido seu primeiro emprego de destaque: assessoria jurídica do *Justice* Felix Frankfurter. Embora tenha ficado im-

<sup>49</sup> GINSBURG, Ruth Bader. The changing complexion of Harvard Law School. *Harvard Women's Law Journal*, Cambridge, v. 27, 2004. p. 303.

<sup>50</sup> MARGOLICK, David. Trial by adversity shapes jurist's outlook. *The New York Times*, Nova York, 25 jun. 1993. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1993/06/25/us/trial-by-adversity-shapes-jurist-s-outlook.html?pagewanted=all>. Acesso em: 10 dez. 2020; GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. New York: Simon & Schuster, 2016. p. XXIII; GRANT, Linda. Ruth Bader Ginsburg and Harvard Law: a 64-year journey. *Harvard Law Today*, Cambridge, 24 set. 2020. Disponível em: <https://today.law.harvard.edu/ruth-bader-ginsburg-and-harvard-law-a-sixty-four-year-journey/#:~:text=The%20late%20United%20States,of%20the%20Harvard%20Law%20Review.&text=She%20transferred%20to%20Columbia%20Law,%20job%20in%20New%20York>. Acesso em: 10 dez. 2020.

pressionado com o currículo de Ginsburg, o emprego lhe fora negado. Segundo relato dela própria: “o Justice foi informado da minha situação familiar — eu era casada e tinha uma filha de cinco anos. Por qualquer que seja a razão, disse Não”.<sup>51</sup>

Ainda em 1960, foi admitida como assessora do juiz Edmund Palmieri, da *United States District Court for the Southern District of New York*, onde permaneceu por, aproximadamente, dois anos. Em seguida, retornou à Universidade de Columbia para participar de um projeto de pesquisa de Direito Processual Internacional com o Professor Hans Smit, o que a levou a aprender sueco, estudar na Universidade de Lund, na Suécia, e escrever, em coautoria com o professor Anders Bruzelius, um livro sobre o processo civil daquele país.<sup>52</sup>

A sociedade sueca reforçou em Ginsburg a percepção da profunda disparidade entre homens e mulheres nos Estados Unidos e a despertou para a necessidade em lutar por melhores condições para as mulheres estadunidenses. Em algumas das muitas entrevistas concedidas ao longo de sua vida, Ginsburg fez referências ao estágio de desenvolvimento, reconhecimento e respeito que as mulheres conquistaram na Suécia, em contraposição à submissão e desigualdade em que se encontravam nos Estados Unidos, no início da década de 1960. Ela própria sofrera discriminação, no início da carreira, quando, a despeito do currículo absolutamente impecável, experimentou dificuldades de se firmar.

Philip Galanes, do jornal *The New York Times*, a entrevistou em 2015 e formulou uma pergunta que permitiu a Ginsburg realçar a importância da experiência na Suécia em sua vida. Indagada sobre quando começou a pensar seriamente sobre a igualdade das mulheres, ela respondeu que quando estava trabalhando em um livro sobre processo civil na Suécia, em 1962 e 1963. Em seguida, registrou que entre 20 e 25 % dos estudantes de direito na Suécia eram mulheres. Observou que havia juízas mulheres nos tribunais e que havia se impressio-

nado ao comparecer a uma audiência em Estocolmo presidida por uma juíza grávida de oito meses.<sup>53</sup>

É preciso contextualizar as vicissitudes de Ginsburg em um Estados Unidos da América que, ainda, não consolidara uma concepção de igualdade civil: ainda não havia assegurado por completo os efeitos de *Brown v. Board of Education* (1954)<sup>54</sup> e, por tabela, discriminava, também, as mulheres. Para quem foi rebaixada no trabalho, em Oklahoma, quando a primeira gravidez deu seus primeiros sinais, teve de esconder a segunda gestação e não conseguiu emprego com facilidade, muito embora primeira da classe e editora de duas revistas jurídicas de inegável importância, é compreensível o impacto produzido pela sociedade sueca da segunda metade do século XX.<sup>55</sup>

### 3.3 Magistério e a colaboração com a American Civil Liberty Union: Rutgers e Columbia

Ginsburg iniciou sua carreira, no magistério, na Universidade de Rutgers, em 1963, lecionando processo civil. Segundo insuspeito relato da *justice* Elena Kagan, a universidade comunicou a Ginsburg que ela receberia salário inferior aos dos seus colegas homens porque o marido dela tinha um excelente emprego. À época, havia somente vinte professoras de Direito em todo o país.<sup>56</sup> Em Rutgers, Ginsburg foi co-fundadora do primeiro jornal dedicado a assuntos jurídicos das mulheres, o *Women's Rights Law Reporter*, criado em 1970, por Ann Marie Boylan, e incorporado à Rutgers em 1972. O jornal ainda se encontra ativo.<sup>57</sup>

Nove anos depois, em 1972, Ginsburg passou a integrar o corpo docente da Columbia Law School (NYC),

<sup>53</sup> GALANES, Philip. Ruth Bader Ginsburg and Gloria Steinem on the unending fight for women's rights. *The New York Times*, Nova York, 15 nov. 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/15/fashion/ruth-bader-ginsburg-and-gloria-steinem-on-the-unending-fight-for-womens-rights.html>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>54</sup> ESTADOS UNIDOS. 347 U.S. 483 (1954).

<sup>55</sup> SCHAMA, Cloe. Ruth Bader Ginsburg: hero for pregnant women. *Elle*, Nova York, 5 nov. 2015. Disponível em: <https://www.elle.com/culture/career-politics/news/a31721/ruth-bader-ginsburg-hero-for-pregnant-women/>. Acesso em: 8 mar. 2021.

<sup>56</sup> LIPTAK, Adam. Kagan says her path to Supreme Court was made smoother by Ginsburg's. *The New York Times*, Nova York, 2 out. 2014. Disponível em: [https://www.nytimes.com/2014/02/11/us/kagan-says-her-path-to-supreme-court-was-made-smoother-by-ginsburg.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2014/02/11/us/kagan-says-her-path-to-supreme-court-was-made-smoother-by-ginsburg.html?_r=0). Acesso em: 21 set. 2020.

<sup>57</sup> Jornal disponível em: <https://womensrightslawreporter.com/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>51</sup> BROWN, Bob. Ruth Bader Ginsburg's 1998 Wellesley College speech: 'The Supreme Court: A Place for Women'. *The Swellesley Report*, Wellesley, 19 set. 2020. Disponível em: <https://theswellesleyreport.com/2020/09/ruth-bader-ginsburgs-1998-wellesley-college-speech-the-supreme-court-a-place-for-women/>. Acesso em: 27 set. 2020.

<sup>52</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil procedure in Sweden*. Haia: Martinus Nijhoff, 1965.

em que, treze anos antes, havia concluído o curso de Direito, iniciado, como visto, em Harvard. Ela se tornou a primeira *tenured woman* da Universidade de Columbia, vale dizer, a primeira mulher a conquistar a estabilidade acadêmica. Até então, somente homens tinham alcançado esse privilégio.<sup>58</sup> Nessa época, apenas dezoito mulheres, em todo o país, ostentavam essa condição. RBG foi a décima nona<sup>59</sup>. Ainda em 1972, a *Association of American Law Schools* deu início a uma campanha contra discriminação sexual, exortando as faculdades de Direito filiadas a abandonarem a postura de contratar somente homens<sup>60</sup>.

Nessa época, Ruth Ginsburg começou a colaborar com a *American Civil Liberties Union* (ACLU), poderosa associação civil de defesa e preservação dos direitos e garantias individuais. Fundada em 1920, a ACLU ostenta longa lista de serviços prestados à causa para a qual foi criada<sup>61</sup>. Ginsburg foi diretora do Projeto para os Direitos das Mulheres (*Women's Rights Project*) e permaneceu na ACLU até a data em que tomou posse como juíza da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, em 1980<sup>62</sup>.

Durante a década de 1970, Ginsburg esteve à frente de batalhas jurídicas importantes em defesa das mulheres. Ganhou 5 de 6 casos arguidos perante a Suprema Corte, percentagem muito significativa, tanto de demandas quanto de vitórias, porque, como se sabe, a Corte aceita poucos *writs of certiorari* para julgar a cada ano<sup>63</sup>. A advocacia de Ruth Ginsburg, conforme relato

da ACLU, estabeleceu as bases para as atuais proibições legais contra a discriminação sexual nos Estados Unidos e ajudou a construção dos alicerces para a futura defesa dos direitos das mulheres.<sup>64</sup> Há, ainda, dezenas de outros relatos, entrevistas e documentos que demonstram que a contribuição de Ginsburg, para os direitos da pessoa humana, foi antiga, larga e profundamente efetiva.<sup>65</sup>

### 3.4 Corte de Apelação e Suprema Corte

O *Caso Watergate* antecipou o fim do mandato de Richard Nixon, que renunciou ante a iminência de ser cassado. O seu substituto, o vice-Presidente Gerald Ford, não era páreo para o candidato democrata, Jimmy Carter, agricultor, político do “Deep South” e ex-governador da Geórgia, que o derrotou no voto popular e no Colégio Eleitoral. A política liberal de Carter e sua determinação de mudar velhos hábitos foi crucial para que a advogada e professora Ginsburg se transformasse na *judge* e posteriormente na *Justice* Ginsburg.

Ao ser indicada pelo Presidente Carter, em abril de 1980, Ginsburg já havia construído uma reputação de jurista absolutamente engajada na defesa dos direitos civis e mais especificamente contra a discriminação de gênero. Não fosse uma jurista de peso e profundamente progressista, jamais teria sido indicada por Carter para a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, considerada a mais importante entre todas as Cortes de Apelação, seja pela excelência dos seus membros, por se encontrar na capital da República ou pelos temas relevantes que julgava.

<sup>58</sup> O *Black's Law Dictionary* define tenure como: “estatus atribuído a um professor ou professora, após conclusão de período probatório, protegendo-o ou protegendo-a de despedida sumária, sem causa suficiente ou razões econômicas. Uma nomeação acadêmica sem período definido de tempo”. BLACK, Henry Campbell *et al.* *Black's law dictionary*. 6. ed. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1991. p. 1024. Livre tradução.

<sup>59</sup> KAY, Herma Hill. Ruth Bader Ginsburg, professor of Law. *Columbia Law Review*, Nova York, n. 104, 2004. p. 2.

<sup>60</sup> KAY, Herma Hill. Ruth Bader Ginsburg, professor of Law. *Columbia Law Review*, Nova York, n. 104, 2004. p. 2.

<sup>61</sup> A ACLU encontra-se presente na vida do norte-americano pobre ou integrante de minoria. Trata-se de uma instituição que completou 100 anos em 2020 e que se apresenta muito ativa. Para uma melhor compreensão de sua história, consultar: WALKER, Samuel. *In defense of american liberties: a history of the ACLU*. 2. ed. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1999.

<sup>62</sup> AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU). *ACLU history: a driving force for change: the ACLU Women's Rights Project*. 2010. Disponível em: <https://www.aclu.org/other/aclu-history-driving-force-change-aclu-womens-rights-project>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>63</sup> De seis casos arguidos perante a Suprema Corte, Kahn foi o

único que ela perdeu. CAMPBELL, Amy Leigh. Raising the bar: Ruth Bader Ginsburg and the ACLU women's right project. *Texas Journal of Women and the Law*, Austin, v. 11, abr. 2003. Disponível em: <https://www.aclu.org/sites/default/files/FilesPDFs/campbell.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>64</sup> AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU). *ACLU history: a driving force for change: the ACLU Women's Rights Project*. 2010. Disponível em: <https://www.aclu.org/other/aclu-history-driving-force-change-aclu-womens-rights-project>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>65</sup> Pouquíssimos juízes da Suprema Corte receberam de jornais franceses a quantidade de referências como RBG. Seguem registros de dois (Le Figaro e Le Monde) dos mais importantes: LE FIGARO; AFP. Ruth Bader Ginsburg, icône progressiste et féministe de la Cour suprême. *Le Figaro*, Paris, 19 set. 2020. Disponível em: <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/ruth-bader-ginsburg-icone-progressiste-et-feministe-de-la-cour-supreme-20200919>. Acesso em : 30 set. 2020.; LE MONDE; AFP. Hommages unanimes et bataille politique après la mort de la juge Ruth Bader Ginsburg. *Le Monde*, Paris, 19 set. 2020. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/19/mort-de-ruth-bader-ginsburg-geante-de-l-histoire-americaine\\_6052812\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/19/mort-de-ruth-bader-ginsburg-geante-de-l-histoire-americaine_6052812_3210.html). Acesso em: 1 out. 2020.



RBG permaneceu por treze anos na Corte de Apelação do Distrito de Columbia, até ser indicada para a Suprema Corte, em 1993, pelo Presidente Bill Clinton, para ocupar a vaga de Byron White, que se aposentara aos sete e cinco anos, após mais de três décadas de atuação no Tribunal, nomeado que fora por John Kennedy, em 1962. Tamanho era o prestígio de Ginsburg que o então Senador Joe Biden afirmou ao jornal *The New York Times* que nunca estivera “tão otimista nem tão satisfeito com um indicado para a Suprema Corte como estava com a juíza Ginsburg”<sup>66</sup>. O prognóstico positivo sobre sua aprovação e credibilidade se confirmou por largo placar de noventa e seis votos favoráveis e somente 3 contra.

Ginsburg tomou posse em 10 de agosto de 1993 na Suprema Corte dos EUA, tornando-se a primeira judia e a segunda mulher a ter assento na instituição<sup>67</sup>, permanecendo ali até 18 de setembro de 2020, data de seu falecimento. Ao discursar no seu velório, o *Chief Justice* John Roberts afirmou que os seus quatrocentos e oitenta e três votos influenciarão o Tribunal por décadas e que sua voz na Corte e nas audiências era delicada, mas, quando falava, as pessoas verdadeiramente ouviam.<sup>68</sup> Entre tantos votos históricos e de qualidade técnica, o presente artigo destaca dois: um, proferido em 1996, o primeiro redigido por Ginsburg e considerado um dos mais importantes em mais de duas décadas no Tribunal. O outro, proferido, em 2007, em que, embora vencida, influenciou a alteração da legislação para acolher a tese que ela defendera. Os dois casos retratam o peso que teve RBG em sua trajetória na Corte.

### 3.5 United States v. Virginia (1996)

Quis o destino que o primeiro caso relatado por Ginsburg na Suprema Corte versasse sobre discriminação contra a mulher. O Estado da Virgínia tem enorme

importância histórica. É uma das Treze Colônias que deram início ao processo de independência e teve papel decisivo nos primeiros anos de consolidação do país. Quatro dos cinco primeiros Presidentes dos Estados Unidos são da Virgínia.<sup>69</sup> É sede do *Virginia Military Institute*, o primeiro colégio militar estadual fundado no país, em 1839, e um dos mais tradicionais. Tal instituto, conhecido pela sigla VMI, goza de grande prestígio nos Estados Unidos, mas, até 1996, era uma escola militar exclusiva para homens.

#### 3.5.1 Virginia Military Institute: admissão restrita a homens

Entre 1988 e 1990, o VMI recebeu trezentas e quarenta e sete solicitações de informação sobre matrícula, formuladas por jovens do sexo feminino interessadas em ingressar no Colégio. Nenhuma foi respondida. Em 1990, uma estudante da Carolina do Norte apresentou reclamação, perante o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, sobre o comportamento da instituição acerca da admissão de mulheres. O Departamento de Justiça, ato contínuo, ajuizou ação na Justiça Federal contra o Estado da Virgínia e o VMI, alegando que tal comportamento violava a garantia constitucional de igualdade e a Lei dos Direitos Civis.

A Justiça de primeiro grau decidiu, favoravelmente, ao VMI. Contudo, a Corte de Apelação do 4º Circuito, sediada em Richmond, Virgínia, reverteu a decisão e determinou que o Estado solucionasse a violação constitucional. Em resposta, a Virgínia propôs um programa paralelo, com a criação de uma escola exclusivamente para mulheres, o *Virginia Women's Institute for Leadership* (VWIL), o que, em segunda apreciação, recebeu o carimbo de constitucional, tanto da Corte Distrital quanto da Corte de Apelação. A última, embora concordando no mérito e afirmando que a oferta de educação para gênero único era um objetivo legítimo, criou um teste adicional, perguntando se os alunos do VMI e as alunas do VWIL receberiam benefícios “substancialmente comparáveis”.<sup>70</sup>

O Tribunal de Apelação decidiu por maioria. Entre os vencidos, merece breve registro — até porque par-

<sup>66</sup> LABATON, Stephen. Senators see easy approval for nominee. *The New York Times*, Nova York, 16 jun. 1993. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1993/06/16/us/senators-see-easy-approval-for-nominee.html?mtrref=undefined&gwt=pay>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>67</sup> A primeira foi Sandra Day O'Connor, indicada por Ronald Reagan. SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 318.

<sup>68</sup> MORENO, J. Edward. Chief justice honors Ginsburg: “When she spoke, people listened”. *The Hill*, Washington, 23 set. 2020. Disponível em: <https://thehill.com/homenews/news/517812-chief-justice-honors-ginsburg-when-she-spoke-people-listened>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>69</sup> George Washington, Thomas Jefferson, James Madison e James Monroe CHENEY, Lynne. *The Virginia dynasty: four presidents and the creation of American Nation*. New York: Viking, 2020.

<sup>70</sup> Voto Ruth Bader Ginsburg, ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), *United States v. Virginia*.

cialmente incorporado nas razões de Ginsburg — o voto do juiz James Dickson Phillips Jr., ao afirmar que o órgão, em seu julgamento, não impôs ao Estado da Virgínia o ônus de mostrar uma “justificativa extremamente persuasiva”<sup>71</sup> para a ação. Vale dizer, o argumento utilizado pelo governo e aceito pelo Tribunal não era suficientemente persuasivo para justificar o deferimento. A criação de colégio (VWIL) exclusivo para o sexo feminino, arrematou o juiz Phillips, se apresentava como uma medida excludente, incompatível com a finalidade de criar um novo tipo de oportunidade educacional para mulheres ou diversificar o sistema de ensino superior da Commonwealth. Tinha simplesmente o propósito de permitir que a VMI continuasse a excluir mulheres de seus quadros<sup>72</sup>.

### 3.5.2 Precedente: *Sweatt v. Painter* (1950)

Em seu voto, Ginsburg comparou a solução apresentada pelo VMI àquela proposta pelo Texas 50 anos antes, em resposta à decisão de um tribunal estadual, proferida em 1946<sup>73</sup>. De fato, no caso *Sweatt v. Painter*<sup>74</sup>, decidido em 1950, a *University of Texas Law School* se negou a aceitar Herman Marion Sweatt como aluno, propondo a criação de uma *Law School for Negroes*<sup>75</sup>, que, conforme lembrou Ginsburg, não tinha corpo docente ou biblioteca independente e carecia de credenciamento.<sup>76</sup> Apesar da escandalosa discriminação, a Justiça de primeiro e segundo grau se deram por satisfeitas, inclusive ressaltando que o serviço à disposição de Sweatt era substancialmente equivalente àquele oferecido pelo Estado a estudantes brancos na Universidade do Texas.<sup>77</sup> A Suprema Corte reformou a decisão, reconhecendo a existência de diferenças relevantes nas instalações e na experiência de ensino de cada uma das escolas.

<sup>71</sup> Citação feita pelo juiz Phillips, extraída de parte da decisão proferida pela Suprema Corte em ESTADOS UNIDOS. 458 U.S. 718 (1982), *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*.

<sup>72</sup> ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), 529, *United States v. Virginia*.

<sup>73</sup> ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), 553, *United States v. Virginia*.

<sup>74</sup> ESTADOS UNIDOS. 339 U.S. 629 (1950).

<sup>75</sup> Essa expressão aparece quase uma dezena de vezes na decisão de ESTADOS UNIDOS. 339 U.S. 629 (1950), *Sweatt v. Painter*.

<sup>76</sup> ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), 553, *United States v. Virginia*.

<sup>77</sup> ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), 553, *United States v. Virginia*.

A citação de Ginsburg, em relação a esse caso julgado em 1950, procede. Primeiramente, porque ele tem estreita relação com o que se estava julgando em *U.S. v. Virginia*, em segundo lugar, pelo seu significado de afastar a segregação na Escola de Direito do Texas: um prenúncio do célebre *Brown v. Board of Education* (1954), embora sem idêntico significado e amplitude do caso julgado pela Corte Warren.

### 3.5.3 Violação da cláusula de igualdade da Décima-Quarta Emenda

A Corte, por expressiva maioria, de 7 a 1, somente com o voto contrário do Justice Scalia,<sup>78</sup> e sem a participação de Clarence Thomas, que se absteve em razão de seu filho ser aluno do VMI na data do julgamento, acolheu o recurso dos Estados Unidos (parte no processo), com base nas argumentações expendidas por Ginsburg, e concluiu que o Estado da Virgínia não apresentara uma “justificativa extraordinariamente persuasiva” (“*exceedingly persuasive justification*”) para excluir todas as mulheres do treinamento de cidadão-soldado oferecido pelo VMI.

O *standard* da “justificativa extraordinariamente persuasiva” implica a atribuição de um ônus argumentativo reforçado para a defesa da legitimidade de discriminações baseadas em critérios de gênero. Exige-se a demonstração de que tais critérios atendem, concretamente, a fins estatais importantes e que são imprescindíveis à sua consecução, descartando-se generalizações ou preconceções sobre diferentes talentos, capacidades e preferências de homens e mulheres.

Considerando-se o não atendimento de tal *standard*, Ginsburg concluiu que a exclusão levada a cabo pelo Estado da Virgínia havia violado a cláusula de proteção igualitária da Décima-Quarta Emenda. Observou, ainda, que o remédio que ela ofereceu (criação do VWIL) não remediava a violação, uma vez que não oferecia às mulheres uma educação em igualdade de condições com aquela oferecida pelo VMI. Nesses termos, o pri-

<sup>78</sup> No livro *My Own Words*, Ginsburg fez um breve relato da construção do seu voto em *U.S. v. Virginia* e de como a posição contrária de Scalia (que, à medida que ia construindo o voto, disponibilizava para ela) foi importante para que ela apurasse o texto: “Minha minuta final foi mais persuasiva graças às críticas do Justice Scalia. De fato, quando quer que eu escrevesse a opinião majoritária, se recebesse uma opinião divergente de Scalia, o resultado final do meu voto acabava aprimorado”. GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. New York: Simon & Schuster, 2016. p. 40. Livre tradução.

meiro julgamento do Tribunal de Apelação do 4º Circuito, que havia identificado inconstitucionalidades na negativa em aceitar mulheres no VMI, restou confirmado pela Corte Suprema. E a segunda decisão do Quarto Circuito, pela constitucionalidade da criação do VWIL, foi descartada.

Ginsburg concluiu invocando a evolução constitucional dos Estados Unidos, valendo-se do historiador Richard Morris, que certa feita afirmara que uma parte importante da história da Constituição norte-americana é a história da extensão dos direitos e proteções constitucionais a pessoas antes ignoradas ou excluídas. De forma quase poética, afirmou que a história do VMI continuou à medida que a compreensão de “Nós, o Povo” se expandiu, de modo que não havia razão para acreditar que a admissão de mulheres capazes de todas as atividades exigidas dos cadetes do VMI destruiria o Instituto, em vez de aumentar sua capacidade de servir à “União mais perfeita”.

Em poucas linhas, Ruth Ginsburg conclui seu voto citando duas frases por demais conhecidas e que se encontram nos dois documentos que fundaram o país: “*We, the People*”, que abre a Constituição dos Estados Unidos, e “*A more perfect Union*”, expressão constante na Declaração de Independência de 04 de julho de 1776.

### 3.6 Ledbetter v. Goodyear Tire (2007)

Onze anos depois de ter relatado o caso *United States v. Virginia* (1996), que consolidou sua reputação de defensora da igualdade de tratamento entre os sexos, Ginsburg produziu um outro voto de profunda relevância. Embora nesse caso tenha sido vencida na Corte, pelo placar de 5 a 4, o resultado material lhe foi amplamente favorável porque seu voto criou uma comoção em parte do país, ancorada na realidade fática vivida pela autora, Lilly Ledbetter.

O caso envolveu a empresa Goodyear, fabricante de pneus, e Lilly Ledbetter, funcionária da fábrica localizada em Gadsden, Alabama. Ledbetter era a única mulher entre quinze homens e recebia salário inferior a todos eles, inclusive alguns contratados depois dela<sup>79</sup>. Proces-

<sup>79</sup> GREENHOUSE, Linda. Justices limit discrimination suits over pay. *The New York Times*, Nova York, 29 maio 2007. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2007/05/29/washington/30scotuscnd.html?smid=pl-share>. Acesso em: 1 mar. 2021.

sou a empresa alegando discriminação de gênero porque, durante anos de relação de trabalho, era preterida para cargos mais elevados, em razão de avaliações ruins feitas por supervisores. Em razão disso, “seu salário não aumentou tanto quanto teria sido [aumentado] se ela tivesse sido avaliada de forma justa.”<sup>80</sup>

A relatoria coube ao *Justice* Samuel Alito, que, juntamente ao *Justice* Clarence Thomas, forma, já há alguns anos, a dupla mais conservadora da Corte. Em resumo, o Tribunal Supremo, por maioria de 5 a 4, manteve a decisão da Corte de Apelação, ao entendimento de que é de cento e oitenta dias o prazo para reclamar perante a Comissão de Igualdade de Oportunidades no Emprego (*Equal Employment Opportunity Commission*) sobre discriminação no trabalho e temas congêneres, muito embora a Comissão tivesse à época entendimento diverso, que emprestava sentido mais liberal e prazo prescricional mais elástico à situação.

#### 3.6.1 O voto divergente de Ginsburg

Ginsburg dissentiu e o fez de forma vigorosa. Primeiramente, porque leu o voto em sessão, o que é raro na Suprema Corte. Além disso, porque foi incisiva, sem, entretanto, perder a compostura. Asseverou que, para mostrar o quanto o Tribunal se desviou da interpretação do Título VII<sup>81</sup>, ela se via compelida a revisitar, “com fidelidade ao objetivo central da Lei”<sup>82</sup>, “as evidências apresentadas por Ledbetter no julgamento”, referindo-se ao julgamento de primeira instância, na Corte Distrital. Afirmou que Ledbetter provou ao júri a parcialidade e a discriminação dos seus superiores.

