

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 20 • N. 1 • 2023

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

Editora assistente:

Virna de Barros Nunes Figueiredo

Editores convidados:

Fábia Fernandes Carvalho

George Galindo

João Roriz

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 20	n. 1	p. 1-251	abr	2023
----------------------------------------------------------------------------	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

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

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

Editor Gerente

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

Comitê editorial

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

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 20, número 1 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

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

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

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

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

DOSSIÊ.....	10
“MEU MUNDO, MINHAS REGRAS”: DIREITO INTERNACIONAL, BRANQUITUDE E O GENOCÍDIO DO POVO NEGRO BRASILEIRO	12
Karine de Souza Silva	
1 Introdução	13
2 O direito internacional e a inocência branca.....	14
3 O genocídio do povo negro brasileiro e o Tribunal Penal Internacional.....	23
4 Considerações finais	30
Referências.....	31
DO AVESSE: ORGANIZAÇÃO INTERNA DOS ESTADOS E A NOÇÃO DE CIVILIZAÇÃO NOS TEXTOS DOS JURISTAS INTERNACIONALISTAS BRASILEIROS ENTRE 1889 E 1930	36
Fabia Fernandes Carvalho e Lucas Chaves de Freitas	
1 Introdução	37
2 Colonialismo e alteridade: a moldagem do mundo colonial pela noção da estatalidade	40
2.1 Civilização, atraso e estado: o direito internacional e a reorganização do espaço colonial.....	40
2.2 América Latina e atraso: o estado e o direito como aceleradores do tempo.....	41
3 Organizando juridicamente o estado civilizado: os juristas internacionalistas da Primeira República e o padrão civilizatório.....	42
3.1 Os propósitos do direito internacional e o necessário grau de semelhança civilizatório para que um estado dele possa fazer parte	43
3.2 A disputa acerca das garantias que o estado deve proporcionar para tomar parte no direito internacional	46
4 Considerações finais	49
Referências.....	50
INDEPENDÊNCIA EM TRÊS MOVIMENTOS: ANTITRÁFICO E O BRASIL ESCRAVISTA NO DIREITO INTERNACIONAL	53
Adriane Sanctis de Brito	
1 Introdução	54
2 Primeiro movimento: reconhecimento e consentimento	55
3 Segundo movimento: aplicação e interpretação.....	56
4 Terceiro movimento: retirada e reinvenção	59

Referências.....	62
O PAPEL DAS OPINIÕES DISSIDENTES DE ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	65
Matheus Macedo Lima Porto e Flávia de Ávila	
1 Introdução	66
2 As opiniões dissidentes nos tribunais internacionais.....	68
3 O conteúdo taxativo da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória	70
4 Expansão e conteúdo material do jus cogens	75
5 A hermenêutica integradora	79
6 Um apelo “à inteligência de um dia futuro”	80
7 Considerações finais	83
Referências.....	84
TEMAS GERAIS	89
INTERNATIONAL LAW’S PREMATURE FAREWELL TO THE CONCEPT OF WAR.....	91
Sven Peterke e Johannes van Aggelen	
1 Introduction	92
2 International law’s farewell to the concept of war	93
2.1 War in classical international law.....	93
2.2 War in the aftermath of the Second World War	95
3 War in contemporary international law	99
4 Building bricks for an updated concept of war.....	102
4.2 Threshold requirement: existence of a state of war	105
5 Conclusion	108
References.....	109
O PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO RESPOSTA INSTITUCIONAL À PRETENSA UNIVERSALIZAÇÃO DO FEMININO, AMPARADA NOS ESFORÇOS INTERNACIONAIS DE ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES.....	115
Deise Brião Ferraz e Marli Marlene Moraes da Costa	
1 Introdução	116
2 Por que um protocolo de julgamento com perspectiva de gênero agora?	117
3 Por que uma perspectiva de gênero? Questões estruturais do patriarcado	120
4 Somos todos iguais? Universalização do feminino e interseccionalidade	122
5 Considerações finais	125
Referências.....	126

**LEGALITY AND LEGITIMACY OF DOMESTIC COURT DECISION AS A SOURCE OF INTERNATIONAL LAW-
-MAKING 129**

Eka An Aqimuddin e Atip Latipulhayat

1 Introduction	130
2 Method	131
3 Discussion and results	131
3.1. How was International Law made?	131
3.2 Judicial Institution as an International Lawmaker.....	133
3.2.1. General Overview.....	133
3.2.2. International Court of Justice (ICJ).....	133
3.2.3. Domestic Courts.....	136
3.3 Legality and Legitimacy of Domestic Courts Made International Law	137
4 Conclusion	138
Acknowledgments	139
References	139

DUAS IDEIAS IRRECONCILIÁVEIS? REGIONALISMO E JUS COGENS NO DIREITO INTERNACIONAL142

Lucas Carlos Lima e Loris Marotti

1 Introdução	143
2 Os descontentamentos do jus cogens regional	144
2.1 A CDI.....	144
2.2 ...e Estados.....	147
3 Abordagens regionais ao Jus Cogens	148
3.1 O uso da peremptoriedade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	148
3.2 A tendência à universalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	150
3.3 Dificuldades no uso do Jus Cogens pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	152
4 Considerações finais	153
Referências	154

**IMPACTO E IMPORTÂNCIA, PARA O BRASIL, DE OITO RELATÓRIOS TEMÁTICOS DA RELATORIA ESPE-
CIAL DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE TORTURA 158**

Henrique Napoleão Alves

1 Introdução	159
2 Ausência de impacto demonstrável dos relatórios da ONU	162
3 Importância dos temas para o contexto nacional	163
3.1 O relatório sobre uso da força extracustodial.....	163
3.2 O relatório sobre migração e tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.....	164

3.3 O relatório sobre reafirmação e reforço da proibição da tortura e de outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes	165
3.4 O relatório sobre tortura e maus-tratos no contexto da corrupção.....	167
3.5 O relatório sobre tortura, maus-tratos e violência doméstica	168
3.6 O relatório sobre tortura psicológica	170
3.8 O relatório sobre cooperação estatal.....	173
4 Observações conclusivas.....	174
Referências.....	175

INTERCONSTITUCIONALIDADE ENTRE PORTUGAL E A UNIÃO EUROPEIA NO ACESSO AO SISTEMA JUDICIÁRIO: COMPREENSÃO DA LINGUAGEM E COMPETÊNCIAS INFOCOMUNICACIONAIS 181

Ana Melro

1 Introdução	182
2 Sistema judiciário: breve caracterização e entendimento da relevância	183
3 Interações reflexivas entre a Constituição da República Portuguesa e o processo de construção do projeto europeu.....	185
4 Acesso ao sistema judiciário à luz das dimensões da compreensão da linguagem e das competências infocomunicacionais.....	186
4.1 A relevância da compreensão da linguagem e o acesso ao sistema judiciário.....	187
4.2 A relevância das competências infocomunicacionais no acesso ao sistema judiciário	188
5 Interações reflexivas relativas à compreensão da linguagem e às competências infocomunicacionais: referência jurisprudencial.....	190
6 Considerações finais	191
Referências.....	192

TAKING BIOLOGICAL SAMPLES FROM A PERSON FOR EXAMINATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS: CORRELATION BETWEEN OBTAINING EVIDENCE AND OBSERVING HUMAN RIGHTS 195

Serhii Ablamskyi, Oleksandr Muzychuk, Eugenio D’Orio e Vitalii Romaniuk

1 Introduction	196
2 Expert evidence in Ukrainian law	197
2.1 Types of forensic examinations related to the study of biological samples of a person.....	199
2.2 Stages of examinations related to the study of biological samples of a person.....	200
3 International experience in taking biological samples from individuals for examination	202
3.1 Taking biological samples for forensic reasons: the italian regulamentation	203
4 Procedural procedure for obtaining biological samples from a person during the examination..	205
4.1 The use of tactical techniques in the collection of biological samples from a person during an examination	207
5 Conclusions.....	208
References.....	210

ANÁLISE EMPÍRICA DAS CLÁUSULAS DE EXPROPRIAÇÃO INDIRETA NOS ACORDOS DE INVESTIMENTOS A PARTIR DA TEORIA DO CONTINENTE DO DIREITO INTERNACIONAL..... 214

Vivian Daniele Rocha Gabriel

1 Introdução	215
2 Expropriação Indireta e sua Intervenção nos Direitos de Propriedade dos Investidores Estrangeiros.....	217
3 Teoria do Continente do Direito Internacional como Marco Teórico Explicativo para o Desenho das Cláusulas de Expropriação Indireta nos Acordos de Investimento.....	220
4 Pesquisa Empírica nas Cláusulas de Expropriação Indireta nos Acordos de Investimento Selecionados	221
5 Considerações finais	231
Referências	232

DISCOURSE ON ONLINE TRANSPORTATION REGULATION UNDER POSNER'S THEORY: A COMPARATIVE ANALYSIS IN INDONESIA AND BRAZIL236

Sapto Hermawan e Febrian Indar Surya Kusuma

1 Introduction	237
2 Literature review: Posner's economic analysis of law.....	240
3 Judicial review as a legal avenue for resolving issues on indonesian digital transportation	241
4 Digital transportation: experience in São Paulo, Brazil	244
5 Conclusion	246
References.....	246

NORMAS EDITORIAIS.....249

Envio dos trabalhos:.....	250
www.rdi.uniceub.br	251

DOSSIÊ

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

“Meu mundo, minhas regras”:
direito internacional, branquitude
e o genocídio do povo negro
brasileiro

“My world, my rules”:
international law, whiteness and
black genocide in Brazil

Karine de Souza Silva

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

“Meu mundo, minhas regras”: direito internacional, branquitude e o genocídio do povo negro brasileiro*

“My world, my rules”: international law, whiteness and black genocide in Brazil

Karine de Souza Silva**

Resumo

O objetivo do artigo é demonstrar, por meio do estudo de caso do genocídio do povo negro brasileiro e do Tribunal Penal Internacional (TPI), como o Direito Internacional (DI) é instrumentalizado pela branquitude para produzir identidades e posicionalidades hierarquizadas racialmente. O DI moderno foi concebido como um dispositivo de controle e subjetivação destinado a viabilizar a governabilidade do sistema-mundo moderno/capitalista colonial/patriarcal. O texto é original porque atesta como o DI produz identidades e posicionalidades hierarquizadas racialmente, performando a identidade racial negra como padrão internacional de criminalidade e a branca como ideal de inocência. Paralelamente, o artigo revela que os povos subalternizados no Brasil têm feito uso da gramática do genocídio como estratégia antirracista para reagir contra violências estruturais, físicas e simbólicas. Diante disso, ao mesmo tempo que denuncio o DI como tecnologia de opressão, de fixação de identidades e posicionalidades verticalizadas, qualifico o TPI como instância intencionalmente incapaz de punir os perpetradores do genocídio antinegro no Brasil. Este trabalho está inserido no campo do “Direito e Relações Raciais” e utiliza metodologias e epistemologias fundadas nos Estudos Críticos da Branquitude e nas abordagens teóricas anticoloniais, pós-coloniais e decoloniais.

Palavras-chaves: direito internacional; branquitude; racismo; Tribunal Penal Internacional; genocídio do povo negro no Brasil; resistências negras.

* Recebido em 22/08/2022
Aprovado em 31/03/2023

** Professora dos Programas de Pós-graduação em Direito (PPGD) e em Relações Internacionais (PPGRI) na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora Produtividade em Pesquisa PQ CNPq. Realizou Pós-Doutorado na Katholieke Universiteit Leuven e na Université Libre de Bruxelles, Bélgica. É coordenadora do “América-EIRENÈ - Centro de Pesquisas e práticas Decoloniais aplicadas às Relações Internacionais e ao Direito Internacional”, e do projeto de extensão “Núcleo de Acolhimento a pessoas Imigrantes e Refugiadas”. Esta pesquisa foi realizada com apoio do CNPq e da FAPESC. OrcidID: <https://orcid.org/0000-0001-9212-8818>
Email: karine.silva@ufsc.br

Abstract

The objective of this paper is to demonstrate, through a case study of Black genocide in Brazil and of the International Criminal Court, how the International Law (IL) is instrumentalized by whiteness to produce racially hierarchized subjectivities and positionalities. The modern IL was conceived as a device of control and subjectivation destined to make feasible the governance of the modern colonial capitalist/patriarchal world-system. The text is original because it attests how IL produces racially hierarchized identities and positionalities by performing Black racial identity as an international standard of criminality and white racial identity as an ideal of innocence, tasked with saving the world. In this essay, I argue that racially subordinated

peoples in Brazil have used the grammar of genocide as an anti-racist strategy to react against structural, physical and symbolic violence. Considering this, at the same time I denounce IL as a whiteness’s instrument of oppression, which formulates and perpetuates verticalized identities and positionalities, I challenge the ICC as an instance intentionally incapable of punishing the perpetrators of anti-Black genocide in Brazil. The theoretical basis is based on Law and Racial Studies, anti-colonial, post-colonial and decolonial epistemologies and the Whiteness Critical Studies.

Keywords: international law; whiteness; racism; International Criminal Court; black genocide in Brazil; black insurgences.

1 Introdução¹

A colonização europeia foi um processo intimamente ligado ao genocídio em vários lugares do mundo. Para legalizar a conquista e a pilhagem, os colonizadores, politicamente organizados, construíram um sistema legal internacional baseado na fabricação de subjetividade das pessoas negras como sendo atrasadas, violentas, criminosas, que precisariam ser domesticadas. Assim, a identidade racial branca foi autoconstituída como ideal universal de humanidade, dotada do “direito de civilizar” os que considera como selvagens, em virtude daquilo que rotulou como o “fardo do homem branco”² e que, na prática, se traduziu no genocídio de muitos povos.

O Direito foi utilizado como um dos instrumentos destinados a produzir posicionalidade (branco inocente *versus* negro criminoso), invertendo a lógica do genocídio, blindando o primeiro de punibilidade e imputando ao corpo negro os atributos de selvageria. A inversão colonial tem sido operada pelo Direito Internacional (DI) desde o início da empresa colonial, já que esse ramo surgiu para legalizar a escravidão, a colonização e o tráfico pretensamente justificados por meio da performatização da identidade racial negra como passível de controle devido à sua periculosidade, e da branca como salvadora do mundo. Os colonizadores foram di-

ligentes ao construir uma engenharia robusta em favor de si próprios, que se ramificou nos sistemas jurídicos nacionais das ex-colônias, como o caso do Brasil onde o genocídio antinegro e indígena tem sido uma realidade desde o começo da colonização, sendo, posteriormente, orquestrado pelos gestores da monarquia e perpetuando-se na era republicana. Em uma sociedade estruturada pelo racismo, como a brasileira, a raça se constitui como um instrumento de poder, e as estratégias de sua manutenção são constantemente reatualizadas dando novas configurações ao genocídio.

Durante a gestão Jair Bolsonaro (2019-2022), a sua associação ao genocídio contra povos originários e negros se tornou comum, constantemente levantada pelos movimentos sociais e pela academia. A problemática deste estudo surge quando se interroga se uma acusação de natureza semelhante ajuizada por entidades negras perante o Tribunal Penal Internacional (TPI) prosperaria, considerando o histórico do século XX marcado por vários genocídios cometidos por governos supremacistas brancos contra corpos negros que nunca foram exemplarmente punidos por cortes internacionais, mesmo diante de grandes pressões. Na extensa lista dos criminosos brancos impunes, estão: os gestores do apartheid na África do Sul, os dos EUA durante a vigência das Leis Jim Crow, os portugueses pelos massacres em Moçambique e Angola nas lutas de libertação nacional, o rei Leopoldo da Bélgica que causou o extermínio de mais de 10 milhões de congolezes, os imperialistas ingleses contra combatentes Mau Mau no Quênia, os alemães pelos já assumidos atos genocidas contra as etnias Herero e Nama na Namíbia. Já no contexto brasileiro, a Constituição de 1934 consagrou a eugenia, ou seja, o supremacismo branco, como princípio orientador da educação, no seu artigo 138.

Neste artigo, busca-se demonstrar, por meio do estudo de caso do genocídio do povo negro brasileiro e do TPI, como o Direito Internacional (DI) é instrumentalizado pela branquitude para produzir identidades e posicionalidades hierarquizadas racialmente. Enquanto dispositivo de controle e subjetivação, o DI viabiliza a governabilidade do sistema-mundo moderno/capitalista colonial/patriarcal. Neste manuscrito, argumento que o Direito Internacional performa a identidade negra como padrão internacional de criminalidade e a branca como ideal de inocência. Diante disso, ao mesmo tempo que denuncio o DI como tecnologia de racialização, subjetivação e disciplinamento de corpos, aponto o TPI

¹ Esta pesquisa foi realizada com apoio financeiro do CNPq e da FAPESC.

² DOTY, Roxanne Lynn. *Imperial encounters: the politics of representation in north-south relations*. Minneapolis: Minnesota Press, 1996.

como instância intencionalmente incapaz de punir os perpetradores do genocídio antinegro no Brasil. Desde a criação do TPI, em 2002, todas as ações julgadas, ou em curso, são contra pessoas racializadas como não brancas. Os julgamentos seletivos do TPI mostram a sua cara colonial, racista e reprodutora da estigmatização de um direito penal seletivo, tal qual o brasileiro, que considera o negro como um descritor de criminalidade, selvageria, incivilidade. Em última instância, reivindico a inclusão das insurgências antissistêmicas negras na história do DI, seguindo um movimento de promover justiça epistêmica nesse campo.

O artigo é composto por dois tópicos onde em que os argumentos estão desenvolvidos, além das considerações finais. A primeira seção revela como a separabilidade ontoepistemológica do pensamento moderno³ construiu a alegoria do branco inocente e do negro criminoso, e a sua influência para a formulação do Direito Internacional e no labor do Tribunal Penal Internacional. A segunda seção demonstra como o reflexo dessa lógica perversa colonial se traduz no genocídio do povo negro brasileiro, e relata como o termo foi incorporado nas agendas de lutas negras como estratégia de resistências contra as violências estruturais. Por último, as reflexões trazidas levam à conclusão de que o TPI, órgão competente para julgar os crimes de genocídio, dificilmente reconheceria uma demanda contra os perpetradores do genocídio negro no Brasil, porque isso se traduziria num abalo no sistema vigente. Mesmo assim, é fundamental recontar a historiografia do Direito Internacional para combater a injustiça cognitiva, visibilizar agências antissistêmicas silenciadas pelas narrativas *mainstream*, e reconhecer corpos negros e indígenas como sujeitos epistêmicos e políticos. Disputar memórias e protagonismos é uma forma de tencionar contra as estruturas opressoras, de transformar realidades, sociabilidades e leituras de mundos.

Seguindo as metodologias decoloniais, as ideias do texto são exibidas na primeira pessoa como forma de enfatizar a subjetivação geo-corpo-política do conhecimento, ou seja, partindo da “afirmação corpo-geopolítica do conhecimento”, já que todo conhecimento é situado, e nenhum é desinteressado.⁴ A base teórica

assenta-se nas epistemologias críticas pós/decoloniais e contracoloniais, e nos Estudos Críticos da Branquitude (*Critical Whiteness Studies*) porque estes possibilitam entender como as hierarquias raciais são componentes dos planos sistêmicos nacional e internacional. O conceito de branquitude mobilizado nesse texto se refere a um *lugar social* de poder e privilégio, o que não se confunde com a subjetividade da pessoa lida como branca⁵.

2 O direito internacional e a inocência branca

No processo de formação do Estado Moderno, as Ciências Sociais assumiram um papel-chave no controle e na organização da existência em sociedade. No momento histórico em que a razão passa a ser reconhecida como o princípio ordenador da vida, elas surgiram para funcionar como plataformas de observação do mundo, destinadas a formular normas governadoras da economia e das sociabilidades. Assim, elas atuaram como dispositivos de produção de alteridade, ao passo que formularam taxonomias (de pessoas e da realidade) que serviram de base para a implementação de políticas públicas destinadas a ajustar a vida humana ao sistema de produção capitalista.

A governabilidade estatal requeria a concepção de perfis de subjetividade para codificação de condutas. A lógica civilizacional exigia a domesticação dos rebeldes, dos insubmissos, dos incivilizados, os “outros da razão”, que assim eram categorizados pelas tecnologias de subjetivação que se baseavam em mecanismos representacionais para imaginar perfis ideais de sujeitos que poderiam se adaptar aos requisitos da acumulação do capital. Assim, uma coleção de dispositivos de poder foi acionada para realizar os ditames modernizantes de disciplinamento de paixões, de subjugação da natureza, para dar origem ao *homo economicus*, um modelo identitário homogêneo capaz de responder às lógicas do capital. A definição do sujeito civilizado, então, passa a ser asso-

³ SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina de Imaginação Política e Living Commons, 2019.

⁴ Neste sentido, consultar: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFUGUEL, Ramón (org.). *Decolonialidade e pensamento afrodiáspórico*. 2. ed. Belo Horizonte:

Autêntica, 2019; SILVA, Karine de Souza. “Esse silêncio todo me atordoa”: a surdez e a cegueira seletivas para as dinâmicas raciais nas Relações Internacionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 58, p. 37-55, 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/58/229/ri_l_v58_n229_p37.m Acesso em: 17 jul. 2022.

⁵ SCHUCMAN, Lia Vainer. *Entre o encardido, o branco e o branquíssimo*: branquitude, hierarquia e poder na cidade de São Paulo. 2. ed. São Paulo: Veneta, 2020.

ciada ao indivíduo esclarecido, secular, capaz de autogoverno, de fazer uso autônomo da razão, de autolegislar, de dominar os instintos para conviver em coletividade, de acordo com os imperativos do Estado de Direito. Nessa ordem de ideias, a descrição do “homem” racional exigia a invenção do seu oposto: o bárbaro. Este deveria ser condenado à ilegalidade, à exclusão, submetido a castigos para domarem suas paixões, a estritas regras de adequação para que pudesse ingressar no banquete da modernidade⁶.

O processo de perfilamento dos sujeitos era mais complexo do que apenas a formulação de representações mentais, pois era acompanhado de instâncias e dispositivos materiais disciplinadoras, nomeadamente as instituições de ensino, as prisões, as leis, o conhecimento científico. Nesse sentido, as Ciências Humanas e Sociais, o Direito e as Instituições operaram a serviço do duo Estado-Capital como aparelhos de saber/poder, atuando como instrumentos de invenção de alteridades classificadas hierarquicamente e de disciplinamento de corpos. Michel Foucault atesta que as Ciências Humanas contribuíram para a fabulação das outridades, uma vez que seus objetos de pesquisa foram engendrados por meios de procedimentos executados em instituições de sequestro (prisões, escolas, hospitais, fabricas, colônias, manicômios) dos corpos dos rotulados como os ‘outros da razão’ (louco, dissidente do sistema sexualidade-gênero, negro, indígena, presidiário)⁷.

Mas o Estado-nação não se constitui de maneira isolada, autônoma. Ele surge associado ao colonialismo, como seu contraponto estrutural, no contexto das relações mundiais de poder originadas em 1492 que formaram o sistema-mundo moderno/capitalista colonial/patriarcal brancocentrado. Desse modo, os aparatos de poder das unidades estatais são reproduzidos nas colônias. A exploração do trabalho e das terras colonizadas é viabilizada por técnicas de subjetivação, por instituições

e práticas disciplinares, como o Direito, as Ciências, as escolas e as penitenciárias etc.

O colonialismo funda-se no poder disciplinar que define a natureza das relações modernas e organiza globalmente o capitalismo. E os aparatos de invenção e controle das outridades ganham, também, uma dimensão geopolítica uma vez que estão associadas às macroestruturas mundiais de longa duração. Desse modo, a governabilidade via produção das alteridades se dá em uma dupla dinâmica, a interna e a externa. Ou seja, as aparelhagens disciplinares modernas serviram tanto à governabilidade jurídica doméstica na Europa, assegurada por metodologias de criação de identidades homogêneas; como à gestão do sistema internacional moderno, propiciando o trânsito atlântico de mercadorias por meio da racialização de alteridades e sua reformatização como atrasadas e sedentas de civilização⁸.

As interrelações entre as metrópoles e as colônias, ou seja, entre as identidades lidas como antagônicas, se dão na esfera da *Realpolitik* com a homologação do Direito, cuja engenhosidade será eficaz tanto à propagação do discurso civilizador quanto ao encobrimento da brutalidade colonial. O DI e o sistema de justiça despontam nessa espacialidade de poder mundial assumindo a funcionalidade de aparatos disciplinadores, de tecnologias de subjetivação, artefatos de saber-poder do sistema-mundo moderno/capitalista colonial/patriarcal.

O DI Moderno é um Direito imperial/colonial, uma vez que foi concebido para servir à empresa colonial e, conseqüentemente, garantir às metrópoles a governabilidade do “sistema-mundo moderno/capitalista colonial/patriarcal”⁹. As normas, princípios e práticas internacionais disciplinaram e operacionalizaram o tráfico atlântico, a escravidão, a pilhagem de recursos e de territórios das colônias, e todas as brutalidades advindas da colonização. Essas violações compõem o denominado holocausto africano, nomeado no idioma Swahili

⁶ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da ‘invenção do outro’. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 169-186.

⁷ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da ‘invenção do outro’. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 169-186; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002; FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

⁸ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da ‘invenção do outro’. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 169-186; QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 117-138.

⁹ GROSFUGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 80, p. 115-147, 2008.

como *Maafa* ou *Ma'angamizji*¹⁰. O DI foi instrumentalizado para propiciar a invasão europeia, que foi justificada por um discurso civilizatório que construiu a raça como categoria nodal destinada a orientar as relações de dominação do sistema, e sustentar a supremacia branca. O jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni adverte que na colônia, enquanto uma instituição agigantada de sequestro, o exercício violento do poder se traduziu na negação da autodeterminação, na imposição de idiomas e valores, na destruição de laços comunitários e na relativização da humanidade de seus habitantes. Nas zonas coloniais, a governabilidade “justifica qualquer violência genocida”, pois o genocídio é o próprio “exercício do poder dos sistemas penais” das regiões marginalizadas¹¹.

Na contemporaneidade os arquitetos do DI promoveram várias investidas para conter as ondas descolonizadoras, e têm frustrado as tentativas das nações egressas da colonização de concepção de um sistema jurídico apto a reparar os povos afetados pela escravidão e pela colonização, que restitua os bens pilhados colocados sob a custódia de museus europeus e norte-americanos, e que ressarça as dívidas indevidas a exemplo da que a França condenou o Haiti em decorrência da independência. Ou seja, o DI continua sendo agenciado para manter a colonialidade. Nesse sentido, Sueli Carneiro¹² denuncia as ameaças dos Estados ocidentais de abandonarem os trabalhos da *Terceira Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância* (Conferência de Durban, 2001) e das reuniões preparatórias, e as tentativas de fazerem fracassar os pleitos formulados por algumas delegações para incorporação do tráfico transatlântico no rol dos crimes de lesa humanidade, e para instituição de um plano reparatório em resposta à exploração colonial.

O DI figura como instrumento formulado pela branquitude capitalista internacional organizada por meio de seus pactos narcísicos¹³ (euroestadunidenses),

se constituindo como uma tecnologia para racialização das pessoas que foram colonizadas. Ele é um elemento da gramática racial moderna que patrocina a fabricação de subjetividades, de intersubjetividades e de posicionalidades. Ou seja, ele mobiliza uma discursividade que constrói um “outro”¹⁴ colonizável e determina seus lugares de subordinação e de superioridade nas relações de poder operantes no sistema.

Alguns autores catalogados na galeria dos fundadores do DI justificaram escravidão e o racismo antinegro explicitamente. Um exemplo conhecido é o de Immanuel Kant, um mito do Liberalismo, celebrado como o paladino da paz, mas que é um dos pioneiros na teorização da hierarquia das raças. Segundo ele:

Psicologia na Universidade de São Paulo, Maria Aparecida Bento desenvolveu um estudo de caso sobre a atuação de gestores de Recursos Humanos nos processos seletivos de trabalhadores. Ela notou que as pessoas brancas ocupantes de cargos de RH geralmente selecionavam as brancas mesmo diante de candidatos não brancos com grau de letramento igual ou superior aos brancos. Tomando a Psicanálise como base, ela conclui que há uma fidelidade ao grupo. A ideia de pertencimento a um grupo é fator analítico primordial, pois a branquitude, atuando como uma política de interesse comum, identifica a branquitude como critério de preferência e escolha. Ela atesta que, para a Teoria da Discriminação como interesse, as noções de grupo e de privilégio são fundamentais. O impulsionador da discriminação racial é a aquisição e perpetuação de vantagens de um grupo, com ou sem intencionalidade. Assim, a discriminação racial pode ser provocada por preconceito, como também pode ter motivações sociais e psicológicas, como a de defender o próprio privilégio. O exposto leva à conclusão de que as desigualdades e o racismo são sustentados, também, por fatores psicossociais. Bento identificou o que denominou de “pactos narcísicos no racismo” ou “pactos narcísicos da branquitude” nas relações sociais/raciais exercitadas nas instituições públicas e privadas que são sustentáculos do racismo e perpetuadores de desigualdades. Eles são acordos complexos de proteção, autopreservação, ajuda-mútua e premiação, englobando práticas mobilizadas por pressupostos raciais historicamente definidos, destinados a salvaguardar os lugares de hegemonia na pirâmide socioeconômica e os benefícios raciais. Essas práticas tácitas, intergrupais e inconscientes, mas não aleatórias ou acidentais, se repetem cotidianamente e alimentam, por meio de sofisticados mecanismos, uma arquitetura social injusta na qual levantam determinados sujeitos para os lugares de privilégio. Disto decorrem os aspectos mais marcantes dos pactos: silêncio, omissão, negação e reprodução de práticas discriminatórias sistemáticas para alcançar ou manter privilégios. Vale reiterar que nem todos as pessoas brancas subscrevem o pacto, ainda que todas se beneficiem em maior ou menor grau do racismo. BENTO, Maria Aparecida. *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público*. 2002. Tese (Doutorado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002; BENTO, Maria Aparecida. *O pacto da branquitude*. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

¹⁴ Escrevo “outro” entre aspas porque este “outro” moderno foi construído como antagonista de um “Eu” cis-hétero-masculino superiorizado.

¹⁰ Estas expressões têm sido usadas nas campanhas internacionais dos movimentos que exigem reparação pelos crimes cometidos durante a colonização. SHEPHERD, Verene A. Past imperfect, future perfect? reparations, rehabilitation, reconciliation. *The Journal of African American History*, v. 103, p. 19-43, 2018; MOORE, James R. And justice for all: teaching the reparations debate. *Journal of Social Studies Education Research*, v. 11, n. 2, p. 27-60, 2020.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 65, 74-75.

¹² CARNEIRO, Sueli. *Escritos de uma vida*. São Paulo: Pólen, 2019.

¹³ Trago para o DI a categoria “pactos narcísicos”, que Cida Bento formulou para o contexto brasileiro. Em sua tese de Doutorado em

Dentre os milhões de pretos que foram deportados de seus países, não obstante muitos deles terem sido postos em liberdade, não se encontrou um único sequer que apresentasse algo grandioso na arte ou na ciência, ou em qualquer outra aptidão; já entre os brancos, constantemente arrojam-se aqueles que, saídos da plebe mais baixa, adquirem no mundo certo prestígio, por força de dons excelentes. Os negros são tão matraqueadores, que se deve dispersá-los a pauladas.¹⁵

Thomas Hobbes entendia que os nativos da América eram seres selvagens. A sua formulação do contrato social, umas das categorias basilares para a construção da tese da anarquia internacional, é, em essência, racial. Consoante Charles Mills, o racismo se constitui como o cerne do contrato social hobbesiano, pois nele está introjetado o contrato racial. Ele afirma que o estado de natureza é “uma figura não-branca, uma lição prática para os brancos, que são os racionais, para não se comportarem como selvagens”. A propósito, o contrato social é uma classe de acordo de dominação dupla, racial e gendrada, pois, para os contratualistas, “apenas os homens brancos eram iguais” e esses “por meio de um misto de força e ideologia, subordinam mulheres e pessoas de cor sob a égide de um contrato supostamente consensual”.¹⁶

No panteão dos fundadores do Direito Internacional, também está Hugo Grotius, um escritor que pregava que “há homens naturalmente escravos, isto é, nascidos para a escravidão, de igual modo há povos que lhes é mais natural obedecer do que governar”.¹⁷ O liberal John Locke, por sua vez, era acionista de uma companhia dedicada ao tráfico negreiro. Ele alegou que “[...]”

¹⁵ Ainda Kant: “Os negros da África não possuem, por natureza, nenhum sentimento que se eleve acima do ridículo. O senhor Hume desafia qualquer um a citar um único exemplo em que um Negro tenha mostrado talentos, e afirma: dentre os milhões de pretos que foram deportados de seus países, não obstante muitos deles terem sido postos em liberdade, não se encontrou um único sequer que apresentasse algo grandioso na arte ou na ciência, ou em qualquer outra aptidão; já entre os brancos, constantemente arrojam-se aqueles que, saídos da plebe mais baixa, adquirem no mundo certo prestígio, por força de dons excelentes”. “[...] Tão essencial é a diferença entre essas duas raças humanas, que parece ser tão grande em relação às capacidades mentais quanto à diferença de cores. Os negros são muito vaidosos, mas à sua própria maneira, e tão matraqueadores, que se deve dispersá-los a pauladas” KANT, Emmanuel. *Observações sobre o sentimento do belo e do sublime*. Campinas: Papirus, 1993. p.75-76.

¹⁶ MILLS, C. O contrato de dominação. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2 p. 15-70, jul./dez. 2013. p. 31; MILLS, Charles. *The Racial Contract*. Ithaca, NY: Cornell University, 1997. p. 66.

¹⁷ GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 179.

todo homem livre da Carolina deve ter absoluto poder e autoridade sobre os escravos negros seja qual for a opinião e religião”.¹⁸ A desumanização do corpo negro é corroborada por Montesquieu. Segundo ele:

Não podemos aceitar a ideia de que Deus, que é um ser muito sábio, tenha introduzido uma alma, sobretudo uma alma boa, num corpo completamente negro. [...] É impossível que suponhamos que estas pessoas sejam homens.¹⁹

A mesma racionalidade essencialista é encontrada em Hegel, para quem:

A principal característica dos negros é que sua consciência não atingiu a intuição de qualquer objetividade fixa, como Deus, como leis. [...] O negro representa, como já foi dito, o homem natural, selvagem e indomável. Devemos nos livrar de toda reverência, de toda moralidade e de tudo o que chamamos de sentimento, para realmente compreendê-lo. Neles, nada evoca a ideia de caráter humano.²⁰

A Revolução Haitiana (1791-1804), que foi a radicalização das ideias ditas iluministas de igualdade, fraternidade e liberdade, fundadoras de um projeto de soberania nacional antirracista, a partir da ruptura da escravidão, espalhou o medo branco internacionalmente, sendo decisiva para a disseminação da representação imagética da subjetividade negra como perigosa. A insubordinação haitiana inverteu a ordem colonial provocando um abalo sísmico na racionalidade civilizadora do colonizador. Diante da possibilidade de construção de um mundo diferente, o Haiti passou a ser associado à imoralidade, à barbárie, à bestialidade. Após a Revolução, se alastrou uma discursividade anti-haitiana de caráter degenerativa enunciada por todas as potências colonizadoras — inclusive corroborada pelo senhorismo brasileiro — na tentativa desesperada de salvar *status quo* colonial. Para tal, a branquitude colonial, invocando os seus pactos narcísicos, agenciaram os instrumentos do DI para impedir a eclosão de uma onda descolonizadora. Vários acordos foram subscritos para obrigar os Estados ocidentais a não reconhecerem o Haiti como uma nação soberana, com o fito de asfixiar o novo Estado.²¹

¹⁸ NORTH CAROLINA. *The Fundamental Constitution of Carolina*. 1669. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/nc05.asp. Acesso em: 09 fev. 2023.

¹⁹ MONTESQUIEU, C. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 257.

²⁰ HEGEL, G. W. F. *Filosofia da história*. Brasília: UnB, 1995. p. 84-88.

²¹ SCARAMAL, Eliesse dos Santos Teixeira. *Haiti: fenomenologia de uma barbárie*. Goiânia: Cãnone, 2006; GATES JUNIOR, Henry Louis. *Os negros na América Latina*. São Paulo: Companhia das Letras,

Os discursos anti-haitianos foram ratificados em publicações escritas em diversas línguas que depreciavam e desumanizavam as pessoas daquele país, descrevendo-as como bárbaras, desonestas, selvagens, insolentes e incapazes de autogoverno. A obra *Hayti or the Black Republic*, do cônsul britânico Sir Spenser Saint John é um clássico exemplo do devaneio perverso colonial. Segundo o autor²²:

[...] quanto maior minha experiência [no país], menor achei a capacidade do negro de manter uma posição independente. Enquanto ele for impulsionado pelo contato com o homem branco, como na parte sul dos Estados Unidos, ele fica bem. Mas o liberte de toda essa influência, como no Haiti, e ele não mostra sinais de melhoria; pelo contrário, ele está gradualmente retrocedendo para os costumes tribais africanos, [...] eu agora concordo com aqueles que negam que o negro possa originar uma civilização, e que, mesmo com a melhor educação, ele permanece como um tipo inferior do homem. Ele ainda se mostrou totalmente incapaz de autogoverno e incapaz, como um povo, de fazer qualquer progresso. [...] Raramente eles agem de motivos patrióticos.

As narrativas e práticas políticas e jurídicas que foram mobilizadas contra o Haiti fazem parte de um processo histórico de hierarquização das subjetividades negras e de embargo ontológico e soberano que demonstram as persistentes interseções entre o racismo e o DI. Não é à toa que o ativismo revolucionário haitiano em prol da justiça racial e soberana não figura na historiografia oficial das Revoluções de direitos humanos, ou seja, foi condenado ao ostracismo, à invisibilização, a ocupar a “zona de não-ser”²³ do DI.

Em sendo uma engenharia colonial, o DI providenciou o domínio de corpos e territórios e, consequente-

mente, promoveu a distribuição de recursos entre as elites capitalistas dos países centrais. O controle de poder no cenário internacional sempre esteve articulado com a gestão da violência desigualmente direcionada contra quem estava posicionado do lado subalternizado dessa relação, quem é fabricado como inimigo. A aversão ao racializado é o fundamento para a construção de fronteiras validadas pelo DI, para a formulação de políticas securitárias robustas e para o exercício da necrogovernança associada a projetos de pretensão fomento ao desenvolvimento, aos direitos humanos e à construção da paz. O necropoder é sempre higienista, tem fome de *apartheid*. As linhas fronteiriças físicas e simbólicas demarcam os bens que podem ser usurpados e o trabalho que pode ser explorado para o “bom” funcionamento do capitalismo. E os tratados, bem como “os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas”, conforme preceitua o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, separam, por meio da “linha de cor”²⁴, as áreas de humanidade e proteção das zonas de sub-humanidade, em que há a licença para a violentar em nome do sucesso da empresa civilizadora.

Como narrativa narcísica do colonizador, o Direito moderno, aliado a outras ferramentas coloniais, produziu um esquema intrincado de identidades que articula masculinidade e raça como eixos determinantes para construção de uma outridade que, por ser associada à ausência de racionalidade, é passível de colonização e de tutela.²⁵ Nesse sentido, Denise Ferreira da Silva²⁶ informa que a Modernidade tem a separabilidade como um dos seus pilares ontoepistemológicos. O léxico racial-gendrado moderno está alicerçado em representações binárias que separam mente-corpo, razão-emoção, sujeito-objeto, cultura-natureza, homens-animais, homens-mulheres, branco-não branco, civilizado-bárbaro, atribuindo a superioridade aos primeiros componentes dos pares. A lógica binária da hierarquização agencia cadeias associativas para inferiorizar as/os que foram racializadas/os como não brancas/os, e associá-las/os a geografias selvagens que, por consequência, também, deveriam ser controladas. Assim, o sujeito colonizado se relaciona de maneira determinista a uma cartografia

2014; um dos vários impactos da Revolução haitiana no Brasil que acarretou e o medo branco, foi a formulação de políticas de ações afirmativas para atrair imigrantes brancos o país. Neste sentido: SILVA, Karine de Souza; SILVA, Karine de Souza; AMORIM, Luísa M. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: interseções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 64, p. 9, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62391>. Acesso em: 09 fev. 2023; BORBA DE SÁ, Miguel; SILVA, Karine de Souza. Do haitianismo à nova Lei de Migração: direito, raça e política migratória brasileira em perspectiva histórica. *Revista Nuestra América*, v. 9, n. 17, 2021. Disponível em: <http://revistanuestramerica.cl/ojs/index.php/nuestramerica/issue/view/18/showToc>. Acesso em: 09 fev. 2023.

²² SPENSER, St. John. *Hayti or the Black republic*. New York: Scribner & Welford, 1889. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924021174564>. Acesso em: 09 fev. 2023. p. 134-135.

²³ Expressão formulada por Frantz Fanon. FANON, Frantz. *Peles negras, máscaras brancas*. Salvador: UFBA, 2008.

²⁴ DU BOIS, W. E. B. *As almas da gente negra*. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.

²⁵ DOTY, Roxanne Lynn. *Imperial encounters: the politics of representation in north-south relations*. Minneapolis: Minnesota Press, 1996.

²⁶ SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina de Imaginação Política e Living Commons, 2019.

simultaneamente colonizável. Tal ordem de ideias foi substanciada pelas míticas teses do chamado racismo científico que imputavam aos brancos atributos de superioridade moral, estética, física e intelectual. Por oposição, os povos não brancos seriam os titulares de estereótipos como irracionalidade, selvageria, agressividade, ignorância, idiotice, feiura etc.

A objetificação do ser negro e sua “figuração como mercadoria”²⁷, um produto comercializável, é uma associação legatária do tráfico atlântico que se mantém no imaginário do tempo presente. As cadeias associativas formam a arquitetura jurídico-política-econômica da expropriação e do genocídio. Elas performam o que é desprovido de razão, que não produz conhecimento, transformando-o em objeto de pesquisa, de escrutínio, de apreciação, e que, por isso, é visto como problema.²⁸ Esse é alegoria de “um outro do Sujeito que já atingiu a consciência”²⁹, e por isso não teria autonomia no plano individual, o que se reflete em ausência de capacidade soberana para o Direito Internacional. Por associação, o sujeito soberano é que tem responsabilidades internacionais de tutelar aquele que, segundo a lógica iluminista, não tem condições de atingir a autodeterminação. É por essa razão que a negação da subjetividade do indivíduo — que foi racializado como não branco — se alinha com a negação da sua nação como um Estado, ou seja, como sujeito de Direito Internacional. O princípio da autodeterminação consagrado pela Organização das Nações Unidas (ONU) não contemplava os territórios desses povos não brancos que estavam sob o jugo do colonialismo, consoante os artigos 73 a 85 da Carta de São Francisco. Esses povos são, segundo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ainda em vigor, os não civilizados. Nesse sentido, percebe-se um sistema concebido pela branquitude de acordo com os princípios por ela estabelecidos³⁰. A branquitude, enquanto lugar

²⁷ SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina de Imaginação Política e Living Commons, 2019. p. 87.

²⁸ RAMOS, Alberto G. *A Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: Andes, 1957.

²⁹ SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina de Imaginação Política e Living Commons, 2019. p. 107.

³⁰ Consoante o Estatuto da Corte Internacional de Justiça: Artigo 9º “Em cada eleição, os eleitores devem ter presente não só que as pessoas a serem eleitas possuam individualmente as condições exigidas, mas também que, no conjunto desse órgão judiciário, **seja assegurada a representação das mais altas formas da civilização** e dos principais sistemas jurídicos do mundo” e Artigo 38 1. “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: [...] c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas **nações civilizadas**.”

social de poder e privilégio, é *locus* onde estão situados os únicos pretensamente dotados de capacidade de pensar, refletir, interpretar, discernir, e mais precisamente de julgar. Eles seriam dotados de razão e elevação moral para sentenciar e administrar o sistema. Assim, o homem branco europeu, burguês, cristão, homossexual foi performado como um sujeito/ agente apto a decidir os rumos vida pública, a governar, julgar, a ser o próprio paladino da civilização.³¹

A construção do “outro” patologizado é organizada a partir da negação ontológica da corporeidade racializada, que é, ao mesmo tempo, como adverte Grada Kilomba, a negação daquilo que o colonizador não quer ver relacionado a si mesmo.³² Desse modo se articula a diferença com base no referente branco, e a sua relação de dominação com a identidade subalternizada, em um movimento de negação. Assim, é projetado no outro aquilo que não se quer ver em si próprio, tudo o que foi reprimido, como a sexualidade e a agressividade. Assim, “o corpo negro vai representar aquilo que a sociedade branca não quer, ou seja, a criminalidade, o roubo, a prostituição, a violência [...]. Tudo o que se relaciona com esses aspectos é depositado nos corpos marginais”. Essa projeção, segundo ela, “permite que a sociedade branca, homossexual e patriarcal tenha uma imagem limpa de si própria – ou seja, tudo aquilo que não quero ser, é projetado e depositado nos outros”.³³ Consagram-se, nesse sentido, as posicionalidades de cada ente no sistema de dominação que é o racismo.

A separabilidade moderna mobilizada pelas tecnologias da colonialidade — tais como o DI — promove uma cisão no mundo distinguindo os brancos dos não brancos pela articulação entre sujeito, espaço e tempo, segundo Denise Ferreira da Silva.³⁴ De forma mani-

(grifo nosso).

³¹ “A mulher europeia burguesa não era entendida como seu complemento, mas como alguém que reproduzia raça e capital por meio de sua pureza sexual, sua passividade, e por estar atada ao serviço do homem branco europeu burguês”. A mulher negra, por outro lado, é a antítese da humanidade, representada pelo sujeito branco masculino cis-hétero. É por isso que a raça e o gênero são categorias co-constitutivas da Modernidade. LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 22, v. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.

³² KILOMBA, G. *Memórias da plantação: episódios do racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019. p. 34.

³³ KILOMBA, G. O racismo está sempre se adaptando ao contemporâneo. *Revista Cult*, n. 211, abr. 2016. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/grada-kilomba/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

³⁴ SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina

queísta, a Negridade, enquanto categoria performativa, se configura como uma descritora de pessoas animalizadas (criminoso, indolente, agressivo, malicioso), dos territórios e temporalidade onde elas vivem (sujeitos, pobres, atrasados, subdesenvolvidos, violentos, desorganizados) e do mundo³⁵, que é a verdadeira “oficina do Sujeito”, *locus* onde ele é o exclusivo titular do poder de legislar, julgar, administrar as subjetividades, a intersubjetividade e todas as relações de poder do capital. Nessa grande oficina, é outorgado a ele o fardo de civilizar, desenvolver, aplicar a sua noção de direitos humanos e, enfim, de salvar o mundo.

Nesse mundo separado pela “linha de cor”³⁶, do lado negro está a violência, o criminoso, o réu. Posicionada do outro lado da fronteira está a “branquitude como descritora de bondade”³⁷, da inocência, do discernimento e da prudência. Por consequência, ela só pode ser a vítima ou a juíza. Os brancos figuram como os titulares do biopoder, o que significa para Foucault³⁸ a capacidade de controlar corporeidades biologizadas e de gerir as tecnologias de poder para discipliná-las e realinhá-las em variadas hierarquias heteropatriarcais.

Denise Ferreira ensina que a compreensão das bases ontoepistemológicas da Categoria de Negridade é fundamental para desvelar, confrontar e abolir a separabilidade que é a fundamentadora da violência “autorizada e justificada” dos aparatos de poder tanto interno como internacionais (tribunais, policiais etc.). Assim, é necessário tensionar contra as violências organizadas pelos Estados que se traduzem no genocídio negro e indígena, e expor o papel da branquitude para a produção e circulação das discursividades da separabilidade. Esta, à medida que estimula a produção de crueldades para maior parte do planeta, é extremamente conveniente à identidade racial

dominante, já que a negação ontológica do “outro” se transubstancia em vantagens materiais e simbólicas para os gestores do sistema, entre as quais a de legislar e de dificilmente serem imputados por crimes internacionais como o genocídio, já que eles são os formuladores das normas e, ao mesmo tempo, juízes.³⁹

O poder racial se transmuta em poder político e econômico. Na qualidade de legisladores, os agentes internacionais do Ocidente construíram o sistema penal internacional, estipularam o rol de condutas consideradas como crimes graves passíveis de submissão à jurisdição do TPI, assim como estatuíram o conceito de genocídio segundo sua própria visão de mundo e seus interesses, utilizando-se de tecnologias seletivas para alvejar os potenciais destinatários do sistema. Os sujeitos perseguidos pelo sistema judiciário penal são selecionados pelo complexo de filtros que operam tanto na formulação das normas como na sua aplicação, de modo que o status de criminoso é distribuído de modo racialmente desigual. Mas, como afirma Vera Andrade, “o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de conservação e reprodução das relações de desigualdade”⁴⁰.

O Direito Penal Internacional, tal qual o Direito Penal nacional, é simbólico e legitimador das desigualdades raciais, pois racismo é relação de poder. A seletividade, a verticalização racial e a concentração de poder “não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais”.⁴¹ Assim, a justiça penal sempre está associada ao poder, e toda e qualquer institucionalização do poder (Estado) se faz por meio da seleção de um grupo de pessoas que são submetidas à coação.⁴² Aliás, como afirma Zaffaroni, “o poder punitivo sempre é seletivo”.⁴³ Mas, de acordo com Vera

de Imaginação Política e Living Commons, 2019.

³⁵ SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina de Imaginação Política e Living Commons, 2019.

³⁶ DU BOIS, W. E. B. *As almas da gente negra*. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.

³⁷ SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina de Imaginação Política e Living Commons, 2019.

³⁸ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

³⁹ SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina de Imaginação Política e Living Commons, 2019.

⁴⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 293.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 15.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 43, 334.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010. p. 27.

Andrade⁴⁴, o fato de o Direito Penal ser simbólico não significa que ele “não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas”. Ela prossegue:

a função simbólica é assim inseparável da instrumental à qual serve de complemento, e sua eficácia reside na aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes com função de “engano”⁴⁵.

Para entender como opera a seletividade que esculpe o Ocidente de punibilidade e performa o corpo branco como inocente e o negro como periculoso, é fundamental historicizar o processo de elaboração do Tratado fundador do TPI. O atual sistema jurídico penal internacional simbolizado no Estatuto de Roma de 1998 tem as suas origens em debates iniciados muitos anos antes no âmbito da Comissão de Direito Internacional da ONU que conduziu as tratativas para aprovar o Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade em que estariam definidos e codificados os denominados “crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”, segundo o preâmbulo do Tratado, que na verdade, é a própria competência material do Tribunal.

Durante os trabalhos, os Estados africanos, coordenados com outras nações egressas da colonização, laboraram para alargar a lista dos nomeados “crimes mais graves”. As delegações de Estados ex-colonizados formularam uma proposta mais ampla que incluía outras condutas, como colonialismo, mas que foram rechaçados pelas potências ocidentais aliançadas por meio de seu pacto da branquitude. Em 1991, a Comissão de Direito Internacional apresentou um Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade composto por 12 crimes internacionais: agressão; ameaça de agressão; intervenção; dominação colonial e outras formas de dominação estrangeira; genocídio; *apartheid*; violações sistemáticas ou em massa dos direitos humanos; crimes de guerra excepcionalmente graves; recrutamento, uso, financiamento e treinamento de mercenários; terrorismo internacional; tráfico ilícito de entorpecentes; e danos intencionais e graves ao meio ambiente.⁴⁶ A inclusão de novos tipos penais interes-

sava aos países do Sul, pois são condutas que guardam relação com a colonização e com a colonialidade, e sua tipificação poderia salvaguardar os direitos internacionais atuais e futuros das nações ex-colonizadas. Oumar Ba⁴⁷ observa que esses crimes são semelhantes aos contidos no Protocolo de Malabo do Tribunal de Justiça e Direitos Humanos da União Africana, fato que demonstra não somente a agência das delegações africanas para a construção do DI, como também a percepção de ordem legal diferente da ocidental. A versão final do Código apresentada em 1996 omitiu oito tipos penais sugeridos anos antes, deixando apenas quatro crimes: agressão (art. 16), genocídio (art. 17), contra a humanidade (art. 18), crimes de guerra (art. 20), e adicionou os crimes contra ONU e o pessoal associado no art. 19.⁴⁸

O texto aprovado do Estatuto do TPI, lamentavelmente, mostra uma linha de continuidade entre Nuremberg e Haia⁴⁹, ou seja, entre o que se considerava como crimes graves nos anos 1940 – quando 1/3 da população mundial se encontrava sob o jugo colonial – e no final da década de 1990, quando já estavam finalizadas as guerras de independências na África. Na proposta de Código de 1996 apresentada pela Comissão para a Assembleia Geral da ONU em 1996, os crimes listados como os mais graves eram os de agressão (artigo 16), genocídio (Artigo 17), crimes contra a humanidade (Artigo 18), crimes contra a ONU e seu pessoal (Artigo 19) e crimes de guerra (Artigo 20)⁵⁰, numa clara inspiração do que foi colocado no escopo da jurisdição do Tribunal de Nuremberg, que eram os crimes de guerra, crimes contra humanidade e crimes contra a paz. O Estatuto do TPI, por fim, tipificou, no seu artigo 5º, o crime de genocídio (a), os crimes contra a humanidade

against the peace and security of mankind (Part II): including the draft Statute for an international criminal court. 2017. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/summaries/7_4.shtml#:~:text=At%20its%20forty%2Dthird%20session,domination%3B%20genocide%3B%20apartheid%3B%20systematic Acesso em: 20 jan. 2023.

⁴⁷ BA, Oumar. Constructing an international legal order under the shadow of colonial domination. *Journal of Human Rights*, v. 22, n. 1, p. 4-15, 2022.

⁴⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft code of crimes against the peace and security of mankind.* 2005. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1996.pdf Acesso em: 20 jan. 2023.

⁴⁹ BA, Oumar. Constructing an international legal order under the shadow of colonial domination. *Journal of Human Rights*, v. 22, n. 1, p. 4-15, 2022.

⁵⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft code of crimes against the peace and security of mankind.* 2005. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1996.pdf Acesso em: 20 jan. 2023.

⁴⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 293.

⁴⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft code of crimes*

(b); crimes de guerra (c) e o crime de agressão(d) como “os crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”.⁵¹

O apoio dos Estados africanos para a criação do TPI esteve conectado às experiências sangrentas ocasionadas pela invasão colonial e às lutas de descolonização que, em grande medida, estiveram atreladas à chamada Guerra Fria que, para muitos países da África que ardiam em chamas devido à ação do imperialismo, nada tinha de fria. Essas atrocidades foram negligenciadas pelo DI, o que por si só são motivos suficientes para alguns Estados desconfiarem dele.

Nos trabalhos para aprovação do Estatuto do TPI, o delegado da União Africana enfatizou o especial interesse da África na instituição do TPI, “já que seus povos foram vítimas de violações em larga escala dos direitos humanos ao longo dos séculos: escravidão, guerras de conquista colonial e atos contínuos de guerra e violência, mesmo na era pós-colonial”. Os países caribenhos, como Trinidad e Tobago, Cuba e Haiti também manifestaram apoio ao TPI, mas fizeram observações contundentes. Mr. Dorneval, o representante haitiano na Conferência de Roma em 1988, asseverou que seu “governo tinha um interesse muito especial no estabelecimento do Tribunal Penal [...] devido à experiência de escravidão de seu país e crimes mais recentes cujos autores ficaram impunes”. O diplomata da Líbia argumentou que o Tribunal poderia lidar com outros temas como tráfico de drogas, crimes contra religiões, escravidão branca, crimes econômicos e financeiros, e contra o meio ambiente. Segundo ele, “os valores e sistemas jurídicos ocidentais não devem ser as únicas fontes de instrumentos internacionais”⁵² já que grande parte da população mundial segue outros sistemas.

Na conferência de Roma, Cuba lamentou a exclusão das armas nucleares e de destruição em massa do conjunto dos crimes de guerra, protestou contra a subordinação do Tribunal ao Conselho de Segurança, argumentando que esta opção prejudicaria a independência da Corte e “atribuiria ao Conselho poderes que a Carta das

Nações Unidas não lhe confere”, o que significa uma violação ao princípio da igualdade soberana. O plenipotenciário cubano agradeceu o apoio que algumas delegações prestaram à sua proposta de inclusão de bloqueios econômicos no rol de crimes contra a humanidade, e registrou que seu apoio não significava que Havana estaria abdicando do seu “direito de continuar a denunciar a guerra genocida travada contra povo cubano por meio de um bloqueio econômico”.⁵³

Oumar Ba⁵⁴ opina que os países africanos pretendiam criar um tribunal verdadeiramente universal, independente do Conselho de Segurança das Nações Unidas, e conseqüentemente, livre de pressões de Estados poderosos. O autor mostra o protagonismo de África na construção de um Direito Internacional genuinamente plural, escrito a partir das margens, e por outro lado, as investidas dos poderosos para conter as resistências desses grupos. Os Estados ocidentais, desde o início, embargaram a criação de uma norma anti-impunidade, ao desenharem uma gramática que excluiu a punibilidade de seus cidadãos pelo cometimento de crimes pretéritos e futuros. A definição e limitação do escopo dos crimes internacionais evidencia a manobra da seletividade de Direito Penal Internacional para afiançar a supremacia branca por meio da performatização de uma identidade racial branca imaculada. O padrão de poder colonial é um fator determinante para entender o léxico do sistema de (in)justiça internacional e o que é tipificado como violência e como conduta criminosa.

Assim, a branquitude do sistema judiciário/legislativo internacional blinda os colonizadores de assumirem responsabilidades, restringindo a punibilidade pelo cometimento de crimes internacionais. E, mais especificamente, sobre o crime de genocídio, é conhecido que os Estados formuladores da Convenção de 1948 foram extremamente cautelosos na sua descrição, restringindo os sentidos e o escopo da formulação inicial do seu idealizador, Rafael Lemke, para evitar que o Tratado fosse suscitado para cobrir violências contra populações domésticas⁵⁵, considerando o caso dos Estados Unidos,

⁵¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 2011. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁵² UNITED NATIONS. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*. 1998. Disponível em: https://legal.un.org/diplomaticconferences/1998_icc/docs/english/vol_2.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁵³ UNITED NATIONS. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*. 1998. Disponível em: https://legal.un.org/diplomaticconferences/1998_icc/docs/english/vol_2.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023. p. 126.

⁵⁴ BA, Oumar. Constructing an international legal order under the shadow of colonial domination. *Journal of Human Rights*, v. 22, n. 1, p. 4-15, 2022.

⁵⁵ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. *Direito.UnB*, v. 1, n. 1, p. 119-146, jan./jun. 2014. Disponível em:

onde o movimento negro começara já em 1946 a utilizar a recém-criada ONU como plataforma para pressionar, expandir e internacionalizar suas lutas.⁵⁶

Naquele mesmo ano, enquanto os poderes hegemônicos debatiam os termos da Convenção sobre genocídio, o Congresso Nacional Negro peticionou ao secretário geral da ONU, requerendo a tomada de medidas necessárias contra os EUA em razão das políticas racistas de caráter genocida. Mesmo diante da inércia da Organização, a petição apresentou algum resultado positivo pois ganhou notada visibilidade no exterior. Vislumbrando o potencial desse tipo de recurso, a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), em 1947, empreendeu outra iniciativa mais ousada: apresentou à Organização das Nações Unidas um requerimento de 95 páginas denominado “Appeal to the World!” A declaração, que circulou amplamente, acusou os EUA, que viviam sob a égide das Leis Jim Crow, de violar, sistematicamente, os direitos humanos da sua população negra.⁵⁷ Em resposta, os Estados Unidos se recusaram a ratificar a Convenção durante quarenta anos e, por esse e outros motivos, não aderiram ao Estatuto de Roma. No Brasil, desde a segunda metade do século passado, o léxico do genocídio também tem sido ressignificado e apropriado por atores indígenas e negros, mobilizando-o como uma ferramenta de luta.

3 O genocídio do povo negro brasileiro e o Tribunal Penal Internacional

Conforme mencionado anteriormente, o DI nasceu para validar a escravidão, o tráfico atlântico, a matança indígena e o colonialismo, funcionando como uma tecnologia de governança racial mundial. O genocídio negro e indígena é um projeto originalmente internacional, mas é materializado dentro das fronteiras nacionais. O Brasil foi uma peça-chave na arquitetura da conquista, já

que foi o país que mais recebeu africanas/os traficadas/os (quase 6 milhões), o extermínio contra indígenas foi uma prática fundante da nação, e foi um dos últimos Estados a abolirem a escravidão no mundo. Ou seja, o genocídio negro e indígena que segue operante na colonialidade faz parte de uma longa tradição de 500 anos.

O primeiro brasileiro que utilizou a gramática do genocídio foi o ativista, ator, escritor e ex-senador negro Abdias Nascimento ainda quando estava exilado nos Estados Unidos entre 1968 e 1981. Nesse interstício, o *Civil Rights Congress* já havia denunciado o governo estadunidense por genocídio duas vezes perante as Nações Unidas, por meio da famosa petição intitulada *We charge Genocide*, que foi primeiramente apresentada em 1951, após a promulgação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948, e reapresentada em 1970.⁵⁸

Em 1977, Abdias Nascimento acusou o Brasil de genocídio em um texto preparado para ser apresentado no Festival Mundial de Artes e Culturas Negras Africanas, que teve lugar em Lagos, na Nigéria. Como o trabalho fora recusado por meio de “procedimentos officiosos” do governo brasileiro, então ele publicou o manuscrito em 1978 no livro denominado “Genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado”, um manifesto combativo apresentado corajosamente em plena ditadura militar.⁵⁹

Na publicação, Nascimento refutou o entendimento que imperou no século XX segundo o qual os afro-diaspóricos brasileiros alcançavam padrões de vida muito mais dignos do que os vividos pelos negros/as estadunidenses ou sul-africanos/as. Ele rebateu a visão oficial, internacionalmente divulgada por meio da obra de Gilberto Freyre, “Casa-Grande & Senzala”, que defendia a existência de uma democracia racial viabilizada pela mistura de raças que produzia uma convivência inter-racial harmônica, em que o principal problema que atingia os coletivos negros seria de índole econômica, ou seja, a condição de pobreza, e não o preconceito racial.

A contranarrativa à tese da democracia racial é promovida por Nascimento, por meio de dados estatísticos e historiográficos que revelam que o genocídio neste país

<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24625>. Acesso em: 20 jan. 2022.

⁵⁶ PATTERSON, William L. (ed.). *We charge genocide: the crime of government against the negro people*. 3. ed. New York: International Publishers, 2020.

⁵⁷ PATTERSON, William L. (ed.). *We charge genocide: the crime of government against the negro people*. 3. ed. New York: International Publishers, 2020; ANDERSON, Carol. *Eyes off the Prize: the United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*. New York: Cambridge University Press, 2003.

⁵⁸ PATTERSON, William L. (ed.). *We charge genocide: the crime of government against the negro people*. 3. ed. New York: International Publishers, 2020.

⁵⁹ NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

é um processo organizado pelo Estado, o qual se utilizou de diversos expedientes materiais e simbólicos para viabilizar o projeto de embranquecimento da nação que previa a extinção dos componentes negros e indígena. Ele comprova que as ações orquestradas pelos agentes públicos configuram o crime de genocídio, cuja definição apresentada nas primeiras páginas do livro remonta ao

uso de medidas deliberadas e sistemáticas (como morte, injúria corporal e mental, impossíveis condições de vida, prevenção de nascimentos) calculadas para o extermínio de um grupo racial, político ou cultural ou para destruir a língua, a religião ou a cultura de um grupo.⁶⁰

Assim, Abdias Nascimento demonstra que o racismo aqui é diferente do praticado nos EUA e na África do Sul, mas não era mais moderado, já que os corpos pretos são acometidos por um racismo insidioso, dissimulado, que conduz a um genocídio.

O Ministério das Relações Exteriores (MRE), consoante Nascimento, cumpriu a missão de vender para o exterior uma imagem de país pretensamente civilizado, próspero e moderno, diga-se, branco. A política externa brasileira, durante muito tempo, foi agenciada para negar e, ao mesmo tempo, perpetuar o genocídio do povo negro⁶¹, utilizando-se de artimanhas para exibir uma imagem falsificada e performatizada de branquidade, de harmonia racial, como sendo um passaporte para adentrar nos círculos euro-estadunidenses, e para mostrar confiabilidade nas relações econômicas com a branquitude capitalista do mundo.⁶²

Abdias Nascimento chama atenção para o fato de que “os olhos azuis do Itamaraty”⁶³ não somente não queriam enxergar o povo negro brasileiro, mas também

buscavam apresentar no exterior um retrato distorcido da realidade nacional, na medida em que pretendiam informar que a população brasileira seria composta majoritariamente pelo componente branco e que o povo negro estaria desaparecendo. Nascimento menciona uma publicação de 1966 do MRE intitulada *Brazil* — época em que ironicamente o seu Ministro era Juracy Magalhães, ex-governador do “estado africano da Bahia” —, que objetivava promover o país nas arenas internacionais, noticiava que a maioria da população brasileira pertencia ao grupo racial branco, sendo “diminuta a porcentagem de pessoas de sangue misto”. Esse proposital “linchamento estatístico”, que, aliás, contrariava os dados censitários do período, era uma tentativa de maquiagem a imagem do Brasil e “torná-la mais agradável aos olhos dos masters metropolitanos”. O “desprezo institucionalizado” pelos corpos negros aparece em outro capítulo da mesma obra do MRE quando ela comunica que a taxa de mortalidade dos “negros e mulatos” era superior à média dos brancos “como consequência dos baixos padrões de vida e higiene”. Mas, segundo ele, o livreto escamoteava o racismo, a exploração e as várias formas de massacre físico e psicológico que as elites impunham aos coletivos afrodescendentes.⁶⁴

Os “riobranquinos” que tão bem representavam a normatividade racial, além de se fazerem de cegos ao genocídio do povo negro resultante das políticas de embranquecimento da nação, flertavam na arena internacional com os poderes coloniais, como Portugal, e com regimes supremacistas brancos como o da África do Sul e dos Estados Unidos. O ativista comenta que na ONU o Brasil foi um apoiador do colonialismo português, votando contra as independências de Guiné-Bissau e Moçambique, no período em que Portugal estava sendo fortemente questionado pela não implementação da Resolução 1.514 da Assembleia Geral, e por ser causador de brutalidades cometidas contra africanos/as nas lutas de libertação nacional.⁶⁵

O branqueamento da nação, conforme denuncia Abdias Nascimento, operado também pelas normas migratórias, foi uma estratégia de genocídio institucio-

⁶⁰ NASCIMENTO, Abdias do. *O Quilombismo: documentos para uma militância panafricanista*. São Paulo: Perspectiva; Rio de Janeiro: Ipeafro, 1980. p. 15.

⁶¹ NASCIMENTO, Abdias do. *O Quilombismo: documentos para uma militância panafricanista*. São Paulo: Perspectiva; Rio de Janeiro: Ipeafro, 1980.

⁶² SILVA, Karine de Souza. O genocídio negro e o assassinato do refugiado africano Moïse Kabagambe: o retrato que o Brasil brancocentrado nunca quis revelar ao mundo. *Empório do Direito*, 2022. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-genocidio-negro-e-o-assassinato-do-refugiado-africano-moise-kabagambe-o-retrato-que-o-brasil-brancocentrado-nunca-quis-revelar-ao-mundo>. Acesso em: 17 jul. 2022.

⁶³ NASCIMENTO, Abdias do. *O Quilombismo: documentos para uma militância panafricanista*. São Paulo: Perspectiva; Rio de Janeiro: Ipeafro, 1980.

⁶⁴ NASCIMENTO, Abdias do. *O Quilombismo: documentos para uma militância panafricanista*. São Paulo: Perspectiva; Rio de Janeiro: Ipeafro, 1980.

⁶⁵ NASCIMENTO, Abdias do. *O Quilombismo: documentos para uma militância panafricanista*. São Paulo: Perspectiva; Rio de Janeiro: Ipeafro, 1980.

nalizado, embora escamoteado.⁶⁶ As políticas e normas migratórias aprovadas a partir do alvorecer da Primeira República objetivavam, claramente, reduzir os componentes negros e indígenas — como defendeu o único representante brasileiro no Congresso Internacional de Raças em Londres em 1911, João Batista Lacerda. Segundo a tese apresentada por Lacerda no Reino Unido, as correntes de imigração europeia aumentariam, progressivamente, o grupo racial branco na demografia nacional, o que levaria, conseqüentemente, à extinção dos traços negros. Segundo ele, “em virtude deste processo de redução étnica, é lógico supor que no curso de mais de um século os mestiços tenham desaparecido no Brasil. Isto coincidirá com a extinção paralela da raça negra em nosso meio”.⁶⁷

A denúncia internacional de genocídio que foi apresentada por Abdias em vários eventos internacionais, desmentindo a visão oficial de democracia racial que a nossa diplomacia divulgava nos fóruns multilaterais, como UNESCO e ONU, e em congressos sobre relações raciais sediados no exterior, lhe rendeu perseguições ostensivas por parte do Ministério das Relações Exteriores, consoante ele relata no livro “Sitiado em Lagos: autodefesa de um negro açoitado pelo racismo”, publicado em 1981.⁶⁸ Nessa obra, o autor noticia episódios de “espionagem, pressão e repressão” e racismo institucional de que fora vítima desde 1975, resultando em uma série de ações intimidadoras do Itamaraty que vão desde o confisco do seu passaporte até campanhas internacionais difamatórias contendo notícias desonrosas sobre sua pessoa, e questionando sua credibilidade como professor universitário especialista em relações étnico-raciais. Tudo isso está documentado na publicação ainda pouco conhecida neste país, em que ele divulga o teor de vinte despachos telegráficos — que ele recebeu de uma fonte africana — rotulados como confidenciais e secretos, que foram trocados entre a embaixada brasileira em Lagos e o Ministro de Relações Exteriores do Brasil, entre 18 de janeiro e 2 de fevereiro de 1977 durante a sua participação no Colóquio da Festac, na Nigéria. Os telegramas mostram a promoção de expedientes do MRE com o governo nigeriano para

vetar participação de Nascimento na Festac e, em caso de insucesso, para cassar sua palavra no intuito de evitar que ele expusesse a tese do genocídio à brasileira, e exibem, ainda, ordens para que nossa embaixada publicasse notas desqualificadoras contra Nascimento em jornais estrangeiros. Em outra de suas obras⁶⁹, ele declara as gestões do Itamaraty para impedir a realização do III Congresso de Cultura Negra das Américas no Brasil.

Abdias Nascimento foi sagaz em utilizar o léxico do genocídio como uma estratégia para interpelar o Brasil no plano internacional, ou seja, em fazer circular a antítese da discursividade dominante da nossa política externa. Assim, ele posiciona o racismo brasileiro no plano exterior, tornando-o um componente das relações internacionais, já que o genocídio é tipificado como um crime internacional. Agora ele falava na mesma linguagem e no mesmo cenário, com os atores externos, expondo o país na mesma arena onde o Brasil estava acostumado a atuar livre de constrangimentos de setores internos. Ao demonstrar que o racismo à brasileira é um *processo* e é *mascarado*, Abdias subverte dois elementos fulcrais do crime de genocídio: o ato e a intenção, que não é explícita, é mascarada.⁷⁰ O relato da saga de Abdias como um protagonista atuando desde a periferia da sociedade internacional é relevante para evidenciar que, durante muito tempo, a política de recrutamento de diplomatas do MRE não somente bloqueou o ingresso de corpos não normativos, como perseguiu as vozes dissonantes, restando às populações negras e indígenas a utilização de vias alternativas para atuarem no palco externo e para protegerem a sua integridade física.

O certo é que os coletivos negros e indígenas brasileiros se apoderaram da gramática política-jurídica do genocídio, instrumentalizando-a nas suas agências nacionais e internacionais. Depois de Abdias Nascimento, um leque de juristas passou a mobilizar a terminologia do genocídio para nomear as ações sistemáticas de extermínio dos corpos negros no Brasil. Neste grupo estão Thula Pires, Ana Flauzina, Thiago Amparo, Luciano Góes, Marcos Queiroz, Evandro Piza Duarte, Fernanda da Silva Lima, Adilson Moreira, Samuel Vida, etc.

⁶⁶ NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

⁶⁷ LACERDA, João Baptista de. Sur le métis au Brésil. In: *PREMIER Congrès Universel des Races*: 26-29 juillet 1911. Paris: Devouge, 1911. p. 18-19.

⁶⁸ NASCIMENTO, Abdias do. *Sitiado em Lagos: autodefesa de um negro açoitado pelo racismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

⁶⁹ NASCIMENTO, Abdias do. *O negro revoltado*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

⁷⁰ RAMOS, Paulo César. *Gramática negra contra a violência de Estado: da discriminação racial ao genocídio negro (1978-2018)*. 2021. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Os movimentos negros paulatinamente recepcionaram o termo e o incorporaram nas lutas, sobretudo a partir de 2007, após a realização do Encontro Nacional da Juventude Negra (Enjune). A expressão ganhou grande amplitude com o assassinato da vereadora Marielle Franco, em 2018, conforme aponta Ramos em sua tese doutoral⁷¹, e se popularizou na gestão Bolsonaro. O dismantelamento de políticas públicas de inclusão social associado à administração desastrosa da covid-19 penalizou, desproporcionalmente, as pessoas de baixa renda, indígenas e negras, colocando-as no patamar das maiores vítimas mortais da pandemia.

Entidades negras, em geral, têm considerado o termo, em sua polissemia, — com usos políticos e jurídicos, incluindo-o em agendas nacionais e internacionais — como o mais apropriado para refletir sobre as brutalidades do racismo à brasileira, já que ele possibilita englobar um conjunto de pautas que afetam as vivências de negras e negros. A incorporação do genocídio no rol de lutas é uma estratégia de resistência de povos marginalizados, na medida em que denuncia e interroga a atuação dos governos brasileiros no meio internacional, fazendo-se uso de uma ferramenta formulada pelo próprio DI, mas ampliando o entendimento desse tipo penal, pois considera crimes cometidos de forma sistêmica. Sem dúvidas, o léxico do genocídio é o que mais se aproxima da realidade que experienciam os corpos negros e indígenas neste país ao longo de quinhentos anos.