Nesse sentido Ginsburg sublinhou o depoimento do supervisor que admitiu, perante a Corte Distrital, que o salário da autora durante o período de um ano foi abaixo do mínimo pago a funcionários em posição idêntica, e que a disparidade se deveu a uma fraca performance de Ledbetter. Apontou flagrante incoerência nessa narrativa. Além disso, nesse mesmo período, ela recebeu um prêmio pela sua excepcional performance

<sup>80</sup> ESTADOS UNIDOS. 550 US 618 (2007), *Ledbetter v. Goodyear Tire*.

<sup>81</sup> Ela se refere ao Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*).

<sup>82</sup> No original: “To show how far the Court has strayed from interpretation of Title VII with fidelity to the Act’s core purpose, I return to the evidence Ledbetter presented at trial”. UNIDOS. 550 US 618 (2007), *Ledbetter v. Goodyear Tire*.



no trabalho. E, ainda, observou que o júri<sup>83</sup> constatou que um outro supervisor, que a avaliou, em 1997, era abertamente preconceituoso contra mulheres.

Ao insistir na tese dos cento e oitenta dias como limite para ajuizamento de ação reivindicando direitos violados, a maioria conservadora demonstrou desconhecer a realidade das relações de trabalho nos Estados Unidos, no entendimento de Ginsburg. Isso porque o empregado, segundo ela, lidava com uma dificuldade comum a todos eles, a de saber quanto ganha seu colega, de modo que impor o prazo exíguo de 180 dias para reclamar não era consentâneo com a realidade fática. Ginsburg afirmou que a informação sobre equivalência salarial não é rotineiramente comunicada aos empregados.<sup>84</sup> Citou, inclusive, um exemplo em que “uma demandante não sabia quanto seus colegas ganhavam até que uma lista impressa de salários apareceu em sua mesa, sete anos depois que seu salário inicial foi definido em valor inferior aos salários de seus colegas de trabalho”.<sup>85</sup>

### 3.6.2 O impacto sobre a campanha presidencial de 2008 e a Lei Ledbetter de 2009

Ledbetter “saiu” da fábrica localizada na pequena Gadsden, com uma população estimada de trinta e cinco mil habitantes e da derrota na Suprema Corte para a campanha presidencial que mudou a história política dos Estados Unidos, em que se sagrou vencedor Barack Obama, candidato pertencente a uma minoria perseguida por mais de um século. Ledbetter discursou na Convenção do Partido Democrata que escolheu Obama — discursar em uma convenção nacional é privilégio de poucos. Geralmente, o fazem políticos de envergadura dentro do Partido, ou personalidades com fama ou reconhecimento nacional.

Mais do que discursar em apoio a Obama, Ledbetter “ganhou” um editorial do *The New York Times*, considerado o jornal de maior prestígio do mundo. O título dizia ser ela a “arma secreta dos democratas”, insinuando

do que poderia influenciar o voto feminino em favor de Obama.<sup>86</sup> O jornal, ainda, mencionou o caso que havia sido decidido um ano antes na Suprema Corte, em que ela perdera por, apenas, um voto, e afirmou tratar-se de “uma decisão ideologicamente orientada, que deixou de lado o precedente e a lógica.”<sup>87</sup>

Durante a campanha, o Legislativo estadunidense aprovou, então, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei para impedir que situações como a vivida por Ledbetter se repetissem. Entretanto, o Senado o rejeitou. Contudo, em janeiro de 2009, já com Obama eleito e prestes a ser empossado, o projeto foi aprovado em ambas as Casas do Parlamento.

As razões de Ginsburg, no seu voto dissidente, serviram de inspiração a essa proposta legislativa, que pôs fim à prescrição de cento e oitenta dias para a reclamação sobre a violação da igualdade remuneratória. Como é comum nos Estados Unidos, a lei recebeu o nome de Lei de Pagamento Justo Lilly Ledbetter (*Lilly Ledbetter Fair Pay Act*), em óbvia homenagem à autora da ação que inspirou a alteração normativa. *Ledbetter v. Goodyear Tire* entrou para a história dos equívocos da Suprema Corte<sup>88</sup>, e dos acertos de Ruth Bader Ginsburg.

## 4 Considerações finais

O ano judiciário 2019-2020 foi especial em mais de um sentido. Como dito no início deste texto, foi o primeiro em que Brett Kavanaugh, segundo *justice* nomeado pelo Presidente Donald Trump, atuou por todo um período. Foi, igualmente, o último em que Ruth Bader Ginsburg exerceu a judicatura, depois de quase três décadas em que argumentou, concordou e, principalmente, dissentiu perante a Suprema Corte. Foi, ainda, um ano de julgamentos relevantes, em que a ideologia

<sup>83</sup> Nos Estados Unidos, há júri para ações cíveis. v. ESTADOS UNIDOS. Constituição Federal, Sétima Emenda.

<sup>84</sup> GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. New York: Simon & Schuster, 2016. p. 288.

<sup>85</sup> ESTADOS UNIDOS. 550 US 618 (2007), *Ledbetter v. Goodyear Tire*. “Plaintiff did not know what her colleagues earned until a printout listing of salaries appeared on her desk, seven years after her starting salary was set lower than her co-workers’ salaries”.

<sup>86</sup> “Ms. Ledbetter does not have Senator Clinton’s star power, but she could end up being an important force in driving votes to Mr. Obama” (A Sra. Ledbetter não tem o poder de estrela da senadora Clinton, mas ela pode acabar sendo uma força importante para atrair votos para Obama). THE DEMOCRATS’ secret weapon: Lilly Ledbetter. *The New York Times*, Nova York, 28 ago. 2008.

<sup>87</sup> THE DEMOCRATS’ secret weapon: Lilly Ledbetter. *The New York Times*, Nova York, 28 ago. 2008. (It was an ideologically driven decision — one that tossed aside precedent and logic).

<sup>88</sup> É evidente que nem de longe se compara com *Dred Scott v. Sandford* (1857), que legalizou a escravidão e precipitou a Guerra Civil.

poderia ter tido um papel mais determinante sobre as decisões do que o que realmente se verificou.

Assim, em *Ramos v. Louisiana*, a Corte Suprema reafirmou a relevância e a inafastabilidade da exigência constitucional da unanimidade do júri, acolhendo recurso interposto por Evangelista Ramos, condenado pela prática de homicídio em New Orleans. Chama atenção nesse julgado o fato de a relatoria ter sido do juiz Neil Gorsuch, conservador convicto, que, ainda assim, adotou uma posição progressista, na medida que julgou inconstitucional a pena aplicada. Os conservadores costumam ser intransigentes quando se trata de aplicar a lei penal, naquilo que se convencionou chamar da doutrina da “*law and order*”.

O segundo caso analisado, *Bostock v. Clayton County*, é igualmente curioso. Em uma decisão da relatoria do juiz Gorsuch, conservador, assentou-se a inconstitucionalidade de norma discriminatória contra a comunidade LGBTQ. Nesse processo, Gorsuch se valeu da Lei de Direitos Civis de 1964 que não se refere, especificamente, aos homossexuais e transexuais, o que torna o caso ainda mais emblemático, na medida em que o tema suscita maior controvérsia e a lei não se dirige diretamente a essa minoria. A ausência de texto legal tem sido utilizada como argumento conservador para negar direitos ou trancar ações, especialmente quando se refere a minorias. Portanto, também nesse segundo caso, um *justice* conservador parece ter votado de forma progressista.

Por fim, no caso *June Medical Service v. Russo*, a Suprema Corte se debruçou sobre um tema ainda mais controverso: a constitucionalidade da lei do Estado da Louisiana que limitava o direito ao aborto, tema recorrente nos Estados Unidos desde 1973, quando se decidiu o caso *Roe v. Wade*. Nesse caso, relatado pelo progressista Stephen Breyer, a Corte, de maioria conservadora, confirmou o precedente da década de 1970, reiterando a importância do *stare decisis* e do respeito aos precedentes para “evitar o uso de critérios arbitrários pelas cortes”.

O ano judiciário 2019-2020 demonstra, portanto, que conservadores podem votar como liberais, ainda que esporadicamente. Sugere que o *stare decisis* e os entendimentos já firmados pela Suprema Corte podem contrabalançar, em alguma medida, a influência da ideologia no processo decisório. Parece indicar, ainda, certa autocontenção por parte da maioria conservadora, possivelmente porque compreende a importância da Corte para o equilíbrio entre as duas correntes. Em

síntese e, ao menos no referido ano judiciário, persistiu a adesão aos precedentes, mesmo quando preferências políticas poderiam ter conduzido a outros resultados. Entrou um novo membro conservador na Corte. Saiu de cena uma juíza extraordinária, que deixou um legado imenso para a defesa de grupos minoritários. Sem perder de vista que os conservadores continuarão conservadores e implementarão, em alguma medida, sua agenda. Isso não significa que não haja espaço para decisões mais ao centro, como se constatou no presente artigo.

## Referências

- AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU). *ACLU history: a driving force for change: the ACLU Women's Rights Project*. 2010. Disponível em: <https://www.aclu.org/other/aclu-history-driving-force-change-aclu-womens-rights-project>. Acesso em: 30 set. 2020.
- BEARD, Charles Austin. *History of the United States*. Lexington: Renaissance Classics, 2012.
- BLACK, Henry Campbell *et al.* *Black's law dictionary*. 6. ed. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1991.
- BROWN, Bob. Ruth Bader Ginsburg's 1998 Wellesley College speech: “The Supreme Court: A Place for Women?”. *The Swellesley Report*, Wellesley, 19 set. 2020. Disponível em: <https://theswellesleyreport.com/2020/09/ruth-bader-ginsburgs-1998-wellesley-college-speech-the-supreme-court-a-place-for-women/>. Acesso em: 27 set. 2020.
- CAMPBELL, Amy Leigh. Raising the bar: Ruth Bader Ginsburg and the ACLU women's right project. *Texas Journal of Women and the Law*, Austin, v. 11, abr. 2003. Disponível em: <https://www.aclu.org/sites/default/files/FilesPDFs/campbell.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- CHENEY, Lynne. *The Virginia dynasty: four presidents and the creation of American Nation*. New York: Viking, 2020.
- ESTADOS UNIDOS. Act n. 620. 2014. Disponível em: <https://www.legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=914189>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- ESTADOS UNIDOS. 170 U. S. 343 (1898), *Thompson v. Utah*.

- ESTADOS UNIDOS. 176 U. S. 114, 118, (1900), *Clark v. Kansas City*.
- ESTADOS UNIDOS. 239 U. S. 33, (1915), *Truax v. Raich*.
- ESTADOS UNIDOS. 268 U. S. 510, (1925), *Pierce v. Society of Sisters*.
- ESTADOS UNIDOS. 32 U.S. 7 Pet. 243 (1833).
- ESTADOS UNIDOS. 339 U. S. 629 (1950).
- ESTADOS UNIDOS. 339 U.S. 629 (1950), *Sweatt v. Painter*.
- ESTADOS UNIDOS. 347 U.S. 483 (1954).
- ESTADOS UNIDOS. 410 U.S. 113 (1973).
- ESTADOS UNIDOS. 458 U.S. 718 (1982), *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*.
- ESTADOS UNIDOS. 505 U.S. 833 (1992).
- ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), *United States v. Virginia*.
- ESTADOS UNIDOS. 550 US 618 (2007), *Ledbetter v. Goodyear Tire*.
- ESTADOS UNIDOS. 567 U.S. 519 (2012), *National Federation of Independent Business v. Sebelius*.
- ESTADOS UNIDOS. 579 U. S. \_\_\_\_ (2016).
- ESTADOS UNIDOS. 579 U. S. \_\_\_\_ (2016), *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*.
- ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. (2020), *Bostock v. Clayton County*.
- ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. \_\_\_\_ (2020), *Ramos v. Louisiana*. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924\\_n6io.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924_n6io.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.
- ESTADOS UNIDOS. 591 U.S.\_\_\_\_ (2020), *Department of Homeland Security (DHS) v. Regents of the University of California*.
- ESTADOS UNIDOS. 591 U.S. \_\_\_\_ (2020), *June Medical Service v. Russo*.
- ESTADOS UNIDOS. 5 U.S. 137 (1803), *Marbury v. Madison*.
- ESTADOS UNIDOS. *Deferred action for childhood arrivals (DACA)*.
- ESTADOS UNIDOS. *Dred Scott v. Sandford* (1857).
- FELDMAN, Noah. *The three lives of James Madison*. New York: Picador, 2020.
- FULL transcript and video: trump picks Neil Gorsuch for Supreme Court. *The New York Times*, Nova York, 31 jan. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/01/31/us/politics/full-transcript-video-trump-neil-gorsuch-supreme-court.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- GALANES. Philip. Ruth Bader Ginsburg and Gloria Steinem on the unending fight for women's rights. *The New York Times*, Nova York, 15 nov. 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/15/fashion/ruth-bader-ginsburg-and-gloria-steinem-on-the-unending-fight-for-womens-rights.html>. Acesso em: 20 set. 2020.
- GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil procedure in Sweden*. Haia: Martinus Nijhoff, 1965.
- GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. New York: Simon & Schuster, 2016.
- GINSBURG, Ruth Bader. The changing complexion of Harvard Law School. *Harvard Women's Law Journal*, Cambridge, v. 27, 2004.
- GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959.
- GORSUCH, Neil. Confirmation hearing on the nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Suprema Court of the United States. Washington: U. S. Governmet Publishing Office, 2018. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.
- GRANT, Linda. Ruth Bader Ginsburg and Harvard Law: a 64-year journey. *Harvard Law Today*, Cambridge, 24 set. 2020. Disponível em: <https://today.law.harvard.edu/ruth-bader-ginsburg-and-harvard-law-a-sixty-four-year-journey/#:~:text=The%20late%20United%20States,of%20the%20Harvard%20Law%20Review.&text=She%20transferred%20to%20Columbia%20Law,a%20job%20in%20New%20York>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- GREENHOUSE, Linda. Justices limit discrimination suits over pay. *The New York Times*, Nova York, 29 maio 2007. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2007/05/29/washington/30scotuscnd.html?smid=pl-share>. Acesso em: 1 mar. 2021.



- GREENHOUSE, Linda. We just saw the future of anti-abortion laws. *The New York Times*, Nova York, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/08/13/opinion/arkansas-abortion-laws.html?action=click&module=Opinion&pgtype=Homepage>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover Publications, 1991.
- KAY, Herma Hill. Ruth Bader Ginsburg, professor of Law. *Columbia Law Review*, Nova York, n. 104, 2004.
- LABATON, Stephen. Senators see easy approval for nominee. *The New York Times*, Nova York, 16 jun. 1993. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1993/06/16/us/senators-see-easy-approval-for-nominee.html?mtrref=undefined&gwh=07BFECCEB18F681D38A1B48EF38A012DE&gwt=pay>. Acesso em: 30 set. 2020.
- LE FIGARO; AFP. Ruth Bader Ginsburg, icône progressiste et féministe de la Cour suprême. *Le Figaro*, Paris, 19 set. 2020. Disponível em: <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/ruth-bader-ginsburg-icone-progressiste-et-feministe-de-la-cour-supreme-20200919>. Acesso em: 30 set. 2020.
- LE MONDE; AFP. Hommages unanimes et bataille politique après la mort de la juge Ruth Bader Ginsburg. *Le Monde*, Paris, 19 set. 2020. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/19/mort-de-ruth-bader-ginsburg-geante-de-l-histoire-americaine\\_6052812\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/19/mort-de-ruth-bader-ginsburg-geante-de-l-histoire-americaine_6052812_3210.html). Acesso em: 1 out. 2020.
- LIPTAK, Adam. Kagan says her path to Supreme Court was made smoother by Ginsburg's. *The New York Times*, Nova York, 2 out. 2014. Disponível em: [https://www.nytimes.com/2014/02/11/us/kagan-says-her-path-to-supreme-court-was-made-smoother-by-ginsburg.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2014/02/11/us/kagan-says-her-path-to-supreme-court-was-made-smoother-by-ginsburg.html?_r=0). Acesso em: 21 set. 2020.
- LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON JR., Richard H. *Constitutional law: cases, comments, questions*. 8. ed. Saint Paul: West Publishing Company, 1996.
- MARGOLICK, David. Trial by adversity shapes jurist's outlook. *The New York Times*, Nova York, 25 jun. 1993. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1993/06/25/us/trial-by-adversity-shapes-jurist-s-outlook.html?pagewanted=all>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: GEN, Forense, 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988.
- MORENO, J. Edward. Chief justice honors Ginsburg: "When she spoke, people listened". *The Hill*, Washington, 23 set. 2020. Disponível em: <https://thehill.com/homenews/news/517812-chief-justice-honors-ginsburg-when-she-spoke-people-listened>. Acesso em: 28 set. 2020.
- RAINEY, James. Breitbart.com sets sights on ruling the conservative conversation. *Latimes*, Los Angeles, 1 ago. 2012. Disponível em: <https://www.latimes.com/entertainment/la-xpm-2012-aug-01-la-et-breitbart-20120801-story.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- SCHAMA, Cloe. Ruth Bader Ginsburg: hero for pregnant women. *Elle*, Nova York, 5 nov. 2015. Disponível em: <https://www.elle.com/culture/career-politics/news/a31721/ruth-bader-ginsburg-hero-for-pregnant-women/>. Acesso em: 8 mar. 2021.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.
- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. New York: Cambridge University, 2002.
- SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 99, n. 2, p. 743-804, 2006.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- THE DEMOCRATS' secret weapon: Lilly Ledbetter. *The New York Times*, Nova York, 28 ago. 2008.
- WALKER, Samuel. *In defense of american liberties: a history of the ACLU*. 2. ed. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1999.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Revisão judicial abusiva e a atuação do Supremo Tribunal Federal nas ADPFs entre março de 2020 e fevereiro de 2021**  
Abusive judicial review and the role of the Federal Supreme Court in ADPFs between march 2020 and february 2021

Carina Barbosa Gouvêa

Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

# Revisão judicial abusiva e a atuação do Supremo Tribunal Federal nas ADPFs entre março de 2020 e fevereiro de 2021\*

## Abusive judicial review and the role of the Federal Supreme Court in ADPFs between march 2020 and february 2021

Carina Barbosa Gouvêa\*\*

Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco\*\*\*

### Resumo

Populistas usam a mudança constitucional para realizar três funções: desconstruir a antiga ordem institucional, desenvolver um projeto substantivo enraizado em uma crítica dessa ordem e consolidar o seu poder. O grande paradoxo decorrente dessas questões refere-se ao fato de que, diante de um possível legislativo ou executivo populista, os tribunais constitucionais serão aqueles que, em última linha, defenderão o liberalismo político e o sistema democrático ao interpretar os poderes e direitos em um campo do político e jurídico. Como, e de que forma, as Cortes empregam o exercício de seu poder político? A jurisdição constitucional pode exercer uma “revisão judicial abusiva” e legitimar práticas antidemocráticas para consolidar o regime populista, tais como a criminalização da política? Após a extração de seu leque semântico, a pesquisa passa a analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às respostas às Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPFs) entre março de 2020 e fevereiro de 2021 para verificar se o caminho político de exercício de poder do STF a respeito da pandemia da Covid-19 pretende consolidar ou legitimar práticas abusivas dos poderes ou desempenhar um importante papel para a proteção da democracia sob ameaça de retrocesso. A investigação tem sede nos seguintes elementos: doutrina, documentos e decisões oficiais emitidos pelo STF e nas constituições e estudo de casos aplicados ao campo comparativo. A metodologia enfatiza o Direito Comparado e pode ser definido como uma pesquisa político-científica.

**Palavras-chave:** crises da democracia; jurisdição constitucional; populismos; revisão judicial abusiva; Supremo Tribunal Federal.

### Abstract

Populists use constitutional change to perform three functions: deconstruct the former constitutional order, develop a substantial project rooted in criticism towards such order and consolidate their power. The great paradox that comes from these matters is that, while possibly facing populist legislative

\* Recebido em 04/10/2021  
Aprovado em 10/02/2022

\*\* Professora do Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE); Pós Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE); Doutora e Mestre em Direito pela UNESA; Vice Presidente da Comissão Especial de Bioética e Biodireito do Conselho Federal da OAB; Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa “Teoria da Separação dos Poderes e Crise do Sistema Democrático Brasileiro vinculado ao PPGD/UFPE; Vice Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional e Direitos Humanos (UFPE), CNPq; Advogada. E-mail: carinagouvea25@gmail.com

\*\*\* : Professor associado do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD-UVA). Doutor em Ciência Política (IUPERJ) Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (Puc-Rio). Coordenador do Laboratório de Estudos de Defesa e Segurança Pública da (LEP-DESP-UERJ) E-mail: pvbcastelobranco@iesp.uerj.br



or executive powers, the constitutional courtrooms will be those that, at the end of the day, will defend political liberalism and the democratic system by interpreting the powers and rights in a political and legal field. How do the Courts apply the exercise of their political power? Can the constitutional jurisdiction exercise an “abusive judicial review” and legitimize undemocratic practices to consolidate the populist regime such as the criminalization of politics? This paper goes on to analyze the performance of the Federal Supreme Court (STF) in the responses to Allegations of non-Compliance with Fundamental Precepts (ADPFs) between March 2020 and February 2021 to verify if the political path of the exercise of power by the STF in the Covid-19 pandemic intends to consolidate or legitimize abusive practices of the powers or play an important role in the protection of democracy under the threat of regression. The investigation is based on the following elements: doctrine, documents, and official decisions issued by the STF and on the constitutions and case studies applied in the comparative field. The methodology emphasizes Comparative Law and can be defined as political-legal scientific research.

**Keywords:** abusive judicial review; constitutional jurisdiction; crises of democracy; Federal Supreme Court; populisms.

## 1 Introdução: a constitucionalização de direitos e a *judicial review*

A constitucionalização do direito e a *judicial review* tem se tornado uma importante ferramenta para os sistemas políticos democráticos pós-Segunda Grande Guerra. Em pesquisas anteriores, já constatamos<sup>1</sup> que

<sup>1</sup> \* Data de submissão: ? .

Data de aprovação: ? .

Ver CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber. *Lua Nova*, n. 99, p. 47-79, 2016. ; GOUVÊA, Carina; DANTAS, Ivo. Os caminhos para o desenvolvimento de uma interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico: abrindo a “sala de máquinas da Constituição”. *AREL FAAR*, Arriquemes, RO, v. 5, n. 1, p. 82-110, 2017. ; GOUVÊA, Carina; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. A incorporação “dos espíritos” do princípio da separação dos poderes de Montesquieu nas constituições, uma resposta para democratização do poder judiciário. *Revista de Ciencia de La Legislación*, n. 6, sep. 2019. Disponível em: [https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=95f4e4329c16aa5702b8663c71d990c8&hash\\_t=ba6e5fd611baf3c0d2ed867ca16a9eef#indice\\_0](https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=95f4e4329c16aa5702b8663c71d990c8&hash_t=ba6e5fd611baf3c0d2ed867ca16a9eef#indice_0). Acesso em: 06 set. 2009. ; GOUVÊA,

é crescente a crença na efetividade de direitos fundamentais e a fé na atividade de órgãos jurisdicionais comprometidos em responder às exigências provenientes do acelerado fluxo de fatos presentes na realidade empírica. A maioria dos sistemas políticos prevê, em sua carta fundamental, uma forma de revisão que consagra a *judicial review* por meio dos tribunais, que têm emergido como tradutores de disposições constitucionais fundamentais para a orientação do viver constitucional<sup>2</sup>. Esse tráfego de ideias tem sido acompanhado pelo aumento do que pode ser chamado de discurso universal, principalmente visível no contexto dos direitos e liberdades.

Essa versão do “constitucionalismo jurídico” pretendia, em última análise, empreender a correção ou o aperfeiçoamento do político, entendendo, dentre outros fundamentos, que, mesmo que se tenham mecanismos destinados a empreender a constrição do poder nos sistemas políticos, estes poderão estar limitados, mas não necessariamente orientados à concretização da justiça, já que funcionariam como cláusulas adicionais da constrição do poder, não sendo somente um modo de exercício, mas o objetivo que se persegue quanto ao seu desempenho. Foi uma forma desenhada para proteger as minorias da tirania das maiorias<sup>3</sup>. A doutrina constitucional contemporânea conseguiu criar todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico ao custo de renunciar aos componentes políticos, que foram reduzidos ao poder constituinte. A jurisdição constitucional alcançou um grau de responsabilidade, tornando-se a garantidora da adequada aplicação da normatividade do sistema<sup>4</sup>.

A crítica de Bellamy<sup>5</sup> se centra na maneira como a democracia constitucional foi concebida, no constitucionalismo clássico ou jurídico, que conduz ao provimento de seu sentido como uma “lei superior mantida pelos Tribunais Constitucionais”. Há, ainda, alguns

Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

<sup>2</sup> HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 1-12, 2013.

<sup>3</sup> FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 309, 2005.

<sup>4</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista, Cultura e Política*, n. 61, p. 19, 2004.

<sup>5</sup> BELLAMY, Richard. Constitutionalism and democracy. *International Library of Essays in Law and Legal Theory - Second Series*, p. 11-68, 2006. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1571492](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492). Acesso em: 08 jun. 2013.

estudiosos<sup>6</sup> que questionam a legitimidade dessas decisões, uma vez que nem o tribunal pratica o ideal deliberativo. Essa problemática, atualmente, se traduz com base na perspectiva estritamente jurídica, o que pode refletir uma moldura em abstrato que tecerá o comportamento das pessoas, desconhecendo a relação política ou de como as conexões se dão naquela sociedade dentro de seu universo dinâmico<sup>7</sup>.