No Brasil esse genocídio é um processo multifacetado organizado pelo Estado, que tem mobilizado instrumentos como instituições e o Direito para esse fim.⁷² Durante os séculos XIX e XX, os governantes formularam políticas públicas e normas expressamente vocacionadas à extinção de corpos negros e indígenas. As políticas migratórias, por exemplo, serviram, historicamente, como uma das armas de guerra contra indivíduos não brancos neste país. Ademais, elas são exemplos fundamentais para entender como o Direito racializou e promoveu o controle dos negros e das negras, e tam-

bém operou para manter a branquitude no poder. O necrodireito brasileiro é um produtor de morte, operando em uma sociedade estruturada pelas artimanhas de um racismo dissimulado, que é o motor de uma economia do luto. E o Direito serve de instrumento articulador desse modelo de ocultação do racismo. Segundo Lélia Gonzalez⁷³, a democracia racial é a forma de manifestação do racismo por denegação. Aliás, o racismo aqui é por denegação e, eu diria, por delegação, já é o país do “racismo sem racistas”, pois o racista é sempre o outro, e nunca o sujeito promotor, e o genocídio, por extensão, é por denegação.

O genocídio por denegação é uma realidade cotidiana macabra, fruto do racismo estrutural que se revela nos planos da subjetividade e da intersubjetividade, e atravessa as instituições e todo o tecido social. Ele se exterioriza ora por meio de práticas explícitas, ora não explícitas, gerando consequências físicas e diversas ameaças ao grupo. Ele escancara as múltiplas faces da necropolítica estatal e se revela nos índices de letalidade, nas terríveis formas de exclusão, nas dificuldades de acesso a direitos garantidos pela Constituição Federal, em episódios cotidianos de racismo. O Estado é o gestor da morte, do extermínio, da “política de inimizade”.⁷⁴ Thula Pires⁷⁵ resgata a formulação de Edson Cardoso e assevera que “sangue negro e sangue indígena formam um capital político do qual nenhum grupo político abriu mão no Brasil”.

Segundo dados da ONU, a cada 23 minutos morre um jovem negro no Brasil, seja pela ação, seja pela omissão do Estado. De acordo com o Atlas da Violência de 2021, “em 2019, os negros representaram 77% das vítimas de homicídios. [...] e a taxa de violência letal contra pessoas negras foi 162% maior que entre não negras”.⁷⁶

Contextualizando brevemente o viés da inocência branca no Brasil, o Anuário Brasileiro da Segurança Pública de 2021 informa que quase 67% das pessoas

⁷³ GONZÁLEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-82, jan./jun. 1988.

⁷⁴ MBEMBE, Achile. *Políticas de inimizade*. São Paulo: N-1 Edições, 2020.

⁷⁵ PIRES, Thula. *Democracia e genocídio do povo negro e indígena*. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3jzHIsmiAKE&t=5s>. Acesso em: 20 fev. 2022.

⁷⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2021*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

⁷¹ RAMOS, Paulo César. *Gramática negra contra a violência de Estado: da discriminação racial ao genocídio negro (1978-2018)*. 2021. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

⁷² SILVA, Karine de Souza. “A mão que afaga é a mesma que apedreja”: direito, imigração e a perpetuação do racismo estrutural no Brasil. *Revista Mbote*, Salvador, Bahia, v. 1, n. 1, p. 20-41. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/mbote/article/view/9381>. Acesso em: 22 jul. 2022.

encarceradas são negras, o que demonstra claramente a seletividade e o perfilamento racial dos que são considerados como criminosos.⁷⁷ O sistema penal brasileiro é herdeiro da escravidão, é extremamente punitivista, racialmente seletivo, baseado na criminalização dos corpos negros em razão do fenótipo⁷⁸, e na presunção de inocência dos brancos. Sem dúvidas, ele nasceu para tutelar os corpos cis-hétero-normativos e para controlar uma das maiores populações negras do mundo.

Por outro lado, conforme o Censo do Conselho Nacional de Justiça de 2018, a magistratura brasileira é branca e masculina. O Censo apurou que 80,3% dos magistrados são brancos. Os negros correspondem a, apenas, 18% (16,5% pardos e 1,6% pretas), 1,6% dos/as juízes/as são de origem asiática e somente 11 magistrados se declararam indígenas, menos de 1%.⁷⁹

O Brasil é signatário do Estatuto de Roma, e internalizou o tratado por meio do Decreto n.4.388/2002. O crime de genocídio foi reconhecido pelo nosso ordenamento por meio da Lei n. 2.889/1956, e do Código Penal. Em tese, o genocídio antinegro brasileiro poderia ser denunciado ao Tribunal Penal Internacional, e sua definição está explicitada no artigo 6º do seu Estatuto, que foi internalizado no nosso ordenamento nacional:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “genocídio”, qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;

⁷⁷ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro da Segurança Pública de 2021*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁷⁸ GÓES, Luciano. Pátria exterminadora: o projeto genocida brasileiro. *Revista Transgressões*, v. 5, p. 53-79, 2017.

⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbc6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.⁸⁰

É digno de nota que o Tribunal Penal Internacional para Ruanda considerou que o genocídio pode ser configurado tanto por ação, como por omissão dos responsáveis por protegerem a população. Isso engloba a abstenção de atitudes afirmativas que impediriam a ocorrência de morte e danos à integridade física ou mental de membros de determinado grupo, se isso se correlacionar com a intenção de dizimar total ou parcialmente um coletivo específico. A intenção é um elemento complexo para produção de provas, ainda que não seja necessário demonstrar motivação específica para o cometimento da conduta criminosa. Já o dolo especial é marcador constitutivo do crime, pois o agente deve haver concorrido para alcançar um fim que é a destruição total ou parcial do grupo. Sem embargo, no processo que correu no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia contra o general Radislav Krstic, os magistrados entenderam que a falta de evidência direta de intenção genocida pode ser deduzida a partir do exame das circunstâncias factuais do crime. A observância de um padrão de violências é o bastante para concluir que a conduta não pode ser outra, senão a de fulminar o grupo alvo. Com relação à eficiência dos métodos utilizados pelos genocidas, a Corte assentou que não se faz necessário que sejam os mais eficientes para consecução do objetivo final. Ainda que a destruição seja parcial, a intenção genocida pode ser comprovada. Dessa forma, caso haja uma política ativa ou passiva que acarretará deliberadamente a morte ou importantes lesões físicas e mentais, pode-se indicar o dolo especial para a produção do genocídio. Esse entendimento é uma janela aberta porque o Estatuto do TPI não contemplou explicitamente o tipo de genocídio por denegação, embora a sua hermenêutica possa conduzir a essa interpretação que nunca foi aventada.

Entretanto, essa instância, que opera desde 2002, apesar de juvenil, tem se mostrado essencialista e seletiva e, por isso, tem sido alvo de polêmicas e resistências por parte de nações africanas.⁸¹ As objeções contra o TPI têm razão de ser: desde o seu nascimento, 100%

⁸⁰ BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁸¹ EZENNIA, C. N. The modus operandi of the International Criminal Court System: an impartial or a selective justice regime? *International Criminal Law Review*, v. 16, n. 3, p. 448-479, 2016.

dos casos julgados, ou em curso, são contra pessoas africanas. Ou seja, o “Direito Penal do autor” fundado na construção ideológica do inimigo, do criminoso, segundo a marcação racial não é algo que se circunscreve ao âmbito doméstico, já que é uma ordem presente do meio externo. A parcialidade do Tribunal se manifesta nos números, já que a totalidade dos 31 processos apreciados ou em trâmite se refere a réus (esmagadora maioria de homens) dos seguintes Estados: Sudão, Quênia, República Democrática do Congo, Uganda, República Centro-Africana, Mali, Líbia, Costa do Marfim.⁸² Esses dados, por si só, são escandalosos, mas não são novidades quando se observa a normalidade do sistema internacional. Além disso, as narrativas dominantes procuram isolar as barbaridades cometidas em solo africano das raízes coloniais e dos interesses do capitalismo racial-hétero-patriarcal.

Uma das estratégias que o sistema de (in)justiça penal internacional utiliza para escapar da criminalização de brancos é a construção do holocausto como experiência paradigmática, singular de terror e sofrimento, fato que, segundo Flauzina⁸³, “coloca obstáculos ao reconhecimento e enfrentamento de outros genocídios”, uma vez que soterra os extermínios coloniais contra negros e indígenas que foram os alicerces dos Estados Modernos, e que continuam em execução. Consoante a autora, “de uma forma discreta e mais eficaz, serve como escudo simbólico e político de modo que as atuais práticas genocidas possam ser minimizadas ou negligenciadas”.

Em última instância, a insistência da singularidade é útil à negação do crime de genocídio negro por parte da estrutura jurídica internacional, e se manifesta como um viés do não reconhecimento do sofrimento do povo negro. A desconsideração dos matizes do sofrimento negro, nos casos de crimes perpetrados por brancos, se torna um dos preceitos da justiça penal internacional. Em termos concretos, isso implica “a total exclusão de negros do conjunto eficaz de proteções e garantias promovido pelo paradigma dos direitos humanos”.⁸⁴

A professora holandesa Glória Wekker, em seu livro “White Innocence”, considera que a escolha dos Países Baixos para sediar o TPI e outros Tribunais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça e os Tribunais penais *ad-hoc*, guarda relação com a autoperformatação da branquitude nacional, que se enxerga como um povo ético, virtuoso, inocente, com capacidade de arbitrar conflitos internacionais, e exporta, orgulhosamente, essa narrativa para o exterior. A autora, ainda, observa que a inocência está associada não apenas aos atributos positivos, mas também a privilégios, a acesso a direitos e à distribuição de violência. Essa concepção da inocência está inscrita em arquivos culturais os quais ela define como repositórios de memórias cimentadas durante séculos de colonialismo e que são compostas por “princípios e práticas de governança” passadas de geração em geração, que viajaram entre metrópoles e colônias, cujo conteúdo pode, também, englobar documentos, classificações, instituições, forma de organizações de afetos e de sociabilidades. A autorrepresentação branca inclui “políticas, princípios e sentimentos”, transmitidos entre gerações, ainda que não seja a mesma de tempos passados, porque se reatualiza.⁸⁵

No ambiente do institucionalismo e da governança mundial branca, o acolhimento a uma denúncia de genocídio antinegro no Tribunal parece improvável considerando que a “normalidade” desse sistema internacional é a de nunca punir brancos por crimes de genocídio praticados contra negros e indígenas. Conforme mencionado no início deste estudo, durante todo o século XX (e antes dele), várias ações de extermínio foram perpetradas por supremacistas brancos diante dos olhares inertes da comunidade internacional, sem o devido julgamento por parte de cortes internacionais, mesmo diante de grandes repercussões internacionais. Na lista dos criminosos que são indicados como responsáveis pelas mortes de milhões de negras e negros, somente no século passado, estão pessoas nacionais da África do Sul, dos EUA, de Portugal, da Bélgica, do Reino Unido e da Alemanha. Nesse rol, não se pode esquecer de incluir vários governos brasileiros. Esses fatos, por si só, demonstram não apenas que os corpos negros são marcados pela criminalização, mas também que não são passíveis de proteção internacional, ou seja, de humanização. A racionalidade universalista incutida em ins-

⁸² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Situations and Cases*. 2021. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>. Acesso em: 17 fev. 2022.

⁸³ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. *Direito.UnB*, v. 1, n. 1, p. 119-146, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24625>. Acesso em: 20 jan. 2022.

⁸⁴ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. *Direito.UnB*, v. 1, n. 1, p. 119-146, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/>

[view/24625](https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24625). Acesso em: 20 jan. 2022.

⁸⁵ WEKKER, Glória. *White Innocence: paradoxes of colonialism and race*. London: Duke University Press, 2016. p. 19.

trumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção de Genocídio não contempla pessoas racializadas como não brancas na sua totalidade, considerando que muitos dos crimes arrolados foram cometidos após a entrada em vigor dessas normas.

Atualmente, há uma denúncia da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil de genocídio e ecocídio contra o governo Bolsonaro no TPI. A condenação por extinção de um grupo étnico, em específico, talvez seja mais palatável aos tribunais internacionais porque se trata de acusação de genocídio do modelo tradicional, sendo menos complexa a produção de provas.

A militância das delegações africanas e caribenhas para elastecer a codificação dos “crimes mais graves que merecem a atenção da humanidade” mostra uma tentativa de ultrapassar o sistema de Nuremberg, de não deixar apagar o legado colonial e de visibilizar as atuais nuances da dominação política-econômica-racial que sustenta a distribuição desigual do poder entre os Estados. Os formuladores das normas e de mecanismos decisórios internacionais, ao se autoimputarem como paladinos e guardiões do sistema, continuam instrumentalizando o DI por meio de múltiplas estratégias normativas e institucionais que fabulam a inocência branca, ao passo que se evadem de responderem por seus crimes.

A narrativa presente no Estatuto do TPI de “garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional” é ancorada na utilização simbólica do Direito Penal Internacional como um instrumento útil à reprodução da estrutura assimétrica de poder no cenário internacional. A racionalidade da efetivação da justiça mascara a seletividade racial de uma estrutura que (re) produz a violência ao contrário de refutá-la. Sua função declarada de promover justiça universal, coibir os crimes mais graves, não se consuma. De outra forma, a função real é a de ratificação das inequidades econômicas e raciais internacionais que se concretizam ao passo que se performam as identidades e selecionam quais corpos devem ser criminalizados. O Direito Penal Internacional sanciona a ‘ordem’ racial vertical enquanto instrumento mantenedor da desigualdade. Conforme Zaffaroni⁸⁶ os tribunais internacionais, do mesmo

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 333.

modo que os nacionais, reproduzem estruturas punitivas seletivas. Esse fator demonstra a sua incapacidade de promover justiça universal, pois ao validar a seletividade, imuniza os detentores do poder. Assim, se revela a operacionalidade do TPI e a instrumentalização do Direito Penal Internacional à supremacia branca. Desse modo, tem razão o supracitado autor quando observa que é incoerente a pretensão de nutrir a confiabilidade pública em um sistema de poder que ocasionou ou permitiu o genocídio.

Outro ponto é que os ex-colonizadores, embora sejam signatários do Estatuto de Roma (à exceção dos EUA), dificilmente deixariam prosperar uma ação postulada no TPI alegando o cometimento de genocídio antinegro contra indivíduos de um Estado metropolitano, ou mesmo do Brasil, já que, embora este seja um país egresso da colonização, tal ação serviria de exemplo para outras demandas contra-sujeitos de outras nacionalidades, situação que o sistema brancocentrado não tolera.

Em se tratando do institucionalismo internacional, uma questão fundamental para ser problematizada é a individualização de demandas, própria do modelo de justiça liberal, que não dá conta de opressões estruturais, como é o caso do racismo, do classismo e do heterossexismo, conforme atesta David Sánchez Rubio.⁸⁷ É claro que não devemos subscrever narrativas punitivistas, mas os indivíduos devem ser responsabilizados, desde que não seletivamente, pelo cometimento de crimes cruéis. Como enfatiza Angela Davis, “cada pessoa que participa de um ato violento de racismo deve responder por isso”.⁸⁸ Entretanto, é fundamental “adotar projetos que se voltem para as condições sócio-históricas que possibilitaram atos como esses”.⁸⁹ Por isso, “precisamos falar de mudança sistêmica. Não podemos nos contentar com ações individuais”.⁹⁰

A análise do Direito Penal Internacional, do Direito Internacional Humanitário e seus aparelhos precisa ser feita no âmbito mais alargado, que é o da crítica à pró-

⁸⁷ SÁNCHEZ RUBIO, David. *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ciudad de México: Ediciones Akal, 2018.

⁸⁸ DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, 2018. P. 44.

⁸⁹ DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, 2018. P. 44.

⁹⁰ DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 125.

pria concepção hegemônica de direitos humanos que carrega no seu DNA uma gramática monolítica vocacionada para tornar operativo o capitalismo e suas políticas liberais. Essa concepção é incapaz de combater os marcadores opressivos, uma vez que o capitalismo está cimentado em quatro pilares: patriarcado cis-heteronormativo, racismo, ecocídio e classismo. Por isso, tal modelo hegemônico é seletivo porque seus preceitos são incapazes de tensionar contra as injustiças sistêmicas que estruturam as sociabilidades que se empreendem nos palcos do mundo. Ele foi edificado com base em uma noção hierarquizadora de corpos, para proteger apenas os corpos normativos, e não aqueles que servem ao capitalismo. A seletividade do discurso se vê nitidamente na medida em que o sofrimento de alguns corpos não é considerado como injustiça, não é digno de notas, de *hashtags*, de comiseração, de misericórdia. A linguagem *mainstream* de direitos humanos não confronta as hierarquizações desses corpos; ao contrário, naturaliza-as.

A fixação de posicionalidades e de subjetividades é funcional à maquinaria capitalista racial. Ela é um componente da “sociogênese do colonialismo”⁹¹ no que diz respeito à forma como ele impacta as identidades, as leituras de mundo e incide na preservação e funcionamento das instituições. O TPI é uma instituição liberal que, igual às outras, opera em favor da manutenção das hierarquias de classe/raça. As dinâmicas raciais de poder devem ser entendidas não apenas no patamar da subjetividade e da intersubjetividade, mas também no plano dos aparatos institucionais, no contexto sistêmico do capitalismo.

O Direito moderno precisa ser compreendido no contexto das relações de poder, da sua instrumentalidade a uma economia funerária, e com base em suas ambiguidades. Isto significa que ele tem sido instrumentalizado como um mecanismo de opressão, mas pode figurar como um mecanismo de reparação e transformação por meio da crítica engajada com a práxis. Ou seja, nesse campo de disputas, o que faço aqui é denunciar e me insurgir contra todo o sistema que nos oprime e nos desumaniza, mas, por outro lado, compreendo a relevância de disputar o Direito criticamente, apesar de

estar ciente de suas limitações, haja vista a sua natureza e sua instrumentalidade ao capitalismo.

4 Considerações finais

Dado o exposto, as principais conclusões preliminares deste estudo serão arroladas na sequência.

É necessário promover uma arqueologia ao DI, para denunciar não só o seu caráter imperial, mas também o racial. Normas, discursos e julgados constroem identidades, mediam as sociabilidades e determinam posicionalidades nos jogos de poder internacionais;

O DI é tributário da racialidade fundadora do racismo científico reinante no século XIX que defende a superioridade intelectual, física, moral e estética dos brancos. O Direito que serve ao controle de corpos e gestão da morte reproduz os estigmas de periculosidade dos negros e negras, e da inocência e do salvacionismo brancos. O DI, portanto, é uma tecnologia de governança racial global exercitada via pactos narcísicos;

As instituições multilaterais liberais ocidentais, incluindo os tribunais, e as normas internacionais se instrumentalizam para garantir a hegemonia de determinados grupos raciais-gendrados, assim como a difusão de seus valores capitalistas para o mundo. O TPI, enquanto uma instituição liberal, serve para manter o *status quo* e o faz, entre outros meios, ao despolitizar as opressões estruturais e se centrar, apenas, em acusações individuais. Não podemos endossar discursos punitivistas, mas os indivíduos devem ser responsabilizados por suas condutas atroz. Mas, para além disso, devemos nos concentrar, enfaticamente, em mudanças sistêmicas globais.

Tanto o genocídio negro como a performatividade racializada da justiça são processos nacionais conectados com o internacional.

O estudo de caso mostra como a incorporação da gramática do genocídio pelo ativismo negro é uma estratégia de resistência, na medida em que interpela e desestabiliza o meio internacional mediante o uso de ferramentas do próprio DI, mas amplia o entendimento, mostrando a figuração de outros tipos de genocídio associado à estruturalidade do racismo, e que, por isso, não só indivíduos, mas também o Estado, os poderes internacionais e a maquinaria capitalista cis-hetero-racial estão implicados neste projeto seletivo de morte.

⁹¹ FANON, Frantz. *Peles negras, máscaras brancas*. Salvador: UFBA, 2008; FAUSTINO, Deivison Mendes Faustino. *A disputa em torno de Frantz Fanon: a teoria e a política dos fanonismos contemporâneos*. São Paulo: Intermeios, 2020.

Essas contranarrativas ao sistema vigente devem ser inscritas na historiografia do Direito Internacional do Brasil, considerando-se que o Direito não resume às normas, mas são também relações sociais e agenciamentos coletivos por justiça. Essas lutas podem servir de base para futuras alterações nas normas de DI e para o reconhecimento do genocídio por denegação. Por seu turno, a doutrina hegemônica do DI não pode continuar silenciando sobre o genocídio negro e indígena, e compactuando com o racismo epistêmico.

1. No caso do genocídio antinegro/anti-indígena brasileiro, não se deve confiar que esse TPI seja distribuidor de justiça racial porque a racialização faz parte da ontologia do Direito Internacional, e o Tribunal não nasceu para confrontar o sistema e, sim, para ratificá-lo. A perenização da inocência branca é uma prova disso.
2. No entanto, não se deve descartar a internacionalização da demanda e das lutas porque as instituições, como lugares de disputa de poder, são espaços estratégicos para construção de contranarrativas e de difusão de ideias.
3. Faço coro com Denise Ferreira da Silva e Jota Mombaça quando propõem “o fim deste mundo como conhecemos”⁹², que significa a derrubada da racionalidade reinante que nos desqualifica, que nos desumaniza. É necessário o fim desta lógica hedionda moderna e da racialização do Direito Internacional, não para salvá-lo porque já sabemos como o salvacionismo opera, mas para tentar avançar para o patamar de justiça racial.

Referências

ANDERSON, Carol. *Eyes off the Prize: the United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*. New York: Cambridge University Press, 2003.

⁹² SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina de Imaginação Política e Living Commons, 2019; MOMBAÇA, Jota. *Não vão nos matar agora*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BA, Oumar. Constructing an international legal order under the shadow of colonial domination. *Journal of Human Rights*, v. 22, n. 1, p. 4-15, 2022.

BENTO, Maria Aparecida. *O pacto da branquitude*. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BENTO, Maria Aparecida. *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público*. 2002. Tese (Doutorado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFUGUEL, Ramón (org.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

BORBA DE SÁ, Miguel; SILVA, Karine de Souza. Do haitianismo à nova Lei de Migração: direito, raça e política migratória brasileira em perspectiva histórica. *Revista Nuestra América*, v. 9, n. 17, 2021. Disponível em: <http://revistanuestreamerica.cl/ojs/index.php/nuestreamerica/issue/view/18/showToc> . Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

CARNEIRO, Sueli. *Escritos de uma vida*. São Paulo: Pólen, 2019.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da ‘invenção do outro’. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 169-186.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fc_ef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf . Acesso em: 15 mar. 2020.

DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, 2018.

- DOTY, Roxanne Lynn. *Imperial encounters: the politics of representation in north-south relations*. Minneapolis: Minnesota Press, 1996.
- DU BOIS, W. E. B. *As almas da gente negra*. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.
- EZENNIA, C. N. The modus operandi of the International Criminal Court System: an impartial or a selective justice regime? *International Criminal Law Review*, v. 16, n. 3, p. 448-479, 2016.
- FANON, Frantz. *Peles negras, máscaras brancas*. Salvador: UFBA, 2008.
- FAUSTINO, Deivison Mendes Faustino. *A disputa em torno de Frantz Fanon: a teoria e a política dos fanonismos contemporâneos*. São Paulo: Intermeios, 2020.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. *Direito.UnB*, v. 1, n. 1, p. 119-146, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24625>. Acesso em: 20 jan. 2022.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro da Segurança Pública de 2021*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- GATES JUNIOR, Henry Louis. *Os negros na América Latina*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- GÓES, Luciano. Pátria exterminadora: o projeto genocida brasileiro. *Revista Transgressões*, v. 5, p. 53-79, 2017.
- GONZÁLEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-82, jan./jun. 1988.
- GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 80, p. 115-147, 2008.
- GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 179.
- HEGEL, G.W. F. *Filosofia da história*. Brasília: UnB, 1995.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2021*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 2011. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Situations and Cases*. 2021. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>. Acesso em: 17 fev. 2022.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft code of crimes against the peace and security of mankind (Part II): including the draft Statute for an international criminal court*. 2017. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/summaries/7_4.shtml#:~:text=At%20its%20forty%2Dthird%20session,domination%3B%20genocide%3B%20apartheid%3B%20systematic Acesso em: 20 jan. 2023.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft code of crimes against the peace and security of mankind*. 2005. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1996.pdf Acesso em: 20 jan. 2023.
- KANT, Emmanuel. *Observações sobre o sentimento do belo e do sublime*. Campinas: Papirus, 1993.
- KILOMBA, G. *Memórias da plantação: episódios do racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.
- KILOMBA, G. O racismo está sempre se adaptando ao contemporâneo. *Revista Cult*, n. 211, abr. 2016. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/gradakilomba/>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- LACERDA, João Baptista de. Sur le métis au Brésil. In: *PREMIER Congrès Universel des Races*: 26-29 juillet 1911. Paris: Devouge, 1911.
- LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 22, v. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.
- MBEMBE, Achile. *Políticas de inimizade*. São Paulo: N-1 Edições, 2020.

- MILLS, C. O contrato de dominação. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2 p. 15-70, jul./dez. 2013.
- MILLS, Charles. *The Racial Contract*. Ithaca, NY: Cornell University, 1997.
- MOMBAÇA, Jota. *Não vão nos matar agora*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2021.
- MONTESQUIEU, C. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOORE, James R. And justice for all: teaching the reparations debate. *Journal of Social Studies Education Research*, v. 11, n. 2, p. 27-60, 2020.
- MUTUA, M. Africans and the ICC: hypocrisy, impunity and perversion. In: CLARKE, Kamari M.; KNOTTNERUS, Abel S.; VOLDER, Eefje (eds.). *African and the ICC: perceptions of justice*. NY: Cambridge Press, 2016. p. 47-60.
- NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- NASCIMENTO, Abdias do. *O negro revoltado*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.
- NASCIMENTO, Abdias do. *O Quilombismo: documentos para uma militância panafricanista*. São Paulo: Perspectiva; Rio de Janeiro: Ipeafro, 1980.
- NASCIMENTO, Abdias do. *Sitiado em Lagos: autodefesa de um negro açoitado pelo racismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.
- NORTH CAROLINA. *The Fundamental Constitution of Carolina*. 1669. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/nc05.asp. Acesso em: 09 fev. 2023.
- PATTERSON, William L. (ed.). *We charge genocide: the crime of government against the negro people*. 3. ed. New York: International Publishers, 2020.
- PIRES, Thula. *Democracia e genocídio do povo negro e indígena*. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3jzHIsmiAKE&t=5s>. Acesso em: 20 fev. 2022.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 117-138.
- RAMOS, Alberto G. *A Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Andes, 1957.
- RAMOS, Paulo César. *Gramática negra contra a violência de Estado: da discriminação racial ao genocídio negro (1978-2018)*. 2021. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.
- ROBINSON, Cedric J. Racial capitalism: the non objective character of capitalist development. *Tabula Rasa*, n. 28, p. 23-56, 2018.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ciudad de México: Ediciones Akal, 2018.
- SCARAMAL, Eliesse dos Santos Teixeira. *Haiti: fenomenologia de uma barbárie*. Goiânia: Cânone, 2006.
- SCHUCMAN, Lia Vainer. *Entre o encardido, o branco e o branquíssimo: branquitude, hierarquia e poder na cidade de São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Veneta, 2020.
- SHEPHERD, Verene A. Past imperfect, future perfect? reparations, rehabilitation, reconciliation. *The Journal of African American History*, v. 103, p. 19-43, 2018.
- SILVA, Denise Ferreira da. *A dívida impagável*. São Paulo: Oficina de Imaginação Política e Living Commons, 2019.
- SILVA, Karine de Souza. “A mão que afaga é a mesma que apedreja”: direito, imigração e a perpetuação do racismo estrutural no Brasil. *Revista Mbote*, Salvador, Bahia, v. 1, n. 1, p. 20-41. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/mbote/article/view/9381>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- SILVA, Karine de Souza. “Esse silêncio todo me atordo”: a surdez e a cegueira seletivas para as dinâmicas raciais nas Relações Internacionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 58, p. 37-55, 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/229/ril_v58_n229_p37.m Acesso em: 17 jul. 2022.
- SILVA, Karine de Souza. Beyond the border between the north and the south: towards a decolonization of epistemologies and fields of research on Mercosur. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, p. 412-428, 2017.
- SILVA, Karine de Souza. O genocídio negro e o assassinato do refugiado africano Moïse Kabagambe: o retrato que o Brasil brancocentrado nunca quis revelar ao mundo. *Empório do Direito*, 2022. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-genocidio-negro->

e-o-assassinato-do-refugiado-africano-moise-kabagam-be-o-retrato-que-o-brasil-brancocentrado-nunca-quis-revelar-ao-mundo. Acesso em: 17 jul. 2022.

SILVA, Karine de Souza; AMORIM, Luísa M. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 64, p. 9, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62391>. Acesso em: 09 fev. 2023.

SPENSER, St. John. *Haiti; or, the Black republic*. New York: Scribner & Welford, 1889. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924021174564> Acesso em: 09 fev. 2023.

UNITED NATIONS. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*. 1998. Disponível em: https://legal.un.org/diplomaticconferences/1998_icc/docs/english/vol_2.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

WEKKER, Gloria. *White Innocence: paradoxes of colonialism and race*. London: Duke University Press, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Do avesso: organização interna dos estados e a noção de civilização nos textos dos juristas internacionalistas brasileiros entre 1889 e 1930

From the inside out: internal organization of states and the notion of civilization in the texts of Brazilian international lawyers between 1889 and 1930

Fabia Fernandes Carvalho

Lucas Chaves de Freitas

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Do avesso: organização interna dos estados e a noção de civilização nos textos dos juristas internacionalistas brasileiros entre 1889 e 1930*

From the inside out: internal organization of states and the notion of civilization in the texts of Brazilian international lawyers between 1889 and 1930

Fabia Fernandes Carvalho**

Lucas Chaves de Freitas***

Resumo

Analisa-se, neste artigo, como juristas internacionalistas brasileiros da Primeira República abordaram a relação entre personalidade internacional, civilização e organização interna da entidade política estatal. O objetivo é compreender como a relação entre o direito internacional e a ideia de estado foi utilizada para impor responsabilidades aos entes políticos estatais não incluídos entre os estados europeus e estadunidense à época, ou seja, aqueles Estados que, posteriormente, seriam vistos como Terceiro Mundo. Seguindo literatura crítica e mais recente, referente ao direito internacional, argumenta-se que a aptidão para integrar o direito internacional como sujeito de direitos e obrigações é central para a compreensão dos propósitos da disciplina. Por meio da análise de obras originais, publicadas no período, verificou-se o *standard* civilizatório como um padrão argumentativo recorrente nas obras de juristas internacionalistas da Primeira República, os quais vincularam personalidade jurídica aos princípios básicos da modernidade capitalista. O direito internacional, portanto, também opera, nesse sentido, ao contrário, redesenhando o resto do mundo nos moldes europeus. Revisitar esses autores brasileiros nos permite refletir sobre construções interpretativas em direito internacional desde uma posição periférica, em um contexto marcado pelo contínuo civilizatório da disciplina. Ademais, abre-se espaço para reflexão sobre como essa relação entre Direito Internacional e a ideia de estado opera ainda hoje.

Palavras-chave: standard civilizatório; sujeito de direito internacional; Brasil; juristas internacionalistas; Primeira República.

Abstract

This article assesses how Brazilian international lawyers of the First Republic approached the relationship between international personality, civilization and internal organization of the state political entity. The objective is to understand the ways in which the relationship between International Law

* Recebido em 01/04/2023
Aprovado em 10/04/2023

** Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora Sênior, Transnational Law and Racial Justice Network, University of Windsor Faculty of Law.
Email: fabia.vecoso@gmail.com

*** Doutorando em Direito, Estado e Constituição e mestre em Desenvolvimento e Cooperação Internacional pela Universidade de Brasília. Procurador da República no Ministério Público Federal do Brasil.
Email: lucaschavesfreitas@gmail.com

and the idea of the State was used to impose responsibilities on state political entities that were not included among the European and American states at the time, that is, what would come to be seen as the Third World. Following critical and more recent literature in the history of international law, it is argued that the ability to integrate International Law as a subject of rights and obligations is central to understanding the purposes of the discipline. Through the analysis of original works published in the period, the civilizing standard was a recurrent argumentative pattern in the works of international lawyers of the First Republic, which linked legal personality to the basic principles of capitalist modernity. International law, therefore, also operates in reverse, redesigning the rest of the world along European lines. Revisiting these Brazilian authors allows us to reflect on interpretative constructions in International Law from a peripheral position in a context marked by the civilizing continuum of the discipline. Furthermore, this reflection opens space to reflect on how this relationship between International Law and the idea of the State still operates today.

Keywords: standard of civilization; subjects of international law; Brazil; international lawyers. First Republic.

1 Introdução

A ideia da igualdade entre os estados no direito internacional é peça central na atual organização das relações internacionais. Está presente como princípio no artigo 2.1 da Carta das Nações Unidas,¹ que consagra a igualdade de seus membros. Ser membro, na formulação do preceito, é ser igual. Contudo, a Carta não equacionou, completamente, a questão das condições para a afiliação, estabelecendo admissíveis na ONU “todos os Estados amantes da paz que aceitem as obrigações contidas na presente Carta e que, a juízo da Organização, estiverem aptos e dispostos a cumprir tais obrigações” (art. 4.1 da Carta). Resta posta, então, a questão do juízo acerca da aptidão para ser membro e como tal, gozar das prerrogativas conferidas pela igualdade.

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Carta das Nações Unidas*. Rio de Janeiro: ONU, [1945]. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em: 31 Mar. 2023.

O debate acerca da admissibilidade de novos membros ocupou espaço não somente no momento de elaboração da Carta da ONU, como também nos anos que se seguiram, no chamado período das admissibilidades.² Estavam em choque, na categorização de Gerry Simpson, duas concepções de liberalismo diferentes que implicaram perspectivas diversas acerca do projeto de comunidade que deveria ser fomentado pelas Nações Unidas e da organização interna dos estados para que pudessem integrá-lo.

A primeira ótica, chamada pelo autor de “liberalismo da Carta”, é marcada por uma perspectiva de diversidade e de moral agnóstica, que se abstém de realizar juízo sobre as políticas do estado; já a segunda, denominada de “liberalismo antipluralista”, é distinguível por um conteúdo de intolerância para com os regimes não liberais, exigindo conteúdos e requisitos mais ou menos densos para que certo estado possa integrar em plenitude a comunidade internacional.³

As origens históricas desse debate estariam nas discussões ocorridas no século XIX e começo do século XX acerca do *status* civilizatório necessário para admitir entidades não ocidentais no concerto internacional.⁴ Os primeiros liberais “antipluralistas” seriam os vitorianos, que diferenciavam estados com soberania completa (os europeus) daqueles que possuíam alguma forma menor de soberania.⁵ A eles se anteporiam os “liberais da Carta”, que advogavam pela expansão das conferências e órgãos criados por tratados na virada do século XIX para o XX, adotando perspectivas mais abertas para a adesão de novos estados ao sistema internacional e suavizando os testes civilizatórios.⁶

O presente artigo busca contribuir para uma compreensão mais criteriosa sobre o que significaria a noção de aptidão para integrar o sistema internacional como entidade estatal dotada de personalidade jurídica e suas repercussões. Para tanto, o trabalho retoma os debates dessa virada de século por meio da análise dos escritos de juristas internacionalistas brasileiros, explorando as-

² SIMPSON, Gerry. Two Liberalisms. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 537-572, 2001. p. 549-556.

³ SIMPSON, Gerry. Two Liberalisms. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 537-572, 2001. p. 549-556.

⁴ SIMPSON, Gerry. Two Liberalisms. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 537-572, 2001. p. 544-549.

⁵ SIMPSON, Gerry. Two Liberalisms. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 537-572, 2001. p. 545.

⁶ SIMPSON, Gerry. Two Liberalisms. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 537-572, 2001. p. 547-548.

pectos da discussão acerca das exigências que o direito internacional imporia para que determinado ente político pudesse nele tomar parte como estado.

Foram escolhidas como objeto de análise obras de juristas internacionalistas brasileiros que produziram e influenciaram as ideias pátrias acerca do direito internacional no período da Primeira República (1889-1930). A escolha por tais autores e período justifica-se pela intenção de realizar uma releitura crítica da narrativa habitual acerca da expansão do direito internacional para os estados não-europeus.⁷ Revisitar autores que produziram reflexões em direito internacional fora do espaço europeu permite aprofundar o estudo acerca dos desafios e contradições relacionados à prática argumentativa sobre direito e estado com base em uma posição de assimetria de poder e de relativa inferiorização no período em análise. Menciona-se, ainda, tratar-se de contexto em que o contínuo civilizatório ainda era um elemento bastante presente no direito internacional.

Esse trabalho alinha-se ao contexto denominado virada historiográfica do direito internacional⁸ e dialoga com as produções teóricas das chamadas Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional.⁹ Essas produções têm dedicado atenção especial a revisitar a história e seus eventos, buscando compreender como foram construídas as desigualdades que atualmente se afirmam globalmente, em uma leitura anamnésica do direito e do estado.¹⁰ A proposta é um aprofundamento

da atitude crítica por meio de duas dimensões: a ampliação do diálogo da história com a teoria e a compreensão da perspectiva ética que envolve esse resgate histórico.¹¹ Nesse sentido, propõe-se uma abertura para estudos de matriz histórica que extrapolem o contexto europeu, incluindo diversidade de fontes do ponto de vista linguístico, para abordar dimensões como a alteridade e o ideário civilizatório. Tais dimensões não apenas constituíram-se como pilares fundamentais do processo de formação do mundo colonial, mas são remanescentes nas práticas de dominação contemporâneas.¹²

É nesse sentido que uma reflexão contextualizada da ideia de Estado se mostra necessária. É comum, em especial em relação aos estudos jurídicos, que a leitura que se faz da noção de estado seja abstrata e eurocêntrica, sem considerar o modo como o estabelecimento da estatalidade no Terceiro Mundo¹³ — e, paralelamente, do próprio direito nos moldes europeus — são afetados pela experiência colonial. Há pouca reflexão sobre como tais origens afetam a organização do direito hoje.

A partir das obras dos juristas internacionalistas brasileiros da Primeira República, objetiva-se, neste artigo, apresentar uma releitura sobre a relação entre direito

⁷ Sobre as chamadas “tradições lineares” em direito internacional, ver KOSKENNIEMI, Martti. Histórias do Direito Internacional: significância e problemas para uma visão crítica. In: SANCHEZ BADIN, Michelle Rattton; MOROSINI, Fábio Costa; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella (org.). *Direito Internacional: Leituras Críticas*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 113-149.

⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the historiographical turn in international law. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, p. 539–559, 2005. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/16/3/308.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

⁹ CHIMNI, B. S. Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional (TWAIL): um manifesto. In: SANCHEZ BADIN, Michelle Rattton; MOROSINI, Fábio Costa; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella (org.). *Direito Internacional: Leituras Críticas*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 33-70.

¹⁰ “A expressão virada historiográfica refere-se a uma necessidade constante e crescente da parte dos jusinternacionalistas de revisar (ainda que para confirmar) a história do direito internacional e estabelecer ligações entre o passado e a situação presente das normas, instituições e doutrinas internacionais. A virada historiográfica também envolve a necessidade de superar as barreiras que separam a teoria da história da disciplina. O número crescente de publicações sobre a história do direito internacional permitiu que os estudos historiográficos crescentemente influenciem o estudo do direito inter-

nacional.” GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the historiographical turn in international law. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, p. 541, 2005. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/16/3/308.pdf>. Acesso em: 31 Mar. 2023 (tradução nossa). Nesses moldes, a leitura anamnésica da história do direito internacional, conceituada como uma releitura que resgata histórias, personagens e episódios esquecidos na narrativa dominante acerca da formação do campo, é uma das principais propostas das abordagens terceiro-mundistas ao direito internacional.

¹¹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 27–29, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3368>. Acesso em: 31 mar. 2023.

¹² Sobre o papel da história, escreve Tzvetan Todorov: “Não creio que a história obedeça a um sistema, nem que suas pretensas ‘leis’ permitam deduzir as formas sociais futuras, ou presentes. Acredito, porém, que tomar consciência da relatividade, e portanto da arbitrariedade, de um traço de nossa cultura já o desloca um pouco; e que a história (não a ciência, mas seu objeto) não é mais do que uma série de deslocamentos imperceptíveis.” TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 4. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 371.

¹³ O uso da terminologia “Terceiro Mundo” no presente trabalho visa a explicitar as relações históricas e conceituais das concepções articuladas pelas TWAIL, que buscam, a partir de uma crescente preocupação historiográfica, realizar uma releitura e reconstrução dos eixos conceituais que norteiam a construção do direito internacional. Veja-se MUTUA, Makau; ANGHIE, Antony. What is TWAIL? In: ANNUAL MEETING (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW), 94, 2000. *Proceedings of the...*, Cambridge, apr. 2000. p. 31-40.

internacional e a ideia de estado, com foco no estabelecimento da estatalidade como forma de organização política e na definição das funções e responsabilidades projetadas sobre os estados não europeus. A implementação da estatalidade conduz à adoção de uma linguagem particular, jurídica e política, que justifica e promove as condições necessárias ao desenvolvimento do capitalismo em identificação com a própria noção de civilização.¹⁴

Neste trabalho, argumenta-se que a noção de aptidão para fazer parte do direito internacional como sujeito de direitos, na visão dos juristas internacionalistas da Primeira República, não envolve, apenas, a dicotomia entre uma postura mais e outra menos pluralista: está na base dos argumentos desenvolvidos pelos internacionalistas acerca dos propósitos do direito internacional e do próprio estado. O standard civilizatório seria, assim, um padrão argumentativo que conecta personalidade jurídica internacional à estrutura interna das comunidades políticas, em conformidade com os princípios da modernidade capitalista.¹⁵ Nesse contexto, obras de Lafayette Rodrigues Pereira, Clóvis Beviláqua, Amaro Cavalcanti, Epitácio Pessoa, Raul Fernandes e Ruy Barbosa serão analisadas para investigar a articulação entre a noção de civilização, a participação no direito internacional e a organização interna do estado desde uma perspectiva não europeia, buscando-se compreender os elementos e consequências dessa construção interpretativa brasileira.

O argumento se estrutura da seguinte forma: na próxima seção do texto, será apresentado um breve itinerário da ideia de estado no mundo colonizado com base no campo do direito internacional. Busca-se compreender como foi possível lidar com as tensões relacionadas à inserção de novas áreas do globo no projeto da modernidade europeia. Em seguida, o texto abordará as obras dos juristas internacionalistas brasileiros sobre a ideia de estado e a noção de civilização. Por fim, serão tecidas considerações finais sobre as indagações oferecidas a partir da historicização da noção de aptidão para participar do direito internacional como sujeito de direitos e obrigações na perspectiva das obras dos juristas internacionalistas brasileiros analisados.

¹⁴ TZOUVALA, Ntina. *Capitalism As Civilisation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

¹⁵ TZOUVALA, Ntina. *Capitalism As Civilisation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 2.

2 Colonialismo e alteridade: a moldagem do mundo colonial pela noção da estatalidade

O processo de colonização é, também, o de universalização de uma perspectiva e modo de vida específicos, constituídos em âmbito europeu. Esse modo de vida se estabelece por meio da construção de uma hierarquização social e logra formar uma concepção de igualdade em que, em vez de reconhecido, o outro é suposto um igual, não no sentido de igualmente relevante, mas de necessariamente atrelado ao sistema de crenças e valores de origem europeia. As formas de organização do novo mundo são tachadas de atrasadas, por ainda não se assemelharem às formas europeias, sendo essencial à missão colonizadora a promoção do modo de vida tido por civilizado. O mundo colonial, identificado como estado de natureza na acepção de Rousseau, é retirado do presente para se tornar o passado pré-moderno, o que permite, com base nessa premissa fundante, a oferta de um futuro homogêneo.¹⁶

Essas breves considerações teóricas são necessárias para a contextualização da noção de estado a partir da experiência colonial, isto é, considerando o colonialismo como experiência fundamental para uma compreensão mais rigorosa da construção da ideia de Estado. Em outras palavras, a noção de estatalidade se assenta em um contexto em que a forma moderna de organização da comunidade política esteve intimamente relacionada com a empreitada colonial e com o direito internacional, como será visto a seguir.

¹⁶ Aníbal Quijano retrata a dupla faceta de construção da unidade que está na gênese do Estado-nação moderno: “o processo de centralização estatal que antecedeu na Europa Ocidental a formação de Estados-nação, foi paralelo à imposição da dominação colonial que começou com a América. Quer dizer, simultaneamente com a formação dos impérios coloniais desses primeiros Estados centrais europeus. O processo tem, pois, um duplo movimento histórico. Começou como uma colonização interna de povos com identidades diferentes, mas que habitavam os mesmos territórios transformados em espaços de dominação interna, ou seja, nos próprios territórios dos futuros Estados-nação. E continuou paralelamente à colonização imperial ou externa de povos que não só tinham identidades diferentes das dos colonizadores, mas que habitavam territórios que não eram considerados como os espaços de dominação interna dos colonizadores, quer dizer, não eram os mesmos territórios dos futuros Estados-nação dos colonizadores.” QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina: a colonialidade do saber*. In: QUIJANO, Aníbal. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, p. 117–142, 2005. p. 131.

2.1 Civilização, atraso e estado: o direito internacional e a reorganização do espaço colonial

A prevalência do modelo de organização estatal sobre outras formas políticas concorrentes na Europa do século XVII leva a sua afirmação como centro de organização da extração de valor econômico da força humana e da natureza. Nesse cenário, o direito internacional oferece o quadro para a emergência da estatalidade e para a seleção dos elementos que seriam reputados e apropriados para as novas unidades políticas estatais.¹⁷ A partir da expansão colonial, esse modelo de relacionamento político europeu é alargado para o resto do planeta e universalizado, norteando a ordenação jurisdicional dos territórios ocupados.¹⁸

Isso não significa dizer, no entanto, que se reconheça um direito à organização dos não europeus — como os povos que habitavam o subcontinente indiano ou mesoamericano — em estados-nação independentes. Ao contrário, o processo é orientado por um ideal de civilidade que parte da concepção de superioridade europeia em relação aos povos não europeus. Divide-se os povos em atrasados e modernos, dando a estes poderes sobre aqueles que resultam na reorganização política dos povos não europeus dentro dos parâmetros e categorias europeus.¹⁹

O direito e a prática dos juristas são parte importante desse projeto civilizatório. O imperialismo pressupõe, além da política colonial, a própria política internacional. As colônias são elementos essenciais nos jogos globais de poder e o imperialismo opera como uma insistência na extensão da soberania formal europeia sobre elas.²⁰ Nesse contexto, a narrativa civilizatória europeia do século XIX foi calcada nas extrapolações das concepções eurocêntricas de organização social, cientificizadas por meio de justificativas racialistas e evolucionistas que, a partir da valorização de certas qualidades das sociedades

¹⁷ ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. The state and international law: A reading from the global south. *Humanity*, v. 11, n. 1, p. 118–138, 2020.

¹⁸ ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. The state and international law: A reading from the global south. *Humanity*, v. 11, n. 1, p. 118–138, 2020. p. 119-120.

¹⁹ ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. The state and international law: A reading from the global south. *Humanity*, v. 11, n. 1, p. 118–138, 2020. p. 120.

²⁰ KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 100.

européias, formam dicotomias de oposição ao incivilizado, bárbaro e selvagem, construindo uma auto-identidade comum pela negação do outro.²¹

O discurso jusinternacionalista oferecia, assim, as bases teóricas e de legitimação para a expansão colonial e imperial, compartilhando, mesmo quando se desenvolviam posições mais críticas, um “senso de inevitabilidade do processo de modernização”.²² O direito internacional e os juristas internacionalistas, que se coalescem como campo e profissão no fim do século XIX, criaram a linguagem por meio da qual os estados europeus reconheciam as mútuas pretensões territoriais coloniais e o ideário de que era dever e responsabilidade da Europa reorganizar e liderar o mundo com base nas regras vindas da experiência europeia e agora universalizadas discursivamente.²³

2.2 América Latina e atraso: o estado e o direito como aceleradores do tempo

No tocante, especificamente, à América Latina, a empreitada estatal ocorreu com base na formação de uma identidade estatal assentada em molduras coloniais relegadas do choque colonial: buscava-se “organizar ‘instituições e relações coercitivas e violentas em estruturas de poder capazes de implementar um grande desenho’, orientado à exploração econômica e à criação de um marco permanente de hegemonia”.²⁴ Esse projeto,

calcado nas identidades coloniais, acabou por pretender a domesticação da pluralidade étnica dos espaços internos, significando, frequentemente, para as populações autóctones, afrodescendentes e campesinas uma continuidade das práticas coloniais.²⁵ No Brasil, tais tensões foram mediadas pelo mito da democracia racial e do racismo por denegação, com o embranquecimento pela negação da raça e da cultura negra.²⁶

É peculiar, lembra Quijano, como a perspectiva racializada de mundo das elites latino-americanas depende diretamente de perspectivas europeias consideradas “civilizadas”. A independência na América Latina se dá sem descolonização da sociedade, representando “uma rearticulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais”.²⁷ Assim, essa dependência de visões de mundo europeias é mediada pela percepção de identidade entre os interesses das elites brancas locais com os do mundo civilizado, essencial para preservar o próprio *status* senhorial perante as populações reputadas inferiores internamente.²⁸

Na América Latina, além de responsável pela formação da unidade política aos moldes europeus, ao estado era atribuída a tarefa do estímulo ao progresso, a fim de reverter o atraso do continente em relação à Europa. Esse processo foi construído sobre a exploração de recursos naturais e grupos subalternos pela elite herdeira dos governos coloniais. O aparato estatal foi posto a serviço desse processo de “atualização”, como chamado por Luis Eslava, justificado pelo então denominado atraso latino-americano.²⁹

Um dos elementos vistos como essenciais a esse processo de atualização — representativo, na prática, de uma reorganização das formas de poder no espaço

²¹ KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 103.

²² KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 109.

²³ ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. The state and international law: A reading from the global south. *Humanity*, v. 11, n. 1, p. 118–138, 2020. p. 121. Um exemplo desse discurso jurídico de justificação do exercício do poder colonial é encontrado na própria Ata Geral da Conferência de Berlim, que, em seu artigo 6, dispõe: “todas as Potências que exercem direitos de soberania ou influência nos referidos territórios, comprometem-se a velar pela preservação das populações aborígenes e cuidar para a melhoria de suas condições morais e materiais de existência, e em cooperar na supressão da escravatura e principalmente no tráfico dos negros. Elas deverão, sem distinção de credo ou nacionalidade, proteger e favorecer todas as instituições e empresas religiosas, científicas ou de caridade, criadas e organizadas para esses fins ou que visem a instruir os nativos e a lhes trazer as bênçãos da civilização.” GENERAL act of the berlin conference on west Africa, 26 february 1885. Berlim, 1885. Disponível em: <https://loveman.sdsu.edu/docs/1885GeneralActBerlinConferen.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023. (Tradução nossa).

²⁴ ESLAVA, Luis. El estado desarrollista: independencia, dependencia y la historia del Sur. In: *Revista Derecho del Estado*, n. 43, p. 25-65,

2019. p. 34.

²⁵ ESLAVA, Luis. El estado desarrollista: independencia, dependencia y la historia del Sur. In: *Revista Derecho del Estado*, n. 43, p. 25-65, 2019. p. 34.

²⁶ GONZALES, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, n. 92, p. 69–82, 1988. p. 73.

²⁷ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina: a colonialidade do saber. In: QUIJANO, Aníbal. *Eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, p. 117–142, 2005. p. 135.

²⁸ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina: a colonialidade do saber. In: QUIJANO, Aníbal. *Eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, p. 117–142, 2005. p. 135.

²⁹ ESLAVA, Luis. El estado desarrollista: independencia, dependencia y la historia del Sur. In: *Revista Derecho del Estado*, n. 43, p. 25-65, 2019. p. 34.

dos estados latino-americanos — foi o direito. Buscou garantir a proteção dos elementos essenciais em relação ao conceito de civilização, isto é, os pressupostos mínimos, retirados da experiência europeia, que permitiriam às novas sociedades latino-americanas superarem a assincronia com a Europa, o que lhes conferiria a dita dignidade de países civilizados.

A identificação desse conteúdo mínimo a ser protegido, e os reflexos dessas concepções acerca do estado, da noção de progresso e dos fins do direito internacional nas obras dos juristas internacionalistas brasileiros, serão explorados na próxima seção.

3 Organizando juridicamente o estado civilizado: os juristas internacionalistas da Primeira República e o padrão civilizatório

O recorte do presente trabalho tem como foco a produção dos juristas internacionalistas da Primeira República brasileira, período comumente definido pela historiografia como iniciado em 1889, momento da queda do regime imperial então vigente no país, estendendo-se até 1930, momento em que eclodiu o movimento revolucionário que culminou no Estado Vargasista.

Trata-se de um período marcado por uma ânsia de modernização, de inspiração abertamente francesa e estadunidense, em que, após a ainda recente extinção da escravidão, ideias conflitantes sobre os rumos da nova república se chocavam. O contexto era de construção de uma modernidade periférica, em que processos de aceleração da urbanização e as grandes obras de engenharia conviviam com os desafios e perigos percebidos pelas elites intelectuais diante de movimentos de mobilização das classes economicamente inferiores.³⁰

Em termos de política externa, houve necessidade de construção de uma imagem internacional da nova república, em um cenário difícil de adaptação à ascensão dos Estados Unidos como potência, reaproximação e definição de fronteiras em relação aos demais países latino-americanos por meio do uso estratégico do direito internacional e busca de espaços de inserção dos pro-

duto econômico agrícola exportados, notadamente o café. Especialmente importante nesse cenário foi a passagem do Barão do Rio Branco como chanceler, definindo as linhas mestras em relação à posterior atuação diplomática brasileira na Primeira República.³¹

Os juristas internacionalistas exerceram, nesse cenário, um duplo papel. De um lado, ofereceram bases teóricas explicativas do que seria a imagem do Brasil perante o cenário internacional, compondo as contradições sociais e políticas existentes no país em uma defesa externa da existência de uma estrutura interna já suficientemente ordenada para diferenciar o país do mundo totalmente incivilizado, ainda sujeito à intervenção colonial. De outro, foram interlocutores internos que pretendiam propor os rumos e transformações necessários para que, nesse processo de modernização, o Brasil colmatasse seu processo civilizatório e alcançasse o reconhecimento externo amplo de seu *status* de nação civilizada.

Nesse sentido, a produção dos juristas internacionalistas brasileiros desse momento histórico permite apontar a presença de uma lógica argumentativa a respeito da concepção de progresso. O direito internacional foi apresentado como produto dos avanços da civilização europeia. Como tal, exigia, para que determinado ente político nele tomasse parte, um nível de semelhança com seus valores europeus, notadamente com aqueles que permitiriam o comércio, aproximando os conceitos de civilização e capitalismo. Para tanto, as entidades políticas deveriam se organizar de maneira apropriada para tomar parte no direito internacional, exigindo-se não somente a forma de estado, mas um nível de organização interna que garantisse a preservação dos valores estruturantes da disciplina, notadamente o fomento e preservação do comércio.

Todavia, o conteúdo mínimo dessa organização interna que viabilizaria o progresso econômico se apresentou como um espaço fluido e de disputa, permanentemente aberto e reapropriado, seja para definir novas

³⁰ SCHWARCZ, Lília. *As Marcas do Período. A abertura para o mundo (1889-1930)*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda, 2012. v. 3. p. 19-34.

³¹ “Rio Branco estava convencido de que nas relações internacionais os países mais fortes buscavam se impor aos mais fracos, daí ver como melhor defesa dos interesses do Brasil a construção de um sistema internacional baseado no direito; o estreitamento de relações com potência que não o ameaçasse imediatamente (os Estados Unidos); dispor de recursos próprios de defesa e estabelecer um clima de cordialidade e cooperação na América do Sul.” DORATIOTO, Francisco. *O Brasil no Mundo. In: SCHWARCZ, Lília. As Marcas do Período. A abertura para o mundo (1889-1930)*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda, 2012. v. 3, p. 133-172. p. 169.

exigências que deveriam ser cumpridas pelos novos estados em transformação, seja para reapropriar discursos e rejeitar exigências em nome da própria afirmação da soberania estatal. As próximas seções de texto abordam as formas pelas quais juristas internacionalistas brasileiros reapropriaram e remodelaram a ideia de estado e de sua organização interna utilizando-se do vocabulário de direito internacional.

3.1 Os propósitos do direito internacional e o necessário grau de semelhança civilizatório para que um estado dele possa fazer parte

Com relação aos fins do direito internacional na perspectiva dos juristas internacionalistas brasileiros da Primeira República, destaca-se a articulação apresentada por Lafayette Rodrigues Pereira.³² No início da obra “Princípios de Direito Internacional”, sobre o porquê da formação desse ramo jurídico, explica o autor que,

[...] nos grupos de nações em que são identicos ou analogos a civilização, a cultura, os ideaes moraes e políticos, a religião; a sociedade que se estabelece, tende a estreitar e multiplicar progressivamente as relações iniciadas e existentes. Esta comunhão de interesses e de ideas constitue um estado de facto que tem suas necessidades indeclinaveis – situação que, uma vez creada, impõe a aceitação e a pratica de uma certa ordem de principios, sem os quaes não poderia subsistir.

Têm o caracter de *necessarios* os principios e regras que são condições da comunhão de interesses e ideas. Dada a coexistencia e a comunhão que é um producto da situação histórica em que se achão, as nações são forçadas a se submeterem aos alludi-

dos principios. Praticando os actos, em que os ditos principios se traduzem, ellas os acitão e *reconhecem*.

[...].

Os principios que a convivencia e a sociedade derivada da communhão presuppõem são: I os mesmos que a simples coexistencia requer como condições imprescindiveis, II e os que com o mesmo caracter de necessidade exige a situação que as nações tomão em presenca uma das outras, creada pelo desenvolvimento historico e pelo estado de civilização e cultura em que se achão.³³

Em outro trecho no mesmo capítulo inicial de seu livro, o autor menciona, expressamente, os princípios exigidos pelos desenvolvimento histórico e pelo estado de civilização e cultura para participar do direito internacional: “a obrigação de admitir o commercio externo” e “abrir os portos aos navios mercantes estrangeiros”, garantir aos nacionais de outros países em seu território “a vida, a liberdade e o exercicio dos direitos civis”, “receber ministros publicos e manter-lhes os privilegios” e respeitar as regras da neutralidade.³⁴ O direito internacional seria, portanto, um desdobramento necessário da comunhão de interesses de nações similares em termos de cultura e civilização, os quais envolveriam a adesão ao desenvolvimento do livre comércio, além da proteção dos direitos de estrangeiros em solo pátrio, a chamada *alien protection*.

O ponto da semelhança de cultura como elemento essencial da constituição e afirmação do direito internacional também se fez presente na obra de Clóvis Beviláqua.³⁵ Em sua obra intitulada “Direito Público Internacional”, o autor afirmou que “[a] sociedade dos Estados presuppõe ideas, sentimentos e interesses comuns, isto é, similhaça de cultura, ao menos, sob certas relações, e contacto permanente, dando logar a acções

³² Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917), conhecido como Conselheiro Lafayette, foi jurista e político, tendo presidido as províncias do Ceará e do Maranhão ainda no período do Império, vindo, posteriormente, a assumir cadeira no Senado. Teve uma atuação ativa no período Imperial, quando foi apontado árbitro para exame de reclamações de países europeus resultantes da Guerra do Pacífico e foi acreditado ministro para constituir a delegação do Brasil para a Primeira Conferência Internacional Americana, de 1889, posição que abandonaria após a proclamação da República. Contudo, já no período republicano, em 1902, publicou sua obra “Princípios de Direito Internacional”. Para mais sobre sua vida e obra, vide: RAMOS, André de Carvalho; SABA, Diana Torgini. Lafayette Rodrigues Pereira e a busca da internacionalização do direito internacional privado. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). *Direito Internacional no Brasil: pensamento e tradição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. v. 1, p. 101-130; RI JÚNIOR, Arno Dal. Princípios de Direito Internacional (1902). *International Law Agendas*, 11 dez. 2021. Disponível em: <http://ila-brasil.org.br/blog/1175-2/>. Acesso em: 31 mar. 2023; ANDRADA, Lafayette de; FÁRIA, Maria Auxiliadora de; PEREIRA, Lígia Maria Leite; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Lafayette: um jurista do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

³³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2017, p. 1-47. p. 4.

³⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2017, p. 1-47. p. 4.

³⁵ Clóvis Beviláqua (1859-1944), consagrado civilista brasileiro, foi também Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores entre 1906 a 1934 e autor da obra “Direito Público Internacional”, publicada em 1910. Para mais informações, MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Entre a Imitação e a Criação: Sociologia e Direito Internacional Público em Clóvis Beviláqua. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). *Direito Internacional no Brasil: pensamento e tradição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, v. 1, p. 305-332; PEREIRA, Antônio Celso Alves. Clóvis Beviláqua e o direito internacional. *Revista do IHGB*, ano 178, n. 473, 2017. p. 249-272.

e reacções recíprocas, que devem ser normalizadas.”³⁶ Nesse sentido,

[o]s povos occidentaes, continuadores da cultura greco-latina, pertencem á mesma civilização. Ainda que não se achem no mesmo grupo, o Japão, a China, a Pérsia e ainda que filiados a uma outra forma de cultura, acceitam certas idéas básicas da cultura jurídica do occidente, e certas aspirações e tendências que, emergindo da vida social mais elevada, por terem uma feição essencialmente humana, facilmente se propagam.³⁷

Essa herança da cultura ocidental e a dívida com a Europa são pressupostos da unidade do próprio direito internacional. Esses aspectos inviabilizariam a criação de um direito regional americano na visão de Beviláqua.³⁸ Assim, para o autor, “a obra das conferencias americanas não podia ser fecunda, si não fosse a continuação dos esforços da cultura européa, para o fim de estabelecer, no mundo, o reinado da paz e da justiça, si a esterilizassem preconceitos de regionalismo, idéas estreitas de egoísmo e hostilidade.”³⁹

Não constitui objetivo desse texto aprofundar a análise a respeito da existência de um direito internacional americano ou latino-americano, tema que igualmente esteve presente nos debates entre juristas internacionalistas brasileiros e latino-americanos no período histórico em análise.⁴⁰ Contudo, dois elementos podem ser

extraídos dos trechos citados de Beviláqua: a essencialidade de desenvolver as relações de comércio, de onde viria “a lição mais proveitosa do progresso”, e o imperativo de que, para serem fecundas, as conferências americanas deveriam ser “a continuação dos esforços da cultura européa”. A paz e justiça, portanto, viriam da propagação do comércio e das próprias formas culturais europeias.

Amaro Cavalcanti, em sua obra, também destacou a teleologia econômica do Direito Internacional.⁴¹ Para o autor, “na situação actual do mundo o interesse econômico dos Estados, ou, melhor dizendo, o bem estar material dos povos, é condição primaria á bem attender, qualquer que seja o fim de natureza internacional, a que se procure alcançar.”⁴²

Referenciando Lafayette Rodrigues, Amaro Cavalcanti foi explícito em relação à conexão existente entre a ideia de civilização europeia e o ingresso de novos estados no direito internacional. Ao narrar o itinerário de expansão do campo, conquanto mitigue alguns aspectos desse juízo de semelhança, Cavalcanti reproduziu a ideia de que o comércio seria o ponto central dessa aproximação. Assim, nas palavras de Lafayette Rodrigues, “O Direito Internacional é um producto da actividade jurídica das nações Europeas desde que ellas se constituirão em Estados dependentes. Até pelos fins do seculo passado o Direito Internacional vigorava tão somente entre as ditas nações, e só era lei para ellas.”⁴³ Para o autor, as colônias latino-americanas seriam

³⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910. p. 12-13.

³⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910, p. 12-13.

³⁸ “As conferencias internacionaes americanas, ainda que tenham revelado uma inevitável vacillação de idéas, não visam a criação de um direito americano, segundo ficou bem accentuado na que, em 1906, se reuniu na capital do Brazil. O Snr. Barão do Rio Branco, abrindo essa conferencia, disse, em discurso memorável: «Nações ainda novas, não podemos esquecer o que devemos aos formadores do capital, com que entramos na concorrência social. A própria vastidão dos nossos territórios, em grande parte desertos, inexplorados alguns, e a certeza de que temos recursos para que, neste continente, viva, já com largueza, uma população vinte vezes maior, nos aconselhariam a estreitar, cada vez mais, as relações de boa amizade, a. procurar desenvolver as de commercio, com esse inexaurível viveiro de homens e fonte prodigiosa de energias, que é a Europa. Ella nos creou, ella nos ensinou, delia recebemos incessante apoio e exemplo, a claridade da sciencia e da arte, as commodidades da sua industria, e a lição mais proveitosa do progresso.” BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910, p. 15-16.

³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910, p. 16.

⁴⁰ Ver CARVALHO, Fabia F.; BARROS, Patrícia R. A Brazilian Universalist: Manuel Alvaro de Souza Sá Vianna and international law in Brazil in the early twentieth century. *Latin American Law Review*, Bogotá, v. 8, p. 1-17, fev. 2022; CARVALHO, Fabia F.; BARROS,

Patrícia R. Universalismo à brasileira: Manuel Alvaro de Souza Sá Vianna e o direito internacional no Brasil no começo do século XX. In: GALINDO, George R. B. (Ed.). *Direito Internacional no Brasil: pensamento e tradição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. v. 1, p. 333-366; VEÇOSO, Fabia F. Carvalho; RORIZ, João Henrique Ribeiro; BRITO, Adriane Sanctis. ‘Seremos julgados’: revisitando o debate entre Álvarez e Sá Vianna sobre a regionalização do Direito Internacional na América Latina. In: JUBILUT, Liliانا Lyra (org.). *Direito Internacional Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 287-315.

⁴¹ Amaro Cavalcanti (1849-1922), além de político, foi membro da Corte Permanente de Arbitragem na Haia, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil e Ministro do Supremo Tribunal Federal. Para mais informações, ver GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Um Cauteloso Jurista: Amaro Cavalcanti e sua Obra Internacionalista. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). *Direito Internacional no Brasil: pensamento e tradição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. v. 1, p. 231-278.

⁴² CAVALCANTI, Amaro. A Renovação do Direito Internacional. *Revista de Direito Público e de Administração Federal, Estadual e Municipal*, p. 503-528, maio/jun., 1921. p. 528.

⁴³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2017. p. 1-47. p. 21.

[...] fragmentos das metrópoles, compostos do mesmo fundo de população, com as mesmas tradições, educação, hábitos, cultura moral e intelectual, idéas e religião. Havia entre as novas nacionalidades e as velhas de que descendião, perfeita homogeneidade de civilização – o que, attenta a diversidade de productos e, portanto a necessidade de permutas, não podia deixar de crear entre umas e outras vasta e poderosa reciprocidade de interesses. A aceitação do Direito Publico Europeo pelos novos Estados era uma consequencia natural e um facto inevitavel. E com effeito, uns por declarações expressas e outros por procedimentos claros e inequivocos, adoptarão n'õ como lei obrigatoria.

O Direito Internacional pode, pois, correctamente denominar se – Direito Publico externo Europeo-Americanano.

A profunda differença de raças e de civilização tem constituido perpetuo embaraço para trazer á communhão do Direito das nações cultas os Estados do Norte da Africa e os da Asia. As nações que não professão o Christianismo, só a Turquia faz hoje parte do concerto Europeo.

No emtanto as nações infieis têm as mesmas qualidades fundamentaes, a mesma natureza e os mesmos fins das christans. Não ha, portanto, difficuldade constitucional invencivel para que venhão a fazer parte da sociedade dos Estados Europeos e Americanos, e á adoptar, como lei, o Direito Internacional vigente.⁴⁴

Como apontou Beviláqua, uma das continuidades da cultura europeia estaria no fomento da própria ideia de estado. Para o autor, “a pressão das necessidades determina o aparecimento das normas reguladoras das relações dos Estados, porque essas relações precisam de ordem, e a vida internacional doa agrupamentos humanos exige uma organização.”⁴⁵ Essa relação entre cultura europeia e ideia de estado estaria diretamente conectada ao desenvolvimento do direito e da vida social para Beviláqua:

I. O direito, que começou por ser a expressão da vida social de pequenos grupos rudimentares, foi alargando e apurando as suas malhas, segundo se aperfeiçoavam e cresciam esses nucleos de população, adquiriu maior energia e flexibilidade com a fundação das grandes nacionalidades, mas ainda tinha um passo a dar e o deu, por fim, quando se fez também a expressão da vida social dos Estados.⁴⁶

A condição para ser considerado civilizado e, como tal, ingressar no direito internacional envolveria, necessariamente, algum grau de organização interna. É nesse sentido que Lafayette Rodrigues explicou o que permitiu ao Japão participar do concerto internacional de nações: “dão lhe direito a isso as reformas constitucionaes e administrativas que tem introduzido no seo governo interno e o procedimento justo, franco e liberal nas suas relações com os outros povos.”⁴⁷

No entanto, a sociedade de estados não seria conformada pela mera somatória de soberanias dos estados organizados internamente aos moldes europeus. Para Clóvis Beviláqua, o fundamento da sociedade dos estados estaria na solidariedade,

[...] phenomeno social de alta relevância, pelo qual devemos entender: a consciência de que as nações cultas têm interesses communs, que transbordam de suas fronteiras, e para a satisfação dos quaes necessitam umas do concurso das outras; e, ainda, a consciência de que a offensa desses interesses se reflecte sobre todas ellas, de onde a necessidade de garanti-los por um accordo commum. Aprofundando esta idéa de solidariedade, podemos ver nella a expressão de um sentimento mal definido, mas não menos real, da identidade da natureza humana, da organização social em seus fundamentos mais geraes, e dos destinos superiores da humanidade culta. Esse sentimento de solidariedade, até poucos annos atrás, apenas abrangia os Estados da Europa e da America, sendo menos intenso em relação aos povos da America do Sul. Hoje, não somente essa gradação perdeu a sua razão de ser, como, ainda, a sociedade das nações se alargou, admittindo, em seu regaço, os povos mais importantes da Ásia. **E a sua tendência é extender-se a todos os povos da terra, para proteger os fracos e atrasados, e conferir a plenitude dos direitos, aos que se organizarem regularmente.**⁴⁸

O amálgama entre estado, ordem e direito internacional foi reforçado no Projeto de Código de Direito Internacional Público de Epitácio Pessoa.⁴⁹ No começo do projeto, o autor registrou ter evitado o uso de definições doutrinárias no texto.⁵⁰ Não deixou, porém, de

⁴⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2017. p. 1–47. p. 21–23.

⁴⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910. p. 21.

⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910. p. 22.

⁴⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2017. p. 1–47. p. 22.

⁴⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910. p. 13–14 (grifo nosso).

⁴⁹ Epitácio Pessoa (1865–1942), além de Presidente do Brasil e diplomata, foi também membro da Corte Permanente de Justiça Internacional. Para mais informações, vide FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; MIALHE, Jorge Luis; JOB, Ulisses da Silveira (Orgs.). *Epitácio Pessoa e a Codificação do Direito Internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

⁵⁰ “Procurámos no Projecto evitar o mais possível as definições,

oferecer a definição de estado, apontado como a pessoa internacional por excelência, destacando-lhe duas funções: a administração da justiça e a manutenção da ordem.⁵¹

A relação entre as exigências da ordem internacional nas perspectivas política e econômica ficou clara na rejeição de Raul Fernandes ao ingresso da URSS na Sociedade das Nações.⁵² Após celebrar a universalidade da Liga, salientou que:

[...] lógicos consigo mesmos, só os Soviets, que se propõem a subverter a organização político-econômica do mundo, e por isso mesmo, professam a mais funda aversão pelo organismo destinado a consolidar a ordem social pela preservação da paz e pela colaboração dos povos.⁵³

Complementou, acrescentando que a “Rússia tem suas razões, que já mencionamos, para combater a Liga, e reconhecendo nessa obstáculo sério à difusão dos seus princípios de governo, fornece aos espíritos liberais o melhor dos argumentos em favor dessa criação.”⁵⁴

Do conjunto de excertos citados nesta subseção de texto, extrai-se que existiria a necessidade imprescindível

que ficam melhor nos livros de doutrina do que nos Códigos. Pareceu-nos conveniente, todavia, indicar aqui os característicos das pessoas internacionais, cujas relações o Código é chamado a reger.” PESSOA, Epiácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911. p. 11.

⁵¹ “ART. 1º Considera-se Estado, para os efeitos deste Código, uma reunião permanente de indivíduos que habitem um território determinado e obedeçam a um mesmo governo, incumbido da administração da justiça e da manutenção da ordem. ART. 2º O Estado é a pessoa internacional por excelência, com todas as faculdades e obrigações que o Direito atribue a essa qualidade.” PESSOA, Epiácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911. p. 11.

⁵² Raul Fernandes (1877-1968), foi político e diplomata de atuação profícua mesmo após a Primeira República. Representou o Brasil na Conferência da Paz de Versalhes de 1919 e na Assembleia da Liga das Nações nos anos seguintes, e participou da elaboração do estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Para mais informações, ver RAMINA, Larissa. Raul Fernandes: contribuições para uma possível “Escola Brasileira de Direito Internacional”. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). *Direito Internacional no Brasil: pensamento e tradição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. v. 1, p. 419-451; AMADO, Gilberto. Raul Fernandes (Traços para um Estudo). In: MRE. Raul Fernandes *Nonagésimo Aniversário*. Rio de Janeiro: MRE, 1968. v. 2.