Nesse cenário de erupções, as pesquisas de Hirschl<sup>8</sup> indicam que o mundo tem testemunhado uma transição rápida para uma *juristocracia*. O termo unifica, de forma proposital, “jurisdição” e “autocracia” e conjuga alguns signos que se decantaram nos atuais sistemas políticos constitucionais democráticos, indicando que mais de oitenta países, e em muitas unidades subnacionais, reformas ou substituições constitucionais têm transferido uma quantidade inédita de poder de instituições representativas para o judiciário. Para o autor, o fortalecimento do poder judiciário por meio da constitucionalização de direitos e do estabelecimento da revisão judicial parece ser largamente aceito como manifestação comum do constitucionalismo contemporâneo.

A crença de que o poder judiciário constitui uma força de mudança social livre das amarras do poder político alcançou um *status* quase sagrado na discussão pública;

Cortes Constitucionais e Tribunais tem se tornado corpos cruciais de tomada de decisões políticas;

O princípio da regra da maioria acopla um genuíno compromisso político com a profunda, autovinculante proteção dos direitos básicos e liberdades civis em uma tentativa de proteger grupos vulneráveis e indivíduos da potencial tirania das maiorias políticas.

Sete cenários de constitucionalização, conforme Hirschl<sup>9</sup>, dos direitos e do estabelecimento da revisão judicial, têm sido comumente identificados no período pós-Segunda Guerra.

Na *onda da reconstrução*, o fortalecimento do poder judiciário constituiu um produto da reconstrução da democracia no escudo da Segunda Guerra Mundial, marcando uma dramática multiplicação dos regimes democráticos. Com a ajuda de seus aliados, os Estados Unidos impuseram a democracia na Alemanha Ocidental, Áustria, Itália e Japão. Na Alemanha, houve a adoção da Lei Fundamental de 1949 e o estabelecimento da Corte Constitucional Federal; na Áustria, o Supremo Tribunal representa a última instância nos processos cíveis e criminais; na Itália, em 1948, houve a introdução de uma nova constituição e a consequente implementação da Corte Constitucional Italiana; no Japão, houve a introdução, em 1946, de uma constituição revista.

No *cenário independência*, em que a constitucionalização e a revisão judicial fizeram parte do processo de descolonização, uma onda importante ocorreu como parte desse processo, cuja ênfase girava em torno da criação de novos Estados soberanos. A escolha do procedimento foi parcialmente influenciada por fatores domésticos como a complexidade e a diversidade da sociedade. Coincidentemente, o processo de descolonização seguiu o seu caminho com as nações recentemente independentes, inicialmente adotando uma forma de política dos poderes imperiais. Em alguns casos, como a Índia, Israel, Ceilão e as Filipinas, a forma de democracia foi acompanhada pelo seu conteúdo substancial. Outros países, como a Turquia e alguns estados da América Latina, seguiram os modelos políticos dos poderes ocidentais vitoriosos.

No *cenário de transição única*, percebe-se que, nesse ponto, a constitucionalização de direitos e o estabelecimento da revisão judicial são subprodutos de uma quase democracia ou de um regime autoritário para a democracia. Observa-se que, para um dos maiores provedores de Direitos Humanos no mundo, a Organização das Nações Unidas (ONU), os governos autoritários recorrem com demasiada frequência à intimidação e à violência para reprimir o desentendimento interno.

<sup>6</sup> Ver, por exemplo, EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Sage, 1997., que discute as decisões estratégicas para fazer justiça às preferências dos colegas. MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. *Crafting law on the Supreme Court: the collegial game*. Cambridge University Press, 2000. LAX, Jeffrey R.; CAMERON, Charles M. *Beyond the median voter: bargaining and law in the Supreme Court*. Typescript. Columbia University, 2005. p. 1-23; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-463, 2008.

<sup>7</sup> GOUVÊA, Carina; DANTAS, Ivo. Os caminhos para o desenvolvimento de uma interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico: abrindo a “sala de máquinas da Constituição”. *AREL FAAR*, Ariquemes, RO, v. 5, n. 1, p. 82-110, 2017.

<sup>8</sup> Ver HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020.

<sup>9</sup> Ver HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020. p. 38-40.

Eles tendem a rechaçar as instituições, as liberdades e o poder judiciário independente<sup>10</sup>.

Como exemplo, a África do Sul adotou uma Carta de Direitos provisória em 1993, tornando-se definitiva em 1996, após um longo processo de negociação na Corte Constitucional — o que fazia parte de sua transição para uma completa democracia. Quase todas as democracias da Europa meridional (como Grécia em 1975, Portugal em 1976 e Espanha em 1978) e na América Latina (como Nicarágua em 1987, Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Peru em 1993 e Bolívia em 1994) adotaram cartas de direitos fundamentais como parte das respectivas novas constituições, estabelecendo, de alguma forma, uma revisão judicial ativa.

No *cenário de transição dual*, a observação realizada é a de que a constitucionalização é parte de uma transição para um modelo democrático do tipo ocidental e de economia de mercado. A ONU entende que a democracia engloba, em seu bojo, a forja de uma carta assenhorada de direitos e garantias; contribui para a preservação da paz e da segurança; assegura a justiça e os direitos humanos e promove o desenvolvimento econômico e social<sup>11</sup>. Essa orientação, com vistas a construir a democratização, de acordo com a ONU, alinha-se ao tema de construção de uma “governabilidade democrática”<sup>12</sup>, que é base para que as políticas econômicas e sociais respondam às aspirações das pessoas que visam à erradicação da pobreza e à expansão das escolhas e deve respeitar as necessidades das gerações futuras. Nesse cenário, incluem-se as numerosas revoluções constitucio-

nais nos países pós-comunistas ou pós-soviéticos, como o estabelecimento do Tribunal Constitucional Polonês em 1986, a Corte Constitucional Húngara em 1989-1990 e a Corte Constitucional Russa em 1991.

No *cenário da incorporação*, a constitucionalização é associada à incorporação de padrões legais internacionais, trans ou supranacionais, ao direito doméstico. A onda de democratização pretende promover, sistematicamente, o cumprimento das constituições com o compromisso de efetivar os Direitos Humanos previstos nas normas de direito internacional<sup>13</sup>. Para a ONU, a comunidade internacional, inclusive as suas agências, devem interferir quando um projeto de constituição ou de lei fundamental não está em conformidade com essas normas, especialmente no que diz respeito à administração da justiça, da justiça de transição, dos sistemas eleitorais e uma série de outras questões devendo, para isso, envolver os atores nacionais em um diálogo e explicar as obrigações do país para com o direito internacional e as maneiras de como essas previsões devem ser atendidas nas cartas. Esses incentivos visam assegurar os direitos dos grupos sujeitos à marginalização e à discriminação no campo doméstico, incluindo mulheres, crianças, minorias, povos indígenas, refugiados, apátridas e deslocados. São exemplos a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) pela Dinamarca em 1993 e pela Suécia em 1995.

No *cenário de nenhuma transição aparente*, as reformas constitucionais não foram acompanhadas por mudanças fundamentais quer no regime econômico, quer no regime político. A revolução constitucional e o correspondente estabelecimento de revisão judicial ativa na Suécia em 1979 e no México em 1994, a adoção de duas Leis Básicas em Israel protegendo um número de direitos e liberdades fundamentais e a adoção da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá.

Os sete pontos apresentados são capazes de nos conduzir ao campo de testes para identificar as origens políticas e as consequências da constitucionalização de direitos e do fortalecimento da revisão judicial, porque são capazes de guiar a análise das profundas reformas constitucionais por meio das quais será possível separar as origens políticas da constitucionalização e o fortaleci-

<sup>10</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 97.

<sup>11</sup> BOUTROS-GHALI, Boutros. *An agenda for democratization*. United Nations: New York, 1996. p. 4-6.

<sup>12</sup> A governabilidade democrática tem íntima relação com a definição de “boa administração”. Para Valle, um direito fundamental à boa administração haverá de compreender, em decorrência da função protetiva, um espaço isento da atuação dos titulares, os quais, livres de quaisquer interferências, têm o direito de formular as próprias escolhas; a garantia da intervenção individual na formação da vontade dos poderes públicos; e as condições propiciadas pelos poderes públicos para superar condição pessoal que os impeça de exercer valores de moralidade privada. Portanto, democratizar a administração pública exige implementar a reflexão sobre a governança, a partir da perspectiva participativa, inclusiva e procedimental. Compreenderá a “orientação à construção da cidadania, à ampliação da esfera pública de decisão” que só se alcança “a partir da presença efetiva da cidadania como coautora das escolhas públicas” em VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 133.

<sup>13</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 111.



mento do judiciário. Será possível mapear os efeitos de seus impactos, inclusive identificando as suas mudanças na interpretação judicial e na judicialização da política.

Para Hirschl<sup>14</sup>, as hipóteses têm sido pouco exploradas no campo da pesquisa. Quais as credenciais democráticas do constitucionalismo e da revisão judicial, de natureza empírica e indutiva? Qual a natureza de seu resultado substantivo? Quais os vetores sócio-políticos concretos relacionados aos específicos incidentes de constitucionalização? Eles poderiam produzir *insights* iluminadores sobre as questionáveis credenciais democráticas da constitucionalização e da revisão judicial abusiva?

A constitucionalização dos direitos nas cartas fundamentais e a proteção desses direitos transferiram, voluntariamente, parte de seus poderes de Estado ao judiciário<sup>15</sup>. Os Tribunais têm sido conceituados como a última linha de defesa para a democracia constitucional liberal contra a governança populista ou autoritária<sup>16</sup>. Nesse sentido, desempenharão um importante papel para proteção da democracia sob ameaça de retrocesso ou não.

A problematização, com base no objeto, adota um perfil dogmático e é promovida por meio de um olhar interdisciplinar e comparado. A investigação tem sede nos seguintes elementos: doutrina, documentos e decisões oficiais emitidos pelo STF e nas constituições e estudo de casos aplicados no campo comparativo. A metodologia enfatiza o Direito Comparado e pode ser definido como uma pesquisa político-jurídico científica. É empreendido, no decorrer da pesquisa, estudo de casos de modo a experimentar as hipóteses com o objetivo de explicar, explorar e descrever os fenômenos inseridos no próprio contexto.

## 2 Populismos entre a política e o sistema político

Recentes definições acadêmicas que envolvem o estudo do “constitucionalismo populista”<sup>17</sup> e exemplos de

seu uso têm o fim de demonstrar que há uma conexão entre populismos<sup>18</sup>, a consolidação do poder populista e a mudança constitucional. Nesse sentido, para Landau<sup>19</sup>, “os populistas” usam a mudança constitucional para realizar funções diferentes, dentre elas a desconstrução da antiga ordem constitucional, desenvolvendo um projeto substantivo enraizado em uma crítica dessa ordem, mas voltado para a mudança constitucional. O acesso às ferramentas de mudança pode acentuar a promessa de populismos, ou seja, mudanças com propósitos “corretivos” para amenizar as crises decorrentes do Estado de Direito nas democracias liberais.

O surgimento de líderes populistas na história do constitucionalismo é antigo. Contudo, o surgimento de líderes políticos populistas contemporâneos no Ocidente — tais como Marine Le Pen, que foi candidata

mílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. ; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno. (org.). *Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. ; AKKERMAN, Tjitske. Populism and democracy: challenge or pathology?. *Acta Politica*, v. 38, n. 2, p. 147-159, 2003. ; CURTIS, Michael Kent. Judicial review and populism. *Wake Forest L. Rev.*, v. 38, p. 313-373, 2003. ; BALKIN, Jack M. Populism and progressivism as constitutional categories (1995). *Yale Law Journal*, v. 104, p. 1935-2008, 1946. ; BENVINDO, Juliano Zaiden; GONÇALVES ACUNHA, Fernando José. Brazilian democratic decay and the fear of the people. *Int'l J. Const. L. Blog*, jun. 2017. Disponível em: <http://www.iccnnectblog.com/2017/06/brazilian-democratic-decay-and-the-fear-of-the-people/>. Acesso em: 26 jun. 2018. ; FRANKLIN, David L. Popular constitutionalism as presidential constitutionalism. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 81, p. 101-121, 2006. ; GARDBAUM, Stephen; PILDES, Richard. Populism and democratic institutional design: methods of selecting candidates for chief executive in the United States and other democracies. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, n. 17-46, p. 1-64, 2017. ; LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. ; MAIR, Peter. Populist democracy vs party democracy. In: MÉNY, Yves; SUREL, Yves. *Democracies and the populist challenge*. London, UK: Palgrave Macmillan, 2002. p. 81-98. ; NOWLIN, Jack Wade. The judicial restraint amendment: populist constitutional reform in the spirit of the bill of rights. *Notre Dame L. Rev.*, v. 78, p. 171-280, 2002. ; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; GOMEZ, Krizna. (ed.). *Rising to the populist challenge*. Colombia: Dejusticia, 2018. ; SCHOLTES, Julian. The complacency of legality: constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power. *EUI Working Paper Law*, n. 07, 2018. ; SOMIN, Ilya. The tea party movement and popular constitutionalism. *Nw. L. Rev. Colloquy*, v. 105, p. 300-314, 2010. ; WALKER, Neil. Populism and constitutional tension. *University of Edinburgh School of Law Research Paper*, n. 18, p. 2-22, 2018.

<sup>18</sup> A definição teórica de populismos será realizada por meio do olhar de GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

<sup>19</sup> LANDAU, David. Populist Constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 521.

<sup>14</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020.

<sup>15</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020. p. 9.

<sup>16</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional courts and democratic hedging. *Geo. L.J.*, v. 99, p. 961, 2010.

<sup>17</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Her-

à presidência da França em 2012, Donald Trump, ex-presidente dos Estados Unidos da América eleito em 2016 e Jair Messias Bolsonaro, eleito em 2018 no Brasil — trouxe ao estudo da ciência política e do constitucionalismo populista duas preocupações centrais: alguns teóricos enfatizam uma promessa de rejuvenescimento constitucional; já outros se inclinam a afirmar a ameaça da erosão constitucional.

O constitucionalismo populista investe nas formas de explorar as maneiras pelas quais os populistas usam essas ferramentas de mudança constitucional, bem como quando empregam o exercício de poder por meio de seus movimentos. Para Landau<sup>20</sup>, se o populismo é definido como uma ideologia que divide o mundo em dois grupos antagonistas, de um lado os que são representantes do povo e do outro lado uma elite corrupta, então há uma relação de larga escala entre ideologia política e constitucional na mudança que irá refundará a ordem política e social por meio de seus líderes.

É importante ressaltar que o populismo é um conceito contestado<sup>21</sup>. A ideia central deste trabalho não se fundamenta na adoção de um conjunto particular de políticas econômicas ou verificar se o populismo se enquadra em uma concepção particular de uma determinada classe econômica, porque essas classificações identificam, apenas, as instâncias dadas aos populismos em vez de analisar um fenômeno mais amplo.

De acordo com Müller<sup>22</sup>, o populismo envolve uma “imaginação moralista da política” e isso estabelece um “povo moralmente puro e totalmente unificado”, mas funcional e que luta contra as elites que são consideradas corruptas ou, de alguma forma, moralmente inferiores. Consequentemente, segundo o autor, os populistas são antipluralistas. O populismo só pode representar o povo que, para ser unificado, deve excluir todos aqueles que não se encaixam: elites, minorias, agentes de assistência social, multiculturalistas. Ainda, segundo Müller, os populistas pensam que a vontade do povo vem sendo “traída” e eles, os populistas, estão dispostos a restaurar o seu lugar de direito no centro da tomada de decisão política, mesmo que isso envolva meios antidemocráticos, antiliberais e inconstitucionais.

<sup>20</sup> LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 522.

<sup>21</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

<sup>22</sup> MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?*. London, UK: Penguin, 2017. p. 19-20.

De fato, conclui o autor, os populistas, uma vez no poder, estão inclinados a colonizar o Estado e o judiciário com os seus partidários, envolver-se no clientelismo em troca de amplo apoio político e suprimir a oposição dentro da sociedade civil para manter a ilusão de um povo unificado<sup>23</sup>.

Segundo Kazin<sup>24</sup>, historiadores norte-americanos identificaram que tanto a direita como a esquerda possuem variantes populistas ao longo do tempo político. Juntos, esses critérios específicos produzem uma lista de populistas históricos e contemporâneos. Temos, como exemplos, Viktor Orbán da Hungria; Hugo Chávez da Venezuela; George Wallace, Governador do Alabama; Recep Tayyip Erdogan da Turquia; Donald Trump dos Estados Unidos da América; Geert Wilders dos Países Baixos; Jair Messias Bolsonaro no Brasil, dentre outros. Essa natureza populista se difere, amplamente, por meio de diferentes variáveis do populismo. Por exemplo, para Müller<sup>25</sup>, estudiosos do constitucionalismo latino-americano observaram uma série de ondas ou variantes do populismo: projetos populistas tradicionais que focam na incorporação política e na igualdade econômica contra uma elite oligárquica; populistas neoliberais que aprovaram privatizações e reformas econômicas estruturais, com argumentos contra a “elite corrupta”; e ainda populistas que enfatizaram a participação política, a justiça socioeconômica e a inclusão de grupos minoritários contra um desenho institucional que privilegia aqueles poucos que detêm o controle do poder econômico e político.

Para Landau<sup>26</sup>, o populismo pretende desconstruir o regime existente, servindo como uma crítica ideológica que promete superar as falhas da ordem constitucional anterior. Dessa forma, constituições populistas podem ser vistas como projetos nascidos de uma crítica de experiências nacionais com a democracia liberal.

A liderança populista pode superar as deficiências nas democracias liberais existentes e/ou ajudar a trazer novas forças políticas anteriormente marginalizadas<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?*. London, UK: Penguin, 2017. p. 44-49.

<sup>24</sup> KAZIN, Michael. *The populist persuasion: an american history*. Cornell University Press, 1998.

<sup>25</sup> MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?*. London, UK: Penguin, 2017. p. 50-51.

<sup>26</sup> LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 524.

<sup>27</sup> MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. Populism and (liberal) democracy: a framework for analysis. *Populism in Europe and*

Nesse sentido, pode contribuir para a transição de um regime autoritário para um ambiente mais plural, auxiliando, ainda, no rejuvenescimento de uma sociedade estagnada<sup>28</sup>. Apresentam-se alguns exemplos: na América Latina, o discurso constitucional populista respondeu a padrões históricos de desigualdade socioeconômica, elitismo e exclusão; a Constituição de 1999 da Venezuela se posicionou com forte ênfase na participação e criou novos mecanismos de controle de poder que poderiam ser usados contra o presidente; a Constituição Equatoriana, escrita sob o regime de Rafael Correa (de 2007 a 2017), é extraordinariamente rica em direitos, conteúdo, em especial, direitos ambientais e socioeconômicos em ampla escala; a constituição Boliviana de 2009 criou novas formas de participação popular, definindo o Estado boliviano como “plurinacional” e concedeu um extenso conjunto de direitos e autonomia aos grupos indígenas, fruto de uma exclusão histórica e de repressão a estes grupos. De acordo com Landau<sup>29</sup>, em todos esses contextos, a Constituição respondeu aos padrões de desigualdade e exclusão históricas que marcaram as histórias constitucionais desses países.

O interessante a respeito de constituições populistas é que elas são multifacetadas e podem apoiar ambos os lados dessa dicotomia: atuam tanto como críticas às ordens constitucionais anteriores, consolidando, assim, uma nova era de reconhecimentos, inclusão e direitos, bem como podem ser utilizadas como instrumento por líderes populistas para consolidar o seu próprio poder e minar os controles políticos de sua autoridade.

Torna-se pertinente, dessa maneira, a observação de Laclau<sup>30</sup>, que argumentou que os populistas operam com uma lógica política que procura agregar um grande número de demandas sociais e políticas e resolvê-las por meio da dicotomia popular-elite. A agregação de muitas demandas de diferentes setores sociais aponta para uma resposta mais sistêmica, ao contrário dos mecanismos de políticas comuns.

Projetos populistas podem focar na centralização do poder no executivo, no legislativo ou no judiciário. Essas instâncias que representam mudança de sentido constitucional podem tender a consolidar o poder dos

incumbentes, corroer a separação dos poderes e enfraquecer as proteções das minorias ou grupos de oposição.

Os desafios enfrentados para combater a erosão que está ocorrendo dentro dos Estados democráticos estão alimentando o surgimento de líderes populistas que apelam para o sentimento anti-imigrante e negligenciam as liberdades civis e políticas fundamentais<sup>31</sup>. Populistas de direita ganharam votos e cadeiras parlamentares na França, Holanda, Alemanha e Áustria em 2017. O centrista Emmanuel Macron venceu com folga a presidência francesa, mas, na Alemanha e na Holanda, os principais partidos lutaram para criar coalizões governamentais estáveis. Talvez o pior de tudo, e o mais preocupante para o futuro, os jovens, que têm pouca lembrança das longas lutas contra o fascismo e o comunismo, podem estar perdendo a fé e o interesse pelo projeto democrático<sup>32</sup> — a própria ideia de democracia e sua promoção, para Abramowitz<sup>33</sup>, têm sido maculadas, contribuindo para uma apatia preocupante.

Todas as formas de governo são tipos ideais e só se pode constatá-los por aproximação, por variáveis, conforme Gouvêa e Castelo Branco<sup>34</sup>. Os autores consideram que populismos têm natureza conceitual-instrumental e podem ser definidos como iliberalismo democrático com propriedades variáveis. Decanta-se por meio de movimentos formais e/ou informais, de forma direta ou indireta no sistema democrático por um líder carismático que representa e conduz uma força *antistablishment*, repousando suas crenças em instituições morais e éticas com a finalidade de consolidar e legitimar um regime político populista sob o manto da soberania popular e da democracia. O populismo, segundo os autores, para além de sua definição, possui propriedades variáveis<sup>35</sup>. Esses fatores surgem de modo mutável no

*the Americas: threat or corrective for democracy*, p. 1-26, 2012.

<sup>28</sup> LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 525.

<sup>29</sup> LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018. p. 529-530.

<sup>30</sup> LACLAU, Ernesto. *On populist reason*. Verso, 2005. p. 77-78.

<sup>31</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa. *A categoria teórico-abstrata do poder constituinte híbrido e a crise dos sistemas democráticos: materializando novos sentidos para a internacionalização do poder constituinte originário*. 2019. Tese (Pós-Doutorado) Relatório Final de Estágio Pós-Doutoral - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

<sup>32</sup> ABRAMOWITZ, Michael. Democracy in crisis. *Freedom house*, 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>. Acesso em: 24 maio 2018.

<sup>33</sup> ABRAMOWITZ, Michael. Democracy in crisis. *Freedom house*, 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>. Acesso em: 24 maio 2018.

<sup>34</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 99.

<sup>35</sup> As propriedades variáveis podem ser manifestadas por meio das



contexto cultural político e devem ser frutuamente analisados ao nível empírico para uma melhor compreensão do fenômeno de populismo. Ressalta-se que o indivíduo, líder partidário, sistema partidário ou sistema político não reconhecem a pluralidade das divisões sociais, a moderação política e o consenso. Essas variáveis<sup>36</sup> se decantam por meio dos movimentos formais e informais de forma direta ou indireta no campo do liberalismo democrático<sup>37</sup>.

### 3 Revisão judicial abusiva

Os Tribunais Constitucionais, no manifesto das ondas populistas, desempenham um papel crucial<sup>38</sup>. Tushnet<sup>39</sup> sugere uma “strong form” judicial review que não podem ser alteradas pelo parlamento. Para ele, esse mecanismo engessa uma declaração judicial que se refere às disposições substantivas da constituição e que terão um peso importante para o processo político. A

mobilizações políticas culturais e ideológicas distintas; da intimidação à imprensa livre; da rejeição dos resultados das eleições; do enfraquecimento e ataques às salvaguardas institucionais; da utilização maciça dos serviços de inteligência e de controle de dados e vigilância; da polarização da política sectária por líderes carismáticos; da rotinização do carisma; dos discursos retóricos e demagogos como particulares estilos de comunicação extremista; do comportamento antidemocrático; do uso retórico de políticas e ações governamentais; da exploração do sentimento popular de descrédito nas instituições; da pauta e agenda política segregacionista; do uso sistemático do ambiente midiático em plataformas sociais como WhatsApp, Twitter, Facebook; do uso e impulsionamento desenfreado de desinformações e fake news; da subversão do processo constitucional e da rejeição das regras do jogo; da tolerância ou encorajamento à violência; do uso excessivo de referendos; da propensão à restrição das liberdades e da cultura; do uso do moralismo político e religioso; da política mítica; do órgão de fiscalização politizado; da governança populista do uso do poder militar na política e da “militarização da política”, dentre outros comportamentos que se enquadrem nos princípios antidemocráticos e iliberais.

<sup>36</sup> Essas variáveis foram extraídas da vasta literatura que gira no entorno de populismo e não constituem um rol terminativo. Para maiores informações, consulte as referências. Ver GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

<sup>37</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 100.

<sup>38</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 175.

<sup>39</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social assistance rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2009. p. 18.

linguagem do direito representa um elemento extra para a proteção constitucional.

As Cortes Constitucionais, em vários lugares do mundo, têm reconhecido o grande déficit democrático que advém do bloqueio institucional do executivo e a omissão legislativa, o que gera o aumento da crise institucional no campo da política e do jurídico. Com o fim de compensar essa carência, procuram por si próprios dirimir ou minimizar a situação, com base em respostas descoordenadas, simplistas solipsistas, que podem levar a condenações públicas e/ou ao afastamento de governos ou propostas populistas. As possibilidades, de acordo com Gouvêa e Castelo Branco<sup>40</sup>, de tentar minimizar essa prática podem ser construídas com base em inúmeros mecanismos a serem desenvolvidos pelo sistema constitucional por meio da estrutura do próprio sistema democrático que fornece inúmeras formas de construção de diálogo e cooperação entre as instituições e a sociedade civil; na atribuição de responsabilidade política ao executivo, legislativo e judiciário; no desenvolvimento e materialização de pactos federativos; dentre outros.

Porém, é possível vislumbrar um novo caminho: os Tribunais podem desviar seu rumo dos princípios democráticos e materializar uma revisão judicial abusiva de modo a favorecer o movimento populista? As pesquisas de Landau e Dixon<sup>41</sup> evidenciaram que não é incomum juízes, Tribunais ou Cortes emitirem decisões que atacam, intencionalmente, o núcleo dos princípios liberais democráticos e legitimam práticas antidemocráticas e iliberais do executivo ou legislativo. Banimento de partidos de oposição no jogo democrático, eliminação dos limites dos mandatos presidenciais, repressão às instituições da oposição, criminalização da política representam alguns campos de irradiação de efeitos que favorecerem o exercício do poder político abusivo pela jurisdição.