⁵³ FERNANDES, Raul. A sociedade das nações: sua genese, seus fins, sua estrutura, seus meios de acção e seus resultados. *Revista Forense*, p. 245–264, jul./dez. 1925. p. 249.

⁵⁴ FERNANDES, Raul. A sociedade das nações: sua genese, seus fins, sua estrutura, seus meios de acção e seus resultados. *Revista Forense*, p. 245–264, jul./dez. 1925. p. 251.

vel de certa homogeneidade cultural/civilizatória para que um ente político participasse do direito internacional como sujeito de direitos e obrigações. Esse grau de similitude foi construído com base no modelo europeu, de onde deflui o próprio patamar civilizatório, e envolveu como elemento essencial à ordem para o comércio e para o fomento da economia, rejeitando-se aqueles que visavam questionar o arranjo do direito internacional nessas bases liberais. Tratou-se da organização política na forma de estado, o que promoveu a ordem para a viabilização do progresso pelo comércio. Na próxima subseção de texto, serão exploradas as disputas sobre qual seria o conteúdo imprescindível mínimo dessa ordem e sua ligação com a organização interna dos estados.

3.2 A disputa acerca das garantias que o estado deve proporcionar para tomar parte no direito internacional

A discussão sobre o conteúdo das obrigações de organização interna dos estados também permeou os escritos dos juristas internacionalistas da Primeira República. Se, por um lado, as posições refletiram a necessidade de proteção dos direitos ligados à propriedade e ao comércio, esse dever de organização interna foi também reapropriado, estrategicamente, para a defesa de certos limites para a intervenção internacional nos assuntos reputados internos aos estados.

No tocante ao conteúdo das obrigações, chama atenção o destaque dado por Epiácio Pessoa no Projeto de Código ao respeito aos direitos reais dos particulares em casos de mudança de soberania. O art. 13 do projeto propõe: “nas hypotheses previstas nos artigos antecedentes a mudança de soberania não terá sobre os direitos reais particulares, anteriormente adquiridos, outro alcance que não o de submeter o seu exercício à nova jurisdição.”⁵⁵ Em nota de rodapé, Pessoa chamou a atenção para a influência da experiência jurídica estadunidense e europeia para afirmar-se o respeito aos direitos dos particulares em casos de sucessão de estados.⁵⁶

⁵⁵ PESSOA, Epiácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911. p. 15.

⁵⁶ “Este respeito aos direitos adquiridos foi proclamado pela justiça norte-americana por ocasião da anexação da Flórida, da Luisiana, da Califórnia, do Texas etc., como o foi mais tarde pela justiça francesa a propósito da anexação da Saboia e de Nice. Tal é a força deste princípio, observa Descamps, que o tratado de Berlim, de 26

Nesse contexto, duas questões podem ser apontadas. De um lado, a soberania é umbilicalmente ligada à proteção da propriedade: não é soberano aquele que não logre eficazmente defender tais direitos. De outro, tais direitos não são adquiridos perante uma soberania ou um ordenamento: eles são autônomos, superam e surpassam as mudanças de jurisdição, ganhando cariz absoluto — o Estado sucessor não tem liberdade para sobre eles dispor.

Ainda a respeito da funcionalização do direito internacional na lógica da empreitada capitalista, é de se resgatar a posição de Ruy Barbosa na Conferência de Paz de Haia de 1907.⁵⁷ Nessa conferência, foram discutidos a defesa dos interesses de nacionais no estrangeiro e a possibilidade do uso da força armada para a cobrança de dívidas públicas. O jurista internacionalista brasileiro rejeitou a proscricção da guerra nessas situações, desenvolvendo o argumento da necessidade de preservação dos interesses dos credores como elemento essencial da economia internacional.⁵⁸

de fevereiro de 1885, art. 35, exige como condição essencial para a ocupação de terras na África, uma autoridade bastante forte para fazer respeitar os direitos adquiridos. ” PESSOA, Epitácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911, p. 15.

⁵⁷ Ruy Barbosa (1849-1923), um dos mais famosos juristas brasileiros, foi político, senador e diplomata, tendo representado o Brasil em diversas Conferências Internacionais, notadamente na II Conferência de Paz da Haia de 1907. Para mais informações, vide: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de; ARAÚJO, Brenda Maria Ramos. A man against a war. Ruy Barbosa and the struggle against a thought. *Journal of the History of International Law* (online publication), 2020; BARBOSA, Rui. *Discursos de Rui Barbosa em Haia*. Trad. Estela Abreu e Arthur Bomfilar. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 2007.

⁵⁸ “Não se contesta que, se o governo de um país atenta contra a pessoa de um estrangeiro, ou o despoja dos seus bens, o Estado de que ele depende tem o dever de proteger, de exigir satisfação, e, em a não obtendo, tem o direito de impor com as armas. Pois bem: não será também um caso de esbulho do estrangeiro o da cessação do pagamento de títulos da dívida pública de que ele é o portador? Um homem pode ter empregado, honestamente, a sua fortuna toda na aquisição de valores de dívida de um Estado estrangeiro. Se o devedor falta aos seus solenes compromissos, o resultado é a ruína para toda essa classe de credores, que ali empregaram inteiramente os seus haveres, persuadidos que o alto caráter do devedor os punha ao abrigo da bancarrota. De sorte que, se o patrimônio consistisse em imóveis edificados no território estrangeiro, o Estado a que este indivíduo pertence teria de o proteger contra o confisco; mas, se o patrimônio do mesmo indivíduo assume a forma de uma aplicação em rendas estrangeiras, embora fique ele, com a falta de pagamento, reduzido à indigência, este dever de proteção do Estado aos seus nacionais já não existiria. Onde a lógica, onde a equidade, nesta solução, inculcada aliás como solução jurídica? [...] Nesse sistema, o empréstimo de Estado não seria uma convenção jurídica, mas um

O raciocínio novamente conecta soberania e ordem jurídica à preservação do patrimônio dos particulares, que, sem a proteção proporcionada pela cobrança *manu militari*, acarretaria a destruição da ordem jurídica internacional. Há uma identidade entre preservação da ordem pelo Direito e a defesa da coercibilidade das dívidas, em um mesmo sistema que se organiza, nas esferas nacional e internacional, em relação à observância dos direitos necessários ao desenvolvimento do capitalismo. Isso é reforçado pelo autor ao aprofundar a relação entre o progresso e o acesso aos capitais internacionais na perspectiva do Brasil.⁵⁹

A defesa da cobrança coercitiva torna-se, assim, a proteção de interesses não contra, mas a favor dos devedores, pois seria a garantia do acesso das nações latino-americanas ao crédito. Desejar o inverso seria

ato de confiança. Entregando as somas, que empresta, o capitalista resignar-se-ia de antemão ao arbítrio do devedor irresponsável. Abrindo a bolsa, o prestamista conhecia, perfeitamente, a privilegiada condição do seu futuro devedor: bem sabia ele que não podia anuir à obrigação de se deixar executar. Mas em verdade, senhores, uma vez consolidada em direito a teoria de que os Estados, contraindo empréstimos, não contraem nenhuma obrigação coercitiva, isto é, de que os seus credores ficam inteiramente desarmados para com os devedores, ainda se poderia imaginar que houvesse capitalistas assaz ingênuos para confiar os seus haveres a tais privilegiados? [...] Esta não é a teoria do direito de soberania: é a do abuso da soberania. Aplicada à vida interior dos Estados, ela anularia a ordem jurídica, como a destruirá, se for admitida nas relações internacionais. ” BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. v. 34, t. 2. p. 79-80.

⁵⁹ “Éramos, somos devedores, e poderíamos ainda precisar recorrer aos mercados estrangeiros. Não queremos, pois, arriscar-nos a incorrer na desconfiança dos que tantas vezes temos encontrado prontos a concorrerem para o desenvolvimento da nossa propriedade, pois Deus nos poupou de conhecer a usura, de nos defrontar com essa ferocidade do capital, contra a qual é preciso armar-se. Nossos credores têm sido colaboradores inteligentes e razoáveis da nossa prosperidade. Não os podemos, pois, criticar por zelarem por seus legítimos interesses; e, como estávamos muito empenhados na defesa dos nossos, não nos julgamos com a isenção de espírito necessária para ser os consagradores de uma doutrina de cujo triunfo poderíamos supor-nos beneficiários. Nem era só o nosso crédito que pensávamos consultar, mas também, e na mesma proporção, geralmente, o de toda a América Latina. Nós não nos queríamos afastar dos outros Estados americanos. Ao contrário, a mesma preocupação fraternal dos autores da doutrina, que não esposamos, nos induzia a ver, no princípio que nega aos credores estrangeiros todos os meios de execução contra os Estados devedores, um perigo comum para toda a América Latina, ávida sempre de capitais que a fecundem e, por consequência, essencialmente interessada em ampliar o seu crédito no estrangeiro. [...] Só, de feito, especuladores conviriam em aventurar o seu dinheiro aos riscos de um empréstimo, a que o direito positivo não reconheça a condição legal da execução forçada. Capitalistas honestos não emprestariam nunca sem a segurança do seu reembolso. ” BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. v. 34, t. 2. p. 82-84.

submeter os países ao jugo de capitalistas desonestos, pois apenas alguém imoral emprestaria sem a garantia efetiva do reembolso.

A noção de organização interna, porém, também foi apropriada por internacionalistas brasileiros a fim de argumentar por prerrogativas dos estados fracos, em uma elaboração do conceito de soberania e de suas consequências jurídicas. Um exemplo dessa prática esteve nas propostas de Epiácio Pessoa e de Ruy Barbosa acerca da proteção dos estrangeiros, notadamente na discussão sobre a necessidade de acionamento do judiciário local antes da internacionalização da questão. O Projeto de Código de Epiácio Pessoa teve uma preocupação especial em definir em que hipóteses poderia o estado ser responsabilizado pelos danos causados aos estrangeiros, em um esforço de equiparação destes com os nacionais, sendo o tema tratado em diversos artigos do texto do projeto.⁶⁰

Em nota de rodapé, Epiácio Pessoa mencionou que a equiparação entre estrangeiros e nacionais estaria acolhida no direito interno de alguns estados, como

⁶⁰ “Art. 22 – Os particulares estrangeiros são inteiramente equiparados aos nacionais quanto á responsabilidade dos Estados. ou se trate de lesões recebidas. em tempo de paz ou de danos sofridos em consequencia de perturbações intestinas, guerra civil ou externa, salvo o caso em que a autoridade constituída tenha sido manifestamente omissa no cumprimento dos seus deveres. Art. 23 – Não obstante o disposto no artigo antecedente, os Estados, no caso de guerra civil, serão responsaveis para com o particular estrangeiro sempre que o acto lesivo for praticado contra este por ser estrangeiro ou por ser nacional de um certo Estado, excepto si o proprio individuo for causa do facto que determinou a lesão, se achar no territorio em contravenção a uma ordem de expulsão ou tiver vindo para ahi entregar-se ao commercio ou á industria, sabendo ou devendo saber da existencia da guerra civil. Art. 24 – Sempre que os particulares estrangeiros tiverem reclamações ou queixas de ordem civil, criminal ou administrativa contra um Estado ou seus nacionaes, deverão fazer valer os seus direitos perante os tribunaes competentes. Em taes casos, a reclamação diplomatica não será admissivel senão quando houver da parte desses tribunaes recusa injustificavel do direito de estar em juizo, demora anormal ou violação evidente dos principios do direito internacional. [...] Art. 67 – Os Estados teem o direito de proteger no estrangeiro os seus nacionaes, sempre que forem offendidos e não obtiverem das autoridades locais a reparação devida. Art. 68 – O direito de protecção por meio de reclamação diplomatica tendo por fim a reparação da offensa, a satisfação do damno e, conforme as circunstancias, a garantia de se não repetir a injustica. Art. 69 – Para ser legitimo o exercicio do direito de protecção é mister: a) que a offensa feita ao nacional seja contraria ás leis locais ou aos principios do direito internacional; b) que, tratando-se de materia da competencia do poder judiciario, se verifique alguma das hypotheses previstas no art. 24.” PESSOA, Epiácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Publico*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911. p. 18-20;39-40.

Honduras e Nicarágua.⁶¹ No entanto, pondera que a irresponsabilidade do estado pelos danos sofridos por estrangeiros, em casos de guerra civil, vinha sendo fortemente defendido pelas nações americanas. Nas palavras do autor,

[...] são numerosíssimos os tratados que o proclamam. Mesmo quando os Estados teem sido levados a pagar indemnizações em taes casos, teem-no feito sempre com resalva daquelle principio. Assim procedeu o Chile depois da guerra civil de 1891 e o Brasil durante a de 1893.

Equiparados os estrangeiros aos nacionaes no que diz respeito á responsabilidade dos Estados, inutil se torna prever as hypotheses, figuradas por Alvarez na sua recente obra *Le Droit International Americain*, em que a lesão resulte de actos do tribus selvagens, semi-civilizados, nomades etc., ou tenha sido commettida. em terras litigiosas, não submittidas á posse do Estado. A lei interna decidirá. O estrangeiro terá ou não o direito de chamar o Estado á responsabilidade, conforme esse mesmo direito couber ou não ao nacional.⁶²

A mesma reserva em relação aos temas submetidos ao judiciário nacional foi trabalhada por Ruy Barbosa na Segunda Conferência de Paz de Haia, no contexto dos debates acerca dos limites da arbitragem internacional. Conforme o autor,

[...] um dos desvios da prudência necessária á organização e ao êxito desta reforma é, a nosso ver, o exagero que pretende deslocar em favor dos tribunais arbitrais assuntos sujeitos pela lei do país á justiça nacional, ou submeter as decisões da justiça nacional á revisão estrangeira da arbitragem. Não é cabível imaginar que uma nação capaz de defender-se contra as nações poderosas suporte tal desonra infligida a seus tribunais. Só seria concebível em relação aos países fracos, dos quais se fala, de um modo ofensivo, que a justiça não inspira confiança aos outros Estados.

Eu não sei, nem quero saber, se isso é verdade no que se refere a qualquer Estado civilizado. Admitindo que seja verdade, é lamentável que súditos de países avançados na civilização, onde reina a lei e a justiça é segura, escolham a permanência nessas regiões perigosas. Na maioria das vezes, o que os leva a aventurar-se até lá é a busca de fortuna, estando eles cientes dos riscos de sua temeridade. É justo portanto que paguem o preço e, haja o que houver, não existe nenhum motivo aceitável, para ameaçar outros Estados, cuja justiça é respeitável, com uma arma capaz de causar as maiores iniquidades se ficar nas mãos da força internacional.

⁶¹ PESSOA, Epiácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911. p. 19.

⁶² PESSOA, Epiácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911. p. 19.

[...].

Aliás, as reclamações internacionais fundadas na alegação de denegação de justiça foram, quase sempre, um meio de pressão das grandes potências contra nações da América Latina não suficientemente fortes para resistir às suas exigências. É o que facilmente pode ser provado com exemplos abonados pelo testemunho até de autores europeus. Mas repugna de maneira absoluta ao governo brasileiro a fraqueza humilhante e injuriosa de sancionar, contra nossos tribunais e nossos juizes, uma suspeita, que os fatos não autorizam, de lhes impor esse estigma desonroso, admitindo de forma expressa e solene, no texto de um tratado com outra nação, e na atual hipótese com todas as nações, a eventualidade do caso de denegação de justiça. Isso ele nunca faria, mesmo que tivesse esse poder, que indubitavelmente nossas câmaras legislativas não reconheceriam. Um tratado com essa cláusula não teria a mínima chance de ser ratificado.⁶³

Além da crítica direta ao uso indiscriminado da aceção de denegação de justiça contra Estados latino-americanos, Ruy Barbosa se valeu da argumentação com base no contínuo civilizatório para inverter a responsabilidade pela má conduta judicial. É dever do investidor avaliar os riscos e não engajar em negócios com países em que o judiciário tem mal funcionamento. Complementa utilizando a constituição como argumento inafastável, no que reconhece o primado do judiciário, obstando que a matéria seja submetida a alguma espécie de deliberação internacional.

Por fim, cita-se, como nota crítica de valor, a ainda atual observação de Amaro Cavalcanti ao (ab)uso da força e dos meios materiais pelos estados fortes contra os fracos, albergados em formas variadas sob o argumento do progresso, dos quais decorreriam múltiplas formas de afronta ao direito:

[...] a posse e a jurisdição, deste ou daquele modo adquiridas por nações fortes sobre territorios de nações ou populações fracas e incultas, ora a pretexto de auxiliar a sua cultura, ora a pretexto de levar-lhes benefícios de toda sorte, não têm sido, em muitos casos, senão, meios artificiosos de effectuar a conquista de terras alheias sem a necessidade de confessar abertamente o acto de violencia por ellas praticado.

Faltam igualmente disposições, mais previdentes e completas, que melhor assegurem a justiça nos casos de controversia sobre direitos, porventura provenientes da prescripção, da cessão e das servidões temporarias.

Dahi a occasião de abusos e violencias diversas, praticadas pelos Estados, uns contra os outros; resultando, muitas vezes, sahirem triumphantes da contenda, não os que têm melhor direito, mas os que dispõem de elementos maiores ou mais efficientes de poder material. Semelhante estado de cousas deve desaparecer para sempre, por ser incompativel com as normas do direito, que as nações civilizadas «agora se compromettem» a guardar, como conducta, nas suas relações.⁶⁴

Em síntese, conquanto clara a adesão dos juristas internacionalistas brasileiros da Primeira República aos valores do direito internacional de matriz europeia, o que incluiu a preservação e fomento do comércio e a essencialidade da empreitada capitalista como condição da própria civilidade, essa adesão ao direito internacional não se fazia de modo automático e acrítico. O discurso da civilidade também era apropriado para, a partir da ideia de organização interna, reclamar o reconhecimento de prerrogativas e direitos de soberania que preservassem as instituições estatais.

Essa reapropriação estratégica de argumentos é um exemplo das contradições ainda persistentes em relação à identificação de qual seria o papel do estado e das exigências em relação a seu funcionamento. Por vias múltiplas, o debate global ainda se centra na amplitude do espaço em que o direito internacional pode intervir nas estruturas internas e na caracterização de quais nações são “amantes da paz” e podem participar da comunidade internacional. O propósito do estado, e sua relação com a inserção da América do Sul na organização econômica global, ainda reclamam um revisitar anamnético das bases da prática dos internacionalistas locais, premiados entre o desejo e o temor de Europa.

4 Considerações finais

A gênese e perspectiva eurocêntrica do direito internacional reforça uma ideia específica de estatalidade que, além de definir os espaços reservados ao interno e ao internacional consoante a perspectiva europeia, gera a hierarquização de poder que alimenta certas intervenções do direito internacional nas esferas internas.

Nesse cenário, o direito internacional e os juristas internacionalistas brasileiros exerceram importante papel,

⁶³ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. v. 34, t. 2. p. 126-127;129-130.

⁶⁴ CAVALCANTI, Amaro. A Renovação do Direito Internacional. *Revista de Direito Público e de Administração Federal, Estadual e Municipal*, p. 503-528, maio/jun.1921. p. 512.

criando as bases discursivas da diferenciação entre legítimo e ilegítimo, distinção calcada naquilo que era útil para a promoção do projeto de modernização. Assim, ideias e instituições jurídicas contemporâneas ainda reproduzem as relações de dominação cunhadas no início da modernidade-colonialidade.

O direito internacional sempre esteve preocupado, em diversos níveis, com seu avesso: a igualdade era um *status* a ser conquistado, em um processo de reforma, considerando a imagem e semelhança europeia. Em relação aos excertos analisados nesta contribuição, conclui-se que a argumentação dos juristas internacionalistas da Primeira República foi marcada por uma concepção de civilização que, ao mesmo tempo que possibilita postulações de igualdade com base na promessa de que as diferenças materiais serão colmatadas pelo progresso, limita e condiciona a articulação desse discurso à adesão a parâmetros e condições mínimas de organização interna. Ao cabo, visam a uma reorganização do mundo à imagem e semelhança europeia e a serviço do capitalismo. É por meio da organização no formato europeu de estado e da garantia da propriedade privada que se confere a uma coletividade o direito de ser parte no direito internacional.

A adesão a essa gramática argumentativa do progresso, típica do direito internacional desse período, não significa, porém, a ausência de reapropriações que tentam, de alguma forma, mediar os impactos disso no contexto de assimetria de meios materiais que marcava as relações entre os estados ditos fortes e fracos. Se a exigência do *standard* civilizatório obrigava a certos deveres, os juristas internacionalistas brasileiros argumentavam, também, conferir determinadas prerrogativas.

Ao menos para aqueles estados já organizados apropriadamente, podia-se exigir que as intervenções do direito internacional observassem condições, cuja defesa é calcada na noção de soberania, notadamente o respeito ao judiciário e à ordem jurídica nacional. Para seu afastamento, seria imprescindível a demonstração de denegação de justiça e ir de encontro a isso seria conceder privilégios indevidos a certos indivíduos, os quais se sujeitavam aos riscos de negociar em contextos sabidamente “incivilizados”.

Vindos de contextos não europeus e avessos da ordem internacional, esses discursos tentavam construir limites ao direito internacional. Foram argumentos calcados em uma mesma visão de mundo, voltada à pro-

teção do capital, mas com importantes diferenças práticas nas consequências dos argumentos. Resta, todavia, como agenda de pesquisa, aprofundar a compreensão das interações entre interno e internacional nos textos dos juristas internacionalistas das organizações políticas que eram impelidas à metamorfose europeizante. Para tanto, é relevante problematizar a efetividade desses argumentos não europeus diante dos contextos de ingerência então correntes, intervenções que, sob outras cartilhas de progresso, ainda integram nosso presente.

Referências

- BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. v. 34, t. 2.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910.
- CAVALCANTI, Amaro. A Renovação do Direito Internacional. *Revista de Direito Público e de Administração Federal, Estadual e Municipal*, p. 503–528, maio/jun., 1921.
- CHIMNI, B. S. Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional (TMAIL): um manifesto. In: SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón; MOROSINI, Fábio Costa; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella (org.). *Direito Internacional: Leituras Críticas*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 33-70.
- DORATIOTO, Francisco. O Brasil no Mundo. In: SCHWARCZ, Lília (org.). *A abertura para o mundo (1889-1930)*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda, 2012. v. 3, p. 133-172. p. 169.
- ESLAVA, Luís. El estado desarrollista: independencia, dependencia y la historia del Sur. *Revista Derecho del Estado*, n. 43, p. 25-65, 2019.
- ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. The state and international law: A reading from the global south. *Humanity*, v. 11, n. 1, p. 118–138, 2020.
- FERNANDES, Raul. A sociedade das nações: sua genese, seus fins, sua estrutura, seus meios de acção e seus resultados. *Revista Forense*, p. 245–264, jul./dez., 1925.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskeniemi and the historiographical turn in international law. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 3,

p. 539–559, 2005. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/16/3/308.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 27–29, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3368>. Acesso em: 31 mar. 2023.

GENERAL act of the berlin conference on west Africa, 26 february 1885. Berlim, 1885. Disponível em: <https://loveman.sdsu.edu/docs/1885GeneralActBerlinConference.pdf>. Acesso: em 31 mar. 2023.

GONZALES, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, n. 92, p. 69–82, 1988.

KOSKENNIEMI, Martti. Histórias do Direito Internacional: significância e problemas para uma visão crítica. In: SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton; MOROSINI, Fábio Costa; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella (org.). *Direito Internacional: Leituras Críticas*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 113-149.

KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

MUTUA, Makau; ANGHIE, Antony. What is TWAIL? In: ANNUAL MEETING (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW), 94, 2000. *Proceedings of the...*, Cambridge, apr. 2000. p. 31-40.

OCTAVIO, Rodrigo. *A renovação do direito internacional: Duas conferencias realizadas em junho de 1928*. Rio de Janeiro: Imprensa Militar, 1928.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2017. p. 1–47.

PESSOA, Epitácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina: a colonialidade do saber. In: QUIJANO, Aníbal. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117–142.

SCHWARCZ, Lilia. *As Marcas do Período: A abertura para o mundo (1889-1930)*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda, 2012. v. 3, p. 19-34.

SIMPSON, Gerry. Two Liberalisms. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 537–572, 2001.

TODOROV, Tzevan. *A conquista da América: a questão do outro*. 4. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

TZOUVALA, Ntina. *Capitalism as civilisation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Independência em três movimentos: antitráfico e o Brasil escravista no direito internacional

Independence in three movements: Brazil and international anti-slave trade law

Adriane Sanctis de Brito

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Independência em três movimentos: antitráfico e o Brasil escravista no direito internacional*

Independence in three movements: Brazil and international anti-slave trade law

Adriane Sanctis de Brito**

Resumo

Este artigo discute como a abolição do tráfico de escravizados esteve presente na construção da independência brasileira e como o direito internacional permeou esse processo, que pode ser contado em três movimentos. Em primeiro lugar, a adoção do tratado antitráfico foi condição para o reconhecimento do Brasil como novo Estado independente. Isso colocou o Brasil escravista em uma encruzilhada, pois sua elite política defendia a manutenção da escravidão, enquanto o país precisava seguir os passos “civilizatórios” da abolição para ganhar personalidade jurídica como um Estado independente. Em segundo, já sob o tratado ratificado, representantes brasileiros se engajaram em argumentação jurídica em prol dos interesses econômicos dos proprietários de navios apreendidos e da resistência à interferência britânica em sua soberania. Assim, agiram para resistir às medidas antitráfico, mantendo a perversa prática escravista. Ao mesmo tempo, buscaram uma noção de autonomia e independência, agora não mais de Portugal, mas da Grã-Bretanha. O terceiro movimento conta o fim do tratado e a reinvenção da história: brasileiros e britânicos chegaram à leitura de que havia acabado a vigência dos dispositivos do tratado que garantiam direitos de visita, apreensão e adjudicação. O recrudescimento das relações com a Grã-Bretanha faz surgir uma narrativa de ressentimento e superação que busca uma nova independência.

Palavras-chave: independência brasileira, abolição do tráfico de escravizados; Grã-Bretanha; direito de presas; tratados internacionais.

* Recebido em 01/04/2023
Aprovado em 24/04/2023

** Diretora e pesquisadora pós-doutoral do Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo (LAUT). É Sylff Fellow da Tokyo Foundation for Policy Research e já atuou como professora contratada do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo. Foi pesquisadora bolsista no Instituto Erik Castrén da Universidade de Helsinque, no Instituto Max Planck de Luxemburgo e no Programa Laureate de Direito Internacional na Universidade de Melbourne. É graduada, mestre em direito internacional e doutora em teoria do direito pela Universidade de São Paulo - USP. Email: adriane@laut.org.br

Abstract

This article discusses how the abolition of the slave trade related to the construction of Brazilian independence and how international law played a role in this historical process. This story can be told in three movements. First, the adoption of an anti-slave trade treaty was a condition for Brazil's recognition as a new independent state. This put Brazil in a difficult position, since its political elite defended the maintenance of slavery, while the country needed to abolish the practice to gain legal recognition as independent from Portugal. Second, once the treaty was ratified, Brazilian representatives mobilized anti-slave international law on behalf of the economic

interests of shipowners whose vessels had been seized and resisted British interference. They acted to oppose anti-trafficking measures, preserving the perverse practice of slavery, while seeking to affirm its independence against Britain. The third stage describes the end of the treaty and a reinvention of history: Brazilians and British representatives concluded that provisions of the treaty guaranteeing rights of visit, seizure, and adjudication were no longer in force. The deterioration of relations with Britain led to resentment and an overcoming narrative that sought to reimagine Brazilian independence once more.

Keywords: Brazilian independence, abolition of the slave trade, Great Britain, prize law, international treaties.

1 Introdução¹

O parlamento britânico proibiu o tráfico de escravizados em 1807. Anos depois, o antitráfico se tornou o centro da agenda internacional da Grã-Bretanha, que buscou criar novo direito internacional, transferindo direitos de guerra para tempos de paz.² Durante as Guerras Napoleônicas, a Grã-Bretanha usou o direito de inspeção em navios de bandeira britânica e estrangeira para combater o tráfico de escravizados. No entanto, em tempos de paz, a liberdade de navegação tornou difícil a interferência em navios estrangeiros. Por isso, criar prerrogativas de visita a navios suspeitos de tráfico e eventual captura se tornou uma prioridade britânica.³

Ao longo do século XIX, houve um grande aumento na produção de tratados, com a incidência anual de novos tratados crescendo cerca de sete vezes.⁴ Também houve uma tendência de questões de direito serem le-

vadas a grandes conferências multilaterais.⁵ Nesse cenário, a Grã-Bretanha apresentou propostas de tratados multilaterais que adotariam novas regras na luta contra o tráfico. Embora os planos britânicos de tratados multilaterais tenham sido sucessivamente frustrados na metade do século, uma rede de tratados bilaterais foi estabelecida, criando um modelo “britânico” de mecanismo antitráfico.⁶

Nem todas as potências aderiram aos termos britânicos, mas Portugal foi um dos países que primeiro aceitou um conjunto de dispositivos antitráfico. Em conjunto, o tratado anglo-português de 1815 e o tratado adicional de 1817 criavam direitos mútuos de visita, busca e apreensão de navios suspeitos de traficar pessoas escravizadas. Além disso, estabeleciam comissões mistas, órgãos de adjudicação de navios capturados — uma nos domínios portugueses e outra em domínios britânicos. Essas comissões libertavam as pessoas escravizadas encontradas a bordo dos navios envolvidos em tráfico ilegal. Todo esse mecanismo de implementação funcionaria para abolir, parcialmente, o tráfico português, já que o tratado tornava ilegal o tráfico apenas ao norte da linha do equador.

Qual a relação desses eventos com a independência brasileira? Além do óbvio impacto que esse compromisso firmado por Portugal teve sobre o Brasil escravista como parte do Reino de Portugal, o contexto do direito internacional antitráfico traz novas perspectivas pelas quais podemos analisar a relação entre a história da independência brasileira e o direito internacional. O primeiro tratado com que o Brasil independente consentiu (após apenas o tratado que determinava os termos da independência de Portugal) foi justamente o tratado antitráfico que reapplicava as normas herdadas do sistema anglo-português. O tratado anglo-brasileiro também expandia o alcance das normas anteriores: as capturas buscavam reprimir o tráfico ilegal acima do equador nos primeiros anos (como no regime anglo-português), mas também dispunha que, em três anos, todo o tráfico brasileiro passaria a ser ilegal e considerado pirataria.

¹ Parte deste artigo se baseia em pesquisa conduzida durante estudos de doutorado financiados parcialmente pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código 001.

² KERN, Holger Lutz. Strategies of legal change: Great Britain, international law, and the abolition of the transatlantic slave trade. *Journal of the History of International Law*, v. 6, n. 2, p. 233-258, 2004. passim.

³ ALLAIN, Jean. *Slavery in international law: of human exploitation and trafficking*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 64-75.

⁴ KEENE, Edward. The treaty-making revolution of the nineteenth century. *The International History Review*, v. 34, n. 3, p. 475-500, 2012. p. 478.

⁵ VEC, Miloš. Sources of international law in the nineteenth-century european tradition: the myth of positivism. In: D’ASPREMONT, Jean; BESSON, Samantha; KNUCHEL, Sévrine (ed.). *The oxford handbook of the sources of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 122-145. p. 142.

⁶ ALLAIN, Jean. *Slavery in international law: of human exploitation and trafficking*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 64-75.

Este artigo argumenta que a abolição de tráfico de escravizados esteve no centro da própria construção do sentido da independência brasileira. Esse é um processo que pode ser contado em três partes, ou três movimentos, que foram permeados pelo direito internacional. Primeiro, a adoção de medidas antitráfico foi condição para o reconhecimento britânico do novo Estado independente e central para o seu reconhecimento pela própria metrópole portuguesa. Essa busca por reconhecimento (e, conseqüentemente, por igualdade formal na comunidade de estados) colocou o Brasil escravista em uma encruzilhada, pois sua elite política defendia a manutenção da escravidão, enquanto o país precisava seguir os passos “civilizatórios” da abolição para ganhar personalidade jurídica como um Estado independente. Em segundo lugar, uma vez ratificado o tratado que conectou o Brasil à rede normativa britânica, representantes brasileiros se viam na posição de defender os interesses do país por meio da argumentação jurídica em prol dos interesses econômicos dos proprietários de navios apreendidos e da resistência à interferência britânica em sua soberania. Representantes brasileiros se engajaram com o vocabulário e a gramática do tratado para evitarem ao máximo a implementação das medidas antitráfico, mantendo, assim, a perversa prática escravista. Ao mesmo tempo, buscavam uma noção de autonomia e independência, agora não mais de Portugal, mas da Grã-Bretanha. O terceiro movimento conta o fim do tratado e a reinvenção da história: brasileiros e britânicos chegam à leitura de que havia acabado a vigência dos dispositivos do tratado que garantiam direitos de visita, apreensão e adjudicação. Ao mesmo tempo, o recrudescimento das relações com a Grã-Bretanha faz surgir uma narrativa de ressentimento e superação (uma nova independência) em relação ao tratado antitráfico, que busca transferir o mérito dos passos lentos na direção da abolição do tráfico e da escravidão para o Império brasileiro.

2 Primeiro movimento: reconhecimento e consentimento

Diferentemente do que encontramos atualmente na doutrina internacionalista, a admissão de um Estado à comunidade internacional dependia do reconhecimento por outros Estados no século XIX. O reconhecimento não era declaratório, mas constitutivo da personalidade

jurídica de um Estado.⁷ Além disso, o reconhecimento pelo “Estado-mãe” (ou seja, a metrópole) era considerado o mais importante dos reconhecimentos, porque sinalizava aos demais que o colonizador renunciava a suas “pretensões” sobre aquele território. Junto ao reconhecimento por outros Estados, servia de um “escudo comunitário” para evitar a recolonização.⁸

No caso brasileiro, agradar à Grã-Bretanha significava se aproximar do reconhecimento de Portugal, do qual o Brasil dependia para se tornar independente. Desde o auxílio britânico para a transferência da família real portuguesa ao Brasil em 1808, a semidependência político-econômica de Portugal em relação à Grã-Bretanha tornou este país uma chave nas negociações.⁹

A diplomacia britânica havia criado um conjunto de condições para o reconhecimento que continha o compromisso de abolir o tráfico de escravizados, entre outros. O então Foreign Secretary, George Canning, anunciou que considerava para a diplomacia britânica o reconhecimento de novos Estados: (1) a notificação de sua independência por atos públicos; (2) o controle de todo o país; (3) consistência e estabilidade razoáveis; e 4) abolição do tráfico de escravizados.¹⁰

Foi ele próprio, George Canning, quem tratou com representantes brasileiros sobre os termos de reconhecimento depois da declaração de independência de 1822. Em vários momentos da negociação, que entrelaçou interesses comerciais, a mediação britânica com Portugal e a busca por celebrar novos tratados com o Brasil, Canning ou os representantes enviados sob suas instruções incluíam a abolição do tráfico como condição necessária para prosseguir.¹¹

Leslie Bethell destaca que, certamente, assim como na relação britânica com outros países da América Latina, havia interesse comercial por parte da Grã-Bretanha

⁷ GREWE, Wilhelm G. *The epochs of international law*. Berlin: De Gruyter, 2000. p. 500-502; TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. *Le droit international*. Montparnasse: Presses Universitaires de France, 2016. p. 107.

⁸ OBREGÓN, Liliána. The civilized and the uncivilized. In: FASS-BENDER, Bardo et al. (ed.). *The Oxford handbook of the history of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 917-942.

⁹ BETHELL, Leslie. The independence of Brazil and the abolition of the Brazilian slave trade: Anglo-Brazilian relations, 1822-1826. *Journal of Latin American Studies*, v. 1, n. 2, p. 115-147, 1969. p. 119.

¹⁰ GREWE, Wilhelm G. *The epochs of international law*. Berlin: De Gruyter, 2000. p. 499.

¹¹ ACCIOLY, Hildebrando. *O reconhecimento da independência do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1927. p. 34-36, passim.

em reconhecer o Brasil como Estado independente. Contudo, uma fala de George Canning explicita o tema da abolição do tráfico em perspectiva: “há um motivo mais direto e poderoso [do que a abolição do tráfico transatlântico] para desejar ser capaz de reconhecer o Brasil?”.¹² O Foreign Secretary se referia ao fato de que o Brasil era o principal destino do tráfico de pessoas escravizadas à época. Então, qualquer forma de supressão dessa prática, necessariamente, requeria um compromisso de abolição pelo Brasil.