Líderes autoritários e populistas, às vezes, capturam ou cooptam os Tribunais ou Cortes Constitucionais com o intuito de tornar mais amplo e legítimo o espectro de

<sup>40</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 175.

<sup>41</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019. ; TAYLOR, Telford. Judicial protection against abusive practices: judicial review of legislative investigations. *Notre Dame Law*, v. 29, p. 242, 1953.

sua governança à degradação do sistema democrático, tais como: suspensão das garantias legais, como vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade no exercício de seus poderes; remoção, demissão, imposição de aposentadoria compulsória, pôr em disponibilidade mediante decreto; excluir da apreciação e do controle do judiciário todos os atos realizados pelo executivo no estado de exceção; reformar ou substituir a lei fundamental de modo a minar as suas competências. Os Tribunais costumam desfrutar de certo grau de legitimidade, uma vez que não são constituídos por representantes políticos, que tornam o seu exercício iliberal ou antidemocrático mais difícil de detectar e responder ao controle político e jurídico tanto internamente quanto externamente.

Os sistemas políticos das nações recém-democratizadas têm transitado nos liames entre democracia e autocracia. Esses sentidos pertencem a uma imensa zona cinza de ambiguidades e podem ser medidos por graus, já que nenhum sistema é totalmente justo, legítimo e democrático, mas podem satisfazer a maior parte das condições estabelecidas pelo sistema democrático.

O regime autoritário pode ser caracterizado quando: a autoridade governamental é arbitrária; não é limitado por leis, eleições ou votos; impõe a obediência à custa da liberdade do Estado de Direito ou outros princípios democráticos; há deficiências no pluralismo político; fracas instituições democráticas; direitos fundamentais negados e inexecutáveis; não há sistema de freios e contrapesos. Valores completamente rivais aos da democracia. Nesse sentido, os países da Coreia do Norte, Arábia Saudita e China são considerados sob a égide do regime autoritário<sup>42</sup>.

Por exemplo, as democracias emergentes, como a do Timor-Leste, Camboja, Haiti, estão em pleno desenvolvimento, ou seja, retrocedendo e avançando nos standards do constitucionalismo liberal democrático e se pode falar em uma divisão bipolar entre democracia-autoritarismo. Nesse sentido, a doutrina tem expressado esse desvio do padrão democrático<sup>43</sup>, enquanto

degradação da democracia<sup>44</sup>, retrocesso<sup>45</sup>, decadência<sup>46</sup>, morte<sup>47</sup>.

A democracia liberal e populista se difere do autoritarismo. Autoritarismo representa um sistema político tanto de esquerda quando de direita, não democrático que aparece sob diferentes formas no sistema político autoritário: de forma civil, militar, ideológico, tecnocrático. O populismo, porém, permanecendo sem freios no sistema democrático, pode se inclinar para a autocracia e/ou populista.

Nas teorias políticas contemporâneas que ressaltam a tradição democrática-liberal, as características do desenho institucional tendem a se resolver e a se esgotar em um elenco mais ou menos amplo, como: (1) o órgão político máximo é desempenhado pela função legislativa e deve ser composto pelos membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições periódicas; (2) junto do órgão legislativo, deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado; (3) abertura ampla aos cidadãos para exercerem os direitos políticos, desde que atingida a maioria; (4) os eleitores possuem votos iguais; liberdade pela escolha de seus dirigentes, segundo sua própria opinião, em uma disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; (5) exclui-se como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada; (6) vale o Princípio da Maioria Numérica, podendo ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidades não definidos de uma vez para sempre; (7) nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, especialmente o direito de se tornar minoria em paridade de condições; (8) órgão do governo deve gozar de confiança do parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> DIAMOND, Larry *et al.* Developing democracy: toward consolidation. *JHU Press*, 1999.

<sup>45</sup> HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA L. Rev.*, v. 65, p. 78, 2018.

<sup>46</sup> DALY, Tom Gerald. Democratic decay: conceptualising an emerging research field. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 9-36, 2019.

<sup>47</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018.

<sup>48</sup> ALGUMAS tipologias dos regimes democráticos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1. p. 327-328.

<sup>42</sup> TÓTH, Gábor Attila. Constitutional markers of authoritarianism. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 37-61, 2019.

<sup>43</sup> Sistemas multipartidários; eleições regulares; sufrágio universal; proteção dos direitos fundamentais; controle de constitucionalidade.

O liberalismo no sistema político pretende induzir a uma forma de consenso sobreposto<sup>49</sup>, sobre a qual, uma vez alcançada, as doutrinas conflitantes endossarão os arranjos políticos, visto que o princípio comporta uma tolerância mútua, a aceitação dos rivais como legítimos e não como inimigos. A aposta é na legalidade constitucional com base no sistema majoritário, mas não para exercer a tirania, e sim para representar o povo e sua proteção. Há, portanto, um tripé essencial no liberalismo: a moderação política e a busca do consenso; a reconciliação de diferentes classes sociais; e o Estado de Direito e a proteção das minorias na organização estatal, que será decantado no sistema democrático liberal.

O populismo surge na democracia constitucional liberal por meio de movimentos iliberais democráticos sem a intenção de sacrificar a vida privada da massa popular, porque esta não atrapalha a governança populista. O iliberalismo democrático representa a desintegração do sistema em que o liberalismo e a democracia estão entrando em conflito. O termo iliberalismo tem sido amplamente utilizado pela doutrina<sup>50</sup>. Para Puddington<sup>51</sup>, o iliberalismo envolve uma rejeição dos valores liberais e normas democráticas no contexto político específico.

No liberalismo como filosofia ocidental pós-guerra, reconhece-se a pluralidade de divisões sociais, enquanto; no populismo, há o exercício das políticas adversárias. No liberalismo, a prática política está baseada na moderação e no consenso; já no populismo, há a polarização da política. O liberalismo possui como marco o Estado de Direito e o reconhecimento do direito das minorias, ou seja, a heterogeneidade dos grupos. O populismo advoga a favor da homogeneização popular com maioria harmoniosa e com pessoas virtuosas e trabalhadoras, ele reivindica o monopólio da representação do povo, como se só ele fosse capaz encarnar a genuína vontade popular.

Para fins desta pesquisa, o termo liberalismo está associado ao estudo constitucional do século XIX, assen-

tado na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das funções pela sociedade<sup>52 53</sup>. Nas palavras de Scheppele<sup>54</sup>, constitucionalismo liberal ou governo limitado por restrições constitucionais que avançou no tempo com base no reconhecimento dos direitos dos indivíduos: direito de serem governados sob a autoridade autolimitada e controlada e que tem como legitimação normativa a pedra de toque por meios democráticos e que se encontra, atualmente, contextualizado no constitucionalismo contemporâneo.

O constitucionalismo liberal<sup>55</sup> é um sistema democrático que, no mínimo, deve incluir: os direitos civis e políticos empregados via processo democrático; a disponibilidade de máquinas eleitorais neutras; e a estabilidade, previsibilidade e publicidade do regime político jurídico baseado no Estado de Direito<sup>56</sup>, o que exige mais do que eleições regulares. Esse termo reflete a maneira pelo qual o liberalismo, o constitucionalismo e a democracia se tornaram conectados conceitualmente nas últimas décadas, especialmente desde a terceira onda de redemocratização a partir da década de 1970<sup>57</sup>. Assim sendo, embora exista a interação altamente complexa dos três elementos da democracia constitucional liberal, nos estados em que há decadência democrática os antagonismos mútuos entre liberalismo, constitucionalismo e democracia vêm à tona de diferentes maneiras<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33.

<sup>53</sup> Esta afirmação encontra sustento nas seguintes teorias: PAINE, Thomas. *Os direitos do homem*: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. ; MADISON, James. *O federalista nº. 51 [50]*. 1979. ; HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Rio de Janeiro: TopBooks, 2004. ; CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos los gobiernos*. Katz Editores, 2010. ; TOCQUEVILLE, A. *A democracia na América*. São Paulo: Itatiaia, 1998.

<sup>54</sup> SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 558-559, 2018.

<sup>55</sup> DEM-DEC. *Concept Index*. Disponível em: <https://www.democratic-decay.org/index#anchor-link-Il-liberalism>. Acesso em: 23 nov. 2019.

<sup>56</sup> DEM-DEC. *Concept Index*. Disponível em: <https://www.democratic-decay.org/index#anchor-link-Il-liberalism>. Acesso em: 23 nov. 2019.

<sup>57</sup> Para maiores informações ver: HUNTINGTON, Samuel P. Will more countries become democratic. *Political Science Quarterly*, v. 99, n. 2, p. 193-218, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2150402?seq=1>. Acesso em: 16 abr. 2014.

<sup>58</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 95.

<sup>49</sup> RAWLS, John. *Liberalismo político*. UNAM, 1995.

<sup>50</sup> Ver ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracy. *Foreign Aff.*, v. 76, p. 22, 1997. ; MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Harvard University Press, 2018. ; PUDDINGTON, Arch. *Breaking down democracy: goals, strategies, and methods of modern authoritarians*. Washington, DC: Freedom House, 2017.

<sup>51</sup> PUDDINGTON, Arch. *Breaking down democracy: goals, strategies, and methods of modern authoritarians*. Washington, DC: Freedom House, 2017.



A revisão judicial abusiva representa um signo fundamental de erosão democrática que muitos países ao redor do mundo têm experimentado no campo do constitucionalismo democrático liberal. Segundo Alon<sup>59</sup>, os Tribunais têm respondido, de uma forma geral — apresentando aqui, como exemplo, o Tribunal Constitucional de Israel —, de duas maneiras diferentes: concebendo os movimentos populistas advindo de outras esferas; ou empregando uma série de princípios, o que inclui o uso de legalismos fechados e valores sociais fundamentais já concedidos para repelir os movimentos populistas.

Líderes autoritários ou populistas estão utilizando ferramentas dos próprios sistemas democráticos para entrincheirar poder via emendamento ou substituição constitucional. Em uma série de países na América Latina, foram realizadas emendas constitucionais para abolir ou afrouxar os limites do mandato presidencial, permitindo-lhes permanecer no poder de forma indefinida<sup>60</sup>. Na Turquia, o regime de Erdogan utilizou uma série de emendas constitucionais para fortalecer o poder presidencial e impedir que o controle da Corte Constitucional possa afetar os seus movimentos. Na Venezuela, Equador e Hungria, houve a substituição das Constituições que representam hegemonia de poder e marginalização dos poderes políticos de oposição.

A atuação de uma “revisão judicial abusiva”<sup>61</sup> pode lançar uma sombra sobre o constitucionalismo<sup>62</sup>, o que enaltece e legitima a atuação da governança populista e, dessa forma, representa uma ameaça à ordem constitucional vigente, decantada na erosão do sistema democrático aplicado. Em outros momentos, os Tribunais

desejam minimizar o atrito entre eles e os ramos eleitos do governo. E, ao fazê-lo, tornam-se sensíveis às ramificações políticas nas suas decisões, resistindo à integração da opinião pública sobre a tomada de suas decisões.

Para Alon<sup>63</sup>, há dois diferentes motivos para essa resistência: o legalismo e os valores fundamentais. A abordagem legalista procura distanciar os juízes do reino da política. As decisões são tomadas de acordo com a lei e isso permite que o público não conheça as argumentações decorrentes dessas decisões. Os tribunais obtêm sua legitimidade por meio de adesão à lei e, nesse sentido, é imperativo que se mantenha isolado do debate público. A jurisdição abusiva seria, portanto, encoberta pelo véu da abordagem legalista.

O legalismo, no entanto, não é o único baluarte contra o “populismo” no universo jurisdicional. Essa outra abordagem se baseia em um conjunto de valores fundamentais que são compartilhados pela sociedade como um todo. Valores que devem moldar a tomada de decisões. Assim, essa proteção legalista procura blindar a jurisdição de tendências passageiras de o clamor popular afetar a determinadas temáticas. Mas o grande paradoxo decorrente dessas questões refere-se ao fato de que, diante de um possível legislativo ou executivo populista, a atuação da jurisdição pode, também, se tornar parte da governança populista.

Segundo Alon<sup>64</sup>, a revisão judicial abusiva pode emergir, ainda, em respostas a outros estímulos. Às vezes, os tribunais, por sua própria vontade, procuram antecipar o desenvolvimento de tendências públicas e políticas. Veja o exemplo do julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva<sup>65</sup> no Brasil, que teve uma tramitação em tempo recorde no Tribunal Regional Federal. Para Zanin, a discussão deveria se centrar na falta de isonomia de tratamento dada à Lula, que deveria ser tratado como todos os réus<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.

<sup>60</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019. ; TAYLOR, Telford. Judicial protection against abusive practices: judicial review of legislative investigations. *Notre Dame Law*, v. 29, p. 242, 1953. Ver ainda: LANDAU, David. Presidential term limits in Latin America: a critical analysis of the migration of the unconstitutional amendment doctrine. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 225-249, 2018.

<sup>61</sup> Ver LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019. ; TAYLOR, Telford. Judicial protection against abusive practices: judicial review of legislative investigations. *Notre Dame Law*, v. 29, p. 242, 1953.

<sup>62</sup> ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.

<sup>63</sup> ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.

<sup>64</sup> ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.

<sup>65</sup> Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado a 12 anos e um mês de prisão por corrupção e lavagem de dinheiro. Em menos de dois meses, o Revisor do Tribunal de Apelação pediu para marcar a data de julgamento. O tempo entre revisão e julgamento de um processo normal, leva, em média, 105 dias. O Processo de Lula levou 54 dias; o tempo total das apelações – da primeira instância até o julgamento – leva em média 15,5 meses. O processo de Lula levou 54 dias.

<sup>66</sup> LONGO, Ivan. Com tramitação em tempo recorde, julgamento

A pesquisa nos leva a concluir que a denominada revisão judicial abusiva tem natureza instrumental contextual e seus espectros, necessariamente, pretendem legitimar, de alguma forma, por ação ou inação, o movimento populista ou autoritário. Manifesta-se em um ambiente da interpretação constitucional, mais precisamente nos pontos deflagrados de tensão entre os poderes que dela podem decorrer. Assumem importância nesse campo as sanções criminais políticas e a utilização de instrumentos de pressões ilegítimos, pensados no campo das violações de direitos fundamentais e sistema penal de garantias, que podem ser esgrimados pelos juízes e/ou jurisdição.

Outras hipóteses que podem decorrer da revisão judicial abusiva são a criminalização e a militarização da política, que são propriedades variáveis de populismos. Conjuga-se, nessa atividade de racionalidade interpretativa, o ativismo político, em que o seu papel político é reativo, omissivo e marginal. A deflagração de sanções políticas advinda da jurisdição contra o executivo ou legislativo, decerto, consiste em um movimento articulado pelo juiz, tribunal ou corte, de forma política e estratégica, antidemocrático ou iliberal, cujos efeitos pretendem “corrigir os descontentamentos sociais” que são produtores da insatisfação política. A filiação imediata ao sentimento popular dominante pode se revelar, também, uma tendência de abertura à revisão judicial abusiva.

A conjugação dos fatores arrolados desperta para a “nova concepção do papel do judiciário” que supera o fetiche da atuação independente, contramajoritária e apolítica. A questão que se põe em um contexto de variação e oscilação política entre amigos e inimigos diz respeito ao peso político da criminalização da política e das violações de direitos humanos e fundamentais que decorrem de suas interpretações. Portanto, será considerada uma revisão judiciária abusiva se houver a constatação da erosão democrática em qualquer sentido, verificando os efeitos consequencialistas dessas decisões, o que pode ser representado, a título de exemplo, por qualquer ação que pretenda asfixiar a política ou violar direitos materiais constitucionais.

de Lula no TRF-4 será em 24 de janeiro. *Fórum*, 2017. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/urgente-com-tramitacao-em-tempo-recorde-julgamento-de-lula-no-trf-4-sera-em-24-de-janeiro>. Acesso em: 12 dez. 2017.

Uma jurisdição ou juiz que conjugue ativismo populista pode apresentar um grave risco para a democracia.

## 4 Metodologia analítica de revisão judicial abusiva

Depreende-se que populistas usam a mudança constitucional para realizar três funções: desconstruir a antiga ordem institucional, desenvolver um projeto substantivo enraizado em uma crítica dessa ordem e consolidar o seu poder. Assim, o acesso às ferramentas de mudança constitucional pode acentuar tanto a promessa de populismos ou autoritarismos, como se tornar um corretivo para a estagnação das democracias liberais quanto à ameaça que os movimentos representam.

No entanto, o grande paradoxo decorrente dessas questões é que, diante de um possível legislativo ou executivo populista e/ou autoritário, os Tribunais Constitucionais serão aqueles que, em última linha, defenderão o liberalismo e o sistema democrático ao interpretar os valores fundamentais daquela nação. A hipótese que se apresenta como relevante é: a jurisdição constitucional pode exercer uma “revisão judicial abusiva” e legitimar práticas antidemocráticas para consolidar o regime populista e/ou autoritário, tais como a criminalização e a militarização da política? Em tempos de populismos desenfreados, conflitos e polarizações, o prenúncio de uma jurisdição constitucional contra a democracia pode ficar cada vez mais evidente.

Nesse sentido, teremos duas variáveis separadas: uma que impede as formas de mudança constitucional que permitem aos populistas moldar a ordem constitucional de modo a se arraigarem no poder e avança na construção da agenda de democratização; e outra que reforça e potencializa o movimento populista e/ou autoritário e degrada em qualquer sentido as virtudes da democracia liberal.

As métricas analíticas apresentadas nas tabelas 1 e 2 podem ser capazes de evidenciar como e de que forma o juiz, o tribunal ou a corte constitucional exercem o seu poder político que pode representar uma técnica de sobrevivência judicial, deferência e colaboração aos demais poderes ou uma técnica de resistência judicial.

Após definir revisão judicial abusiva no campo teórico-conceitual, é possível estabelecer dois perfis distin-

tos sobre o papel político exercido pela jurisdição no regime político populista e/ou autoritário: o primeiro, que avança para afirmar ou reafirmar uma agenda de democratização contra o avanço da governança populista e/ou autoritária; e o segundo, que navega em sentido contrário, ou seja, que potencializa o movimento populista e/ou autoritário, cujos efeitos possam constatar a erosão do sistema democrático em qualquer sentido.

Nas tabelas 1 e 2, representa-se o resultado de uma análise sistemática de interpretações fornecidas pelas doutrinas até então mapeadas<sup>67</sup>.

Na tabela 1, não há um destaque específico para as distinções tradicionais entre direitos negativos, positivos, individuais ou coletivos. Percebe-se que as agendas vocacionadas à democratização respondem no campo do político, econômico, social e legal. Nessa tendência, se compreende uma intervenção tanto minimalista (redistributiva ou regulatória) quanto ampla e que se decantam na esfera econômica, política e de defesa do Estado.

Pelo menos, cinco pontos distintos podem ser percebidos: defesa dos direitos humanos, reinterpretações de jurisprudências já consolidadas, medidas estruturan-

tes, aumento do papel dialógico das Cortes e controles políticos e sociais ativos.

**Tabela 1** – Perfil geral da jurisprudência para afirmar ou reafirmar uma agenda de democratização

Maior coerência doutrinária	Reinterpretação da concepção do federalismo na pandemia da covid-19	Medidas estruturantes	Reconciliação das diferentes classes e grupos marginalizados com a Constituição
Revisão judicial sistemática de respostas às ações governamentais à pandemia	Aumento do papel dialógico das Cortes	Respostas moderadas e buscas de consensos entre os poderes e grupos vulneráveis e minoritários	Defesa das violações e bloqueios dos Direitos Humanos
Invalidação ou modificação de parte das respostas políticas iliberais ou antidemocráticas	Preocupação maior com a fundamentalidade das decisões	Jurisdições supervisoras	Condenações e controle sistemático no campo das desinformações e <i>fake news</i>
Efeitos <i>backlashing</i> de controle político e social ativo	Garantia da integridade processual e substancial das ações políticas	Interpretações em nome dos valores dos princípios democráticos	Respostas jurisdicionais em nome do interesse público e não político

Outro ponto distinto observado são as respostas maxi-minimalistas das Cortes. Nesse sentido, as Cortes ampliam a sua força institucional sem confronto direto com a autoridade política dominante. Isso significa que estabelece a sua potência institucional via reforço positivo do controle e uma das consequências é a defesa à força de seus precedentes.

Na tabela 2, representam-se as respostas jurisdicionais que potencializam o movimento populista e/ou autoritário, cujos efeitos possam constatar a erosão, um impacto negativo sobre o núcleo mínimo do sistema democrático liberal em qualquer sentido: a revisão judicial abusiva.

Constituem elementos caracterizadores dessa categoria:

- a. Uma nova concepção do papel do poder judiciário que supera o fetiche da atuação independente, o exercício de papel político obscurantista e negacionista;
- b. Será considerada uma revisão judicial abusiva se houver a constatação da erosão democrática em qualquer sentido no sistema político;

<sup>67</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. ; BOURNE, Angela K.; CASALS BÉRTOA, Fernando. Mapping “Militant Democracy”: variation in party ban practices in european democracies (1945-2015). *European Constitutional Law Review*, v. 13, n. 2, p. 221, 2017. ; DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. In: *Comparative Judicial Review*. Edward Elgar Publishing, 2018. ; SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Scritta, 1996. ; DALY, Tom Gerald; JONES, Brian Christopher. Parties versus democracy: addressing today’s political party threats to democratic rule. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, n. 2, p. 509-538, 2020. ; LANDAU, David. Courts and support structures: beyond the classic narrative. In: *Comparative Judicial Review*. Edward Elgar Publishing, 2018. ; GARDBAUM, Stephen. What makes for more or less powerful constitutional courts. *Duke J. Comp. & Int’l L.*, v. 29, p. 1, 2018. ; VERDUGO, Sergio. How can judges challenge dictators and get away with it?. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 59, 2021. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3660179](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3660179). Acesso em: 23 fev. 2022. ; LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019. ; GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Binding the unbound executive: checks and balances in times of pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*, n. 52, 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3608974](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974). Acesso em: 25 fev. 2022. ; CURTIS, Michael Kent. Judicial review and populism. *Wake Forest L. Rev.*, v. 38, p. 313-373, 2003.



- c. Conjuga ativismo político com supremacia com respostas reativas e marginais;
- d. O movimento político no campo da jurisdição é articulado de forma política estratégica ao campo do iliberalismo ou antidemocrático de forma direta — controle de constitucionalidade, ou de forma indireta — omissão ou inação;
- e. Efeitos coordenados e/ou planejados estrategicamente com a governança populista e/ou autoritária contra a judicialização das propriedades variáveis de populismos pelos corpos intermediários;
- f. As autoridades ou poder político dos Tribunais são frutos das contingências e mudanças políticas;
- g. Juízes, Tribunais ou Cortes cooptados ou coagidos por populistas ou autoritários.

titucional; são seletivas nas escolhas dos elementos da democracia liberal; altamente contextuais, porque ignoram as diferenças do contexto político e social; invertem os propósitos e ideais democráticos para que tenham efeito oposto aos valores constituídos no sistema político. Essas ações legitimam ou potencializam as ações da governança populista ou autoritária de forma direta ou indireta.

A análise para a aplicação de estudos de caso no campo da revisão judicial abusiva deve atender a alguns critérios metodológicos e estruturantes, porque, embora se possa estabelecer pontos de incidência comuns entre as respostas jurisdicionais, deve-se atentar para o contexto político estrutural, as regras formais do desenho institucional, a cultura constitucional e democrática, as práticas de interpretações judiciais e sua natureza consequencialista sob pena de banalização do que vem a ser revisão judicial abusiva.

**Tabela 2** – Perfil geral da jurisprudência, revisão judicial abusiva

Criminalização da política	Anulação das anistias políticas	Chancela da utilização de serviços de inteligência para fins de interesse político e não público	Abstenção de julgar pedidos de <i>impeachment</i>
Chancela, omissão ou inação de violação de direitos humanos e/ou fundamentais	Chancela de emendas, decretos, medidas provisórias, decretação de estado de exceção flagrantemente inconstitucional	Chancela, omissão ou inação da judicialização das propriedades variáveis e populismos	Volatilidade ou descarte dos precedentes
Atuação consultiva positiva diante de Projetos de Lei flagrantemente inconstitucionais	Excepcionalismos hermenêuticos, interpretações desvirtuadas dos princípios e valores democráticos	Banimento de partidos de oposição	Eliminação de limites aos mandatos presidenciais
Repressão às instituições democráticas e corpos intermediários	Subversão do significado constitucional com interpretações políticas distorcidas	Repressão à imposição de decisões internacionais	

As respostas que representam a revisão judicial abusiva possuem um perfil de racionalidade interpretativa altamente superficial que envolve o procedimento cons-

#### 4.1 Revisão judicial abusiva e as ADPFs julgadas pelo STF na pandemia da covid-19 entre 03/20 e 02/21

A governança populista, para Issacharoff<sup>68</sup>, representa uma forma de corrupção da governança democrática pela ação populista que reflete a desvirtuação da própria soberania popular. Pretende, o populista, por meio de ações políticas de curto prazo, de forma imediata e sem preocupação com o futuro, recompensar e favorecer um universo clientelista<sup>69</sup> que se manifesta, também, pela inação do executivo<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> ISSACHAROFF, Samuel. The corruption of popular sovereignty. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, n. 20-02, mar. 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3550172](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3550172). Acesso em: 24 fev. 2022.