Como o país ainda mantinha o tráfico e a escravidão quando buscava o reconhecimento de sua independência, teria de se vincular a uma promessa de proibição total do tráfico de escravizados — a que a Grã-Bretanha ainda não havia tido sucesso em vincular Portugal. Depois da mediação britânica, o reconhecimento de Portugal aconteceu em agosto de 1825. Dois meses depois, uma primeira versão do tratado antitráfico foi assinado (depois substituída pelo tratado de 1826). No mesmo dia, o Brasil ganhou o reconhecimento de sua independência pela Grã-Bretanha.¹³

3 Segundo movimento: aplicação e interpretação

Na época em que o consentimento se tornava cada vez mais valorizado na produção de direito internacional¹⁴, e em que os tratados se multiplicavam¹⁵, o aceite do Brasil naquele tratado de 1826 foi a chave para o reconhecimento de sua igualdade formal entre a sociedade de Estados. Assim como outros países latino-americanos, o Brasil se encontrava em um dilema: ao buscar reconhecimento, aceitava se manter ou aderir a outras relações desiguais com potências europeias.¹⁶

¹² BETHELL, Leslie. The independence of Brazil and the abolition of the Brazilian slave trade: Anglo-Brazilian relations, 1822–1826. *Journal of Latin American Studies*, v. 1, n. 2, p. 115-147, 1969. p. 126.

¹³ BETHELL, Leslie. The independence of Brazil and the abolition of the Brazilian slave trade: Anglo-Brazilian relations, 1822–1826. *Journal of Latin American Studies*, v. 1, n. 2, p. 115-147, 1969. p. 108 e ss.

¹⁴ GREWE, Wilhelm G. *The epochs of international law*. Berlin: De Gruyter, 2000. p. 512-513.

¹⁵ KEENE, Edward. The treaty-making revolution of the nineteenth century. *The International History Review*, v. 34, n. 3, p. 475-500, 2012. p. 478.

¹⁶ KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 136.

Para o Brasil recém-reconhecido como independente, o tratado de 1826 apresentou os primeiros desafios naquela relação. O tratado pretendia abolir o tráfico de escravizados, um objetivo que ia ao encontro do desejo preponderante da elite político-econômica brasileira. Começava, então, um momento em que a independência de fato do Brasil dependia de os interesses do país não serem capturados pela agenda da Grã-Bretanha. Independência, naquele momento da política externa nacional, significa manter a agenda perversa do tráfico de escravizados e proteger a soberania brasileira das interferências britânicas.¹⁷

Para isso, representantes brasileiros passaram a fazer leituras interpretativas do tratado que limitassem ao máximo as prerrogativas concedidas de visita, captura e adjudicação. Isso não quer dizer que o tratado não estivesse sendo aplicado de forma nenhuma — havia, inclusive, um número expressivo de capturas de navios suspeitos feitas pela marinha brasileira. Contudo, em relação ao que se entendia ser o limiar das interferências tornadas legais pelo tratado, foi na arena das disputas argumentativas que o Brasil buscava fortalecer sua igualdade formal. Representantes brasileiros argumentaram, juridicamente, nos termos do tratado antitráfico de 1826, a favor da independência brasileira em relação à Grã-Bretanha.

Aquele era um mecanismo baseado em prerrogativas do direito de guerra que tratava de hipóteses de transferência de propriedade. No sistema original de guerra, navios de outros beligerantes se tornavam propriedade do captor já com a apreensão, enquanto os navios de neutros passavam por uma decisão judicial que confirmasse que a captura havia sido legal, ou seja, que se tratava de prática de contrabando.¹⁸ Com essa inspiração, o mecanismo antitráfico então previa três passos: a visita e busca, a captura e a adjudicação de navios suspeitos.

Esses três passos eram regulados pelo regime do tratado de 1826 em relação a navios brasileiros suspeitos de tráfico de escravizados. A adjudicação, diferentemente do sistema de presas de guerra, era feita não por uma corte doméstica, mas por comissões mistas. O nome derivava da composição que sempre continha repre-

¹⁷ Para as várias dinâmicas jurídicas que compuseram essa interação, ver BRITO, Adriane Sanctis de. *Seeking capture, resisting seizure: an international legal history of the anglo-brazilian treaty for the suppression of the slave trade*. 2018. (no prelo).

¹⁸ BELLO, Andrés. *Principios de derecho de gentes*. Madrid: Librería de la Señora Viuda de Calleja e Hijos, 1844. p. 228-240.

sentantes de ambos Estados-parte, os quais designavam um comissário juiz e um comissário árbitro para cada comissão. Os tratados bilaterais com a Grã-Bretanha, geralmente, criavam duas comissões, uma para cada um dos domínios dos dois países.¹⁹ Sob o tratado anglo-brasileiro, havia uma comissão no Rio de Janeiro e outra em Freetown.²⁰

No julgamento das comissões, o navio apreendido era o foco (*jurisdição in rem*), não as pessoas escravizadas. Os juizes dos dois países respondiam à pergunta: o navio foi capturado legalmente? Se concordassem que sim, declaravam o navio como boa presa e concediam cartas de liberdade às pessoas encontradas a bordo. Se concordassem que não, declaravam o navio má presa, e o caso acabava com a restituição do navio ao proprietário (com todos os seus bens e as pessoas escravizadas a bordo), além de uma indenização pelo prejuízo sofrido com a apreensão ilegal. Caso os comissários juizes de cada país discordassem entre si, o caso passava a o julgamento de um dos árbitros por sorteio.

Assim, segundo o direito internacional de combate ao tráfico de escravos, que era construído por tratados bilaterais, como o anglo-brasileiro, a distinção entre “má presa” e “boa presa” não dependia do direito à liberdade, mas sim do direito de intervenção em navios de bandeira estrangeira. Quando as pessoas eram ouvidas pela comissão mista para análise do caso, geralmente dava-se prioridade aos oficiais do navio.²¹ Raramente, eram ouvidas as pessoas escravizadas. Havia, também, outros elementos no sistema antitráfico que, paradoxalmente, reforçavam a comodificação de seres humanos²² dentro dos próprios termos do tratado: para o pagamento de indenizações, o regime do tratado anglo-brasileiro indi-

cava que o cálculo do valor a ser pago deveria considerar o momento de detenção dos navios, com desconto pela mortalidade e pela “perda” de pessoas escravizadas ou de seu “valor”.²³

Foram muitos os motivos de disputas argumentativas nas relações anglo-brasileiras sob aquele tratado. Em múltiplas ocasiões, representantes brasileiros apresentaram queixas sobre os critérios que a marinha britânica utilizava para a apreensão de navios brasileiros, sobre as decisões das comissões mistas e sobre a falta de pagamento de indenizações. Houve, ainda, uma série de disputas sobre as obrigações em relação às pessoas liberadas pelas comissões mistas e a falta de efetividade de sua liberdade.²⁴ Essa seção abordará um pequeno conjunto dessas disputas.²⁵ A seguir, estarão em foco disputas que giraram em torno de um dos debates jurídicos mais duradouros nas relações anglo-brasileiras sob o tratado antitráfico: apreensões de navios sem escravizados a bordo. Este é um tema bastante ilustrativo do engajamento fervoroso de representantes brasileiros com a interpretação restritiva do tratado, assim como da interpretação ampliada por parte das autoridades britânicas. É uma disputa que expõe a disparidade de poder diante de um tratado estabelecido por consentimento naquelas circunstâncias. Também é um exemplo marcante do entrelaçamento da defesa da soberania brasileira com a resistência à abolição do tráfico de escravizados no país.

Em seu trabalho de historiografia do tráfico, Leslie Bethell comenta sobre “muitos navios capturados sem escravos a bordo [que] foram condenados ou absolvidos literalmente no lance de uma moeda”.²⁶ Tratavam-se de

¹⁹ BETHELL, Leslie. The mixed commissions for the suppression of the transatlantic slave trade in the nineteenth century. *The Journal of African History*, v. 7, n. 1, p. 79-93, 1966. passim.

²⁰ *Oxford Public International Law - Oxford Historical Treaties* (online). Convention between His Majesty and the Emperor of Brazil, for the abolition of the African Slave Trade. Signed in Rio de Janeiro, 23 November 1826; Treaty between Great Britain and Portugal. Signed in Vienna, the 22 January 1815; Additional Convention to the Treaty of the 22 January 1815, between His Britannic Majesty and His Most Faithful Majesty, for the purpose of preventing their Subjects from engaging in any illicit Traffic in Slaves. Signed in London, the 28th July, 1817.

²¹ HASLAM, Emily. *The slave trade, abolition and the long history of international criminal law: the recaptive and the victim*. Abingdon: Routledge, 2019. p. 69.

²² HASLAM, Emily. *The slave trade, abolition and the long history of international criminal law: the recaptive and the victim*. Abingdon: Routledge, 2019. p. 106-119.

²³ *Oxford Public International Law – Oxford Historical Treaties* (online). Additional Convention to the Treaty of the 22 January 1815, between His Britannic Majesty and His Most Faithful Majesty, for the purpose of preventing their Subjects from engaging in any illicit Traffic in Slaves. Signed in London, the 28th July, 1817, Regulation, Article VIII.

²⁴ MAMIGONIAN, Beatriz. *Africanos livres: a abolição do tráfico de escravos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

²⁵ Para outras disputas, ver BRITO, Adriane Sanctis de. O que torna um navio suspeito?: estratégias jurídicas para ampliar o apresamento no regime anglo-brasileiro de abolição do tráfico de escravos (1827-1945). In: CONGRESSO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE HISTÓRIA DO DIREITO – OS TEMPOS DO DIREITO, 10., 2018, Brasília. *Anais [...]*. Brasília: IBHD, 2018; BRITO, Adriane Sanctis de. *Seeking capture, resisting seizure: an international legal history of the anglo-brazilian treaty for the suppression of the slave trade*. 2018. (no prelo).

²⁶ BETHELL, Leslie. The mixed commissions for the suppression of the transatlantic slave trade in the nineteenth century. *The Journal*

casos em que o navio suspeito era capturado depois de uma visita da tripulação britânica ter apurado a presença de alguns sinais de que o navio era traficante, apesar da ausência de pessoas escravizadas a bordo. Depois de chegarem a uma das comissões mistas anglo-brasileiras, o resultado desses casos dependeria mais da configuração da comissão do que dos detalhes de sua captura.

A divergência de interpretação entre brasileiros e britânicos, em casos assim, foi um dos exemplos mais marcantes entre toda a prática de comissões mistas estabelecidas pela rede de tratados bilaterais da Grã-Bretanha.²⁷ Um primeiro fator para compreender esse ponto é que, apesar de semelhantes, esses casos tendiam a tomar rumos diferentes na comissão anglo-brasileira no Rio de Janeiro ou na comissão em Freetown. A ausência de árbitros brasileiros em Serra Leoa (por motivos de doença, morte ou mesmo falta de interessados a ocupar o cargo) fazia com que, por muitos anos, o sorteio nem tivesse de ocorrer depois da discordância entre o juiz brasileiro e o juiz britânico, já que só havia um juiz britânico para dirimir a questão. Havia, ainda, momentos em que sequer um juiz brasileiro estava presente na comissão. Por isso, em muitos casos, a comissão mista agiu, na verdade, como comissão britânica. Nesses casos, os comissários britânicos chegaram a justificar as apreensões, unicamente, pela presença de equipamento (i.e. evidências de que se tratava de um navio traficante).

As chamadas “cláusulas de equipamento” eram dispositivos presentes em alguns tratados que incluíam uma lista de evidências como, por exemplo, algemas, correntes, colchões, ou mesmo grandes quantidades de suprimentos. Essas cláusulas foram criadas após o estabelecimento dos primeiros tratados bilaterais antitráfico com o objetivo de sanar um problema recorrente para o policiamento antitráfico: captadores tinham de aguardar até que escravizados fossem embarcados nos navios (muitas vezes na calada da noite) para que fizessem as capturas de forma legal, já que a literalidade dos tratados vinculava a presença de escravizados a bordo com a suspeita fundada de tratar-se de um navio traficante ilegal.²⁸

of African History, v. 7, n. 1, p. 79-93, 1966. p. 87.

²⁷ MARTINEZ, Jenny S. *The slave trade and the origins of international human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 76; BETHELL, Leslie. The mixed commissions for the suppression of the transatlantic slave trade in the nineteenth century. *The Journal of African History*, v. 7, n. 1, p. 79-93, 1966. p. 194-198.

²⁸ WARD, William Ernest Frank. *The royal navy and the slavers: the suppression of the atlantic slave trade*. London: George Allen and Unwin,

Com base na ideia de que a mera presença dos itens de equipamento a bordo apontava para a provável utilização daquela embarcação para o tráfico de escravizados, alguns tratados incluíam a permissão de captura sempre que esses itens fossem encontrados durante a fase de visita e busca nas embarcações. Diplomatas britânicos e brasileiros chegaram a negociar artigos adicionais que incluíam uma cláusula de equipamento por alguns anos. No entanto, os artigos não foram bem recebidos pelo governo brasileiro e nunca foram ratificados.

Portanto, não havia, no direito criado pelo tratado entre Brasil e Grã-Bretanha, uma permissão explícita para captura de navios com base na presença de equipamento. Havia, contudo, uma cláusula mais restrita, que previa o direito de captura nos casos em que existissem evidências da que presença de escravizados a bordo do navio em um momento anterior à captura, desde que durante a mesma viagem. Essa cláusula havia sido ratificada por Portugal em 1823 e era entendida como parte a que se vinculou o Brasil sob o tratado de 1826. Em Pacote do Sul (1834), por exemplo, uma embarcação que parecia ter escravizados a bordo antes da captura foi condenada por juízes britânicos e brasileiros em concordância. Também nos casos Aventura (1835) e o Dom João de Castro (1840). Todos foram casos decididos na comissão que residia no Rio de Janeiro.²⁹

Muito diferente foi o caso que inaugurou uma série de decisões semelhantes na comissão mista de Freetown, o caso Empreendedor (1839). O caso foi decidido por um juiz comissário britânico, na ausência de comissários brasileiros. A decisão trouxe uma leitura do dispositivo anglo-brasileiro que o aproximava mais de uma cláusula de equipamento do que se poderia imaginar a partir da jurisprudência anterior. Esse caso foi tão significativo que o próprio Queen’s Advocate à época o considerou um ponto de virada para a política de decisão “pela moeda”:

[c]ertamente não é desejável — e de fato muito impróprio — que as coisas permaneçam neste estado, mas não sei como qualquer remédio pode ser apli-

1969. p. 98.

²⁹ HCPP, *Class A*, 1834. His Majesty’s Commissioners to Viscount Palmerston, Rio de Janeiro, 30 January 1834 (and enclosures), p. 132 e ss.; HCPP, *Class A*, 1835. His Majesty’s Commissioners to Viscount Palmerston, Rio de Janeiro, 31 July 1835 (and enclosures), p. 290.

cado a menos que algum entendimento seja alcançado no assunto entre os dois governos.³⁰

Em outras consultas, conselheiros jurídicos britânicos indicaram não haver razões para entender que navios brasileiros pudessem ser capturados apenas por presença de equipamento.³¹

Seguiram-se protestos de representantes diplomáticos brasileiros contra decisões da comissão de Serra Leoa. As autoridades britânicas respondiam apenas reafirmando que era impossível qualquer recurso às decisões da comissão mista. A justificativa era baseada em disposição do tratado de 1826 segundo a qual os comissários deveriam julgar as causas que lhes fossem submetidas sem recurso.³²

Reconhecendo que não havia mesmo previsão de recurso para decisões sob o regime do tratado, os diplomatas brasileiros insistiram para que as decisões fossem reconsideradas por serem flagrantemente incompatíveis com o tratado e, portanto, nulas³³ — esse era um motivo suficiente para revisão sob o direito de presas em que se inspirara o sistema antitráfico.³⁴ Diante das negativas britânicas, os representantes brasileiros tentaram, ainda, uma última via. Priorizando pedidos de indenização relativos a condenações injustas em Serra Leoa (resultado, afirmavam, da preponderância britânica entre os comissários), argumentaram que a vedação de recurso não se poderia aplicar ao particular afetado pela penhora de seus bens. Sobre essa demanda, o King's Advocate respondeu, após consulta do Foreign Office, que prevalecia a impossibilidade de recursos em qualquer forma, o que havia recebido consentimento do Estado brasileiro. Sobre o desbalanço do tribunal, indicou que era aberta a igual oportunidade para que ambos os Estados-parte indicassem comissários para a comissão mista justamente para possibilitar que suas decisões fossem finais.³⁵ Finalmente, a última tentativa brasileira foi propor que decisões injustas fossem submetidas à arbitragem de um

terceiro Estado. Diante da rejeição britânica, o Conselho de Estado se rendeu à vedação de recurso naquele direito que “estava do lado dos britânicos”.³⁶

As disputas relativas aos navios apresados pela presença de equipamento considerado indício de tráfico ilegal e decisões de comissões mistas consideradas injustas pelo governo brasileiro ilustram a prática argumentativa sob o tratado de 1826. Ao interpretarem o tratado, os Estados-parte às vezes lançavam mão de sua literalidade, e, outras vezes, de institutos e analogias do direito de presas ou mesmo da prática geral do direito das nações.³⁷ O vocabulário e a gramática do tratado (advindas da regulação de guerra) possibilitavam interferências antitráfico a que representantes brasileiros resistiam. Também ofereciam uma linguagem em que podiam articular ações que de fato perpetuavam a escravidão, mediante tentativas de reduzir os prejuízos de traficantes de escravizados e proprietários de navios brasileiros.

4 Terceiro movimento: retirada e reinvenção

Cada vez mais, o tratado de 1826 simbolizava uma maré contra a qual os representantes brasileiros tentavam navegar para buscar os interesses referentes ao país recém-independente. Era de se esperar que uma outra via de desvio do tratado nascesse. De fato, tornou-se um objetivo da diplomacia brasileira se desvencilhar daquele tratado.

A própria existência das comissões mistas era vista como problemática: tratava-se de alternativa à jurisdição brasileira (que também era evitada por outros acordos com os britânicos para julgar outras questões de seus nacionais), uma prova de que o Brasil não era visto como Estado em pé de igualdade com Estados europeus. Esses “tribunais anômalos”, como as chamava os representantes brasileiros, eram um “fardo muito pesado para o tesouro” que perturbava a administração com perguntas inapropriadas.³⁸ Para acabar com o problema,

³⁰ FO 83/2350, John Dodson to the Earl of Aberdeen, 27 September 1842, p. 328.

³¹ FO 83/2348. Dodson to Viscount Palmerston, 3 April 1839, p. 45; FO 83/2348. Dodson to Viscount Palmerston, 20 August 1839, p. 188.

³² E.g. FO 83/2345. Foreign Office to the King's Advocate, 20 April 1831, p. 281.

³³ *HCPP, Class B*, 1833. The Chevalier de Mattos to Viscount Palmerston, 9 April 1832, p. 27.

³⁴ BELLO, Andrés. *Principios de derecho de gentes*. Madrid: Librería de la Señora Viuda de Calleja e Hijos, 1844. p. 232-234.

³⁵ FO 83/2346. Herbert Jenner to Viscount Palmerston, 25 February 1833.

³⁶ REZEK, José Francisco. *Conselho de Estado, 1842-1889: consultas da seção dos negócios estrangeiros*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.

³⁷ BRITO, Adriane Sanctis de. *Seeking capture, resisting seizure: an international legal history of the anglo-brazilian treaty for the suppression of the slave trade*. 2018. (no prelo).

³⁸ *MRE, 1830*, p. 4.

buscaram a dissolução das comissões mistas juntamente às autoridades britânicas.

Em uma série de trocas de correspondências em 1831, representantes brasileiros argumentaram que a proibição total do tráfico de escravizados e sua equiparação com pirataria dentro de três anos (segundo o artigo 1º no tratado anglo-brasileiro) tornava as comissões mistas supérfluas. Isso porque os direitos de visita, apreensão e adjudicação serviriam, nos termos do tratado, à supressão do tráfico apenas até o momento de sua “abolição final”.³⁹ O argumento foi rejeitado pelos britânicos, que indicaram ser “muito sério e inconveniente” pensar em acabar com as comissões mistas, já que levaria algum tempo até que outros tribunais pudessem exercer a jurisdição de casos de tráfico como pirataria.⁴⁰

Depois da insistência brasileira no argumento, o Foreign Office, inclusive, consultou seus conselheiros jurídicos, que indicaram que o único prazo aplicável aos trabalhos das comissões mistas era previsto pelo artigo em separado de 1817, com que Portugal havia consentido e a que o Brasil também havia se vinculado através dos dispositivos do tratado de 1826. O artigo previa a expiração dos termos de direito à visita, apreensão e adjudicação após 15 anos da data de total abolição do tráfico de escravizados. Assim, o prazo para a existência das comissões mistas terminaria em março de 1845.⁴¹

Com base nessa leitura de 1831 feita pelos conselheiros jurídicos britânicos, uma nota diplomática brasileira retomaria o ponto quatorze anos depois. A nota informava o governo britânico que o prazo se daria no dia seguinte.⁴² Esse movimento, dentre um conjunto de alguns outros (como a declaração de expiração do contemporâneo tratado de comércio anglo-brasileiro), buscava garantir um novo momento de independência do Brasil em relação ao que já era visto pela elite imperial como um abuso por parte da Grã-Bretanha.

Dois meses depois da nota, o Conselho de Estado emitiria um relatório sobre quais medidas deveriam ser tomadas pelo governo brasileiro uma vez que a comu-

nicação fosse enviada. Segundo o Conselho, o Brasil deveria esperar por uma proposta de novo tratado pela Grã-Bretanha. Um novo acordo seria aceito apenas se seguisse o modelo anglo-francês dos tratados de 1831 e 1833, que optavam pela adjudicação doméstica em vez do modelo de comissões mistas. O Conselho argumentava, ainda, que os direitos de visita, busca e captura eram “opressivos por natureza” e, por isso, seriam evitados pelo governo imperial.⁴³

As dissidências que aconteceram dentro do Conselho de Estado sobre o tema da nota demonstram como havia leituras políticas capazes de prever outros cenários menos otimistas. Dois conselheiros manifestaram opinião de que seria essencial para os interesses brasileiros buscar novos acordos com a Grã-Bretanha desde já, porque esperar por uma proposta britânica não era de interesse do Brasil. Um dos conselheiros dissidentes, Lopes Gama, argumentava que seria preferível ter chegado a um novo acordo ainda antes da expiração do tratado anterior.⁴⁴

Os britânicos haviam refletido também sobre as possibilidades de ação diante da data próxima de expiração dos direitos de visita, apreensão e adjudicação sob o tratado de 1826. Anos depois, aventaram a possibilidade de um novo acordo com o Brasil, semelhante ao tratado que haviam estabelecido com Portugal em 1842. A alternativa, em caso de recusa do Brasil, seria aplicar uma rota de ação similar à que precedeu o consentimento português. Diante da resistência portuguesa em aceitar a abolição total do tráfico e prerrogativas de visita, captura e adjudicação pela Grã-Bretanha, o parlamento britânico aprovou o Palmerston Act em 1839. Suas regras permitiam que a marinha britânica agisse para apreender e julgar navios sem bandeira, assim como tratar navios com bandeira portuguesa como se não tivessem a proteção de sua nacionalidade.⁴⁵

Já em 1845, os conselheiros jurídicos britânicos se viram na posição de responder se a Grã-Bretanha deve-

³⁹ HCPP, Class B, 1831. The Chevalier de Mattos to The Earl of Aberdeen, 4 October 1830, p. 51.

⁴⁰ HCPP, Class B, 1831. Viscount Palmerston to the Chevalier de Mattos, 10 December 1830, p. 65.

⁴¹ HCPP, Class B, 1832. Viscount Palmerston to the Chevalier de Mattos, 16 August 1831, p. 161.

⁴² HCPP, Papers relating to the convention between Great Britain and Brazil on the slave trade. Senhor França to Mr. Hamilton, 12 March 1845, p. 4.

⁴³ REZEK, José Francisco. *Conselho de Estado, 1842-1889*: consultas da seção dos negócios estrangeiros. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p. 309.

⁴⁴ REZEK, José Francisco. *Conselho de Estado, 1842-1889*: consultas da seção dos negócios estrangeiros. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p. 324.

⁴⁵ BETHELL, Leslie. The mixed commissions for the suppression of the transatlantic slave trade in the nineteenth century. *The Journal of African History*, v. 7, n. 1, p. 79-93, 1966. p. 244; FO 83/2352. Foreign Office to Her Majesty's Advocate, Attorney and Solicitor General, 13 May 1845, p. 325.

ria concordar com a expiração das disposições do tratado, como argumentava a nota brasileira. A resposta foi de que as disposições sobre direitos de visita e captura, assim como os dispositivos sobre as comissões mistas, não eram mesmo mais aplicáveis às relações anglo-brasileiras. Contudo, argumentavam que ainda restava em vigor o artigo 1º do tratado. Interpretaram que o artigo dava à Grã-Bretanha o direito de “ordenar a apreensão de todos os súditos brasileiros encontrados em alto mar envolvidos no tráfico de escravos, punindo-os como piratas”; também que poderiam tratar “suas embarcações em que possam ser capturados juntamente com os bens a bordo pertencentes a eles como *bona piratorum*”.⁴⁶ Para isso, segundo os juristas britânicos, era necessário apenas que o Parlamento britânico aprovasse legislação que regulasse os termos dessa nova linha de ação. Depois de discussões no Parlamento — que inclusive incluíram a objeção de que Grã-Bretanha não tinha o direito de aprovar uma lei que lhe permitisse punir súditos de uma nação estrangeira⁴⁷ —, foi aprovado o Aberdeen Act em 9 de agosto de 1845.

Seguiram-se protestos brasileiros que apontavam para a falta de delegação expressa do poder que era interpretado pela Grã-Bretanha, já que se tratava de poder soberano de jurisdição. Outros tratados estabelecidos com países latino-americanos, inclusive, como no caso dos assinados entre Grã-Bretanha e República Argentina (1839), Bolívia (1840), Chile (1839), Haiti (1839), México (1841), Uruguai (1839) e Venezuela (1839), falavam em dever do Estado-parte em estabelecer leis que igualassem o tráfico à pirataria. Correspondências da época argumentavam, também, que, se fosse mesmo esse o sentido do artigo 1 do tratado — como a Grã-Bretanha passava a empregar —, não haveria sequer necessidade de dispor sobre as prerrogativas de visita, captura e adjudicação originais do tratado.⁴⁸ O governo brasileiro considerava o Aberdeen Act uma violação de seus direitos de soberania e independência.

Terminava ali a história de um mecanismo antitráfico, que inovava ao trazer prerrogativas de guerra para tempos de paz por meio de consentimento via tratados,

e se iniciavam novas interpretações unilaterais. Os anos que se seguiram incluíram denúncias brasileiras do que era visto como interferências múltiplas na soberania do país (entre capturas próximas à costa, ações violentas em mar, entre outras).

Juntamente a ressentimentos ligados às relações comerciais entre os países, esse recrudescimento das relações diplomáticas anglo-brasileiras se manteve em outros sentidos. Para a noção de independência que se buscava naquele momento, os ressentimentos foram transformados em uma história de superação das relações com a Grã-Bretanha. É o que mostra o registro por Antonio Pereira Pinto, diretor do Arquivo Público do Império e antigo membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, que escreveu em 1864 sobre as experiências brasileiras com o direito internacional até ali:

[...] [S]e infelizmente essa jurisprudencia não tem atingido toda a perfeição de que é susceptível, [...] se contra nosso próprio país não sido commettidas enormes vexações por um dos Estados mais poderosos da Europa, apezar dos tratados, ou por causa dos tratados, se em geral o Império não tem auferido grandes lucros com a celebração dos contratos internacionais, taes factos nem abalão a doutrina que deixamos expedida, nem por motivo deles devemos confiar menos em que uma reacção se há de ir operando entre as nações cultas, ou para refrearem os ímpetos belicosos de seus governos, apontando-lhes a trilha da discussão diplomática como oportuno, e exclusivo recurso para terminar as dissidências que acaso appareçam com estranhos países, ou para aconselhar-lhes que nos tratados com os Estados de ordem menos importante, guardem sempre a devida reciprocidade, não lhes impondo pactos leoninos, que trazem ordinariamente em si o germen de futuras contestações. (grifo do autor).⁴⁹

Aquela experiência de décadas com a Grã-Bretanha, “apesar dos tratados, e por causa dos tratados”⁵⁰ se transformava, por meio da narrativa de Pereira Pinto, em lição sobre o direito internacional para o Brasil. A partir daquele ponto, “[a] solução das questões internacionais desenha-se por uma physionomia nova, mais enérgica, e mais cultivada”⁵¹, dizia. Projetava-se, assim,

⁴⁶ FO 83/2352. John Dodson *et al.* to the Earl of Aberdeen, 30 May 1845, p. 349.

⁴⁷ BETHELL, Leslie. Britain, Portugal and the suppression of the brazilian slave trade: the origins of Lord Palmerston’s Act of 1839. *The English Historical Review*, n. 80, p. 761–784, 1865. p. 779-781.

⁴⁸ HCPP, *Class B*, 1845, Mr. Hamilton to the Earl of Aberdeen, Rio de Janeiro, 11 November 1845. (enclosing Senhor d’Abreu to Mr. Hamilton, Rio de Janeiro, 2 October 1845), p. 389.

⁴⁹ PINTO, Antonio Pereira. *Apontamentos para o direito internacional*. Recife-PE: FL Pinto & cia., 1864. t. 1. p. xii.

⁵⁰ BRITO, Adriane Sanctis de. *Apesar dos tratados, ou por causa dos tratados*. 2023. Disponível em: http://ila-brasil.org.br/blog/apesar-dos-tratados-ou-por-causa-dos-tratados/?fbclid=PA_AaaIHrybXdgTvL5I1Prs_JssY68LjzHC9sxTPEW9qLrXmgCwRX3AkhLBmVg. Acesso em: 20 maio 2023.

⁵¹ PINTO, Antonio Pereira. *Apontamentos para o direito internacional*. Recife-PE: FL Pinto & cia., 1866. t. 3. p. viii.

por essa nova narrativa, uma imagem de oportunidade para um sentido refundado e reimaginado de independência.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. *O reconhecimento da independência do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1927.
- ALLAIN, Jean. *Slavery in international law: of human exploitation and trafficking*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- BELLO, Andrés. *Principios de derecho de gentes*. Madrid: Librería de la Señora Viuda de Calleja e Hijos, 1844.
- BETHELL, Leslie. Britain, Portugal and the suppression of the Brazilian slave trade: the origins of Lord Palmerston's Act of 1839. *The English Historical Review*, n. 80, p. 761–784, 1865.
- BETHELL, Leslie. The independence of Brazil and the abolition of the Brazilian slave trade: Anglo-Brazilian relations, 1822–1826. *Journal of Latin American Studies*, v. 1, n. 2, p. 115-147, 1969.
- BETHELL, Leslie. The mixed commissions for the suppression of the transatlantic slave trade in the nineteenth century. *The Journal of African History*, v. 7, n. 1, p. 79-93, 1966.
- BRITO, Adriane Sanctis de. *Apesar dos tratados, ou por causa dos tratados*. 2023. Disponível em: http://ila-brasil.org.br/blog/apesar-dos-tratados-ou-por-causa-dos-tratados/?fbclid=PAaAaIHrybXdgTvL5I1Prs_JssY68LjzHC9sxTPEW9qLrXmgCwRX3AkhLBmVg. Acesso em: 20 maio 2023.
- BRITO, Adriane Sanctis de. Da propriedade, a liberdade?: facetas do regime jurídico internacional antitráfico. In: COUTINHO, D. R.; PROL, F. M.; UNGARETTI, D.; MIOLA, I. Z.; FERRANO, T. (coord.). *Propriedades em transformação 2: expandindo a agenda de pesquisa*. São Paulo: Blucher, 2021.
- BRITO, Adriane Sanctis de. O que torna um navio suspeito?: estratégias jurídicas para ampliar o apresamento no regime anglo-brasileiro de abolição do tráfico de escravos (1827-1945). In: CONGRESSO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE HISTÓRIA DO DIREITO – OS TEMPOS DO DIREITO, 10., 2018, Brasília. *Anais [...]*. Brasília: IBHD, 2018.
- BRITO, Adriane Sanctis de. *Seeking capture, resisting seizure: an international legal history of the anglo-brazilian treaty for the suppression of the slave trade*. 2018. (no prelo).
- GREWE, Wilhelm G. *The epochs of international law*. Berlin: De Gruyter, 2000.
- HASLAM, Emily. *The slave trade, abolition and the long history of international criminal law: the recaptive and the victim*. Abingdon: Routledge, 2019.
- KEENE, Edward. The treaty-making revolution of the nineteenth century. *The International History Review*, v. 34, n. 3, p. 475-500, 2012.
- KERN, Holger Lutz. Strategies of legal change: Great Britain, international law, and the abolition of the transatlantic slave trade. *Journal of the History of International Law*, v. 6, n. 2, p. 233-258, 2004.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- MAMIGONIAN, Beatriz. *Africanos livres: a abolição do tráfico de escravos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- MARTINEZ, Jenny S. *The slave trade and the origins of international human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- OBREGÓN, Liliana. The civilized and the uncivilized. In: FASSBENDER, Bardo et al. (ed.). *The Oxford handbook of the history of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- PINTO, Antonio Pereira. *Apontamentos para o direito internacional*. Recife-PE: FL Pinto & cia., 1864. t. 1.
- PINTO, Antonio Pereira. *Apontamentos para o direito internacional*. Recife-PE: FL Pinto & cia., 1866. t. 3.
- REZEK, José Francisco. *Conselho de Estado, 1842-1889: consultas da seção dos negócios estrangeiros*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.
- TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. *Le droit international*. Montparnasse: Presses Universitaires de France, 2016.
- VEC, Miloš. Sources of international law in the nineteenth-century European tradition: the myth of positivism. In: D'ASPREMONT, Jean; BESSON, Samantha; KNUCHEL, Sévrine (ed.). *The Oxford handbook of the*

sources of international law. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 122-145.

WARD, Willian Ernest Frank. *The royal navy and the slavers: the suppression of the atlantic slave trade*. London: George Allen and Unwin, 1969.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O papel das opiniões dissidentes
de Antônio Augusto Cançado
Trindade na jurisprudência da
Corte Interamericana de Direitos
Humanos**

**The role of Antônio Augusto
Cançado Trindade's dissenting
opinions in the case law of Inter-
American Court of Human Rights**

Matheus Macedo Lima Porto

Flávia de Ávila

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

O papel das opiniões dissidentes de Antônio Augusto Cançado Trindade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*

The role of Antônio Augusto Cançado Trindade's dissenting opinions in the case law of Inter-American Court of Human Rights

Matheus Macedo Lima Porto

Flávia de Ávila***

Resumo

Este trabalho tem por objetivo analisar posicionamentos jurídicos do juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade em suas opiniões dissidentes na Corte Interamericana de Direitos Humanos que, posteriormente, passaram a ser adotados majoritariamente pelo tribunal. Durante sua judicatura, primeiramente como juiz *ad hoc* e, posteriormente, como titular, assim como no exercício da presidência do tribunal, foram proferidos diversos votos concordantes e fundamentados, e também votos dissidentes em sentenças de mérito, reparações e interpretações de decisão. Neste artigo, estabeleceremos, por meio de uma categorização sobre seus votos divergentes, posicionamentos que foram em um primeiro momento dissonantes, mas que, atualmente, determinam os rumos da jurisprudência da Corte Interamericana. Em grande medida, tais categorias são fruto de sua visão sobre o papel do direito internacional centrado na proteção da pessoa humana, sendo elas: a defesa do conteúdo taxativo da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória sob o marco de crítica ao voluntarismo estatal, a gradual expansão do conteúdo material do *jus cogens* e a construção de uma hermenêutica integradora das disposições convencionais. A perspectiva metodológica adotada é a jurídico-teórica, baseada em pesquisa jurisprudencial na qual predomina o raciocínio indutivo, uma vez que buscamos constatar, a partir de votos dissidentes, uma contribuição mais ampla para a jurisprudência da Corte. O ineditismo do trabalho refere-se ao fato de que poucas pesquisas investigaram a contribuição das posições jurídicas de opiniões dissidentes em tribunais internacionais. Além disso, no âmbito da academia brasileira, há esparsos estudos sobre Cançado Trindade, um dos seus maiores internacionalistas.

Palavras-chave: Antônio Augusto Cançado Trindade; opiniões jurídicas; Corte Interamericana de Direitos Humanos; opiniões dissidentes.

* Recebido em 05/09/2022
Aprovado em 24/04/2023

** Mestrando em Direito na Universidade Federal de Sergipe (UFS). Bolsista CAPES. Possui graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT) e graduação em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado.
Email: matheusporto15@gmail.com

*** Professora do Departamento de Relações Internacionais da Universidade Federal de Sergipe e do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma instituição. Realizou estágio pós doutoral na University of Washington, Tacoma. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina, mestre em Direito e Relações Internacionais também pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. É membro da diretoria do ramo brasileiro da International Law Association (ILA).
Email: flaviadeavila@gmail.com

Abstract

This work aims to analyze the legal positions of the Brazilian judge Antônio Augusto Cançado Trindade in his dissenting opinions of the Inter-American Court of Human Rights, which later came to be adopted mainly by the Court. During his tenure, first as ad hoc judge and later as titular judge, as well as in the exercise of the presidency of the Court, several concurring and reasoned votes were given, as well as dissenting votes in judgments on the merits, reparations, and interpretations of the decision. In this article, we will establish, through a categorization of their dissenting votes, positions that were at first dissonant but which today determine the course of the jurisprudence of the Inter-American Court. To a large extent, such categories are the result of his view on the role of international law centered on the protection of the human person, namely: the defense of the specific content of the optional clause of mandatory jurisdiction under the framework of criticism of state voluntarism, the gradual expansion of the material content of jus cogens and the construction of an integrative hermeneutic of conventional dispositions. The methodological perspective adopted is the legal-theoretical one based on jurisprudential research in which inductive reasoning predominates since we seek to verify, from dissenting votes, a broader contribution to the Court's jurisprudence. The originality of the work lies in the fact that few studies have investigated the contribution of the legal positions of dissenting opinions in international courts. In addition, within Brazilian academia's scope are sparse studies on Cançado Trindade, one of its greatest internationalists.

Keywords: Antônio Augusto Cançado Trindade; juridical opinions; Inter-American Court of Human Rights; dissenting opinions.

1 Introdução

Há os juízes que encaram sua função como sendo a de estrita aplicação da lei, do texto legal; e há os que crêem (e entre estes me situo) que, na própria interpretação — ou mesmo na busca — do direito aplicável, há espaço para a criatividade; cada tribunal internacional é livre para encontrar o direito aplicável, independentemente dos para a criatividade; cada tribunal internacional é livre para encontrar o direito aplicável, independentemente dos argumentos das partes. A inovação e o desenvolvimen-

to progressivo do Direito são inescapáveis, se nos dispusermos a atuar à altura dos desafios de nosso tempo.¹

Em sua trajetória na Corte Interamericana de Direitos Humanos (1995-2006), o juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade proferiu 72 votos separados, sendo 9 deles dissidentes em relação ao entendimento majoritário no âmbito da jurisdição contenciosa e apresentou, ainda, dois votos concordantes fundamentados em duas opiniões consultivas. As teses que defendia, no âmbito acadêmico, acerca da centralidade do indivíduo como sujeito de direito internacional e da repulsa ao voluntarismo estatal e ao positivismo, influenciaram o período em que exerceu sua judicatura perante a Corte, que foi, certamente, um dos mais importantes para a consolidação e afirmação do tribunal no continente latino-americano enquanto instituição, bem como da construção de sua jurisprudência.²

Sua carreira, iniciada com o bacharelado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, perfez-se por praticamente todos os domínios que um internacionalista possa desejar. Recebeu o prêmio Yorke por sua tese de doutoramento em Direito Internacional, realizada na Universidade de Cambridge com o tema “Developments in the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law”. Foi professor titular de Direito Internacional Público e professor emérito na Universidade de Brasília (UnB), assim como professor do Instituto Rio Branco e consultor jurídico do Ministério de Relações Exteriores. Além disso, foi agraciado com o título de doutor honoris causa em diversas universidades no Brasil e no mundo, assim como professor visitante em muitas dessas instituições.³

No âmbito da judicatura internacional, foi juiz *ad hoc* da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtI-DH) entre 1990 e 1994, e juiz titular eleito por duas vezes (no segundo mandato, escolhido por aclamação), sendo vice-presidente em 1997, presidente em 1999 e

¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.

² ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. O legado de Antônio Augusto Cançado Trindade: as múltiplas facetas de um percurso voltado para a construção de um novo jus gentium. *CEBRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs*, n. 2, p. 186-200, 2022.

³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Judge Antônio Augusto Cançado Trindade*. Disponível em: https://www.icj-cij.org/files/members-of-the-court-biographies/cancado_en.pdf. Acesso em 13 abr. 2023.

reeleito para a função em 2002. Na Corte Internacional de Justiça (CIJ), foi eleito juiz em fevereiro de 2009 e reeleito em 2018.⁴

Durante toda a sua carreira, Cançado Trindade desenvolveu diferentes opiniões jurídicas sobre temas que versam sobre direitos humanos que foram expostas por meios diversos. Comumente, o jurisconsulto se expressava por meio de votos dissidentes nos quais manifestava suas teses em relação a situações concretas. Tais manifestações jurídicas são dignas de investigações mais profundas no meio acadêmico. Nesse sentido, buscamos, neste trabalho, duas lacunas no âmbito das pesquisas em direito internacional. A primeira delas situa-se na pouca dedicação investigativa em relação aos votos dissidentes no âmbito da adjudicação internacional. A segunda refere-se à própria obra de Antônio Augusto Cançado Trindade, composta de, aproximadamente, 78 livros publicados em diversos idiomas, além de diversos votos fundamentados no âmbito de sua atuação judicante e de seus pareceres elaborados enquanto consultor jurídico.⁵

Nessa empreitada, concentramo-nos na análise de seus votos dissidentes na Corte Interamericana, o que costuma ser pouco explorado academicamente. Em entrevista realizada em 2019 e publicada postumamente, o professor Cançado Trindade afirmou a importância em apresentar votos dissidentes (no caso, falava-se especialmente da CIJ), a fim de avançar na construção jurisprudencial em prol de uma visão humanista nos tribunais internacionais para a realização da justiça.⁶ Justiça que, segundo ele, é objetiva e encontra-se calcada no pensamento jusnaturalista, que atribui aos princípios fundamentais maior importância e, quando presentes nas leis, obrigam a consciência. Mas o seu jusnaturalismo, nas palavras de George Galindo, não é aquele que se

afasta da realidade em busca de um ideal de justiça.⁷ A consciência jurídica universal pode ser encontrada a partir de fenômenos concretos e sobrepõe-se à vontade de estados, esta última, circunscrita às relações de poder. Nesse sentido, destacou Cançado Trindade, em seu voto dissidente na CIJ sobre o Caso das Imunidades Jurisdicionais dos Estados, que os crimes de trabalho forçado e escravo, no Terceiro Reich, já eram proibidos àquele tempo por contrariar a consciência humana e a consciência jurídica universal e que, qualquer pretensão estatal em renunciar direitos da pessoa humana contrariam a ordem pública internacional.⁸

Mesmo sabendo que nem sempre convenceria seus pares a respeito de seu ponto de vista jurídico, Cançado Trindade compreendia que apresentá-lo poderia contribuir para avanços futuros na jurisprudência e institucionalidade do tribunal.⁹ Ruth Bader Ginsburg¹⁰, ao refletir

⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *O abraço do amigo*: ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. 2022. Disponível em: <http://ila-brasil.org.br/blog/o-abraco-do-amigo-ao-professor-antonio-augusto-cancado-trindade/>. Acesso em: 04 set. 2022.

⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reflexões sobre a perenidade da doutrina dos “pais fundadores” do direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 80, p. 15-50, jan./jun. 2022. Em trabalho recente que analisa o legado de Cançado Trindade para o direito internacional contemporâneo, o juiz da CIJ Patrick Robison, e Danilo Alves destacam: “Fidelity to his fundamental commitment to place the human person at the heart of international law could not be more clearly evidenced than it was in this dissent, and his bravery in standing his ground and in openly challenging his colleagues is nothing short of commendable. The law will fall into disrepute and become risible if it disallows claims for grave violations of peremptory norms of international law on the basis of sovereign immunity. One must agree with Judge Cançado Trindade that the atrocities committed by Germany during the First and Second World Wars were already known to be wrongful. His powerful and moving intonation, ‘above the will stands conscience’, speaks to the existence throughout history of general principles of law, derived from the principle of humanity, which have drawn the line between what is lawful and what is unlawful”. ROBINSON, Patrick; ALVES, Danilo B. Garrido. The legacy of Antônio Augusto Cançado Trindade to contemporary international law. *Leiden Journal of International Law*, p. 1-6, 2023.

⁹ Como destacou em entrevista, “não sei se conseguirei persuadir os meus pares quanto a minha visão, mas certamente encontrarei respaldo em alguns deles, disso eu tenho certeza absoluta. E se eu não conseguir, nada é tão invencível como uma boa ideia. Ela pode não frutificar, ela pode não dar resultados concretos de imediato, mas ela se torna como que um duende, quer dizer, aqueles bonequinhos de madeira que você esmurra, eles vão para trás e voltam (Risos). O ideal não-realizado é invencível.”, cf. MEMÓRIAS do professor Cançado Trindade. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, n. 8, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20352>. Acesso em: 13 abr. 2023.

¹⁰ GINSBURG, Ruth Bader. The role of dissenting opinions. *The*

⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Judge Antônio Augusto Cançado Trindade*. Disponível em: https://www.icj-cij.org/files/members-of-the-court-biographies/cancado_en.pdf. Acesso em: 13 abr. 2023.

⁵ Em artigo analisando os pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty sobre imunidade jurisdicional, George Galindo ressalta a contribuição de Cançado Trindade, destacando o ineditismo da metodologia utilizada pelo parecerista, cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Imunidade de jurisdição dos estados e Poder Executivo brasileiro: os pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 162-192, 2021.

⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Entrevista com Antônio Augusto Cançado Trindade: em memória. Entrevista concedida a Pedro Sloboda. *International Law Agendas, International Law Association Brazil*, 22 ago. 2022. Disponível em: <http://ila-brasil.org.br/blog/entrevista-com-antonio-augusto-cancado-trindade-em-memoria/>. Acesso em: 02 set. 2022.

sobre a utilidade das opiniões dissidentes no âmbito da Suprema Corte dos EUA, afirma que, do ponto de vista interno (do tribunal), as opiniões em contrário servem para que o autor da opinião majoritária elabore melhor seus argumentos e percepção iniciais. Em alguns casos, conforme aponta, também é possível formar uma opinião majoritária a partir de um ponto de vista isolado e, em outras ocasiões, chamar a atenção das pessoas de modo a promover reformas legislativas. Como destaca Jorge Contesse, a apresentação de votos dissidentes ou apartados podem contribuir não somente para aprofundar a reflexão do próprio tribunal sobre os assuntos em discussão, mas também fornecem elementos argumentativos para os litigantes.¹¹ A respeito da atuação na CIJ e na CtIDH, Cançado Trindade mencionou semelhante contribuição. Nesse último tribunal, em especial, ele destacou, em seu livro de memórias, que, durante o processo deliberativo, conseguiu imprimir alguns de seus posicionamentos na visão de seus colegas.¹²

É importante destacar que este trabalho não tem a pretensão de estudar o impacto dos votos dissidentes em cortes internacionais como a CtIDH e as tendências dos julgadores autores desses votos, a exemplo do estudo de Dunoff e Pollack.¹³ Também não se propõe a investigar pressupostos racionais relacionados ao valor e ao custo de votos dissidentes para os tribunais, da forma como investigaram Epstein, Landes e Posner¹⁴ em cortes domésticas estadunidenses. Essas propostas metodológicas, presentes na literatura referente à racionalidade do dissenso, não se aplicam, pois centramos nossos esforços em avaliar as posições jurídicas de um determinado juiz de uma corte de direitos humanos que se diferiam da maioria, mas cujo conteúdo material, com passar de anos e até mesmo décadas, foi incorporado em decisões majoritárias. Desse modo, adotamos a perspectiva metodológica jurídico-teórica, baseada em

pesquisa jurisprudencial na qual predomina o raciocínio indutivo, uma vez que buscamos constatar, a partir de votos dissidentes, uma contribuição mais ampla para o entendimento da jurisprudência da Corte.

Nos próximos tópicos, analisaremos os posicionamentos jurídicos de Cançado Trindade a partir de seus votos dissidentes. Além desses (nosso objeto de análise imediato), serão estabelecidas conexões com votos concordantes que contribuíram para a conformação da jurisprudência, ainda que sem uma pretensão de esgotamento. Para tanto, no primeiro tópico, apresentamos uma breve contextualização sobre as opiniões dissidentes no âmbito dos tribunais internacionais e, nos tópicos posteriores, passamos a analisar os votos. Optou-se por demarcá-las em eixos temáticos que refletem as contribuições do juiz brasileiro: o conteúdo taxativo da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, a expansão e conteúdo material do *jus cogens* e a hermenêutica integradora. Por último, apresentamos algumas ideias de Cançado Trindade para o sistema interamericano e o progresso do direito internacional dos direitos humanos que tanto imbuíram sua trajetória profissional enquanto um projeto de vida em prol da humanização do direito.

2 As opiniões dissidentes nos tribunais internacionais

A judicialização do direito e das relações internacionais é um fenômeno marcante que tem se destacado ainda mais graças à proliferação¹⁵ de órgãos judiciais ou “quase judiciais” (como o Comitê de Direitos Humanos) e, de certo modo, a uma visão cada vez mais prevalente de que as relações de poder devem se orientar pela *rule of law*.¹⁶ Apesar das diferenças de processo e procedimentos existentes entre esses órgãos, cada vez mais especializados, um aspecto parece ser comum a todos: seus juízes podem apresentar uma opinião dissidente. E

20th Annual Leo and Berry Eizenstat Memorial Lecture. Oct. 21, 2007. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/view/speech/sp_10-21-07. Acesso em: 03 ago. 2022.

¹¹ CONTESSÉ, Jorge. Autoridad y disenso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 4, p. 1254-1260, 2021.

¹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional*: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

¹³ DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. The road not taken: comparative international judicial dissent. *American Journal of International Law*, v. 166, n. 2, p. 340-396, 2022.

¹⁴ EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Why (and when) judges dissent: a theoretical and empirical analysis. *Journal of Legal Analysis*, v. 3, n. 1, p. 101-137, 2011.

¹⁵ DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. The challenge of ‘proliferation’: an anatomy of the debate. In: ROMANO, Cesare *et al.* (ed.). *The Oxford handbook of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 135-157. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

¹⁶ ALTER, Karen. *The new terrain of international law: courts, politics, rights*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

este não é um fenômeno raro, ainda que o interesse de pesquisa sobre esse tema seja considerado esporádico.¹⁷

O primeiro tribunal internacional, a Corte Permanente de Justiça Internacional¹⁸ (CPJI), estabeleceu, em seu estatuto, que os juízes que dissentessem da opinião majoritária poderiam tornar públicos os motivos da discordância em parecer fundamentado a ser anexado à decisão se assim o desejassem. Essa faculdade, entretanto, apresenta origens mais remotas. Mary Ellen O'Connell e Lenore VanderZee¹⁹ remete à “era de ouro” da arbitragem e Sarmiento Lamus²⁰ apresenta três marcos desse período. O primeiro deles refere-se à prática dos tribunais de arbitragem antes de 1899, em que as disputas eram decididas por maioria, a não ser que houvesse uma previsão em sentido distinto. Outro marco é a adoção em 1899 da Convenção de Haia para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, que incluiu a possibilidade de os árbitros dissidentes assinalarem sua posição sem que houvesse exposição de seus fundamentos. Por último, na aplicação das Convenções de Haia de 1907 para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais que, apesar de não incorporarem nenhuma previsão a respeito, facultava aos árbitros dissidentes a assinatura da decisão.

A própria consagração da possibilidade de se expressarem opiniões dissidentes nas normas do estatuto da CPJI não ocorreu sem críticas e profundos debates, havendo posições das mais diversas.²¹ Ao fim, o modelo

proposto pelo Conselho da Liga das Nações foi escolhido com base em argumentos da experiência anglo-saxônica. A prevalência da prática em favor da exposição dessas opiniões, de acordo com seus defensores, se mostraria de capital importância para o fortalecimento das decisões jurídicas, ofereceria mais legitimidade ao próprio tribunal e seria responsável por consolidar a experiência advinda das cortes arbitrais, nas quais havia um número considerável de decisões em que as opiniões dissidentes eram expostas.²²

Esse mesmo modelo, posteriormente, foi adotado no âmbito da sucessora da CPJI, a CIJ. As regras de 1978 do Tribunal explicitam que o número e o nome dos juízes que compõem a posição majoritária devem ser expostos em cada julgamento. Aqueles que queiram expressar opinião ou declarações poderão fazê-lo em anexo. No âmbito da CIJ, três são as classificações previstas nas normas: opinião dissidente, opinião separada e declaração. Na primeira, o magistrado expõe os pontos de que discorda da decisão majoritária que o levaram a não acompanhar a posição tomada pelo tribunal. Na segunda, mesmo que o juiz tenha acompanhado a decisão da Corte, ele poderá fornecer uma fundamentação que considere necessária, diferente, ou simplesmente em caráter adicional. Na terceira, o juiz apenas faz menção à sua concordância ou discordância com a decisão da Corte e apresenta breve explicação a respeito de sua posição.²³

¹⁷ SARMIENTO LAMUS, Andrés Dario. *The proliferation of dissenting opinions in international law: a comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and IACtHR*. 2020. Thesis (Doctorate) – Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University, Leiden, 2020.

¹⁸ Vale ressaltar que a Corte Internacional de Presas Marítimas (1907) não chegou a ser constituída por falta do mínimo de ratificações dos estados. A primeira experiência de um tribunal internacional, entretanto, não ocorreu no plano global, mas no regional, a Corte Centro-Americana de Justiça, que funcionou entre 1908 e 1918, possibilitando inclusive o acesso de indivíduos a essa instância. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

¹⁹ O'CONNELL, Mary Ellen; VANDERZEE, Lenore. The history of international adjudication. In: ROMANO, Cesare et al. (ed.). *The Oxford handbook of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 40-62.

²⁰ SARMIENTO LAMUS, Andrés Dario. *The proliferation of dissenting opinions in international law: a comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and IACtHR*. 2020. Thesis (Doctorate) – Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University, Leiden, 2020.

²¹ O Comitê Consultivo para a elaboração do estatuto da CPJI, composto por 10 juristas, adotou modelos apresentados por alguns

estados e, em alguns deles, há menção às opiniões divergentes. Os modelos elaborados pela Suécia e Noruega permitiam esse tipo de manifestação. Já a proposta da Dinamarca assentia que um juiz apresentasse sua discordância, mas não a publicação da opinião sob o argumento de que a decisão do tribunal era irrecorrível. Durante as discussões no Conselho da Liga das Nações, a Itália apresentou resistência à anexação de opiniões dissidentes sob o argumento de que isso enfraqueceria a autoridade da decisão do tribunal. Em sentido oposto foi a argumentação do governo sueco, que considerava importante para o direito internacional que se conhecesse os motivos das opiniões minoritárias. Diante do contexto desse debate, se decidiu incluir esse direito aos juízes da CPJI na minuta a ser submetida na Assembleia da Liga das Nações. Cf. SARMIENTO LAMUS, Andrés Dario. *The proliferation of dissenting opinions in international law: a comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and IACtHR*. 2020. Thesis (Doctorate) – Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University, Leiden, 2020.

²² SARMIENTO LAMUS, Andrés Dario. *The proliferation of dissenting opinions in international law: a comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and IACtHR*. 2020. Thesis (Doctorate) – Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University, Leiden, 2020.

²³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Rules of Court (1978)*. Adopted on 14 April 1978 and entered into force on 1 July 1978.

No âmbito da formação da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), essa questão foi pouco discutida durante a elaboração do seu instrumento constitutivo. Entretanto, em seus artigos 45 e 49.2, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) consagrou a possibilidade de os juízes apresentarem uma opinião divergente quando discordarem parcial ou totalmente de uma decisão do tribunal, similarmente à previsão do artigo 57 do Estatuto da CIJ. A CtIDH seguiu o mesmo caminho. Em seu artigo 66.1, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) consagrou o direito ao voto dissidente ou individual, o que, na prática, também tem se aplicado no âmbito de suas opiniões consultivas.²⁴

Os argumentos em prol da exposição de opiniões dissidentes são diversos. Como o processo de deliberação na CtIDH é secreto, a exposição de opiniões divergentes contribui para o intercâmbio de posições, busca do consenso e influência no processo de formação da decisão. Logo nos primeiros anos de funcionamento da CtIDH, as opiniões dissidentes foram expressadas pelas primeiras composições. Durante os anos 1980, em que predominou o exercício da competência consultiva, os pareceres emitidos pela Corte registraram os primeiros votos em apartado ou discordantes.²⁵

Na OC-3/83, de 8 de setembro de 1983 sobre as restrições à pena de morte, fez-se constar uma breve opinião separada do magistrado Carlos Roberto Reina, ainda que a decisão colegiada tivesse sido unânime. No parecer consultivo seguinte, a OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984 sobre a proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização, formou-se uma opinião majoritária, sendo apresentado um voto dissidente do juiz Buergenthal, e o juiz Piza Escalante fez constar uma opinião separada. Já no primeiro contencioso, o caso Viviana Gallardo, apesar de adotada uma resolução por unanimidade, em decisão de 13 de novembro de 1981, destaca-se um voto fundamentado do juiz Rodolfo Pila. Na Resolução de 8

de setembro de 1983, o juiz Piza Escalante apresentou uma opinião dissidente.²⁶

Como se pode notar, desde os primeiros anos de seu funcionamento, as decisões da CtIDH têm expressado opiniões divergentes ou votos concordantes fundamentados. Em um estudo sobre a hermenêutica utilizada pelo tribunal, Laurence Burgorgue-Larsen²⁷ observa uma mudança na apresentação dessas opiniões. Antes de 2010, a ampla maioria das dissidências e dos votos concordantes criticava uma postura menos ativista do tribunal, propondo a interpretação das normas convencionais como instrumentos vivos e, assim, expandindo a realização da sua competência. A partir das composições mais recentes da Corte, os votos separados – dissidentes ou concordantes — passaram a conter um teor de crítica a respeito desta atuação mais interventiva do tribunal. Um exemplo seria a postura adotada pelo juiz Vio Grossi, que entre está entre aqueles que interpretam as normas da CADH de modo mais tradicional.²⁸ Sua visão é diferente daquela capitaneada por Cançado Trindade, que acreditava na jurisdição interamericana como um instrumento de avanço na atualização do sentido das normas convencionais de proteção ao ser humano. É sobre seus votos que este estudo pretende se debruçar.

3 O conteúdo taxativo da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, um estado pode ou não reconhecer a competência contenciosa da Corte. Em seu artigo 62, a CADH

²⁴ SARMIENTO LAMUS, Andrés Dario. *The proliferation of dissenting opinions in international law: a comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and IACtHR*. 2020. Thesis (Doctorate) – Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University, Leiden, 2020.

²⁵ GROS ESPIELL, Héctor. Opiniones disidentes y separadas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, v. 3, p. 23-43, 1987.

²⁶ GROS ESPIELL, Héctor. Opiniones disidentes y separadas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, v. 3, p. 23-43, 1987.

²⁷ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, p. 105-162, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 15 ago. 2022.

²⁸ No Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, por exemplo, o juiz Eduardo Vio Grossi proferiu um voto parcialmente dissidente e afirmou que o conceito de mulher previsto na Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher englobaria apenas sua dimensão biológica, excluindo, em consequência, a proteção da referida convenção para as mulheres trans. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021.

prevê que a aceitação desta competência pode ser feita no momento do depósito do instrumento de ratificação ou adesão. Essa declaração pode ser feita sob condições ou não, por um prazo determinado ou ainda para apreciação de casos específicos. Apesar disso, o texto convencional não é muito claro quanto aos limites e interpretação desta faculdade, ainda que seja incumbência da CtIDH dar a última palavra sobre a interpretação da CADH.²⁹

No caso Irmãs Serrano Cruz, a Corte Interamericana teve a oportunidade de apreciar as alegações de captura, sequestro e desaparecimento forçado das irmãs Ernestina e Erlinda Serrano Cruz, capturadas por militares do exército de El Salvador durante a chamada “Operação de Limpeza”, ocorrida no município de San Antonio de la Cruz de 27 de maio até 9 de junho de 1982. Para escapar dessa operação, a família Serrano Cruz deslocou-se, mas somente a mãe das meninas e um de seus filhos conseguiram ultrapassar o cerco militar que se aproximava da aldeia Manaquil. O pai das meninas, juntamente a elas e dois irmãos, caminharam durante três dias até chegarem em “Los Alvarenga” e permaneceram escondidos durante o mesmo período, mesmo faltando-lhes água e alimentos. Quando o pai delas e seus irmãos as deixaram sozinhas em busca de água, elas choraram e foram descobertas por militares, que teriam raptado as garotas. Mesmo após 21 anos, quando as crianças foram vistas com o exército salvadorenho pela última vez, não foi dada nenhuma solução ao caso a respeito de seu paradeiro pelas autoridades de El Salvador.³⁰

Muito embora o caso das Irmãs Serrano Cruz possa ser analisado sob a perspectiva do direito substantivo, a partir do fenômeno dos desaparecimentos e deslocamentos forçados, graves problemas que ainda persistem na América Latina, entendemos que a grande contribuição de Cançado Trindade nessa opinião dissidente relaciona-se a uma questão de jurisdição. Em 23 de novembro de 2004, em sentença de exceções preliminares, a Corte admitiu a exceção *ratione temporis* interposta pelo estado em relação a fatos ou atos ocorridos antes de 6

de junho de 1995, data em que El Salvador depositou o instrumento de reconhecimento da Corte. Entretanto, em relação aos fatos que ocorreram anteriormente a essa data, mas cujos efeitos se prolongaram para a posterioridade, o juiz Cançado Trindade discordou da opinião majoritária, que acolhia a exceção preliminar formulada pelo estado.³¹

Em seu voto, foram elaboradas ponderações a respeito do efeito jurídico da formulação taxativa da cláusula facultativa prevista no artigo 62 da CADH e sobre a obrigatoriedade da jurisdição internacional *lex lata* e sob o marco deste tratado. Além disso, teceu considerações a respeito do *jus cogens* sob o marco do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário e da necessidade de uma jurisdição internacional automaticamente obrigatória.³²

Ao discorrer sobre o surgimento da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, Cançado Trindade³³ explicou que sua criação, em 1920, apoiou-se no objetivo de os estados reconhecerem a competência obrigatória da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)³⁴, sucedida pela atual CIJ.³⁵ Nesse sentido, para Cançado Trindade, a interpretação da referida cláusula pela CIJ estaria limitando exacerbadamente a competência do referido tribunal que, por uma postura subserviente ao voluntarismo estatal, aceitava as mais diversas exceções interpostas. No seu entendimento, a Corte Interameri-

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004.

³⁴ Sobre a CPJI, conferir: LIMA, Lucas Carlos. O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: formação europeia e fundamento voluntarista. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 8, n. 1, p. 1-26, 2013. PESSOA, Eptácio. A Corte Permanente de Justiça Internacional. *Revista de Direito Público e de Administração Federal, Estadual e Municipal*, v. 9, n. 1, p. 7-12, 1925.

³⁵ Em seu artigo 36.2, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça prevê: “2. Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acôrdo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela rutura de um compromisso internacional”.

²⁹ TORRES, Amaya Úbeda de. The optional contentious jurisdiction of the court. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3-23.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004.

cana, não deveria se sujeitar a qualquer tipo de voluntarismo estatal, pois os direitos humanos correspondem a obrigações objetivas dos estados. Assim, seria obrigação dos juízes da Corte interpretar, restritivamente, as hipóteses previstas na própria Convenção, que são taxativas.³⁶

Esse voto dissidente insere-se também como um alerta da própria jurisprudência do tribunal consagrada nos casos Tribunal Constitucional (1999)³⁷, Castillo Petruzzi (1998)³⁸ e Ivcher Bronstein (1999)³⁹, todos contra o Peru. Eles foram fundamentais para a afirmação da Corte como um tribunal de direitos humanos diferenciando-a dos tribunais internacionais que tem por objetivo precípuo decidir a partir de disputas interestatais sob o marco do direito internacional geral.⁴⁰ No caso do Tribunal Constitucional, a Corte Interamericana explicitamente afirma não ser possível criar qualquer analogia entre a prática da CIJ com o uso da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória prevista na CADH. Na ocasião, o tribunal fez menção ao caso Loizidou vs. Turquia, da Corte Europeia de Direitos Humanos (1996), em que se afirmou o caráter normativo da Convenção Europeia. Além disso, acentuou-se que a aceitação da cláusula facultativa se encontra delimitada pelo próprio tratado e pela realização de seus propósitos, obrigando-se o estado pelo tratado como um todo, de modo que a retirada da competência somente seria possível com a denúncia integral e, mesmo assim, não se operariam efeitos imediatos em relação a essa medida.⁴¹

³⁶ Em seu voto fundamentado na sentença de exceções preliminares do caso *Hilaire Vs. Trinidad e Tobago*, Cançado Trindade apresenta uma visão mais acurada do processo de negociação da chamada cláusula facultativa de jurisdição obrigatória para a Corte Permanente de Justiça Internacional e, ao fim, conclui que a prática permissiva da CIJ e um apego a uma fundamentação voluntarista do direito internacional tem esvaziado a própria natureza histórica de sua existência. Para mais detalhes: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*: excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*: competencia. Sentencia de 24 septiembre de 1999.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*: excepciones preliminares. Sentencia de 04 de septiembre de 1998.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*: competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999.

⁴⁰ No mesmo sentido: GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., p. 409-423, 2015.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*: competencia. Sentencia de 24

septiembre de 1999.

Os casos do Tribunal Constitucional vs. Peru e Castillo Petruzzi e outros vs. Peru podem ser considerados superprecedentes⁴² da Corte Interamericana no sentido de conformação do acesso à justiça internacional.⁴³ Em seu livro de memórias, Cançado Trindade faz um relato do papel que teve de adotar enquanto presidente da Corte a fim de afirmar a autoridade do tribunal perante o continente latino-americano. Os fatos relativos a esses casos situam-se em um momento em que o Peru vivia sob o regime de exceção de Fujimori no qual se difundiam campanhas de desinformação a respeito da jurisdição da Corte Interamericana. Após a sentença no caso Castillo Petruzzi, o presidente Fujimori manifestou interesse em retirar a aceitação da jurisdição obrigatória do tribunal com efeitos imediatos. Entretanto, como narra Cançado Trindade, em 24 de setembro de 1999, nas sentenças relativas à competência do tribunal nos casos do Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein, a Corte afirmou-se enquanto órgão jurisdicional capaz de determinar sua própria competência, ainda que tenham seus juízes recebido ameaças de destituição.⁴⁴ No caso do Tribunal Constitucional, em que três magistrados da corte peruana foram destituídos arbitrariamente, a atuação da Corte Interamericana foi relevante na medida em que demarcou a necessidade de interação entre a jurisdição interna e a internacional, tendo a intervenção da última ocorrido para preservar a integridade da primeira. Além disso, a tese doutrinária de Cançado Trindade, a respeito do *jus standi* das vítimas⁴⁵, foi, pela primeira vez,

septiembre de 1999.

⁴² Siddharta Legale conceitua superprecedentes como “decisões sobre temas amplos e gerais, aptos a pacificar razoavelmente certas disputas políticas e sociais, adquirindo uma vinculação forte do ponto de vista jurídico e político-sociológico com uma realidade viva e dinâmica. Em outras palavras, possuem as seguintes características: (i) são amplos e não precisos; (ii) pacificam em alguma medida disputas políticas, morais ou sociais; (iii) possuem uma vinculação jurídica e social que se relaciona com a constituição viva, o que dificulta a sua superação; e (iv) mais do que fama, possuem redes sociais que sustentam a sua normatividade ética, econômica, política e juridicamente, já que podem existir precedentes extremamente conhecidos que não desfrutam mais de normatividade hoje por ter perdido o suporte institucional e dos grupos sociais para mantê-los”. Cf. LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. *Revista Direito GV*, v. 12, p. 810-845, 2016. p. 836.

⁴³ LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como tribunal constitucional*: exposição e análise crítica dos principais casos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁴⁴ Para mais detalhes: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional*: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The access of individuals*

acolhida no tribunal por meio da concessão de medidas de urgência de ofício, o que levou o Peru a reintegrar os magistrados do Tribunal Constitucional antes mesmo de a Corte Interamericana proferir sentença de mérito.⁴⁶

No caso das irmãs Serrano Cruz, El Salvador alegou que os fatos haviam acontecido anteriormente à data de aceitação da CADH e, portanto, não estavam sujeitos à jurisdição da CtIDH. Todavia, na visão de Cançado Trindade, essa alegação tinha por objetivo retirar do tribunal qualquer tipo de pronunciamento a respeito das graves violações de direitos humanos ocorridas naquele país entre 1980 a 1991, durante o conflito armado interno.⁴⁷ Entre tais violações, destaca-se o desaparecimento forçado de crianças, bem como a ocultação de seus nomes e identidades, violações essas consideradas pela própria Corte em outras ocasiões como graves, contínuas e complexas.⁴⁸

Ao ressaltar não só o equívoco, mas também o verdadeiro retrocesso em que a referida decisão incorreu, rememorou que, no caso *Hilaire, Constantine e Benjamin vs. Trinidad e Tobago*⁴⁹, o tribunal decidiu que, mesmo tendo aquele estado denunciado a CADH em 26 de maio de 1998, como os fatos alegados ocorreram anteriormente a essa data, a Corte possuía competência para apreciá-los. Vale ressaltar que Trinidad e Tobago aderiram a CADH formulando algumas reservas, como em relação ao disposto no artigo 4.5⁵⁰, que diz respeito

à aplicação da pena de morte, e relativamente ao artigo 62, declarando que o reconhecimento da jurisdição da Corte ocorre desde que compatível com as previsões de sua Constituição e na medida em que sejam preservados os direitos e deveres dos seus cidadãos.⁵¹ Naquela decisão, o tribunal afirmou que a denúncia da CADH não operaria efeitos em relação ao caso e que, como órgão judicial internacional, poderia estabelecer o alcance de sua própria competência (*Kompetenz-Kompetenz*)⁵². Entender de modo diverso implicaria ceder a um voluntarismo estatal que atribui ao estado a função de decidir os contornos de sua aceitação à cláusula de jurisdição obrigatória, além daquelas taxativamente previstas.⁵³

⁵¹ “1. Em relação ao parágrafo 5 do artigo 4 da Convenção, o Governo da República de Trinidad e Tobago formula reserva pelo fato de não existir, nas leis do país, proibição de aplicação da pena de morte a uma pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade.

² Em relação ao artigo 62 da Convenção, o Governo da República de Trinidad e Tobago reconhece a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecida nesse artigo, somente na medida em que esse reconhecimento seja compatível com as disposições pertinentes da Constituição da República de Trinidad e Tobago e desde que uma sentença da Corte não contradiga, estabeleça ou anule direitos ou deveres vigentes de cidadãos particulares. Em 26 de maio de 1998, a República de Trinidad e Tobago comunicou ao Secretário-Geral da OEA sua decisão de denunciar a Convenção Americana. A denúncia entrou em vigor um ano após a data da notificação, em conformidade com o artigo 78.1 da Convenção Americana.” Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm.

⁵² A Corte entende que possui competência para apreciar os casos que lhe são submetidos por força do artigo 62 da CADH e, assim, aplicar as normas previstas nessa mesma convenção desde que iniciou suas atividades. cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (coord.). *Proteção multinível dos direitos humanos*. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior, 2013. p. 255-275. Cançado Trindade afirma que “Para o fiel exercício da função judicial internacional, todo tribunal internacional busca zelar pela preservação da integridade das bases de sua jurisdição. É este o complemento inelutável do direito de acesso à justiça. Para preservar a integridade de suas respectivas bases jurisdicionais, os tribunais internacionais contemporâneos contam, para isto, com faculdades inerentes, como mestres que são de sua própria jurisdição, sendo assim dotados da competência de la compétence / *Kompetenz-Kompetenz*”. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2017. p. 15.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*: excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*: excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*: excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001.

to *international justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Tribunal Constitucional*. Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de abril de 2000.

⁴⁷ Uma descrição do processo interno para manter impunes os crimes cometidos durante o regime de exceção em El Salvador, pode ser encontrada em POPKIN, Margaret. *Peace without justice*: obstacles to building the rule of law in El Salvador. Penn State Press, 2010. POPKIN, Margaret. El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la exception *ratione temporis*. *Revista CEJIL*, p. 41-50, 2005.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*: fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*: fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002.

⁵⁰ Dispõe o artigo 4.5 da CADH: “Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez”.

Em voto concorrente, Cançado Trindade defendeu que, em virtude do *pacta sunt servanda*, o estado encontrava-se vinculado à jurisdição. O fato de Trinidad e Tobago não ser parte na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não seria fator impeditivo da jurisdição da Corte uma vez que o *pacta sunt servanda* encontra-se consagrada no âmbito do direito consuetudinário.⁵⁴ Como também afirmou em obra doutrinária, tal princípio transcende o direito dos tratados e irradia-se para o sistema jurídico internacional de modo geral.⁵⁵

Na apreciação de exceções *ratione temporis* suscitadas pelos estados, de modo geral, o tribunal utiliza-se dos argumentos do Princípio da Não Retroatividade⁵⁶ e da limitação de um prazo futuro (proibição de jurisdição *ex post*) para decidir se aceita ou não as objeções formuladas.⁵⁷ A ideia de que o tratado não opera efeitos antes da data se nada diferente houver sido acordado, no entanto, não é absoluta. Para isso, a Corte tem analisado se os fatos ou ofensas alegadas como violadores da CADH são continuados ou recorrentes. Essa posição tem sido construída desde os casos hondurenhos, quando se entendeu que os desaparecimentos forçados possuem um caráter complexo, permanente e continuado, violando o conceito de dignidade humana e os princípios mais básicos que regem o sistema interamericano.⁵⁸ Entretanto, nem sempre esse tipo de análise é de simples realização por envolver questões como determinar o momento preciso em que uma violação de direitos não mais teria repercussões.⁵⁹

⁵⁴ Nesse sentido: BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

⁵⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2017.