<sup>69</sup> Como exemplo, as políticas ambientais que Bolsonaro vem adotando oferecem um sério risco aos esforços globais para mitigar as mudanças climáticas. Nos últimos anos, o desmatamento na Amazônia tem aumentado exponencialmente: de menos de 1.765 milhas quadradas, em 2012, subiu para 3.911 milhas quadradas, entre julho de 2018 a junho de 2019 (NUNES, Maíra. Bolsonaro ameaça democracia e Amazônia, diz Relatório do Congresso dos EUA. *Correio Braziliense*, jul. 2020. Disponível em: [https://www.correio-braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/09/interna\\_politica,870834/bolsonaro-ameaca-democracia-e-amazonia-diz-relatorio-do-congresso-dos.shtml](https://www.correio-braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/09/interna_politica,870834/bolsonaro-ameaca-democracia-e-amazonia-diz-relatorio-do-congresso-dos.shtml). Acesso em: 10 jul. 2020.). Para Nunes, o aumento do desmatamento está atrelado a uma série de políticas que cortaram fundos para a aplicação ambiental com redução das áreas protegidas e requisitos de conservação ambiental.

<sup>70</sup> POZEN, David; SCHEPPELE, Kim Lane. Executive underreach, in pandemics and otherwise. *American Journal of International Law*, Forthcoming, p. 1-18, jun. 2020.

Bolsonaro, no campo da pandemia da Covid-19, minimizou o perigo representado pela pandemia; ameaçou se retirar da Organização Mundial de Saúde (OMS); destacou a eficácia de tratamentos não comprovados, sem segurança e efetividade; fez afirmações imprecisas sobre o número e contagem de mortos decorrentes da pandemia; encorajou protestos anticonfinamento; desafiou as diretrizes de distanciamento social, emitidas pelo Ministério da Saúde; repreendeu governadores e prefeitos, acusando-os de fechar a economia ao impor medidas de contenção contra a pandemia; militarizou a política e o Ministério da Saúde; negligenciou grupos minoritários e vulneráveis; e foi omissivo no enfrentamento da pandemia ao não estabelecer um plano gerencial federal.

A atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), no contexto político populista brasileiro na pandemia da Covid-19, nos julgamentos das Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPFs), entre março de 2020 e fevereiro de 2021, pretendeu consolidar ou legitimar práticas abusivas dos poderes, ou seja, exercer uma revisão judicial abusiva ou desempenhar um importante papel na proteção da democracia sob ameaça de retrocesso? Nesse sentido, como já explorado, teremos duas variáveis separadas no estudo de caso: uma que impede as formas de mudança constitucional que permitem aos populistas moldar a ordem constitucional de modo a se arraigarem no poder e outra que reforça a afirmação das virtudes da democracia liberal.

O STF analisou cerca de 40 (quarenta) pautas econômicas com reflexos políticos e sociais à pandemia da covid-19 no último ano. A pesquisa aplicada centrará a sua atenção nas ações de Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais decididas pelo STF entre março de 2020 e fevereiro de 2021 — em anexo.

Consta-se que, nas doze ADPFs analisadas, a resposta do Supremo Tribunal Federal balanceou-se entre conceder parcialmente medida cautelar *ad referendum*, negar seguimento à ADPF e, especificamente na ADPF 568/PR, homologar a proposta de ajuste de acordo.

Na ADPF 672/DF, decisão em 09 de abril de 2020 referente aos atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19, o STF concedeu, parcialmente, a medida cautelar, reconhecen-

do e assegurando o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e complementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e a circulação de pessoas, entre outras; independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente.

Já na ADPF 671/DF, a decisão proferida em 03 de abril de 2020, do ministro Ricardo Lewandowski, negou seguimento à ADPF, em que o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pedia a regulação pelo poder público da utilização dos leitos de unidades de tratamento intensivo (UTIs) na rede privada durante a pandemia do novo coronavírus. Segundo o relator, já existiam diversas normas que viabilizariam a requisição administrativa de bens e serviços e a atuação do Judiciário, caracterizando, nesse sentido, o desrespeito ao Princípio da Separação dos Poderes.

Com relação à ADPF 666/DF, decisão proferida em 15 de abril de 2020, a ministra Rosa Weber negou o seu seguimento (julgou inviável a tramitação). Em tal Arguição, a Associação Brasileira das Locadoras de Automóveis (Abla) questionava decretos estaduais e municipais que suspenderam o funcionamento de empresas do setor em razão das medidas de combate ao novo coronavírus. Sem analisar o mérito da ação, a relatora explicou que a ADPF não é o instrumento processual adequado para a pretensão da entidade.

Relativamente à ADPF 675/DF, a decisão proferida em 17 de abril de 2020, do ministro Celso de Mello do STF, julgou-a inviável. A Confederação Nacional do Turismo (CNTUR) questionava, por meio de ADPF, decretos estaduais e municipais que estabeleceram medidas de isolamento social para o enfrentamento ao novo coronavírus. Segundo o relator, a entidade não indicou com precisão os atos questionados e, por isso, considerou a ADPF inadmissível.

Sobre a ADPF 568/PR, em decisão proferida em 13 de maio de 2020, o ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal homologou a proposta de ajuste no acordo sobre a destinação de valores recuperados pela Operação Lava Jato e determinou a imediata destinação dos recursos recebidos pelos Estados do Maranhão (R\$ 44,2 milhões), Mato Grosso (R\$ 79,4 milhões) e Tocantins (R\$ 29,6 milhões) para o custeio das ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia da Covid-19. A decisão atendeu aos pedidos das três unidades da federação, com a anuência de todas as partes do acordo (Procuradoria-Geral da República, União, Senado e Câmara dos Deputados). Os Estados deverão comprovar a efetiva utilização do montante autorizado.

Quanto à ADPF 690/DF, a decisão proferida em 08 de junho de 2020 pelo ministro Alexandre de Moraes concedeu parcialmente a medida cautelar, *ad referendum* do plenário da Suprema Corte, para determinar ao Ministro da Saúde que mantivesse, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (covid-19).

A respeito da ADPF 709/DF, na decisão proferida em 08 de julho de 2020, o ministro Luís Roberto Barroso determinou que o governo federal adotasse uma série de medidas para conter o contágio e a mortalidade pela covid-19 entre a população indígena. Entre essas medidas estão: planejamento com a participação das comunidades, ações para a contenção de invasores em reservas, criação de barreiras sanitárias no caso de indígenas em isolamento (aqueles que, por escolha própria, decidiram não ter contato com a sociedade) ou contato recente (aqueles que têm baixa compreensão do idioma e costumes), acesso de todos os indígenas ao Sistema Indígena de Saúde e elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da covid-19.

Segundo a ADPF 714/DF, na decisão proferida em 03 de agosto de 2020, o ministro Gilmar Mendes concedeu, parcialmente, liminar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs 714, 715 e 718) em que partidos de oposição (Partido Democrático Trabalhista – PDT, Rede Sustentabilidade e Partido dos Trabalhadores – PT) contestaram os vetos do presidente da República, Jair Bolsonaro, ao projeto de lei que exige o uso de máscara de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público. A liminar restabelece a obrigatoriedade do uso

do equipamento a todos os trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e de cumprimento de medidas socioeducativas, incluídos os prestadores de serviço.

Acerca da ADPF 673/DF, a decisão proferida em 29 de junho de 2020 pelo ministro Luiz Fux a julgou inviável. Nessa ADPF, o PDT pedia a suspensão imediata de parte do calendário do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) de 2020 em razão do estado de calamidade pública ocasionado pela pandemia do novo coronavírus. Para o relator, a ação escolhida não é o meio processual adequado para o questionamento.

Sobre a ADPF 676/PR, em decisão proferida em 20 de outubro de 2020, o ministro Alexandre de Moraes requereu que fossem solicitadas informações definitivas ao presidente da República, Jair Bolsonaro, sobre as políticas públicas voltadas para o combate à pandemia do coronavírus. O despacho foi proferido na ADPF em que o PT pede ao STF que reconheça como inconstitucional a postura do governo federal em relação à situação sanitária decorrente da covid-19.

E, por fim, na ADPF 754/TPI, decisão proferida em 08 de fevereiro de 2021, o ministro Ricardo Lewandowski deferiu, parcialmente, a cautelar requerida, *ad referendum* do plenário dessa Suprema Corte, para determinar ao Governo Federal que divulgasse, no prazo de 5 (cinco) dias com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a covid-19.

Depreende-se que, no campo das decisões das ADPFs mapeadas entre março de 2020 e fevereiro de 2021, o STF atuou na defesa dos direitos humanos fundamentais, reinterpretou jurisprudências já consolidadas, estabeleceu medidas estruturantes e aumentou o seu papel dialógico nos controles políticos e sociais ativos.

## 5 Considerações finais

Este artigo definiu revisão judicial abusiva a partir da métrica metodológica hipotético-dedutiva advindo das hipóteses teóricas analisadas. Estudos anteriores já demonstraram que a revisão judicial abusiva é um potente indicador à crise e degradação do sistema democrático.



É possível constatar que a realidade atual da sociedade brasileira aponta um progressivo desgaste dos Poderes Legislativo e Executivo e abre espaço para o protagonismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário. A elevação do Poder Judiciário à condição de ator central no cenário político brasileiro não ocorre por acaso e a constitucionalização dos direitos representa um de seus núcleos fundantes.

A erosão do sistema político, a crise da representação política e o declínio da confiança no Poder Executivo aparecem como uma das possíveis causas da emergência do Poder Judiciário como ator central, cujo ativismo desequilibra a balança dos três poderes e solapa qualquer aproximação do ideal de equilíbrio e moderação. A densidade adquirida pelo Poder Judiciário põe em cena um fenômeno que está longe de ser apenas regional. Seu caráter é global e pode ser percebido em diversos países. A hegemonia alcançada pelo Poder Judiciário surge como uma entidade blindada às lutas políticas, às práticas de corrupção e às decisões discricionárias. Isso ocorre em virtude de suas decisões serem vistas como julgamentos técnicos, apolíticos, alicerçados no conhecimento jurídico.

Inferre-se, portanto, o fato de os distintos conteúdos contribuírem com a fundamentação e legitimação das decisões judiciais e abrirem o flanco da insegurança jurídica. No contexto brasileiro da elevação dos níveis de contingência no âmbito das decisões judiciais, verifica-se a politização da justiça, principalmente no cenário pandêmico. Convém, por fim, ressaltar que a aceleração da judicialização da política e do ativismo judicial representa, como profetizara Max Weber há quase um século, o desdobramento de um processo irreversível de burocratização, elitização e despolitização, cuja consequência é um déficit democrático, sobretudo no concernente à ampliação da participação política.

O atual governo populista despertou o exercício de atuação política do STF à tentativa de contenção de sua governança. Uma Suprema Corte passiva em face da tentativa de uma governança populista representa um resultado perigoso para a jovem democracia constitucional brasileira. O resultado, no campo das decisões das ADPFs, mapeadas entre março de 2020 e fevereiro de 2021 nos informa que, diante da metodologia analítica de revisão judicial abusiva, o STF atuou na defesa dos direitos humanos fundamentais, reinterpretou jurisprudências já consolidadas, estabeleceu medidas estru-

turantes e aumentou o seu papel dialógico nos controles políticos e sociais ativos. Conseqüentemente, o STF avançou para afirmar ou reafirmar uma agenda de democratização contra o avanço da governança populista.

Não se perdem de vista hipóteses que, ainda, precisam ser decantadas e merecem reflexão: a intensidade e qualidade do envolvimento dos tribunais no campo do político e a eficácia e natureza consequencialista de uma decisão política.

## Referências

- ABRAMOWITZ, Michael. Democracy in crisis. *Freedom house*, 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>. Acesso em: 24 maio 2018.
- AKKERMAN, Tjitske. Populism and democracy: challenge or pathology?. *Acta Politica*, v. 38, n. 2, p. 147-159, 2003.
- ALGUMAS tipologias dos regimes democráticos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1. p. 327-328.
- ALON, Harel. Courts in a populist world. *VerfBlog*, 2017. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/courts-in-a-populist-world/>. Acesso em: 02 maio 2018.
- BALKIN, Jack M. Populism and progressivism as constitutional categories (1995). *Yale Law Journal*, v. 104, p. 1935-2008, 1946.
- BELLAMY, Richard. Constitutionalism and democracy. *International Library of Essays in Law and Legal Theory - Second Series*, p. 11-68, 2006. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1571492](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492). Acesso em: 08 jun. 2013.
- BENVINDO, Juliano Zaiden; GONÇALVES ACUNHA, Fernando José. Brazilian democratic decay and the fear of the people. *Int'l J. Const. L. Blog*, jun. 2017. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2017/06/brazilian-democratic-decay-and-the-fear-of-the-people/>. Acesso em: 26 jun. 2018.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista, Cultura e Política*, n. 61, p. 19, 2004.

- BOURNE, Angela K.; CASALS BÉRTOA, Fernando. Mapping “Militant Democracy”: variation in party ban practices in european democracies (1945-2015). *European Constitutional Law Review*, v. 13, n. 2, p. 221, 2017.
- BOUTROS-GHALI, Boutros. *An agenda for democratization*. United Nations: New York, 1996.
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber. *Lua Nova*, n. 99, p. 47-79, 2016.
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno. (org.). *Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia*. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2020.
- CONSTANT, Benjamin. *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*. Katz Editores, 2010.
- CURTIS, Michael Kent. Judicial review and populism. *Wake Forest L. Rev.*, v. 38, p. 313-373, 2003.
- DALY, Tom Gerald. Democratic decay: conceptualising an emerging research field. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 9-36, 2019.
- DALY, Tom Gerald; JONES, Brian Christopher. Parties versus democracy: addressing today’s political party threats to democratic rule. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, n. 2, p. 509-538, 2020.
- DEM-DEC. *Concept Index*. Disponível em: <https://www democratic-decay.org/index#anchor-link-Illiberalism>. Acesso em: 23 nov. 2019.
- DIAMOND, Larry *et al.* Developing democracy: toward consolidation. *JHU Press*, 1999.
- DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. In: *Comparative Judicial Review*. Edward Elgar Publishing, 2018.
- FRANKLIN, David L. Popular constitutionalism as presidential constitutionalism. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 81, p. 101-121, 2006.
- FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 309, 2005.
- GARDBAUM, Stephen; PILDES, Richard. Populism and democratic institutional design: methods of selecting candidates for chief executive in the United States and other democracies. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, n. 17-46, p. 1-64, 2017.
- GARDBAUM, Stephen. What makes for more or less powerful constitutional courts. *Duke J. Comp. & Int’l L.*, v. 29, p. 1, 2018.
- GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Binding the unbound executive: checks and balances in times of pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*, n. 52, 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3608974](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974). Acesso em: 25 fev. 2022.
- GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016.
- GOUVÊA, Carina Barbosa. *A categoria teórico-abstrata do poder constituinte híbrido e a crise dos sistemas democráticos: materializando novos sentidos para a internacionalização do poder constituinte originário*. 2019. Tese (Pós-Doutorado) Relatório Final de Estágio Pós-Doutoral - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.
- GOUVÊA, Carina; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. A incorporação “dos espíritos” do princípio da separação dos poderes de Montesquieu nas constituições, uma resposta para democratização do poder judiciário. *Revista de Ciencia de La Legislación*, n. 6, sep. 2019. Disponível em: [https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=95f4e4329c16aa5702b8663c71d990c8&hash\\_t=ba6e5fd611baf3c0d2ed867ca16a9eef#indice\\_0](https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=95f4e4329c16aa5702b8663c71d990c8&hash_t=ba6e5fd611baf3c0d2ed867ca16a9eef#indice_0). Acesso em: 06 set. 2009.
- GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Populismos*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.
- GOUVÊA, Carina; DANTAS, Ivo. Os caminhos para o desenvolvimento de uma interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico: abrindo a “sala de máquinas da Constituição”. *AREL FAAR*, Ariquemes, RO, v. 5, n. 1, p. 82-110, 2017.
- HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 1-12, 2013.
- HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora Eda, 2020.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Rio de Janeiro: TopBooks, 2004.

- HUNTINGTON, Samuel P. Will more countries become democratic. *Political Science Quarterly*, v. 99, n. 2, p. 193-218, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2150402?seq=1>. Acesso em: 16 abr. 2014.
- HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA L. Rev.*, v. 65, p. 78, 2018.
- ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional courts and democratic hedging. *Geo. LJ*, v. 99, p. 961, 2010.
- ISSACHAROFF, Samuel. The corruption of popular sovereignty. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, n. 20-02, mar. 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3550172](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3550172). Acesso em: 24 fev. 2022.
- KAZIN, Michael. *The populist persuasion: an american history*. Cornell University Press, 1998.
- LACLAU, Ernesto. *On populist reason*. Verso, 2005.
- LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. *UCDL Rev.*, v. 53, p. 1313, 2019.
- LANDAU, David. Courts and support structures: beyond the classic narrative. In: *Comparative Judicial Review*. Edward Elgar Publishing, 2018.
- LANDAU, David. Populist constitutions. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 521-543, 2018.
- LANDAU, David. Presidential term limits in Latin America: a critical analysis of the migration of the unconstitutional constitutional amendment doctrine. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 225-249, 2018.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018.
- LONGO, Ivan. Com tramitação em tempo recorde, julgamento de Lula no TRF-4 será em 24 de janeiro. *Fórum*, 2017. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/urgente-com-tramitacao-em-tempo-recorde-julgamento-de-lula-no-trf-4-sera-em-24-de-janeiro>. Acesso em: 12 dez. 2017.
- MADISON, James. *O federalista nº. 51 [50]*. 1979.
- MAIR, Peter. Populist democracy vs party democracy. In: MÉNY, Yves; SUREL, Yves. *Democracies and the populist challenge*. London, UK: Palgrave Macmillan, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Harvard University Press, 2018.
- MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. Populism and (liberal) democracy: a framework for analysis. *Populism in Europe and the Americas: threat or corrective for democracy*, p. 1-26, 2012.
- MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?*. London, UK: Penguin, 2017.
- NOWLIN, Jack Wade. The judicial restraint amendment: populist constitutional reform in the spirit of the bill of rights. *Notre Dame L. Rev.*, v. 78, p. 171-280, 2002.
- NUNES, Máira. Bolsonaro ameaça democracia e Amazônia, diz Relatório do Congresso dos EUA. *Correio Braziliense*, jul. 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/09/interna\\_politica,870834/bolsonaro-ameaca-democracia-e-amazonia-diz-relatorio-do-congresso-dos.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/09/interna_politica,870834/bolsonaro-ameaca-democracia-e-amazonia-diz-relatorio-do-congresso-dos.shtml). Acesso em: 10 jul. 2020.
- PAINE, Thomas. *Os direitos do homem: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.
- POZEN, David; SCHEPPELE, Kim Lane. Executive underreach, in pandemics and otherwise. *American Journal of International Law*, Forthcoming, p. 1-18, jun. 2020.
- PUDDINGTON, Arch. *Breaking down democracy: goals, strategies, and methods of modern authoritarians*. Washington, DC: Freedom House, 2017.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*. UNAM, 1995.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; GOMEZ, Krizna. (ed.). *Rising to the populist challenge*. Colombia: Dejusticia, 2018.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *U. Chi. L. Rev.*, v. 85, p. 558-559, 2018.
- SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Scritta, 1996.
- SCHOLTES, Julian. The complacency of legality: constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power. *EUI Working Paper Law*, n. 07, 2018.
- SOMIN, Ilya. The tea party movement and popular constitutionalism. *Nw. L. Rev. Colloquy*, v. 105, p. 300-314, 2010.



TAYLOR, Telford. Judicial protection against abusive practices: judicial review of legislative investigations. *Notre Dame Law*, v. 29, p. 242, 1953.

TOCQUEVILLE, A. *A democracia na América*. São Paulo: Itatiaia, 1998.

TÓTH, Gábor Attila. Constitutional markers of authoritarianism. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 37-61, 2019.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social assistance rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2009.

UNITED NATIONS. Global issues. Democracy and United Nations. Disponível em: [http://www.un.org/en/globalissues/democracy/democracy\\_and\\_un.shtml](http://www.un.org/en/globalissues/democracy/democracy_and_un.shtml). Acesso em: 10 fev. 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VERDUGO, Sergio. How can judges challenge dictators and get away with it?. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 59, 2021. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3660179](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3660179). Acesso em: 23 fev. 2022.

WALKER, Neil. Populism and constitutional tension. *University of Edinburgh School of Law Research Paper*, n. 18, p. 2-22, 2018.

ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracy. *Foreign Aff.*, v. 76, p. 22, 1997.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O princípio das nacionalidades no banco de provas da ciência do direito internacional brasileira: confrontos acerca da teoria de Pasquale Stanislao Mancini no novo continente**

**The principle of nationalities in the evidence bank of the science of brazilian international law: confrontations about Pasquale Stanislao Mancini's theory on the novo continente**

Arno Dal Ri Junior

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION



# O princípio das nacionalidades no banco de provas da ciência do direito internacional brasileira: confrontos acerca da teoria de Pasquale Stanislao Mancini no novo continente\*

## The principle of nationalities in the evidence bank of the science of brazilian international law: confrontations about Pasquale Stanislao Mancini's theory on the novo continente

Arno Dal Ri Junior\*\*

### Resumo

Ao longo do século XIX, emergiram, na cultura jurídica europeia, tentativas de respostas conceituais aos fenômenos políticos que conduziram ao surgimento e fortalecimento dos Estados Nacionais. O Princípio das Nacionalidades, proclamado pelo jurista italiano Pasquale Stanislao Mancini em uma preleção, em 1851, encontra-se entre essas tentativas, sendo examinado nas páginas da ciência brasileira do direito internacional nas décadas posteriores de modos muito diferentes, entre aplausos e perplexidades dos leitores. O objetivo desse trabalho é reconstruir o itinerário entre os debates na doutrina brasileira, favorável e contrária à proposta de Mancini, salientando os principais motivos que levaram ao seu abandono e historicização. A pesquisa tem como delimitação um arco de tempo de pouco mais de um século, desde o primeiro manual a, efetivamente, citar Mancini, em 1902, seguindo até aqueles do início do século XXI, salientando o impacto do Princípio na produção de autores brasileiros de direito internacional público e privado, em particular os debates e embates que levaram à ascensão e à decadência da legitimação do seu uso na ciência do direito internacional e a sua consequente historicização. A tese apresentada neste artigo é que o processo de deslegitimação e historicização do Princípio no Brasil se deu em razão de peculiaridades próprias da composição e construção histórica desse Estado, muito distantes daquelas vividas na constituição de Estados como a Itália, berço e inspiração da proposta manciniana.

**Palavras-chave:** Princípio das Nacionalidades; Pasquale Stanislao Mancini; Risorgimento; Ciência do direito internacional.

### Abstract

Throughout the 19th century, attempts at conceptual responses to political phenomena that led to the emergence and strengthening of National States emerged in European legal culture. The Principle of Nationalities proclaimed by the Italian jurist Pasquale Stanislao Mancini in a lecture in 1851 is

\* Recebido em 27/11/2021  
Aprovado em 07/03/2022

\*\* Professor efetivo da Universidade Federal de Santa Catarina, sendo responsável pelas disciplinas 'Direito Internacional' e 'Teoria Política' no curso de graduação e 'Teoria e História do Direito Internacional' nos programas de Mestrado e de Doutorado em Direito. É bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí [1997], Mestre em Direito e Política da União Européia pela Università di Padova [1999] e Doutor em Direito Internacional pela Università Luigi Bocconi de Milão [2003], tendo realizado Pós-Doutorado na Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) [2003-04] e na Université Gent (Bélgica) [2019-2020]. Atua como professor em programas de Doutorado na Universidade de Alcalá (Espanha), na Universidade de Florença e na Universidade de Milão (Itália) e no curso de Mestrado em "Relações Internacionais" da Universidade da República, em Montevideú. Foi Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC (2015-2019) e atuou como 'visiting scholar' nas universidades de Florença (2011), Montevideú (La Republica, 2012), Pádua (2013), Pequim (Beihang, 2014), Milão (Statale, 2015), Helsinki (2017) e Osaka (2018). É árbitro e consultor do CNPq e da CAPES para a avaliação de pedidos de bolsas de doutorado pleno no exterior (BEX), bolsas de pós-doutorado no exterior e pedidos de apoio à participação de eventos no exterior (AEX).  
Email: arnodalri@gmail.com



among these attempts, being examined in the pages of Brazilian science of international law in the following decades in very different ways, amidst applause and perplexity from readers. The objective of this work is to reconstruct the itinerary between the debates in Brazilian doctrine, favorable and contrary to Mancini's proposal, highlighting the main reasons that led to its abandonment and historicization. The research has as its delimitation a time span of just over a century, from the first manual to effectively cite Mancini, in 1902, until those of the beginning of the 21st century, highlighting the impact of the Principle in the production of Brazilian authors of international law. public and private, in particular the debates and clashes that led to the rise and fall of the legitimacy of its use in the science of international law and its consequent historicization. The thesis presented here is that the process of delegitimization and historicization of the Principle in Brazil occurred due to peculiarities of the composition and historical construction of this State, very distant from those experienced in the constitution of States such as Italy, cradle and inspiration of the Mancinian proposal.

**Keywords:** Principle of Nationalities; Pasquale Stanislao Mancini; Risorgimento; Science of international law.

## 1 Introdução

O itinerário histórico no Brasil, realizado pela ciência do direito internacional, por meio de seus manuais, tratados, e mesmo panfletos, foi marcado pelo diálogo com várias correntes de pensamento que não chegaram, necessariamente, a obter um espaço de sucesso e amplitude na academia do país. Diferentemente das anteriores, as doutrinas representadas por autores como Emmer de Vattel, Georg von Martens, Henry Wheaton, James Kent, Karl Heinrich Triepel, Hans Kelsen ou Alfred Verdross foram longamente discutidas, tendo os seus principais pressupostos teóricos, com o tempo, se tornado parte da própria cultura jurídica brasileira, à medida que se congraçavam e ganhavam vida nos nossos textos internacionalistas. Por um outro lado, ao longo de quase dois séculos de ciência jurídica, um grande número de doutrinas e autores aportaram nas nossas bibliografias e, por motivos científicos, políticos ou mesmo ideológicos, acabaram por ter escassa aceitabilidade, exaurindo, em pouco tempo, o debate acerca

da sua aplicabilidade, sendo muitas vezes, na sequência, objeto de um gradual processo de historicização nos mesmos manuais e tratados da matéria, que, por sua vez, os submetia à inserção em um rol de institutos não mais aplicáveis ao direito internacional a esses contemporâneo devido ao seu intrínseco anacronismo.

A teoria que propõem um “Princípio das Nacionalidades”, no âmbito do direito internacional, proposta pelo jurista italiano Pasquale Stanislao Mancini<sup>1</sup>, em sua preleção realizada em Turim, na Itália, em 1851, se contextualiza como uma das tantas que aportaram na doutrina brasileira a partir dos primeiros anos do século XX e, após longos debates e acesas discussões, relativas ao direito internacional público ou ao direito internacional privado, teve rejeitada a sua aplicação pela academia, tendo como implicação direta a submissão a um intenso processo de historicização. Mesmo sendo o Princípio uma presença constante na maioria dos manuais do período analisado — com abordagens pela doutrina pátria que inclusive demonstram a existência de um embate entre autores acerca da sua aplicabilidade do país —, na atualidade existem raras análises sobre como se deram esses embates e a quais consequências geraram no âmbito doutrinário. Por isso a necessidade de se aprofundar o estudo acerca desse tema.

<sup>1</sup> 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 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, em geral, vide, a respeito, DAL RI JR., Arno. A Nação contra o Estado. A ciência do direito internacional no “Risorgimento” Italiano. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, p. 69 ss, 2011; 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). *Retiche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*. Bologna: Il Mulino, 2013. p. 117 ss.; e, a introdução escrita por Tito Ballarino à obra MANCINI 2003. Sobre o impacto da teoria de Mancini na América do Sul, vide DAL RI JR., Arno. *Mancini in the Platine Basin*. The Reception of the Principle of Nationalities in Argentina, Uruguay and Brazil. *Forum historiae iuris*, 2018. Disponível em: <https://forhistiur.net/en/2018-12-dal-ri-jr/abstract/?l=en>, e nas doutrinas continentais europeias, vide DAL RI JR., Arno. Polêmicas doutrinárias entre Itália e França sobre o princípio das nacionalidades no Direito Internacional do século XIX. In: AS FORMAS do Direito. Ordem, Razão e Decisão. Experiências jurídicas antes e depois da Modernidade. Curitiba: Juruá, 2013. p. 236 ss.

Neste artigo, será examinado o modo como os juristas brasileiros, que se ocuparam das ciências do direito internacional público e privado, abordaram a perspectiva oferecida por pelo autor italiano, em particular o “Princípio das Nacionalidades” e os desdobramentos e a compatibilidade com as ciências acima citadas. Primeiramente, será examinado o modo como os nossos manuais e tratados de direito internacional público se aproximaram da proposta de Mancini, no início com uma certa simpatia. Posteriormente, com ceticismo e, finalmente, declarando a sua não aplicabilidade enquanto fenômeno circunscrito a uma realidade não mais existente na Comunidade internacional. Na sequência, será analisado o modo muito mais incisivo e pragmático por meio do qual os nossos manuais e tratados de direito internacional privado submeteram a teoria de Mancini à prova. No que concerne às delimitações da pesquisa, é examinado um arco de tempo de pouco mais de um século, partindo do primeiro manual de direito internacional a, efetivamente, citar o Princípio de Mancini, em 1902, seguindo até aqueles que se consolidaram no início do século XXI já sem a esse fazer menção, salientando o impacto da proposta do autor em manuais publicados em língua portuguesa por autores brasileiros, prescindindo, portanto, de manuais publicados originalmente no exterior em língua estrangeira, com posterior tradução e publicação no território brasileiro, ficando raízes no estudo da ascensão e decadência da legitimação do seu uso em relação à ciência do direito internacional e à sua conseqüente historicização. Nesse âmbito, a tese aqui apresentada é que o processo de deslegitimação e historicização do Princípio das Nacionalidades no Brasil se deu, sobretudo, em razão de peculiaridades próprias da composição e construção histórica desse Estado, comum a todos os demais latino-americanos, muito distantes daquelas vividas na constituição de Estados como a Itália, berço e inspiração maior da proposta manciniana.

## 2 O “Princípio das Nacionalidades” na ciência brasileira de direito internacional público

A produção de manuais e de obras genéricas que se dedicam à análise do direito internacional no período do

Brasil Império<sup>2</sup> é marcada por algumas características próprias que a separam dos demais ciclos da história da literatura jurídica brasileira<sup>3</sup>. Primeiramente, do ponto de vista do conteúdo, vigia uma tensão entre correntes jusnaturalistas e contratualistas, estando as últimas em uma perspectiva crescente durante as décadas que transcorrem entre 1822 e 1899. Frágeis e com pouco impacto nas primeiras décadas, as correntes contratualistas recebem claros nuances positivistas e ganham espaço, sem, porém, terem se tornado hegemônicas. O jusnaturalismo, por sua vez, perde espaço entre as páginas dos tratados publicados ao longo do período, mas sem perder o seu domínio nos discursos. Georg Friedrich von Martens<sup>4</sup> e Johann Ludwig Klüber<sup>5</sup>, mas também Emmerich Vattel<sup>6</sup>, são presenças constantes, que, com o tempo, passam a ser associados, também, a autores do

<sup>2</sup> Entre os principais do período, ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta. *Elementos do Direito das Gentes*. Recife: Typographia União, 1851; PINTO, Antônio Pereira. *Apontamentos para o direito internacional ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras*. Rio de Janeiro: Pinto & C<sup>a</sup>, 1864; DRUMMOND, Antônio de Vasconcellos Menezes de. *Prelecções de direito internacional com referência e aplicação de seus princípios às leis particulares do Brasil até 1867*. Recife: Correio do Recife, 1867; DRUMMOND, Antônio de Vasconcellos Menezes de. *Prelecções de diplomacia com referência e aplicação de seus princípios às leis particulares do Brasil até 1867*. Recife: Correio do Recife, 1867b; FREITAS, Carlos Vidal de O. *Elementos de direito internacional marítimo para uso dos GG. M. do 4º ano da Escola de Marinha*. Rio de Janeiro: Lombaerts & Comp., 1884; SOUZA, João Silveira de. *Licções Elementares de Direito das Gentes sobre o Compendio do Sr. Conselheiro Autran*. Recife: Econômica, 1889. Mesmo não sendo uma obra especificamente de direito internacional ou de direito das gentes, é impossível não citar nesse elenco o clássico escrito por Pimenta Bueno sobre o direito público do Império, que em diversos momentos se debruça sobre a disciplina: SÃO VICENTE, José A. Pimenta Bueno, marquês de. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. In: KUGELMAS, Eduardo (org.). *José Antônio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente*. São Paulo: Ed. 34, 2002. As afirmações de Pimenta Bueno são particularmente interessantes quando considerada não somente sua carreira entre magistratura e parlamento, mas sobretudo as suas passagens na diplomacia durante o império.

<sup>3</sup> Vide a respeito, SILVA JR., Airton Ribeiro da. *Teaching International law in the Nineteenth-Century Brazil: A history of appropriation and assimilation (1827-1914)*. 2018. 199f. Tese (Doutorado). Università degli studi di Firenze, Florença, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2158/1124811>.

<sup>4</sup> MARTENS, Georg Friedrich von. *Precis du droit des gens modernes de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*. Gottingen: Dieterich, 1789.

<sup>5</sup> KLÜBER, Johann Ludwig. *Droit des Gens Moderne de l'Europe*. Stuttgart: J. G. Cotta, 1819.

<sup>6</sup> VATTEL, Emmer de. *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*. Neuchâtel, 1758, publicado no Brasil como VATTEL, Emmerich de. *O direito das gentes*. Ijuí: Unijuí, 2008, no âmbito da coleção “Clássicos do Direito Internacional”, coordenada por Arno Dal Ri Jr.

novo continente, adeptos dos primeiros<sup>7</sup>, como Henry Wheaton<sup>8</sup> e Andrés Bello<sup>9</sup>.

A publicação da obra “Princípios de Direito Internacional”<sup>10</sup>, em 1902, por Lafayette Rodrigues Pereira<sup>11</sup> é, de um certo modo, o último campo em que essas tensões se apresentam por meio dessa dinâmica. O grande laboratório jurídico que se constituiu nas várias décadas do Império brasileiro marcou a obra de modo indelével, fazendo com que possam ser nessa encontrados os discursos e as teorias típicas do século XIX. Nesse universo, nas páginas de Lafayette, o conceito de “Nação” como algo diferente do Estado emergirá, assim como será nelas que surgirá a primeira menção a Pasquale Stanislao Mancini. Em uma singela nota de rodapé, segundo o jurista brasileiro:

Mancini foi na Itália o inventor do princípio das nacionalidades, como base e fundamento do Direito Internacional. Elle proclamou pela primeira vez essa theoria em uma Licção de abertura em Turim em 22 de janeiro de 1851. Adaptaram-na e proclamaram-na um grande número de publicistas italianos, de que dá noticia Mr. Rivier § 118 [sic]<sup>12</sup>.

A fonte apresentada por Lafayette na nota é francesa, assim como na nota seguinte as remissões feitas pelo autor são todas a textos na língua de Dumas: os comen-

tários de Terenzio Mamiani<sup>13</sup>, de Heinrich Ahrens<sup>14</sup>, de Robert Piédelièvre<sup>15</sup> e de Alphonse Rivier<sup>16</sup>, autores que, em diferentes graus, aderem a aspectos do Princípio das Nacionalidades. Parece, portanto, que Lafayette não teve acesso à obra de Mancini em língua original, mas, mesmo assim, demonstra conhecer os lineamentos que caracterizam o conceito fornecido pelo jurista italiano, assim como a sua obra.

Mesmo com as menções ao autor italiano, a aproximação de Lafayette ao protagonismo das Nações, pregado pelo primeiro, não apresenta grande densidade. Certo, o jurista mineiro declara, no seu manual, a igualdade entre as nações e aceita como elementos fundantes destas os mesmos pressupostos elencados pelo Princípio; ele, contudo, não diminui o papel do Estado no cenário internacional, contemplando-o como “[...] o conjunto de órgãos, pelos quais a nação manifesta a sua vida e ação política, ou antes, é o poder público organizado em todas as suas ramificações”<sup>17</sup>.

A partir de Lafayette, de modo saltuario, os contornos do princípio das nacionalidades foram surgindo nos manuais da época, que, lentamente, também tomam posição quanto a este<sup>18</sup>. É o caso de José Mendes, professor catedrático de direito internacional na Universidade de São Paulo, que, em 1913, reportou um conceito de “nação” fortemente marcado seja pelo historicismo, seja pelo positivismo sociológico: “[...] conjunto de indivíduos e famílias fortemente ligados pelos vínculos de comunhão de origem, de tradições históricas, de língua, de crenças, sentimentos e ideias”<sup>19</sup>. A esses elementos

<sup>7</sup> Trata-se de um arranjo de autores bastante comum nas doutrinas internacionalistas latino-americanas do século XIX, presente já no primeiros doutrinadores, como o venezuelano Andrés Bello, conforme atestado por Elisabetta Fiocchi Malaspina e Nina Keller-Kemmerer no artigo “International Law and Translation in the 19th century”, publicado na *Rechtsgeschichte – Legal History*, (22, 2014, p. 220 ss.), mas também no uruguaio PEREZ DE GOMAR, Gregório. *Curso elemental de Derecho de Gentes*. Montevideo: El Pueblo, 1866e no argentino Amancio Alcorta (Tratado de derecho internacional. Buenos Aires: Biedma, 1878).

<sup>8</sup> WHEATON, Henry. *Elements of International Law*. Boston: Little Brown, 1836.

<sup>9</sup> BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. Lima: Morno e cia., 1844.

<sup>10</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Principios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1902. Tomo I.

<sup>11</sup> Senador, Ministro e Conselheiro de Estado no reinado de Dom Pedro II, assim como árbitro internacional e membro da delegação brasileira na Primeira Conferência Pan-Americana de Washington em 1888, a qual renunciou ao tomar conhecimento da proclamação da República, continuando a atuar na condição de juríconsulto convidado, apresentou um “Projeto de Código de Direito Internacional Privado”. MADEIRA, Hécio Maciel França. A Latinidade e o Humanismo de Lafayette Rodrigues Pereira. In: DAL RI, Luciene; DAL RI JR., Arno (org.). *A Latinidade da América Latina: enfoques histórico-jurídicos*. São Paulo: Hucitec, 2008. p. 322.

<sup>12</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Principios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1902. p. 59. Nota 1.

<sup>13</sup> MAMIANI, Terenzio. *Des traités de 1815 et d'un nouveau droit européen*. Paris: Dentu, 1862.

<sup>14</sup> AHRENS, Henri. *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*. Complète dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques. Leipzig: Brockhaus, 1838.

<sup>15</sup> PIÉDELIÈVRE, Robert. *Précis de droit international public, ou, Droit des gens*. Paris: Pichon, 1894.

<sup>16</sup> RIVIER, Alphonse. *Principes du droit des gens*. Paris: Rousseau, 1896. v. I.

<sup>17</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Principios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1902. p. 65.

<sup>18</sup> Enquanto isso, Sá Vianna, professor catedrático de direito internacional público na Faculdade de “Ciências Jurídicas e Sociais” do Rio de Janeiro, estatista convicto, alguns anos depois, em 1908, publicou sua obra sem contemplar, em nenhum momento, o conceito de “Nação” como objeto de análise. Indicou, de modo preciso e objetivo, que “[...] devemos reconhecer que as pessoas internacionais efectivamente são três – O Estado, o Homem e o Papa”. In: SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908. v. 1. p. 300.

<sup>19</sup> MENDES, José. *Direito Internacional Público*. Prelecções. São Paulo: Duprat, 1913. p. 124.



que constituiriam a “Nação”, Mendes associa um outro, ou seja, o elemento volitivo: “[...] indivíduos e famílias unidos por sympathias, que não existem entre eles e outros indivíduos e famílias, e que os levam a agir de acordo muito mais facilmente do que com outros, e a desejar as mesmas instituições, ahí pôde-se dizer que existe uma nação [sic]”<sup>20</sup>.

Na direção contrária, Raul Pederneiras, com a publicação da sua “Direito internacional compendiado”, em 1931, afastou as doutrinas que elevavam as “nações” como entidades autônomas e munidas de personalidade jurídica internacional. Após reconhecer a sua originalidade, mencionando Mancini<sup>21</sup>, afirmou que, se tais doutrinas vingassem “[...] em suas linhas gerais, muitos Estados perderiam sua razão de ser, fatalmente absorvidos pelas velhas metrópoles ou pelos governos que os dominaram antanho, como dependências ou colônias [sic]”<sup>22</sup>. Leitor assíduo de Paul Fauchille, acaba Pederneiras por adotar as críticas que o jurista francês tinha lançado no seu “*Traité de Droit International*” (1922), concluindo que “Nasceria daí, ou um reduzido número de Estados de enorme tamanho em terras descontínuas, ou uma incontável quantidade de estados minúsculos, uma poeira de Estados [...] [sic]”<sup>23</sup>. Como pano de fundo, emergiu, de modo vigoroso, a oposição entre a ideia de “nação” enquanto fenômeno étnico e a própria história brasileira, país fruto da colonização europeia, até então de recente independência, tentando se consolidar como potência regional<sup>24</sup>. Aceitar a vigência do Princípio

como proposto por Mancini poderia ser interpretado, nesse contexto, como uma relativização da própria ideia de existência de um Estado brasileiro independente em relação a Portugal. Para Pederneiras, portanto, essa doutrina não seria admissível, nem poderia ser cogitada como aplicável já que “[...] considerava a nação como pessoa natural do Direito Internacional e o Estado como pessoa artificial, o que facilmente se refuta”<sup>25</sup>.

As oscilações do tema na doutrina, ganharam maior relevância com Braz de Sousa Arruda, que, em obra lançada em 1938, em um capítulo dedicado exclusivamente às “Lições da história do direito internacional”, posicionou-se favorável à concepção patrocinada por Mancini:

quando uma comunhão de alguns milhões de indivíduos, ligados pelo mesmo sangue, mesma língua e mesmos interesses, torna-se tão poderosa para formar um Estado próprio, no qual possam viver de acordo com seus ideais e construir uma civilização nacional, conseguirá certamente, formar um Estado, cedo ou tarde<sup>26</sup>.

Em uma publicação posterior, Braz de Sousa Arruda aprofundou a análise do tema sem fazer menções explícitas ao jurista italiano, aproximando-se bastante dos contornos delineados por este e salientando o elemento volitivo, que serviria como cimento: “uma Nação é uma alma, uma família espiritual, resultante, no passado, de lembranças, de sacrifícios, de glórias, às vezes de dores e recordações comuns; no presente, do desejo de continuar vivendo juntamente”<sup>27</sup>. Essa mesma vontade de estar e de permanecer seria, portanto, o principal elemento a unir diferentes povos sob uma mesma “nação”: “o que constitui uma nação não é o fato de falar certo número de pessoas a mesma língua, ou pertencer ao mesmo grupo etnográfico: é ter feito juntamente grandes coisas no passado e querer ainda fazê-las no futuro [sic]”<sup>28</sup>. Nessa última frase, pode-se também notar uma influência notável de Ernst Renan<sup>29</sup>, inclusive

dade, que não determina o padrão individual uniforme. Dado apoio a essa opinião, teríamos de ceder a vara à velha metrópole lusitana ou absorve-la como província ou dependência de nossa federação”.

<sup>20</sup> MENDES, José. *Direito Internacional Público*. Preleções. São Paulo: Duprat, 1913. p. 124. Continua o autor, salientando os contornos eminentemente sociológicos do conceito: “a nação, que habita um território, é uma sociedade; mas há sociedade, que constituem nação. A sociedade mundial não é uma nação. Nem sempre a palavra nação é empregada no sentido da noção dada: significa, às vezes, estado. Daí, a denominação – direito internacional”.

<sup>21</sup> “A escola de Mancini dá como fundamento da doutrina o denominado Princípio da Nacionalidade; atribui à coexistência das nacionalidades a base do Direito Internacional. Essa teoria granjeou prosélitos notáveis e exerceu influencia, fazendo entrar o tipo ethnico da nação no domínio do Direito”. PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compendiado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931. p. 26.

<sup>22</sup> PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compendiado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931. p. 26-27.

<sup>23</sup> PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compendiado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931. p. 27.

<sup>24</sup> PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compendiado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931. p. 70. “Os laços étnicos de uma nação, sem dúvida, aliados aos elementos políticos do Estado, tornam mais homogênea a constituição da pessoa internacional, mais coesa, mais consistente, mais durável e mais sentida, porque o elemento racial é poderoso unificador. Fazer, porém, cabedal da nacionalidade, como essencial à constituição do Estado, é destruir a essência da personali-

<sup>25</sup> PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compendiado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931. p. 70.

<sup>26</sup> ARRUDA, Braz de Sousa. Estrutura do direito internacional. Preleções para o curso de doutorado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 34.II, p. 551, 1938.

<sup>27</sup> ARRUDA, Braz de Sousa. *Curso de Direito Internacional*. Na era atômica. São Paulo: Guaiá, s/d. p. 220.

<sup>28</sup> ARRUDA, Braz de Sousa. *Curso de Direito Internacional*. Na era atômica. São Paulo: Guaiá, s/d. p. 551.

<sup>29</sup> Nas palavras de Ernest Renan: “Une nation est donc une grande solidarité, constitué par le sentiment des sacrifices qu’on a faits et de

citado pelo autor. No mesmo texto, também há uma ligação direta do Princípio de Mancini com aquele proclamado pelo presidente norte-americano, Wilson, de proteção às minorias, indicando esse último como mais moderno: “garantia dos interesses nacionais, linguísticos e religiosos das minorias étnicas dentro de fronteiras determinadas”<sup>30</sup>. Esse fato é bastante significativo à medida que Braz de Arruda é o primeiro jurista brasileiro a traçar uma linha de paralelo entre os dois princípios, colocando-os quase em uma ordem descendente e, assim, identificando uma aproximação do Princípio da Mancini com os debates que posteriormente conduzirão à elaboração dos conceitos centrais dos mecanismos de tutela das minorias no sistema multilateral.

Mal concluída a Segunda Guerra Mundial, Jorge Americano publicou, em 1945, “O novo fundamento do direito internacional e seu esteio na consciência universal”, tentando oferecer uma leitura diferenciada no que concerne aos temas típicos de manuais da área. Não aparecem, nessa obra, menções expressas ao Princípio das Nacionalidades, mas o assunto vem à tona no capítulo dedicado aos sujeitos de direito internacional, quando o autor afirma que “extremamente difícil é caracterizar juridicamente o que seja uma nação”<sup>31</sup>. Contestando a ideia de homogeneidade presente no âmago da teoria, asseverava: “há nações típicas, isto é, caracterizadas por um conjunto de elementos inconfundíveis — território, povo, consciência nacional consolidada principalmente por unidade racial, histórica, idiomática, religiosa, cultural, governo soberano. Entretanto, nem todas as nações do mundo atual reúnem todos esses elementos”<sup>32</sup>.

Trata-se de uma abordagem que, com diferentes nuances, será seguida pelos demais juristas brasileiros ao longo do século XX. É o caso, por exemplo, do diplomata e jurista Hildebrando Accioly, que, na publicação de seu tratado, em 1956, inicia a análise do tema já historicizando-o, ou seja, enquadrando como válido em outro contexto histórico, diferente daquele por ele

vivenciado: “houve tempo em que se defendeu e teve grande repercussão na Europa a tese de que cada nação, no sentido acima indicado, deveria constituir um Estado”<sup>33</sup>. O processo de historicização ao qual Accioly submete o tema vem também acompanhado de uma deslegitimação do ponto de vista técnico ao protagonismo das “nações”, como afirmava: “não é possível, entretanto, levar aos últimos extremos a aplicação do dito princípio”<sup>34</sup>, porque “[...] dificilmente se podem precisar os limites de uma nacionalidade”<sup>35</sup>. Também coerente com a ideia de que Estados de composição étnica heterogênea — como o Brasil —, constituíam uma nação, Accioly não hesitava em afirmar que essa “[...] está, pois, constituída por um conjunto de fatores que se não confundem com os do próprio Estado, nem como os dos agrupamentos de homens a que se dá o nome de povo. Seu elemento básico é o fator subjetivo, representado pela consciência nacional”<sup>36</sup>.

Segundo afirma Accioly, sendo bastante cuidadoso ao salientar as contradições que o próprio princípio apresenta,

[...] muitas vezes, dificilmente se podem precisar os limites de uma nacionalidade, a realização prática do sistema poderia conduzir ao absurdo da [...] dissociação de alguns Estados, que vivem perfeitamente felizes com os seus povos pertencentes a mais de uma nacionalidade (como é o caso, por exemplo, da Suíça e, também, o da Bélgica)<sup>37</sup>.

Nesse caso concreto, Accioly se afasta da opinião de François Laurent, um dos principais defensores da Teoria de Mancini na Bélgica, que via esse país como exemplo de nação concretizada sobretudo sobre o ele-

---

ceux qu'on est disposé à faire encore [...]) L'existence d'une nation est (pardonnez-moi cette métaphore) un plébiscite de tous les jours, comme l'existence de l'individu est une affirmation perpétuelle de vie”. RENAN, Ernest. *Qu'est-ce qu'une nation? Et autres essais politiques*. Paris: Pocket, 1992. p. 55.

<sup>30</sup> RENAN, Ernest. *Qu'est-ce qu'une nation? Et autres essais politiques*. Paris: Pocket, 1992. p. 221.

<sup>31</sup> AMERICANO, Jorge. *O novo fundamento do direito internacional e seu esteio na consciência universal*. São Paulo: Renascença, 1945. p. 21.

<sup>32</sup> AMERICANO, Jorge. *O novo fundamento do direito internacional e seu esteio na consciência universal*. São Paulo: Renascença, 1945. p. 21.

<sup>33</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1. p. 153.

<sup>34</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1. p. 111.

<sup>35</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1. p. 111.

<sup>36</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. I [1956]. São Paulo: Quartier Latin, 2009, ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1. p. 111. Continua o autor: “diz-se, assim, que uma nação é um conjunto de pessoas que possuem a mesma origem, as mesmas tradições, os mesmos costumes e aspirações comuns. Ordinariamente, os membros de uma nação falam língua idêntica, possuem a mesma religião, habitam o mesmo território. Mas há exemplos em sentido contrário. O que liga os membros de uma nação é um laço puramente moral, ao passo que no Estado existe um vínculo político”.

<sup>37</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1. p. 153.

mento volitivo, além daquele religioso. Para o diplomata brasileiro, justamente, as correntes doutrinárias que afirmam o protagonismo das “nações” no cenário internacional poderiam conduzir à desagregação da Bélgica, composta por três grupos étnicos e linguísticos muito diferentes entre si<sup>38</sup>.

Em 1958, Gerson de Britto Boson, no seu “Curso de Direito Internacional Público”, sacramentava a rejeição ao protagonismo das “nações” de modo muito objetivo, afirmando: “não só porque a expressão ‘nacionalidade’ tem hoje sentido preciso na técnica jurídica constitucional, como porque o conceito de ‘nação’, controverso que é [...] foge à realidade dos fatos, de vez que a nação não é aqui sujeito de Direito internacional, havendo Estados em que a população se constitui de nações diversas”<sup>39</sup>. Acolher tal teoria e transplantá-la para a cultura jurídica brasileira poderia ter por efeito, para Boson e os demais, a deslegitimação da própria constituição e história do Estado brasileiro.

Luiz Faro, no mesmo ano, seguiu o traçado de Pederneiras asseverando que “[...] apesar de todas as definições, nada mais vago do que a nacionalidade assim entendida. Vários elementos a constituem e nenhum, por si só, é suficiente para justificá-la”. Indo um pouco além do que Pederneiras e Accioly, Luiz Faro deslegitimou a teoria também do ponto de vista interno, demonstrando a fragilidade de seus pressupostos. Para o autor brasileiro, nesse sentido, “a identidade da raça não significa muito; todos os povos civilizados são o resultado da fusão de várias raças”<sup>40</sup>, assim como “a identidade de língua é um fator importante da nacionalidade, mas está longe de ser decisivo”<sup>41</sup> e “a identidade de cultura

[...] também não é decisiva. Sua importância tende a diminuir dado que, no mundo moderno, há um fundo comum de civilização facilitado pela frequência e rapidez das comunicações”<sup>42</sup>. Por fim, “quanto à religião, deixou de ser um fator preponderante”. A vontade de estar e permanecer juntos, que marca as correntes doutrinárias francófonas que têm por ícones François Laurent e de Ernest Renan, é salientada por Faro contra o próprio princípio, ao afirmar que é “[...] a nação um laço puramente moral, constituído pela tradição e a consciência do destino comum”<sup>43</sup>. Na teoria de Luiz Faro, aspectos fulcrais da constituição sociológica e da história do Brasil enquanto Estado independente incidem sobre a hipótese de uma eventual vigência do Princípio, fazendo com que o autor acabe por negá-la.

Em 1968, Oliveiros Litrento foi o último autor brasileiro a examinar, de modo minimamente aprofundado, no âmbito de um manual de direito internacional público, o Princípio. Também nesse texto a crítica é forte, e, para o autor esse é “[...] insuficiente para servir de base à organização da sociedade internacional”<sup>44</sup>, mesmo permitindo “[...] um critério para individualizar e estruturar os elementos da sociedade internacional”<sup>45</sup>, não consegue mostrar “[...] qualquer norma para organizar as relações entre os Estados nem assegura a estabilidade e a paz na comunidade internacional”<sup>46</sup>. O Princípio teria utilidade, portanto, em contextos muito diferentes e distantes daquele do Brasil do século XX, servindo, naturalmente, para lançar

[...] um movimento de fortalecimento da consciência coletiva dos povos, que se exteriorizou, por

<sup>38</sup> A crítica movida por Accioly não é original, nem recente. Na verdade, já no século XIX, o filósofo francês Pierre-Joseph Proudhon manifestou suas perplexidades ao modo, segundo ele errôneo, que os italianos concebiam e aplicavam a ideia de “Nação” ao levarem a cabo as iniciativas voltadas à unificação política da península: “[...] *les Italiens tendaient, ils tendent encore à former un grand royaume de tous les peuples réputés de sang et de langue italiens, ce qui aboutit, d’abord à englober dans un État unique, en dépit de leur nationalité parfaitement distincte et de leurs frontières nettement accusées par la nature, des États jusque-là indépendants, tels que le royaume de Naples, la Sicile, les États de l’Église et la Toscane [...]*”. PROUDHON, Pierre-Joseph. *Si les traités de 1815 ont cessé d’exister*. Paris: Dentu, 1863.

<sup>39</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. *Curso de Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares editora, 1958. p. 247.

<sup>40</sup> Continua o autor, no mesmo sentido: “A identidade da raça não significa muito; todos os povos civilizados são o resultado da fusão de várias raças”. FARO JR., Luiz P. F. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Haddad, 1956. p. 96.

<sup>41</sup> Continua o autor: “há Estados, como a Suíça, que são dos mais

perfeitos do mundo, e entretanto, seus habitantes falam idiomas diferentes. Por outro lado, povos da mesma língua, como americanos e ingleses, brasileiros e portugueses, são perfeitamente distintos”. FARO JR., Luiz P. F. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Haddad, 1956. p. 96.

<sup>42</sup> “Sua importância tende a diminuir dado que, no mundo moderno, há um fundo comum de civilização facilitado pela frequência e rapidez das comunicações. Quanto à religião, deixou de ser um fator preponderante”. FARO JR., Luiz P. F. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Haddad, 1956. p.

<sup>43</sup> Continua o autor: “o elemento mais importante é o moral, a vontade dos diversos membros de uma comunidade de formarem uma mesma nação, mas só a reunião de todos esses elementos pode constituir a nacionalidade”. FARO JR., Luiz P. F. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Haddad, 1956. p. 55.

<sup>44</sup> OLIVEIROS LITRENTO. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 57.

<sup>45</sup> OLIVEIROS LITRENTO. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 57.

<sup>46</sup> OLIVEIROS LITRENTO. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 57.



exemplo, na independência da Bélgica e da Grécia, culminando, na segunda metade do século XIX, na constituição do Império Alemão, após a guerra franco-alemã de 1870 e na unificação da Itália<sup>47</sup>.

Foram poucos os doutrinadores de direito internacional público que no Brasil dedicaram algumas páginas ao Princípio, tampouco aqueles que o legitimaram<sup>48</sup>. Ainda na primeira metade do século XX, são eloquentes os silêncios de Rui Barbosa<sup>49</sup>, que, em todo o conjunto de sua obra, cita, constantemente, as expressões “nações” e “nacionalidades” como sinônimos de “Estado”, assim como a ausência de análises sobre o tema nos manuais de Manuel de Souza Sá Vianna<sup>50</sup>, de Eptácio Pessoa<sup>51</sup> e de Clóvis Bevilacqua<sup>52</sup>. Nas obras de direito internacional público dos últimos autores, se constata uma abordagem estatista que não deixa margem para qualquer reflexão sobre o tema. Bevilacqua, em particular, quase como que em um ato de desprezo, ignora por completo, no manual há pouco citado, a existência do Princípio, rejeitando-o com firmeza no seu manual de direito internacional privado, como será visto a seguir.

Ao longo da segunda metade do século XX, a ausência de análises do Princípio na ciência brasileira do direito internacional público — para exaltá-lo ou criticá-lo — se acentuou sensivelmente, seguindo-se um contínuo elenco de autores consagrados na doutrina que não o abordam. É o que acontece, por exemplo, com os “Estudos de Direito Internacional”, de Gilda Russomano<sup>53</sup>, publicado em 1965, com o “Curso de Direito Internacional Público”, de Celso Albuquerque de Mello, publicado, pela primeira vez, em 1967<sup>54</sup> e obtendo quinze

edições, e, com o “Curso elementar” de Francisco Rezek, publicado pela primeira vez em 1991<sup>55</sup>, atualmente na sua décima sexta edição. Nesses últimos, sem que seja feito qualquer menção à teoria italiana, vem imputado ao conceito de “nação” um conteúdo sociológico com escasso valor jurídico.

Mas é possível identificar um ponto de partida de onde derivaria a linha crescente de rejeição ao princípio das nacionalidades na doutrina internacionalista brasileira? Ao longo das décadas, como foi possível observar, os manuais e tratados de direito internacional público se apropriam das críticas e, posteriormente, da rejeição do princípio, historicizando-o, mas sem que identifiquem o fenômeno ou momento exato em que os fundamentos dessa reflexão se baseiam. Esse momento de identificação, contudo, será muito mais claro e evidente, no universo dos manuais e tratados de direito internacional privado, como se verá na seção 2.

### 3 Mancini e as doutrinas brasileiras de direito internacional privado

Antes, ainda, de ser objeto de análise no âmbito da doutrina de direito internacional público, as primeiras críticas à doutrina do protagonismo das “nações” no direito internacional emergiram no universo privatista brasileiro, praticamente nas vésperas do século XX. O civilista Carlos Augusto de Carvalho, em 1899, na longa introdução ao seu estudo, intitulado “Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis”, escreveu, com desconfiança, sobre o pressuposto defendido por Mancini, dizendo-o ser “cheio de seduções” e com “ardentes prosélytos”<sup>56</sup>. Também, muito antes dos autores de obras de direito internacional público, Carvalho historicizou a teoria, afirmando que “[...] surgindo em um momento histórico, devia ter carácter particularíssimo e regional [sic]”<sup>57</sup> e, aparentemente bastante irritado, denunciou o pressuposto teórico por ter conseguido do

<sup>47</sup> OLIVEIROS LITRENTO. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 57.

<sup>48</sup> Situação bastante diferente ocorreu na doutrina argentina, em que o princípio foi por muitas décadas amplamente aplaudido na maioria dos manuais de direito internacional público. A respeito, vide, DAL RI JR., Arno. *Mancini in the Platine Basin: The Reception of the Principle of Nationalities in Argentina, Uruguay and Brazil*. *Forum historiae iuris*, 2018. Disponível em: <https://forhistiur.net/en/2018-12-dal-ri-jr/abstract/?l=en>.

<sup>49</sup> BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1900, em cinquenta volumes.

<sup>50</sup> SÁ VIANNA, Manoel Álvoro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908. v. 1. p. 300.

<sup>51</sup> PESSOA, Eptácio. *Projecto de código de direito internacional publico*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911.

<sup>52</sup> BEVILACQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. A synthese dos princípios e a contribuição do Brasil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

<sup>53</sup> RUSSOMANO, Gilda. *Estudos de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Kofino, 1965.

<sup>54</sup> MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

<sup>55</sup> REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>56</sup> CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: L. Francisco Alves, 1899. p. LXXVII.

<sup>57</sup> CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: L. Francisco Alves, 1899. p. LXXVII.

direito internacional privado “apoderar-se e para desalojá-lo não será pequena a resistência [sic]”<sup>58</sup>.

Do ponto de vista eminentemente teórico, os pressupostos de Mancini foram criticados ferozmente por Carvalho porque, segundo a síntese de Haroldo Valladão, contemplam as leis de direito público, territoriais, como aplicáveis a todos no respeito à soberania estatal; de direito privado necessário, pessoais, de efeito extra-territorial, acatando a nacionalidade de cada indivíduo; e de direito privado voluntário, dependendo da autonomia da vontade, sob a influência direta da liberdade “com a ação dos princípios da liberdade, da nacionalidade e da soberania e independência políticas”<sup>59</sup>. Ainda Valladão interpreta algo essencial para a nossa análise, válido já para as primeiras menções à teoria de Mancini, ou seja, a doutrina brasileira a via como um fenômeno mais amplo, fermentado na Itália, amadurecido na França e na Bélgica, e amplamente propagado pelo *Institut de Droit International*<sup>60</sup>.

Prova do que afirma Valladão pode ser verificada já em 1906, com a publicação da obra a “Princípios elementares de Direito Internacional Privado”, de Clóvis Bevilacqua, na qual o autor intitula o parágrafo VIII

<sup>58</sup> Para tanto menciona, inclusive, os esforços de importantes doutrinadores europeus para debater a viabilidade de substituição da lei do domicílio pela lei da nacionalidade: “sem refolho Henri Jacques, em parecer votado quase unanimemente no 18º congresso da sociedade alemã dos juristas (Wiesbaden, 1886) sobre a these ‘*Em que casos deve-se substituir a lei do domicílio pela da nacionalidade*’, opinando por esta, lançou significativo conceito: ‘un des intérêts les plus importants d’un État est d’augmenter la force du sentiment patriotique de ses sujets, le sentiment du devoir envers leur patrie; il est conforme à cet objet de maintenir, même à l’extérieur, l’autorité de la loi nationale’. Não é possível accentuar melhor os intuitos da doutrina. Tem ella elos aspectos, político e juridico. Em notabilissimos estudos Pillet e Bartin salientão a difficuldade de estabelecer regras geraes para resolver os conflictos de leis. O primeiro observa: ‘*tout conflit de lois recouvre un conflit de souveraineté et doit emprunter a solution à des raisons de droit public*’. O segundo: ‘*la solution du conflit des lois en matière personnelle nous apparait comme étroitement liée à ce qu’il a y de plus intime et de plus profond dans l’État qui la donne, je veux dire, aux conditions même d’existence de cet État dans l’ordre des faits sociaux et politiques*’”. CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: L. Francisco Alves, 1899. p. LXXIX.

<sup>59</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 130.

<sup>60</sup> “Assim divulgada no Institut de Droit International e no *Clunet* (a grande revista de DIP até hoje circulando), com o projeto de uniformização para todos os Estados, por um ou vários tratados internacionais [...] a nova doutrina obteve grandioso sucesso na Europa continental e mundo e, em parte, na América Latina”. VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 130.

desta como “Escola Italiana e Franco-Belga”<sup>61</sup>, analisando os pressupostos dessa última como se fosse um só conjunto: “as idéas geraes da eschola italiana foram acceitas por Laurent, Lainé, Surville e Arthuis, Audinet, Weiss e outros, alguns mantendo-lhes a feição rigorosa dos primeiros mestres, outros additando-lhes conceitos hauridos aliunde [sic]”<sup>62</sup>.

Voltando a Carvalho e à sua dura reação em 1899, essa ultrapassa os limites das questões meramente teóricas, se revestindo, também, de um evidente teor político-ideológico, à medida que demonstra a preocupação perante o risco à soberania dos Estados americanos diante da possibilidade de aplicação por parte dos Estados europeus do Princípio, no âmbito direito internacional privado, ao se referir aos inúmeros imigrantes italianos, espanhóis, alemães, austríacos, irlandeses, poloneses, que, por meio de intensos fluxos, se fixaram no países do Novo Mundo. Um risco, inclusive, já alertado no Congresso Sul-Americano de Direito Internacional Privado acontecido em Montevidéu, entre 1888 e 1889<sup>63</sup>, citado pelo autor<sup>64</sup>. Entre os argumentos con-

<sup>61</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. Salvador: Magalhães, 1906. p. 37. Alguns anos mais tarde STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 239, identificará na obra do estatutário Charles Dumoulin (1500-1566) as origens mais remotas do influxo doutrinário italiano no universo jurídico francófono, afirmando que “Dumoulin é o elemento de ligação entre a escola italiana e a escola francesa, tanto assim que muitos chamam a escola italiana de escola ítalo-francesa”. A essa afirmação precede uma outra, em que Laurent vem citado: “Dumoulin apresenta muitos pontos de contato com a mais recente escola francesa e não é sem razão que Laurent o considera como um dos escritores mais remarcáveis”.

<sup>62</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. Salvador: Magalhães, 1906. p. 41.

<sup>63</sup> O “*Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado, instalado en Montevideo el 25 de agosto de 1888 y clausurado el 18 de febrero de 1889*” foi uma iniciativa dos governos argentino e uruguaio, ao qual convidaram as demais nações do subcontinente, tendo aceito o convite e participado Brasil, Bolívia, Chile, Paraguai e Peru.

<sup>64</sup> “*A exposição de motivo dos Drs. Quintana e Ramirez, este relator da comissão de direito commercial e aquele da maioria da de direito civil, reclama attenta leitura. Juridico en la superficie, político en el fondo, disse o Dr. Quintana, el sistema de la nacionalidad confunde á sabienda dos órdenes de ideas y de relaciones tan distintas entre si, que en realidad son diametralmente opuestos. El derecho político no es el civil y el ejercicio de la ciudadanía es independiente de la capacidad de contratar. El primero solo afecta al nacional; mientras que el segundo tiene por sujeto al hombre. La ciudadanía determina el goce de funciones publicas; mientras que la capacidad gira en la esfera de los derechos privados. La naciones americanas, recibiendo continuamente millares de inmigrantes de toda las nacionalidades existentes, perderian rápidamente su propia cohesión, si la capacidad de los inmigrantes, su estado y familia hubieran de continuar regidos para siempre por las de las leyes patrias abandonadas. Su unidad politica, expresión elevada de la soberania, no tardaria*

clusivos, esgrimados por Carvalho contra a teoria propagada pelo *Institut de Droit International*, está o fracasso das conferências da Haia de 1893 e de 1894 na tentativa de codificá-la, assim como no fato de as conferências posteriores terem, majoritariamente, adotado a lei do domicílio<sup>65</sup>. A mesma opinião é, em parte, compartilhada do Bevilacqua, que, na já mencionada obra de 1906, criticava-a de modo bastante particular:

si é offensivo da soberania dos Estados impor aos seus súbditos leis extranheiras, quando elles se acham no estrangeiro, pode, também, ser desrespeito a essa mesma soberania tolerar, dentro de um Estado, que imperem outras leis além das que elle entendeu necessárias à direcção da vida social a que preside. Depois, si o argumento procedesse, como justificar as excepções oriundas da ordem pública e da forma dos actos? O Estado tem o direito de conservar-se e defender-se, e, por consequência, dizem, ‘de repellir as leis que contradizem as bases fundamentaes sobre que assenta a sua própria organização’. Perfeitamente; mas, nesse caso, não é pelo seu caracter pessoal que as leis se tornam extra-territoriaes, e sim porque os Estados estrangeiros as toleram em seu seio, e elles naturalmente as admittem, porque ellas são uma forma, uma expressão da idéa de justiça que elle tenta realizar em suas próprias leis [sic]<sup>66</sup>.

tampoco en resentirse de su falta de unidad legislativa y el fraccionamiento seria con el tiempo la amenaza constante de su integridad. Ahora bien, si los pueblos pueden jugar su independencia al azar de las batallas, jamás la abdicar voluntariamente en aras de nada ni de nadie”. CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: L. Francisco Alves, 1899. p. LXXXII. Mesmo assim, como reporta André de Carvalho Ramos, “[...] para o Império brasileiro, o princípio da nacionalidade seria um atrativo ao estrangeiro, que, sem ele, não seria estimulado a aceitar a imigração à América do Sul. O Brasil não ratificou nenhum dos tratados aprovados na Conferência”. RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das fontes e o novo Direito Internacional Privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109 p. 607, 2014.

<sup>65</sup> CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: L. Francisco Alves, 1899. p. LXXXIII. Mesmo não mencionando François Laurent, Carvalho se apoiou na obra do jurista belga ao escrever seu estudo, algo que vem comprovado pelo próprio civilista: “Laurent no *Avant Projet* de Révision du Code Civil Belge e a comissão que o substituiu em 1884 redigirão o *Título Preliminar*, aquelle em 37 artigos, esta em 17. [...] No presente trabalho acha-se também um *Título Preliminar*, acompanhando de perto no modo de exposição os projetos de Nabuco e Laurent”. CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: L. Francisco Alves, 1899. p. XX.

<sup>66</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. Salvador: Magalhães, 1906. p. 42. A questão envolvendo a ordem pública, a lei nacional e o princípio das nacionalidades, levantada por Bevilacqua nessa passagem, ecoa em vários ambientes da doutrina brasileira de formas variadas. Algumas décadas mais tarde, João Oliveira Filho tentou apresentar um quadro mais aprofundado

Uma década depois, em 1916, Rodrigo Octávio publicou artigo no segundo volume da “Revista Jurídica” em que, também, lançou críticas às teorias do direito internacional privado que se apoiam no protagonismo das “Nações”, alegando que não é mais do que uma “expressão filosófica” das ideias das antigas escolas estatutárias<sup>67</sup> e concluindo que

[...] se de um lado o estrangeiro fora da pátria e em qualquer país estranho, como homem e em nome do princípio de *Liberdade* e de *Nacionalidade*, pode reclamar em qualquer território e de qualquer soberania o *reconhecimento* e a *conservação* de seu *direito privado*; de outro lado a *soberania imperante*, em qualquer *território* dentre de seus limites, em nome do outro princípio da *independência política do Estado*, pode repelir qualquer alteração ou ofensa ao seu *Direito Público* e á *Ordem Pública*, como aprouver á autonomia da vontade nacional constituir e regular, e ainda póde com inteira legitimidade negar aos estrangeiros o reconhecimento de qualquer *qualidade* e o exercício de qualquer *faculdade* que se traduza n’uma lesão do *direito público* do país que o hospede, coagindo-o a pautar suas próprias acções a todas as leis de segurança publica e de polícia, meios preservativos e tutelares da tranquilidade e ordem publicas, dos bons costumes e dos direitos primitivos inherentes á natureza humana e á liberdade [sic]<sup>68</sup>.

No mesmo ano em que publicou Rodrigo Octávio, entrou em vigor, no Brasil, o primeiro Código Civil<sup>69</sup>, sendo as normas que regem o direito internacional pri-

do conceito de ordem pública entre os defensores europeus da Teoria do Protagonismo das “Nações”, extraíndo deles a compreensão de que, em todos os países, “[...] o respeito aos princípios superiores da moral humana e social, tais como são estabelecidos e praticados no país, os bons costumes, os direitos primitivos inerentes à natureza humana e as liberdades aos quais, nem as instituições positivas, nem qualquer governo, nem os atos da vontade humana, poderiam impor derrogações válidas e obrigatórias para os Estados. Se as leis positivas de um Estado, um julgamento estrangeiro ou os atos e os contratos feitos no estrangeiro violam estes princípios ou estes, cada soberania, longe de aceitar estas ofensas à natureza e à moralidade humanas, poderá, a justo título, recusar qualquer efeito e toda execução sobre o seu território. Pode-se regular não somente as instituições incompatíveis com a ordem econômica estabelecida em determinada sociedade, ordem econômica que se compreende na ampla acepção da ordem pública”. OLIVEIRA FILHO, João. Ordem Pública. In: SANTOS, João Manuel de Carvalho (org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Borsó, 1945. v. 35. p. 250-251.

<sup>67</sup> O texto de Octávio tem por objetivo a crítica do princípio das nacionalidades tal qual proposto por Pasquale Stanislao Mancini, mas acaba se estendendo a todas as demais teorias europeias que a esse se aproximam. Vide, OCTÁVIO, Rodrigo. A teoria de Mancini. *Revista Jurídica*, 2 (1916), p. 428.

<sup>68</sup> OCTÁVIO, Rodrigo. A teoria de Mancini. *Revista Jurídica*, v. 2, p. 430, 1916.

<sup>69</sup> Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916, “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”.



vado brasileiro disciplinadas pela “Lei de Introdução do Código Civil”, elegendo o elemento de conexão da nacionalidade como aquele ideal, considerando-se o estatuto pessoal da pessoa física<sup>70</sup>. A lei do domicílio, nesse primeiro momento, somente se aplicava de modo subsidiário<sup>71</sup>, quando a pessoa fosse apátrida ou possuísse mais de uma nacionalidade<sup>72</sup>. É uma adesão clara ao modelo proposto pelo grupo de juristas que, algumas décadas antes, dominava o panorama teórico do *Institut de Droit International*, entre eles François Laurent. Essa hipótese foi, posteriormente, confirmada por Filadelfo Azevedo, ao levantar a hipótese de que a aplicação do critério da nacionalidade no Brasil foi devida ao “francesismo”, ou seja, à tendência do direito internacional privado em imitar a legislação francesa<sup>73</sup>.

A ideia da existência de uma “Escola ítalo-franco-belga”, já propagada por Bevilacqua na sua obra de 1906, parece inicialmente retornar com um parecer favorável no manual publicado por Aducto Fernandes em 1955<sup>74</sup>, quando esse afirma que tal escola “[...] influenciou consideravelmente no progresso e estudo do direito internacional privado, não só no seu aspecto científico, como especialmente de modo benéfico impôs-se na reforma das legislações modernas”<sup>75</sup>. Citando François Laurent entre os mesmos autores francófonos mencionados anteriormente por Bevilacqua como membros da

escola, Fernandes salientou a peculiaridade apresentada por esses, ou seja, a crença, como princípio, de que:

a lei, quando disciplina uma relação privada, tem por objeto e utilidade o interesse da pessoa; no entanto não pode reger senão aqueles atos e fatos para que foi feita, mas, em princípio a norma deve governar essa relação, onde quer que se ache a pessoa, e quaisquer que sejam as relações de direito por ela disciplinadas, salvo, juridicamente, as exceções resultantes da ordem pública internacional, das regras *locus regit actum*, e da autonomia da vontade [sic]<sup>76</sup>.

A crítica de Fernandes, contudo, não tarda a chegar, deslegitimando a aplicabilidade prática da teoria justamente no seu principal postulado, ou seja, o Princípio da Personalidade das Leis. Esse, conforme Fernandes, somente poderia ser admitido

[...] como princípio de reação ética, de benevolência e de bondade, que todos nós reconhecemos agradecidos pelo muito que tem feito em favor dos indivíduos. Mas não é possível confundir-lo com a realidade que oferecem as ideias de territorialidade e extraterritorialidade. As vitórias alcançadas pela escola [...] resultaram como conquista realizadas pelo espírito de liberdade e de justiça de seus postulados, mas nunca como aplicação rigorosa da lei territorial como império absoluto em país estrangeiro<sup>77</sup>.

Na sua obra de 1956, no capítulo em que apresenta as “Quatro escolas do século XIX”, Amílcar de Castro menciona os escritos de Mancini. Não tendo em boa conta a doutrina do jurista italiano, na sua análise, Castro afirmou que esta não pretendia criar uma construção jurídica sólida, se limitando a uma retórica que impedia a elaboração de uma teoria concatenada em sucessão lógica de proposições abstratas, assim como dela seria impossível estabelecer um sistema<sup>78</sup>. Segundo Castro, que comentava de um modo quase jocoso,

os adeptos da escola italiana, diante de um fato internacional, não cuidam de analisar seu conteúdo, de sondar sua natureza, para procurar o direito que lhe seja mais adequado, e sim tratam apenas de saber qual seja a nacionalidade das pessoas. Ora, a nacionalidade é uma das várias circunstâncias de conexão que costumam ser consideradas na especial apreciação dos fatos anormais [...], nem ao menos é mais importante, não podendo por isso mesmo servir de base a um sistema de direito internacional privado<sup>79</sup>.

<sup>70</sup> Artigo 8: “a lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira”.

<sup>71</sup> Artigo 9: “aplicar-se-á subsidiariamente a lei do domicílio e, em falta desta, a da residência: I. Quando a pessoa não tiver nacionalidade. II. Quando se lhe atribuírem duas nacionalidades, por conflito, não resolvido, entre as leis do país do nascimento, e as do país de origem; caso em que prevalecerá, se um deles for o Brasil, a lei brasileira”.

<sup>72</sup> Em 1922, poucos anos após a entrada em vigor do primeiro Código Civil, foi realizado, no Rio de Janeiro, o Congresso no qual Rodrigo Otávio defendeu a adoção do Princípio do Domicílio, sugestão aprovada na assembleia do referido evento. Nesse período, como informa Aline Beltrame de Moura, “[...] o Brasil permanecia isolado no continente latino-americano, rompendo com a antiga tradição somente em 1942, com a reforma da Lei de Introdução ao Código Civil que substituiu o elemento de conexão da nacionalidade por aquele do domicílio, cuja redação se mantém inalterada ainda hoje”. In: MOURA, Aline Beltrame de. O critério de conexão da nacionalidade na doutrina e na legislação de Direito Internacional Privado brasileiro (1863-1973). *Sequência*, v. 79, p. 212, 2018.

<sup>73</sup> AZEVEDO, Filadelfo de. *Revista Forense*, v. 92, p. 352, 1942.

<sup>74</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955.

<sup>75</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955. p. 92-93.

<sup>76</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955. p. 96.

<sup>77</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955. p. 97.

<sup>78</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955. p. 196.

<sup>79</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*.

A crítica de Castro ainda é, ainda, mais crua e severa quando o autor salienta o que parece considerar incoerências de base da própria doutrina, que “[...] funda-se em nacionalidade num sentido, e aplica-se pela nacionalidade noutro sentido, isto porque não há a imaginada coincidência de nação com Estado”<sup>80</sup>. A doutrina seria, na verdade, o resultado de uma estratégia política típica do *Risorgimento*:

[...] como a Itália se encontrasse subdividida em principados dominados por Estados diferentes, e principalmente sob jugo austríaco, logo após a revolução de 1848, políticos, pensadores, agitadores patrióticos, intentaram congregá-los em nação independente. Mancini, então político notável e orador afamado, defendeu com ardor o princípio da nacionalidade afirmando que a cada nação devia corresponder um Estado, pois a unidade em que o direito internacional devia preponderar era a *nação*, e não o Estado<sup>81</sup>.

Tendo por premissa a realidade brasileira e latino-americana, já debatida em outros doutrinadores não somente do direito internacional privado e também nos de direito internacional público, sublinha a inadequação para os Estados do novo mundo ao afirmar que “o povo da maioria dos Estados compõe-se de indivíduos provenientes de diversas nações; e além disso, pela naturalização, passam de um para outro Estado”<sup>82</sup>. Mesmo para os nacionalistas, ao final, “[...] o direito que acompanha a pessoa *ut cicitrix in corpore* é sempre *o do Estado*, e não o da nação a que o indivíduo pertence”. Por tal motivo, e perante “[...] relações estabelecidas entre indivíduos de nacionalidade diferentes, outro remédio não indica senão o abandono do princípio básico, o que basta para mostrar a inconsistência da doutrina”<sup>83</sup>.

Wilson Campos Batalha, em 1961, menciona a escola italiana no seu manual, assim como critica Mancini “[...] e seus seguidores por terem formulado uma doutrina popular de cunho político e não uma doutrina científica”<sup>84</sup>. Praticamente, se limita a repetir os funda-

mentos da doutrina do italiano e a questionar suas “pretensões universalistas”<sup>85</sup> com os mesmos argumentos trazidos anteriormente por Amílcar de Castro, ou seja, a inaplicabilidade do Princípio nos países receptores de fluxos migratórios.

A obra publicada em 1978 por Irineu Strenger menciona, várias vezes, a produção de Mancini, sendo, muito provavelmente, juntamente aos escritos de Amílcar de Castro, aquela que melhor apresentou as ideias do jurista italiano nas nossas doutrinas de direito internacional privado. A abordagem alcança, especificamente, o tema do presente artigo quando passa a apresentar aquelas que são chamadas “principais escolas” doutrinárias. Nesse quadro, insere o Princípio no âmbito da “escola nacionalista”, que teria por principal pressuposto a afirmação de que “[...] o direito internacional privado é um conjunto de regras estabelecidas pelos legisladores do Estado, formando uma parte do direito nacional de cada país”<sup>86</sup>.

No que se refere, especificamente, à obra de Mancini, já de início Strenger chama a atenção ao fato de que os objetivos do jurista italiano são intimamente ligados a um projeto político ao qual, antes como homem público e depois como jurista, ele seria um dos propulsores: “na política jurídica visava Mancini a unificação da Itália e o estabelecimento de uma confraternização política universal”<sup>87</sup>. Conforme salienta Strenger, esse ângulo de observação estritamente político se reflete, imediatamente, na obra de Mancini, quando esse último vê acontecer a constituição do Estado somente “[...] porque a nação se organiza politicamente”<sup>88</sup>. Uma doutri-

Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955. p. 198.

<sup>80</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955. p. 198.

<sup>81</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955. p. 196.

<sup>82</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955. p. 196.

<sup>83</sup> FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955. p. 196.

<sup>84</sup> BATALHA, Wilson de Souza C. *Tratado elementar de direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. v. 1. p. 198.

<sup>85</sup> BATALHA, Wilson de Souza C. *Tratado elementar de direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. v. 1. p. 198.

<sup>86</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 148. Não só Pasquale Stanislao Mancini, mas também Étienne-Adolph Bartin, Franz Kahn, Theodor Niemeyer, Albert Venn Dicey e François Laurent, são citados como sendo expoentes dessa escola, imputando-os o argumento principal “[...] de que o direito internacional privado constitui uma parte do ordenamento jurídico nacional, portanto, direito estatal com as suas fontes de produção jurídica igualmente estatais”. In: STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 152. Os argumentos da escola nacionalista, ainda na opinião de Strenger, “[...] não resistem a algumas críticas, tendo em vista as novas dimensões de nossa disciplina”, críticas essas advindas sobretudo do internacionalista ao qual o doutrinador brasileiro declara abertamente se filiar. Vide, STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 153.

<sup>87</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 269.

<sup>88</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 269.

na cujos fins eminentemente políticos estaria, também, evidenciado no seu caráter “[...] essencialmente nacional ou nacionalista”<sup>89</sup>, baseado no qual se considerava legítimo o governo “[...] interferir na vida do cidadão até o instante em que não fira a sua liberdade inofensiva, que devia ser respeitada também no estrangeiro”<sup>90</sup>.

Generoso com o jurista italiano, Strenger não poupou páginas para apresentar o princípio, seus desdobramentos e articulações na Itália e no resto da Europa, indicando-o como tendo uma “influência gigantesca na promoção direito internacional privado”<sup>91</sup> ao inaugurar “[...] o Princípio da Nacionalidade, da personalidade do direito, que não se confunde com o Princípio da Personalidade do Direito no período das invasões bárbaras, quando o juiz aceitava a *professio iuris*”<sup>92</sup>. A impossibilidade de confusão emergiria, justamente, do fato, de na proposta de Mancini existir “a aplicação do *princípio da nacionalidade relativa* do direito, expressa no princípio de autonomia da vontade [...] e dentro de um direito espacial”<sup>93</sup>.

Malgrado o amplo espaço dedicado a examinar a doutrina de Mancini e os seus desdobramentos na ciência do direito internacional privado, o manual de Irineu Strenger conclui a sua análise afirmando que “a teoria de Mancini é interessante, mas defeituosa”<sup>94</sup>. Ao fazê-lo, rompeu com a impressão dada nas primeiras páginas do exame, em que acolheu, com simpatia, os pressupostos do jurista italiano, por mais farfalhantes e românticos que fossem. A crítica movida por Strenger também surpreende ao não se valer dos argumentos marcados por um fundo político e ideológico latino-americanista que os autores a ele anteriores extraem das inúmeras vezes citada Conferência de Montevidéu, de 1899. Para Irineu Strenger, o grave erro cometido pelo jurista italiano estaria sobretudo “[...] ao admitir que o direito internacional privado se circunscrevia às nações, pois não são as nações que se diferenciam do ponto de vista do conflito

legislativo porque há possibilidade de nações, de raças, costumes diversos, estarem abrangidas pela legislação de um mesmo Estado”<sup>95</sup>.

## 4 Considerações finais

As duras reações ao Princípio das Nacionalidades, que surgiram no âmbito da Conferência de Montevideo de 1899, parecem ter, imediatamente, se tornado a referência para a ciência brasileira do direito internacional, seja esta voltada às análises dos fenômenos jurídicos de natureza pública ou privada, ecoando de diferentes modos nos manuais de ambas as disciplinas. Não obstante esse contexto, dezessete anos depois, com a aprovação por parte do Parlamento brasileiro do primeiro Código Civil, o Princípio será recebido como critério primário o Princípio da Lei Nacional, sobre o qual serão fundadas as relações no panorama internacional privado. Trata-se de uma situação bastante complexa, na qual emerge um evidente dissenso entre os legisladores e os grandes autores das duas disciplinas. O Princípio da Lei Nacional somente foi abandonado em 1942, quando foi realizada a reforma da “Lei de Introdução ao Código Civil”<sup>96</sup>, substituindo o critério da nacionalidade por aquele do domicílio.

Ao longo das quatro décadas entre 1899 e 1942, as inúmeras críticas lançadas pela doutrina publicista e privatista apresentam-se quase todas pouco mais moderadas ou pouco mais rígidas a respeito daquelas

<sup>95</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 270, p. 272.

<sup>96</sup> Os artigos 7 e 10 da LICC de 1942 tiveram a redação mantida pela reforma de 2010, sendo até a data atual inalteradas. O artigo sétimo prevê que “a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”, enquanto o texto ao artigo décimo dispõe que “A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens”. Sobre o tema, como reporta Aline Beltrame de Moura, “na Exposição de Motivos da citada reforma, fica claro o discurso a favor da lei do domicílio como sendo o critério mais apropriado para disciplinar tais relações, sendo considerado um vínculo jurídico mais seguro em um país de imigração como o Brasil. Dada a vasta extensão territorial e a necessidade de integrar melhor os estrangeiros aqui residentes, a adoção da regra do domicílio apresentava-se como uma necessidade de ordem pública, imposta por um sentimento de legítima defesa da vida nacional”. In: MOURA, Aline Beltrame de. O critério de conexão da nacionalidade na doutrina e na legislação de Direito Internacional Privado brasileiro (1863-1973). *Seqüência*, v. 79, p. 212, 2018.

<sup>89</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 271.

<sup>90</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 271.

<sup>91</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 269.

<sup>92</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 270.

<sup>93</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 270.

<sup>94</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 270.



elaboradas por Carlos Carvalho e Clóvis Bevilacqua. Fenômeno análogo pode ser constatado em relação às críticas produzidas nos debates da própria Conferência de Montevideo, que salientavam o fato de os Estados americanos que foram destino dos grandes fluxos migratórios da segunda metade do século XIX — como é justamente o caso do Brasil. Não comportariam, no seu ordenamento, um princípio que perpetuasse o direito exclusivo à nacionalidade de origem dos emigrantes e seus descendentes, em detrimento à obtenção da nacionalidade do país de destino. Por um lado, além da tomada de posição no âmbito da Conferência, também indicados outros dois eventos peculiares da história brasileira como justificadores da aplicação do critério de conexão: por primeiro, as razões políticas que conduziram a naturalização em massa proporcionada pelo decreto da “Grande Naturalização”<sup>97</sup> do governo neorepublicano, em 1891, voltado à naturalização em massa dos estrangeiros presentes no território brasileiro; por outro, as razões de segurança nacional que envolviam o Estado Novo, em pleno período de conflito bélico mundial, influenciaram a substituição do critério principal de conexão, levando que os indivíduos estrangeiros e seus descendentes fixados definitivamente no território brasileiro fossem submetidos a um processo de afastamento da pátria de origem e, posteriormente, de nacionalização como brasileiros<sup>98</sup>.

Esse contexto político fez, também, com que a Exposição de Motivos da reforma da Lei de Introdução parcialmente se afastasse das razões expostas por Savigny para justificar o domicílio como critério de conexão apropriado para reger a pessoa<sup>99</sup>. Como vem mencio-

nado no próprio texto da Exposição<sup>100</sup>, foi a Augusto Teixeira de Freitas que se voltou a nova norma, jurista brasileiro que, por sua vez, contemplava os pressupostos lançados por Henry Wheaton<sup>101</sup> e por Antoine Maillet de Chassat<sup>102</sup> para rejeitar a ideia da lei nacional:

<sup>100</sup> “Onde, porém, reside a maior inovação no projeto anexo é nos arts. 7 e 10, que, rompendo com a tradição do nosso Direito Internacional Privado, firmaram o princípio da lei domiciliar, como reguladora da capacidade civil, dos direitos de família, das relações entre os cônjuges e da sucessão legítima ou testamentária. A legislação brasileira, desde 1850, adotada o princípio oposto, o da lei nacional, em vigor nos países do velho continente, interessados em manter seus filhos ligados à pátria, através dos seus costumes e da aplicação do direito desta. Desprezamos, por isso, em tempo oportuno, a sábia lição de Teixeira de Freitas, que acolheu em seu esboço o princípio da lei do domicílio, a qual foi adotada na Argentina e noutros países do continente”. In: EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS AO DECRETO-LEI N. 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, p. 58. Citado também por DOLINGER, Jacob. *Direito internacional Privado*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 321-322.

<sup>101</sup> Teixeira de Freitas cita o jurista norte americano por meio de sua edição francesa, “*Chaque État indépendant possède le pouvoir exclusif de législation quant aux droits personnels de ses citoyens et quant aux biens mobiliers et immobiliers situés dans le territoire de l’État, et appartenant à ses citoyens ou à des étrangers [...] Chaque nation possède et exerce seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans toute l’étendue de son territoire. De ce principe il résulte que les lois de chaque État affectent, obligent et régissent, de plein droit, toutes les propriétés immobilières et mobilières qui se trouvent dans son territoire, comme aussi toutes les personnes qui habitent ce territoire, qu’elles y soient nées ou non; enfin, que ces lois affectent et régissent tous les contrats passés, tous les actes consentis dans les limites de ce même territoire. [...] tous les effets que les lois étrangères peuvent produire dans le territoire d’un État dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de cet État. Un État n’étant point obligé d’admettre dans son territoire l’application et les effets des lois étrangères, il peut indubitablement leur refuser tout effet dans ce territoire: il peut prononcer cette prohibition à l’égard de quelques-uns seulement, et permettre que d’autres produisent leurs effets en tout ou en partie. Si la législation de l’État est positive sous l’un ou l’autre de ces points de vue, les tribunaux doivent nécessairement s’y conformer*”. WHEATON, Henry. *Éléments du droit international*. Leipzig: Brockhaus, 1852. p. 101-102.

<sup>102</sup> Nas palavras de Maillet de Chassat: “*je ramène à deux questions générales l’exposition de la seule doctrine que me paraisse comporter la matière. De là peut-être sortira le véritable sens des dispositions incohérentes qui la régissent. Une nation est-elle forcée de reconnaître et d’appliquer sur son territoire la législation étrangère, à l’effet de faire respecter dans chacun de ses membres sa nationalité, et d’en faire consacrer les résultats par cette nation? En cas d’affirmative, quelles, sont les limites au-delà desquelles l’application de cette règle ne serait qu’une violence faite à l’indépendance de la nation étrangère? Si je sens bien la portée de ma première question, elle doit être l’équivalente de celle-ci: Une nation est-elle tenue de reconnaître dans l’étranger qui vient fouler son territoire, non un homme que protège dans toutes les hypothèses, dans tous les sens, le droit naturel, mais expressément le membre d’un corps politique étranger que couvre sa nationalité, et l’obligation précise, pour la nation au sein de laquelle il se trouve, de lui en assurer les résultats? Si la solution de cette question est écrite quelque part, ce que j’ignore, elle n’est entrée, du moins, ni dans les vérités généralement répandues, ni dans les usages constants et généralement reçus parmi les peuples, comme le produit d’une obligation donnant naissance à un droit certain*”. MAILLET DE CHASSAT, Antoine. *Traité des statuts (lois personnelles, lois réelles), d’après le droit ancien et le droit moderne, ou Du droit international privé*.

<sup>97</sup> Decreto n.º 58-A, de 14 de dezembro de 1889, que previa, no seu artigo primeiro: “são considerados cidadãos brasileiros todos os estrangeiros que já residiam no Brasil no dia 15 de novembro de 1889, salvo declaração em contrário feita perante a respectiva municipalidade, no prazo de seis meses da publicação deste decreto”.

<sup>98</sup> Sobre o tema, vide 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 (ed.). *Derecho en movimiento*. Personas, derechos y derecho en la dinámica global. Madrid: Dykinson, 2015. p. 107-144.

<sup>99</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional Privado*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 321. O critério de conexão apresentado por Savigny se fundamenta na natureza das relações jurídicas, indicando como princípio fundamental o da sede da relação jurídica. O jurista alemão concede relevante papel à intenção das pessoas, situando-a como centro de toda relação jurídica. Vide, a respeito, DAL RI JR., Arno. Apresentação. In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 12.

o *estatuto pessoal* é outra preocupação [...] As nações são entre si independentes, tem o poder exclusivo de promulgar suas leis; e estas obrigações, nos limites de cada território, todas as *cousas*, é todas as *personas*, que n'elles se achão. Quaesquer effeitos, que as leis estrangeiras possam ter no território de um Estado, dependem absolutamente do consentimento expresso, ou tácito, d'esse Estado [sic]<sup>103</sup>.

Ao fazê-lo, Teixeira de Freitas rompe com a tradição anterior, aproximando-se, mas com nuances próprias, à teoria de Savigny<sup>104</sup>. A substituição do critério de conexão afastou, ainda mais, o Princípio da Ciência Brasileira do Direito Internacional. A teoria de Mancini e a “escola ítalo-franco-belga” passaram a ser consideradas como um fenômeno doutrinário significativo no seu tempo, sintomático da ciência do direito no período europeu em que foi elaborado, mas superado. Além disso, passou a ser visto como portador de um discurso panfletário, militante e muitas vezes extremista, justamente por estar intimamente envolvido com a ideologia que fundamentava a luta pelos Estados nacionais, servindo de base para a unificação política de vários países europeus, tais como Itália, Alemanha, Bélgica, Polônia, Hungria e Grécia. Oscar Tenório retratou essa realidade na afirmação de que a importância dada pela doutrina “[...] dada ao vínculo de nacionalidade (cidadania) é excessiva”<sup>105</sup>, fundada em “[...] uma concepção de generalizar incompatível com a realidade”<sup>106</sup> e da prática da disciplina<sup>107</sup>.

Paris: Durand, 1845. p. 214.

<sup>103</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Edictor do Instituto Histórico, 1876. p. CXXXII, em nota.

<sup>104</sup> “Depois da leitura do que tem escripto Savigny Tom. 8º do seu Dir. Rom. fica-se convencido, de que n'esta matéria não ha o arbitrário, que em geral se suppoe. Cada relação de direito tem sua sede própria, seu lugar d'existência. Eis o que determina a applicação de leis estrangeiras. Investigando esse lugar d'existência, o legislador pôde erigir em preceito legislativo o que por ora reputa-se pertencêr á esphera do Direito das Gentes, e depende da controvérsia dos Escriptôres. É o que tenbo feito no Esboço do Código Civil, em cujas notas adiar-se-ha uma larga exposição de motivos”. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Edictor do Instituto Histórico, 1876. p. CXXXIII, em nota.

<sup>105</sup> TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970. v. 1. p. 411.

<sup>106</sup> TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970. v. 1. p. 411.

<sup>107</sup> TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970. v. 1. p. 411. Continua o autor: “ademais, o ‘rattachement’ da nacionalidade da pessoa não é o mesmo em todos os países, porque as condições de aquisição e perda da nacionalidade são geralmente fixadas pela legislação interna dos Estados”. In: idem, *ibidem*. Sobre o fenômeno, Sérgio Loreto Filho chega a falar da existência de um “surto da doutrina” nos Estados europeus e que as teorias do protagonismo das Nações fizeram emergir uma nova

## Referências

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AHRENS, Henri. *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*. Complète dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques. Leipzig: Brockhaus, 1838.

ALBUQUERQUE, Pedro Aufran da Matta. *Elementos do Direito das Gentes*. Recife: Typographia União, 1851.

ALCORTA, Amancio. *Tratado de derecho internacional*. Buenos Aires: Biedma, 1878.

AMERICANO, Jorge. *O novo fundamento do direito internacional e seu esteio na conciencia universal*. São Paulo: Renascença, 1945.

ARRUDA, Braz de Sousa. *Curso de Direito Internacional*. Na era atômica. São Paulo: Guáira, s/d.

ARRUDA, Braz de Sousa. Estrutura do direito internacional. Preleções para o curso de doutorado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 34.II, 1938.

BALLARINO, Tito. Introdução. In: MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1900, em cinquenta volumes.

BATALHA, Wilson de Souza C. *Tratado elementar de direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

BELLO, Andrés. *Princípios de Derecho Internacional*. Lima: Morno e cia., 1844.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. A synthese dos princípios e a contribuição do Brasil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. Salvador: Magalhães, 1906.

doutrina, bastante extremista “[...] endossando o princípio da lei nacional como representando o verdadeiro estatuto pessoal, exagerou a sua aplicação ao ponto de encarar essa mesma aplicação como uma regra geral para a solução de todos os conflitos de leis”. Vide, LORETO FILHO, Sérgio. *Curso de Direito Internacional Privado*. Recife: Universitária, 1973. p. 61.

- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Curso de Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares editora, 1958.
- BRASIL. *Exposição de motivos ao Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça.
- CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: L. Francisco Alves, 1899.
- CASTRO, José A. P. Magalhães. *Direito Internacional e Diplomacia do Mar*. Nichteroy: Salesianas, 1925.
- DAL RI JR., Arno. A Nação contra o Estado. A ciência do direito internacional no “Risorgimento” Italiano. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, 2011.
- DAL RI JR., Arno. Apresentação. In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Ijuí: Unijuí, 2004.
- 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 (ed.). *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*, 2018. Disponível em: <https://forhistiur.net/en/2018-12-dal-ri-jr/abstract/?l=en>.
- DAL RI JR., Arno. Polêmicas doutrinárias entre Itália e França sobre o princípio das nacionalidades no Direito Internacional do século XIX. In: AS FORMAS do Direito. Ordem, Razão e Decisão. Experiências jurídicas antes e depois da Modernidade. Curitiba: Juruá, 2013.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional Privado*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- DRUMMOND, Antônio de Vasconcellos Menezes de. *Prelecções de diplomacia com referência e aplicação de seus princípios às leis particulares do Brasil até 1867*. Recife: Correio do Recife, 1867.
- DRUMMOND, Antônio de Vasconcellos Menezes de. *Prelecções de direito internacional com referência e aplicação de seus princípios às leis particulares do Brasil até 1867*. Recife: Correio do Recife, 1867a.
- FARO JR., Luiz P. F. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Haddad, 1956.
- FERNANDES, Aducto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1955.
- FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta; KELLER-KEMMERER, Nina. International Law and Translation in the 19th century. *Rechtsgeschichte – Legal History*, 22, 2014.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Edictor do Instituto Histórico, 1876.
- FREITAS, Carlos Vidal de O. *Elementos de direito internacional marítimo para uso dos GG. M. do 4º anno da Escola de Marinha*. Rio de Janeiro: Lombaerts & Comp., 1884.
- KLÜBER, Johann Ludwig. *Droit des Gens Moderne de l'Europe*. Stuttgart: J. G. Cotta, 1819.
- LITRENTO, Oliveiros. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- LORETO FILHO, Sérgio. *Curso de Direito Internacional Privado*. Recife: Universitária, 1973.
- MADEIRA, Hélcio Maciel França. A Latinidade e o Humanismo de Lafayette Rodrigues Pereira. In: DAL RI, Luciene; DAL RI JR., Arno (org.). *A Latinidade da América Latina: enfoques histórico-jurídicos*. São Paulo: Hucitec, 2008.
- MAILLER DE CHASSAT, Antoine. *Traité des statuts (lois personnelles, lois réelles), d'après le droit ancien et le droit moderne, ou Du droit international privé*. Paris: Durand, 1845.
- MAMIANI, Terenzio. *Des traités de 1815 et d'un nouveau droit européen*. Paris: Dentu, 1862.
- MARTENS, Georg Friedrich von. *Precis du droit des gens modernes de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*. Gottingen: Dieterich, 1789.
- MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.
- MENDES, José. *Direito Internacional Público*. Prelecções. São Paulo: Duprat, 1913.
- MOURA, Aline Beltrame de. O critério de conexão da nacionalidade na doutrina e na legislação de Direito Internacional Privado brasileiro (1863-1973). *Sequência*, v. 79, 2018.
- OCTÁVIO, Rodrigo. A theoria de Mancini. *Revista Jurídica*, v. 2, 1916.



- OLIVEIRA FILHO, João. Ordem Pública. In: SANTOS, João Manuel de Carvalho (org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Borsóí, 1945. v. 35.
- PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compendiado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1902.
- PEREZ DE GOMAR, Gregorio. *Curso elemental de Derecho de Gentes*. Montevideo: El Pueblo, 1866.
- PESSOA, Epitácio. *Projecto de código de direito internacional publico*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911.
- PIÉDELIÈVRE, Robert. *Précis de droit international public, ou, Droit des gens*. Paris: Pichon, 1894.
- PINTO, Antônio Pereira. *Apontamentos para o direito internacional ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras*. Rio de Janeiro: Pinto & C<sup>a</sup>, 1864.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *Si les traités de 1815 ont cessé d'exister*. Paris: Dentu, 1863.
- RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das fontes e o novo Direito Internacional Privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, 2014.
- RENAN, Ernest. *Qu'est-ce qu'une nation? Et autres essais politiques*. Paris: Pocket, 1992.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RIVIER, Alphonse. *Principes du droit des gens*. Paris: Rousseau, 1896.
- RUSSOMANO, Gilda. *Estudos de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Kofino, 1965.
- SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *Elementos de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1908.
- SÃO VICENTE, José A. Pimenta Bueno, marquês de. Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império. In: KUGELMAS, Eduardo (org.). *José Antônio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente*. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- SILVA JR., Airton Ribeiro da. *Teaching International law in the Nineteenth-Century Brazil: A history of appropriation and assimilation (1827-1914)*. 2018. 199f. Tese (Doutorado). Università degli studi di Firenze, Florença, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2158/1124811>.
- SOUZA, João Silveira de. *Licções Elementares de Direito das Gentes sobre o Compendio do Sr. Conselheiro Auran*. Recife: Economica, 1889.
- 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.
- STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.
- VATTEL, Emmer de. *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*. Neuchâtel, 1758.
- VATTEL, Emmerich de. *O direito das gentes*. Ijuí: Unijuí, 2008.
- 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.
- WHEATON, Henry. *Éléments du droit international*. Leipzig: Brockhaus, 1852.
- WHEATON, Henry. *Elements of International Law*. Boston: Little Brown, 1836.
- Revisado pela biblioteca em:  
Informações incompletas em vermelho

## 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](http://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.