⁵⁶ O artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 prevê: “a não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte”.

⁵⁷ TORRES, Amaya Úbeda de. The optional contentious jurisdiction of the court. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3-23.

⁵⁸ LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 80: uma “Corte” Pedro Nikken?. *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, v. 20, p. 315-349, dic. 2020. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542020000100315&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁵⁹ TORRES, Amaya Úbeda de. The optional contentious jurisdiction of the court. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights:*

Nesse aspecto, o caso das irmãs Serrano Cruz pode ser considerado como um exemplo desta dificuldade. A Corte Interamericana, por meio de sua composição majoritária, não analisou o caso a partir do desaparecimento das irmãs sob o argumento de que a exceção interposta pelo estado seria compatível com a CADH. Acrescentou, também, que o fato de El Salvador não ter realizado investigações judiciais não se adequaria ao conceito de desaparecimentos forçados. Em sua decisão, mencionou-se um precedente do Comitê de Direitos Humanos em relação a fatos ocorridos durante o regime de Pinochet no Chile, mesmo que esses se relacionassem a execuções sumárias e não com desaparecimentos forçados. O mesmo Comitê de Direitos Humanos⁶⁰, vale ressaltar, tem opinião de que reservas que afetam o cumprimento de normas de *jus cogens* são incompatíveis com o Pacto de Direitos Civis e Políticos, como é o caso dos desaparecimentos forçados.⁶¹

O voto dissidente do juiz Cançado Trindade, nesse caso, serviu como uma alerta para a Corte Interamericana que, ao admitir uma exceção preliminar incompatível com a CADH, não somente afastou-se de sua jurisprudência consolidada, mas também possibilitou a desproteção das vítimas. O sistema interamericano, assim como outros sistemas de justiça e, especialmente, de proteção dos direitos humanos, não segue uma linha de evolução contínua no avanço de sua jurisprudência. Por outro lado, deve-se destacar que posteriormente o tribunal retomou sua posição consolidada, ao não admitir alegações de exceções preliminares em casos cujos fatos, apesar de ocorrerem anteriormente à aceitação da jurisdição contenciosa, prolongaram-se no tempo, como no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.⁶²

case-law and commentary. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3-23.

⁶⁰ COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. *Comentário Geral N.º 24*, Doc ONU. CCPR/C/Rev/Add.6, 1994.

⁶¹ TORRES, Amaya Úbeda de. The optional contentious jurisdiction of the court. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3-23.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

4 Expansão e conteúdo material do *jus cogens*

O conceito de *jus cogens* tem sido amplamente discutido na doutrina do direito internacional, ainda que mais dúvidas do que certezas existam em torno de sua definição. Entre aqueles que o rejeitam absolutamente e os que afirmam sua existência, a ideia de que esta é uma categoria de direito mais relevante ou imperativa parece se afirmar, assim como também pode-se localizar nas normas internacionais um regime jurídico e uma definição estabelecida em tratado.⁶³ Nesse sentido, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em seu artigo 53, explicita que um tratado em conflito com normas de *jus cogens* é nulo. Para que a norma possa ser assim categorizada, ela deve ser “aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. Do mesmo modo, em seu artigo 64, prevê que o surgimento de nova norma imperativa de direito internacional geral nulifica e extingue tratado existente que contrarie a ela.

Não obstante esse regime jurídico, a problemática do conceito persiste dado que a Convenção de Viena apenas o reconhece e o incorpora como uma categoria do direito, mas, do ponto de vista material, não fornece elementos mais precisos, assim como também não o fez a Comissão de Direito Internacional.⁶⁴ O sistema interamericano de direitos humanos, por outro lado, tem avançado na afirmação do conteúdo material do *jus cogens* e, nesse aspecto, os votos proferidos por Cançado Trindade possuem especial relevância. Pode-se destacar seu voto fundamentado na Opinião Consultiva 18/03 sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados⁶⁵, os votos dissidentes nos casos das Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador⁶⁶ e Trabalhadores

Demitidos do Congresso vs. Peru⁶⁷ e os votos concordes nos casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala,⁶⁸ Goiburú e outros vs. Paraguai,⁶⁹ Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia,⁷⁰ López Álvarez vs. Honduras,⁷¹ Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai,⁷² Ximenes Lopes vs. Brasil,⁷³ Almonacid Arellano vs. Chile,⁷⁴ Blake vs. Guatemala⁷⁵ e La Cantuta vs. Peru⁷⁶.

Esse percurso jurisprudencial construído pela CJI-DH situa o conteúdo material do *jus cogens* em torno da proibição absoluta da tortura e do tratamento cruel, desumano ou degradante, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, o Direito de Acesso à Justiça,⁷⁷ assim como a proibição do desaparecimento forçado de pessoas⁷⁸ e, mais recentemente, na proibição do trabalho

Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador: excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*: solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007.

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006.

⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006.

⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Guatemala*: fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998.

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

⁷⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. In: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL ORGANIZADO POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, 35., 2009, Washington. *Anais [...]*. Washington: Secretaría General de la OEA, 2009. p. 3-29.

⁷⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Enforced disappearances of persons as a violation of jus cogens: the contribution of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*. *Nordic Journal of International Law*, v. 81, n. 4, p. 507-536, 2012.

⁶³ NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens*: ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, 2005.

⁶⁴ Cf. NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens*: ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, 2005. RODAS, João Grandino. *Jus cogens em direito internacional*. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 125-136, 1974.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*. *Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003*, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

escravo contemporâneo.⁷⁹ O avanço dessa construção jurisprudencial, segundo Cançado Trindade, é próprio de um novo *jus gentium*, o direito internacional para a humanidade. Direito que não se restringe ao direito dos tratados, mas perpassa todo o *corpus juris* internacional e projeta-se, também, para o direito interno, invalidando normas que sejam com ele incompatíveis.⁸⁰ Além disso, trata-se de categoria jurídica em evolução e expansão.⁸¹

O repúdio à tortura e a todas as formas de tratamento cruel, desumano e degradante no âmbito do sistema interamericano ocorreu inicialmente nos casos Cantoral Benavides vs. Peru,⁸² Maritza Urrutia vs. Guatemala,⁸³ Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru⁸⁴ e Tibi vs. Equador.⁸⁵ Em Cantoral Benavides,⁸⁶ a Corte, sob a presidência de Cançado Trindade, decide que se conformou um regime internacional de repúdio absoluto a qualquer forma de tortura, seja física ou psicológica, incluindo-se sua proibição em contextos de terrorismo. Em casos anteriores, como Loayza Tamayo⁸⁷ e Castillo Petruzzi,⁸⁸ já havia sido afirmado que o uso da força além do es-

trito necessário pelo próprio comportamento da vítima viola a dignidade humana.

A dissidência do juiz Cançado Trindade no já mencionado caso das Irmãs Serrano Cruz⁸⁹ fundamenta-se na compreensão de que o desaparecimento forçado é norma imperativa de direito internacional e, assim, não deveria ser admitida a exceção *ratione temporis* interposta. No caso Barrios Altos vs. Peru,⁹⁰ ao apreciar as chamadas leis de autoanistia em voto em apartado, afirmou-se que, para o direito internacional dos direitos humanos, elas não são leis, mas aberrações que carecem de efeitos jurídicos. Anteriormente, em um voto fundamentado no caso Blake vs. Guatemala,⁹¹ já havia sido afirmado que as práticas de tortura, execuções sumárias e extrajudiciais, assim como o desaparecimento forçado constituiriam “a terra nova” do *jus cogens*, dada a ilegalidade objetiva dessas práticas. Em relação a essa temática, pode-se notar que os votos fundamentados e dissidentes conformaram a evolução da jurisprudência da Corte no sentido de reconhecer o conteúdo do *jus cogens*.

Mas especialmente com a Opinião Consultiva 18/03 sobre a condição jurídica e direito dos migrantes indocumentados que a Corte ampliou o conteúdo material do *jus cogens*. Na ocasião, o tribunal afirmou que o Princípio da Igualdade e da não Discriminação é “aplicável a todo Estado, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional, e gera efeitos com respeito a terceiros, inclusive a particulares”.⁹² Por se incluir sob o domínio do *jus cogens*, não é admissível qualquer ato jurídico, seja do ponto de vista interno, seja do ponto de vista internacional, que os contrarie. Além disso, por ser norma imperativa e inderrogável, acarreta para os estados obrigações *erga omnes* de respeitar e garantir o exercício dos direitos. A partir dessa constatação, a Corte também passou a delinear as consequências e efeitos que derivam da obrigação de garantia de direitos para os Estados.⁹³

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

⁸⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International law for humankind: towards a new jus gentium*. Leiden: Martinus Nijhoff; The Hague Academy of International Law, 2010.

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. *Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003*, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*: fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

⁸⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law. In: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL ORGANIZADO POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, 35., 2009, Washington. *Anais [...]*. Washington: Secretaría General de la OEA, 2009. p. 3-29.

⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*: fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*: fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Páez vs. Perú*: fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*: excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú*: fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Guatemala*: fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998.

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. *Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003*, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados.

A primeira delas diz respeito a um dever negativo, de abstenção de adotar condutas que impliquem discriminações de fato ou de direito, não só na adoção de medidas legislativas, mas também administrativas ou outras de qualquer natureza que impliquem situações de discriminação injustificada. A segunda delas corresponde a um dever positivo de adotar medidas destinadas a corrigir situações de discriminação estrutural perante determinados grupos de pessoas. Além disso, o estado possui um dever especial de proteção em relação a atos de terceiros que, sob sua tolerância ou consentimento, perpetraram ou endossam práticas discriminatórias. Para o estabelecimento de distinções, o estado deve ater-se a critérios que sejam objetivos e razoáveis, de modo a proteger da maneira mais ampla possível a dignidade humana.⁹⁴

O voto fundamentado de Cançado Trindade nesse caso assume especial relevância. A argumentação do magistrado, destacando os princípios gerais de direito como expressão de fundamentalidade do próprio ordenamento jurídico e da ideia de justiça, robustece um dos elementos das normas de *jus cogens*, a *opinio juris*. Ao identificar a universalidade e a vinculação objetiva para os Estados que a igualdade e não discriminação impõem ao ordenamento jurídico interno e internacional, reconhece-se que alguns princípios fundamentais também fazem parte do domínio do *jus cogens* e se inserem na ideia de realização de uma justiça objetiva, na medida em que se desperta a consciência jurídica universal em prol da proteção dos direitos do ser humano.⁹⁵

Apesar de o objeto do Parecer Consultivo emitido pela Corte centrar-se na condição jurídica dos migrantes indocumentados, o voto fundamentado aponta a relevância do reconhecimento da igualdade e não discriminação como normas de *jus cogens* ao destacar a quantidade de questões que não são tratadas em normas internacionais (como a fome, pobreza e discriminação por orientação sexual), mas que, a partir do dito reconhecimento, impõe a observância de algumas obrigações erga

omnes, de ordem horizontal e vertical. Em um aspecto horizontal, corresponde à obrigação de proteção dos direitos humanos que a comunidade internacional espera, que, no âmbito dos direitos humanos, vincula aos estados-partes desses tratados e, no âmbito do direito internacional geral, obriga a todos os estados da comunidade internacional, mesmo que não sejam partes nos tratados. Em um aspecto vertical, essas obrigações vinculam o poder público e seus agentes, assim como os particulares.⁹⁶

Do regime da CADH, decorreria, na percepção de Cançado Trindade, a consagração das ditas obrigações erga omnes em suas duas vertentes. Em relação ao seu aspecto vertical, apontou a obrigação geral de respeitar e garantir direitos, prevista no artigo 1.1, do mesmo instrumento, cujos efeitos operam não somente nas relações entre indivíduos e estados, mas também entre particulares. O amplo alcance dessa obrigação foi ressaltado no voto fundamentado no caso das Meninas Yean e Bosico⁹⁷ e no voto dissidente no caso Caballero Delgado e Santana,⁹⁸ ocasião em que afirmou que a inação do estado, por si, é capaz de fazer surgir novas vítimas, assim como provocar violações adicionais à Convenção. Já em relação ao aspecto horizontal, destacou o mecanismo de petições interestatais, previsto no artigo 45 da Convenção, mecanismo que, em sua visão, seria um verdadeiro ação de garantia coletiva, se fosse utilizado pelos estados.⁹⁹

O avanço da Corte Interamericana sobre o conteúdo material do *jus cogens* foi além e, a partir do caso Goiburú¹⁰⁰ e, posteriormente, com Almonacid Arellano¹⁰¹

Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.

⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.

⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia: reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997.

⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

e La Cantuta¹⁰², consagrou o direito ao acesso à justiça nos planos interno e internacional como normas imperativas de direito internacional.¹⁰³ Esse entendimento, entretanto, já havia sido objeto de diversos votos fundamentados de Cançado Trindade e alguns dissidentes. Nesse sentido, destacam-se os votos Masacre de Pueblo Bello¹⁰⁴, López Álvarez¹⁰⁵, Masacre de Plan de Sánchez¹⁰⁶, Hermanos Gómez Paquiyauri¹⁰⁷, Tibi¹⁰⁸, Acosta Calderón¹⁰⁹, dentre outros.

Em voto dissidente na sentença de interpretação do caso Trabajadores Cesados del Congreso¹¹⁰, são apresentados tanto o aspecto formal quanto material (o direito à prestação jurisdicional) do acesso à justiça como norma imperativa de direito internacional. Na ocasião, Cançado Trindade, após criticar a rapidez com que o tribunal havia adotado a sentença e, em seu entender, a partir de uma fundamentação insuficiente e inadequada, expressou que eventuais dificuldades na execução da sentença deveriam desde já serem esclarecidas, não se deixando para o procedimento de monitoramento essa atuação. Além disso, apontou que as obrigações convencionais são, efetivamente, de resultado e externou sua opinião de que é por meio do direito imperativo ao acesso à justiça que todos os direitos econômicos,

sociais e culturais são plena e imediatamente exigíveis e justiciáveis.

Em Myrna Mack Chang¹¹¹, seu voto fundamentado propugnou que diante de crimes de estado, impõe-se um direito ao direito — um ordenamento jurídico que seja capaz de garantir os direitos da pessoa humana. No caso Masacre de Pueblo Bello¹¹², sustentou a indissociabilidade entre os artigos 25 e 8 da CADH, levando o acesso à justiça à categoria de *jus cogens* e no caso Baldeón García¹¹³ discrepa do entendimento majoritário ao afirmar que as obrigações processuais positivas não são simples obrigações de meio, mas de resultado.

Com o julgamento do caso Goiburú¹¹⁴, a Corte, pela unanimidade, reconhece que o acesso à justiça como norma imperativa que gera obrigações *erga omnes* para os estados, que devem adotar medidas necessárias para evitar a impunidade de graves violações de direitos humanos, através de seu exercício do direito interno e internacional, julgando e punindo os responsáveis pela prática de tais atos. Esse caso situa-se no marco da Operação Condor¹¹⁵, durante o regime ditatorial de Alfredo Stroessner, no Paraguai, e refere-se à situação detenção

¹⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

¹⁰³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional*: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

¹⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006.

¹⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006.

¹⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*: reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004.

¹⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

¹⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tibi vs. Ecuador*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

¹⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de junio de 2005.

¹¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Agnado Alfaro y otros) vs. Perú*: solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007.

¹¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

¹¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006.

¹¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García vs. Perú*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006.

¹¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

¹¹⁵ “Operation Condor. Just two words, which sum up the totalitarian tragedy of the countries of the Southern Cone during the 1970s. This macabre operation, an interstate system of massive human rights violations, was set up in the utmost secrecy in order to fight against those individuals and/or groups that had been declared ‘subversive’, in line with the dominant ideology of the doctrine of ‘national security’; in other words it was designed in order to stamp out any political action that had the remotest connection with communism. A number of dictatorships worked together to organize a reign of terror under which all kinds of opponents disappeared. Jorge Videla in Argentina (1976-1983), Hugo Banzer in Bolivia (1971-1978), Humberto Castello Branco (1964-1967), Arthur da Costa e Silva (1967-1969) and the military junta (1969-1985) in Brazil, Augusto Pinochet in Chile (1973-1980), Alfredo Stroessner in Paraguay, and Juan María Bordaberry in Uruguay (1973-1976) were at the heart of a vast undertaking where ‘State terrorism’ had reached a paroxysm.” Cf. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Forced disappearance. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 299.

ilegal, tortura e desaparecimento forçado. É significativo o posicionamento do tribunal, na medida em que amplia o entendimento já consolidado do caráter permanente do delito de desaparecimento forçado e o caráter de violação ao *jus cogens*, para também alçar a esse patamar as obrigações de investigação e sanção. Essa compreensão também foi reiterada nos casos Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)¹¹⁶ e Herzog e outros¹¹⁷, caracterizando, assim, o acesso à justiça como norma de *jus cogens*.

5 A hermenêutica integradora

Uma das características dos votos do juiz Cançado Trindade, seja os concordantes, seja os dissidentes, situa-se no âmbito da defesa de uma hermenêutica integradora das disposições tanto da CADH, quanto das distintas normas protetoras dos direitos humanos. Nesse sentido, pode-se mencionar sua firme posição em prol de uma interpretação conjunta entre os artigos que preveem direitos substantivos e o dever geral de proteção previsto no artigo 1.1 da Convenção, com a finalidade de acarretar obrigações erga omnes de proteção.¹¹⁸

Ainda quando era juiz *ad hoc*, no caso Gangaram Panday¹¹⁹, em voto dissidente em conjunto com os juízes Sonia Picado Sotela e Asdrúbal Aguiar Aranguren, Cançado Trindade sustentou que o tribunal deveria determinar uma violação conjunta dos artigos 7.2 e 4.1 da CADH, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento. Trata-se de um caso em que houve uma prisão arbitrária de um cidadão que havia sido expulso da Holanda e, ao chegar em Suriname, foi preso para averiguação dos motivos de sua expulsão. Três dias depois, ele foi encontrado sem vida em razão de enforcamento. Para a composição divergente, ao reconhecer a responsabilidade do estado pela detenção ilegal, o tribunal de-

veria também aceitar que as consequências que surgem desta conduta de acordo com o dever geral de proteção à vida. Este dever impõe ao estado a obrigação de garantir que não se prive arbitrariamente a vida de alguém (obrigação negativa), assim como a adoção de medidas aptas a preservá-la e protegê-la (obrigação positiva).

Essa incisiva defesa do dever de proteção também pode ser notada no caso El Amparo¹²⁰, em que houve uma dissidência afirmando a possibilidade de a Corte examinar a compatibilidade de normas internas (leis ou práticas administrativas) com as normas convencionais, antes mesmo de ocorrer um dano. Impossibilitar esse tipo de análise pelo tribunal implicaria a própria negação do dever de proteção e garantia de direitos previsto no artigo 1.1, em conjunto com o artigo 2 da CADH. Uma lei, por si, pode ser capaz de violar direitos quando obsta o acesso do indivíduo a juízes e tribunais imparciais, competentes e independentes, nos termos dos artigos 25 e 8 da CADH. Ao ressaltar necessidade de interpretação progressiva dos direitos humanos e da atuação dos sistemas de proteção de modo a evitar violações, enfatizou, ainda, que, por meio da competência contenciosa do tribunal, seria possível analisar a compatibilidade de leis internas com a CADH, desde que o fizesse nos limites e circunstâncias dos fatos apresentados. No mesmo caso, mas na sentença de interpretação, afirmou que a obrigação de prevenir violações de direitos humanos e harmonizar as normas internas às internacionais situa-se no âmbito da responsabilidade objetiva ou absoluta, com base na ideia de risco.¹²¹ Essa mesma defesa também foi realizada em sua dissidência no caso Genie Lacayo¹²² e no caso Comunidad indígena Yakye Axa.¹²³

O voto dissidente na sentença de reparações do caso Caballero Delgado¹²⁴ acentuou o caráter interligado

¹¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

¹¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herzog y otros vs. Brasil*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018.

¹¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional*: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

¹¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994.

¹²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso El Amparo vs. Venezuela*: reparaciones y costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996.

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso El Amparo vs. Venezuela*: interpretación de la sentencia de reparaciones y costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997.

¹²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*: solicitud de revisión de la sentencia de fondo, reparaciones y costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997.

¹²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

¹²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HU-

que a obrigação geral de respeitar direitos possui com aquela de adequar o ordenamento jurídico interno às normas de direito internacional. Assim, correlata a uma violação ao artigo 2, também corresponderia uma violação ao artigo 1.1 da CADH, dado o caráter geral que emana destas normas. No caso específico, mesmo que o tribunal não tenha apontado uma violação ao artigo 2, isso não significa que o estado não possui o dever de alterar sua legislação de modo a conformá-la ao direito internacional dos direitos humanos. Para Cançado Trindade, em seu voto dissidente, a Corte deveria estimar tanto indenizações quanto outras medidas de reparação, especificamente determinando a tipificação do delito de desaparecimento forçado (como o tribunal fez posteriormente em outros casos) e determinar a compatibilidade ou não entre a legislação daquele país sobre o habeas corpus e as normas convencionais. A Corte não somente poderia adotar esse comportamento, mas efetivamente deveria, dado que na sentença de mérito vinculou a obrigação de respeitar e proteger direitos às medidas de reparação, o que, em sua visão, reflete uma interpretação objetiva do artigo 63.1 da CADH¹²⁵.

Apesar de esse entendimento inicialmente ser construído a partir de seus votos dissidentes e concorrentes, a jurisprudência da Corte tem adotado a hermenêutica integradora propugnada por Cançado Trindade.¹²⁶ Em voto no caso *Masacre de Pueblo Bello*, são apresentados alguns fundamentos deste critério. Segundo ele, a interpretação conjunta dos artigos 8 e 25 da Convenção constituem um verdadeiro *rule of law* das sociedades democráticas em relação ao dever geral de proteção de direitos do artigo 1.1. Isso porque recursos judiciais idôneos e úteis devem ser utilizados sob o marco e princípios do devido processo legal e o fato de que uma violação se dê em face de apenas um desses elementos não compromete a adoção dessa hermenêutica, que se

aproxima de uma interpretação teleológica dos tratados internacionais de direitos humanos.¹²⁷

6 Um apelo “à inteligência de um dia futuro”¹²⁸

Me atrevo a alimentar la esperanza de que estas breves reflexiones puedan contribuir a que avancemos en el presente dominio de protección, de modo a dejar un mundo mejor a nuestros descendientes. Espero, en particular, que puedan ellas contribuir a que la Corte se disponga algún día a reevaluar su actual posición sobre la cuestión en aprecio, y lograr así desvincularse de las amarras que ha venido construyendo, autolimitándose y minando sus facultades de protección de los derechos humanos bajo la Convención Americana.¹²⁹

Ao recordar duas ocasiões em que leu seus votos dissidentes da bancada da Suprema Corte dos EUA, a Justice Ruth Bader Ginsburg registrou a importância de apontar a incorreção dos fundamentos utilizados por um tribunal em determinada decisão e, assim, tanto impulsionar reformas legislativas quanto apontar para os caminhos de integridade da própria jurisprudência da Corte. Este é um apelo, nas palavras de Ginsburg, “à inteligência de um dia futuro”. Com a ressalva das várias diferenças, pode-se dizer que a atuação judicante de Cançado Trindade, enquanto juiz da CtIDH, em seus votos dissidentes, se mostrou como uma ferramenta para determinar o destino da Corte e fortalecer suas bases na defesa dos direitos humanos. Foram, portanto, um alerta quando as decisões se desviavam do perfil da jurisprudência constante do tribunal e, de maneira inovadora, interpretavam as normas convencionais e as demais fontes do direito internacional de forma evolutiva, atualizando seu significado para solucionar as demandas da sociedade contemporânea.

MANOS. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*: reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997.

¹²⁵ O artigo 63.1 dispõe: “quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

¹²⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional*: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

¹²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006.

¹²⁸ A expressão é utilizada por Ruth Bader Ginsburg em conferência sobre o papel das opiniões dissidentes no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos. Cf. GINSBURG, Ruth Bader. *The role of dissenting opinions. The 20th Annual Leo and Berry Eizenstat Memorial Lecture*. Oct. 21, 2007. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewsspeech/sp_10-21-07. Acesso em: 03 ago. 2022.

¹²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso El Amparo vs. Venezuela*: interpretación de la sentencia de reparaciones y costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997.

A sua visão jusnaturalista e crítica em relação ao realismo político e ao positivismo jurídico se faz presente em diversas de suas obras doutrinárias e também em seus votos, que invocam os imperativos de justiça para apontar um novo modo de configuração do direito internacional neste século — o direito voltado para o ser humano. Nesse sentido, é sua defesa da *recta ratio* e da consciência humana enquanto fonte material do direito internacional, cujas bases remontariam ao pensamento de autores clássicos do direito das gentes como Hugo Grotius, Francisco de Vitória e Francisco Suárez, mas também derivariam de obras como as de Cícero e Tomás de Aquino.¹³⁰

A postura de um magistrado que compreende o exercício da judicatura em termos criativos e expansivos pode ser observada em diversos dos seus votos dissidentes que, com o passar do tempo, tornaram-se jurisprudência constante do tribunal. A categorização adotada neste artigo reflete esse avanço: a expansão do conteúdo material do *jus cogens*, a gradual participação direta das vítimas perante a Corte e a defesa constante de uma hermenêutica integradora das disposições convencionais. Em seus votos fundamentados, apresentou o direito à vida como norma de *jus cogens* e teceu diversas considerações sobre as obrigações *erga omnes*, desenvolvendo, em conjunto com o juiz Abreu Burelli, no caso Loayza Tamayo, a ideia de que o dano ao projeto de vida¹³¹ deve integrar o universo das reparações do artigo

¹³⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reflexões sobre a pertinência da doutrina dos “pais fundadores” do direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 80, p. 15-50, jan./jun. 2022.

¹³¹ “El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

^{En} el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable — no meramente posible — dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.

^{En} tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de dere-

chos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

Desde o princípio, a CADH conferiu às instituições interamericanas um mandato para promoção de um constitucionalismo transformador, segundo aponta Armin von Bogdandy, ainda que nem todos os atores tivessem consciência disso.¹³³ Para o autor, esse é o fundamento jurídico para a produção de uma jurisprudência protetiva dos direitos humanos para os povos da América Latina que, de modo geral, lidam com problemas semelhantes, como a debilidade das instituições, a desigualdade estrutural e a violência.¹³⁴ Vale ressaltar, entretanto, que esse não foi um processo rápido. A CIDIH iniciou suas atividades no início dos anos 1980 em um contexto em que muitos países americanos ainda eram governados por ditadores sem sequer reconhecer

chos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

^{Por} todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitutio in integrum”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*: reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. p. 39-40.

¹³² “Me atrevería a conceptualizarlo como un daño espiritual, como una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos. El daño espiritual no es susceptible, por supuesto, de indemnización material sino que existen otras formas de compensación. Aquí es donde se presenta la idea, por primera vez en la historia, a mi leal entender.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. p. 23-24.

¹³³ VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurisprudencial extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019.

¹³⁴ VON BOGDANDY, Armin; FRANZ, Ebert. O Banco Mundial frente ao constitucionalismo transformador latino-americano: panorama geral e passos concretos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 354-379, 2022.

a competência contenciosa do tribunal (apenas nove reconheciam). A primeira década de funcionamento do tribunal é marcada pelo julgamento de apenas quatro casos. A Corte Pedro Nikken, na expressão de Siddharta Legale, é caracterizada por uma autocontenção na ordenação das medidas de reparação que diferem da atuação do tribunal a partir dos anos 1990 até os dias atuais.¹³⁵

Quando Cançado Trindade ingressou no tribunal nos anos 1990, um cenário distinto possibilitou que as ideias do acadêmico se tornassem jurisprudência. De nove, o número de países que reconhecem a competência do tribunal passou a ser de vinte e um, o que possibilitou uma série de casos contra diversos estados envolvendo os mais variados temas. Os processos de redemocratização na América Latina avançam e uma justiça de transição é construída a partir de decisões de tribunais internacionais como a CtIDH.¹³⁶ Para Bogdandy, os movimentos “nunca mais” contribuíram para que diversos estados alterassem suas constituições em prol dos direitos humanos e aderissem aos diversos tratados internacionais.¹³⁷ A construção de uma série de precedentes transformadores da Corte não vem de um movimento *top-down*, mas parte de uma atuação conjunta da sociedade civil transnacional que confere legitimidade à atuação da CtIDH.¹³⁸ Nesse sentido, mesmo diante

da dificuldade de cumprimento integral das decisões do tribunal, nota-se que, de modo geral, há um esforço dos estados em considerá-las¹³⁹ e isso ocorre porque a atuação do tribunal não é vista pelos atores sociais como ilegítima.

Em seu livro de memórias, Cançado Trindade apresentou alguns relatos de sua atuação enquanto presidente na defesa da integridade e autoridade do Tribunal, cujas consequências contribuíram para o fortalecimento do sistema. Nos casos Loayza Tamayo e do Tribunal Constitucional, ambos contra o Peru, quando os casos já estavam perante a CtIDH, foram concedidas medidas de urgência de ofício pela primeira vez, depois confirmadas pela composição plenária, e as próprias vítimas ou seus representantes legais foram responsáveis pelo cumprimento de ditas medidas. O projeto de Corte que emerge de sua judicatura é comprometido com a transformação social que é politicamente engajada com a realização da justiça e igualdade.¹⁴⁰

Em relação ao acesso à justiça, o juiz brasileiro destacou a importância do quarto regulamento da Corte, que entrou em vigor em 2001, como o maior avanço dos mecanismos de proteção e cuja participação dos membros do tribunal foi significativa, além da realização de diversos seminários com especialistas e atores do sistema interamericano. Entretanto, uma proposta de protocolo que avança, ainda mais, no tema do acesso direto dos indivíduos à Corte, assim como o reconhecimento automático da sua jurisdição pelos Estados-parte da CADH, ainda não foi aprovada pela OEA.¹⁴¹

¹³⁵ LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Derechos Humanos nos anos 80: uma “Corte” Pedro Nikken?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, v. 20, p. 315-349, dic. 2020. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542020000100315&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 25 abr. 2022.

¹³⁶ Para uma análise de como a justiça de transição foi promovida no sistema interamericano de direitos humanos, cf. GALINDO, Bruno; CASTRO, Juliana Passos de. The rights to memory and truth in the inter-american paradigms of transitional justice: the cases of Brazil and Chile. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 307-323, 2018. BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 125-142, 2012. Sobre como os tribunais internacionais impactam os processos de transição, cf. TEITEL, Ruti G. Transitional justice globalized. In: TEITEL, Ruti G. *Globalizing transitional justice: contemporary essays*. New York: Oxford University Press, 2014. SIKKINK, Kathryn. *La cascada de la justicia: como los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*. Buenos Aires: Gedisa Editorial, 2013.

¹³⁷ VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurígeno extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019.

¹³⁸ Essa é a visão a que nos filiamos, cf. VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurígeno extraordinário.

Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019. Entretanto, reconhecemos a existência de diversas críticas à atuação da CtIDH, especialmente em relação à doutrina do controle de convencionalidade. Por escapar do escopo deste trabalho, destacamos CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 243-268, 2019.

¹³⁹ Para uma análise empírica do cumprimento de decisões em perspectiva comparada, cf. PORTO, Matheus Macedo Lima. *Justiça de transição e compliance no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o caso brasileiro*. 2021. Monografia (Graduação em Relações Internacionais) – Departamento de Relações Internacionais, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2021.

¹⁴⁰ KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

¹⁴¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función*

A ampliação do conceito de vítima também é fruto de sua atuação judicante. Nesse sentido, para efeitos de estipulação de reparações, passou-se a reconhecer os familiares imediatos das vítimas nessa qualidade. O caso dos Meninos de Rua vs. Guatemala, em particular, é paradigmático. Na ocasião, expressou:

em circunstâncias como as do presente caso, como reconheceu este Tribunal (pars. 174-177), é impossível não incluir, na noção ampliada de vítima, as mães das crianças assassinadas. A visão que temos corresponde a crenças profundamente enraizadas nas culturas dos povos da América Latina, no sentido de que a morte definitiva de um ser humano na ordem espiritual só se consuma no esquecimento. As crianças assassinadas em uma rua e em uma floresta (ironicamente a floresta de San Nicolás, tão simbólica para muitas crianças), não tiveram a oportunidade de se reconciliar com a ideia de sua dedicação à eternidade; O respeito aos restos mortais das crianças ajuda a proporcionar às mães, pelo menos, a oportunidade de manter viva, dentro de si, a memória de seus filhos prematuramente desaparecidos.¹⁴²

Essa compreensão, mais ampla das vítimas nesse caso, soma-se a outra, o reconhecimento de medidas de reparação/reabilitação que estão relacionadas ao sofrimento humano e os processos de vitimização. No caso dos Meninos de Rua, em que mães são separadas de modo abrupto de seus filhos, aponta Cançado Trindade, é o sofrimento humano e seu impacto sobre a integridade e personalidade sobre as vítimas que dimensionam as formas de reparação. Ao observar os pronunciamentos de uma das mães que teve seu filho morto e ouvir que, para ela, seu filho permanecia vivo dentro de si, ele afirma a existência de uma comunidade entre vivos e mortos. Assim, dada a impossibilidade de reparar totalmente tal dano, deve-se respeito às crenças mais íntimas das vítimas sobreviventes, visto que essas que lhes ajudarão a dar sentido às suas vidas.¹⁴³

No aspecto das reparações, a CtIDH também tem avançado no sentido de ampliar as formas de restituição além da estipulação de valores indenizatórios. Como o fez no Caso dos Meninos de Rua, os valores pecuniá-

rios são insuficientes como meios de reparação, pois as vítimas, mesmo após recebê-los, continuam sendo vítimas e, assim, necessitam de meios de reabilitação. Desse modo, se não é capaz de restaurar a vida, a outorga de medidas de reabilitação torna a vida das vítimas indiretas suportável, sobrepondo-se ao silêncio e à indiferença.¹⁴⁴

Essas contribuições, tomadas em votos dissidentes e fundamentados, têm sido de suma importância para o avanço da jurisprudência do tribunal em relação às medidas de reparação. Nesse sentido, têm sido adotadas pelo tribunal medidas que têm incorporado a ideia de memória como necessária para a não repetição de violações de direitos humanos, como a criação de museus.¹⁴⁵ Pode-se destacar o caso da Favela Nova Brasília vs. Brasil, em que se determinou a construção de um monumento em memória das vítimas assassinadas, mas também, em outros casos, a CtIDH tem avançado no ordenamento de medidas de reabilitação.

7 Considerações finais

Neste artigo, partimos do pressuposto de que a passagem de Antônio Augusto Cançado Trindade na Corte Interamericana de Direitos Humanos influenciou o desenvolvimento institucional do tribunal, assim como de sua jurisprudência. Seu esforço em fazer avançar a interpretação das normas de direito internacional dos direitos humanos em prol da centralidade da pessoa humana como sujeito de direito internacional, especialmente no continente latino-americano, pode ser constatado pela leitura de seus mais de 70 extensos e fundamentados votos separados.

Sem a pretensão de esgotar a análise de todas as suas manifestações, centramos nossa atenção em seus votos dissidentes que trouxeram maior repercussão para pontos importantes da jurisprudência do tribunal, agrupando-os com base em três temas: o conteúdo taxativo da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, a expansão e conteúdo material do *jus cogens* e a hermenêutica integradora.

judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

¹⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*: fondo. Voto concurrente conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli. Sentencia de 19 de noviembre 1999. p. 3.

¹⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*: reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001.

¹⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*: reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001.

¹⁴⁵ HIRSCH, Moshe; BARGUIL, Milad A. Said. Social memory and the impact of commemorative remedies ordered by the Inter-American Court of Human Rights. *Leiden Journal of International Law*, p. 1-23, 1 dez. 2022.

Nesse sentido, destacamos o caso das irmãs Serrano Cruz, em que alertou o tribunal de que a decisão adotada iria contra a própria jurisprudência da Corte e seria um retrocesso para a proteção dos direitos daquelas vítimas. Na sentença de interpretação do caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, seu voto dissidente discute o conteúdo formal e material do acesso à justiça como norma de *jus cogens*, apontado esse fundamento para a plena justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de afirmar que as obrigações processuais positivas não seriam de meio, mas de resultado. No caso *Gangaram Panday*, apresentou uma dissidência conjunta, propugnando a tese da hermenêutica integradora, que depois passou a integrar a jurisprudência constante do tribunal. Entendimento semelhante, também em dissidência, foi adotado por ele no caso *Caballero Delgado*.

A análise dos votos dissidentes e apartados de Cançado Trindade, em conjunto com o estudo de seus textos acadêmicos e entrevistas, oferece elementos para apontar um projeto de tribunal de direitos humanos que deles emerge. Do ponto de vista do desenho institucional, a primazia e centralidade do indivíduo como sujeito de direito internacional refletiu-se na alteração do regulamento interno da CtIDH, possibilitando às vítimas participarem ativamente do processo quando ele é admitido pelo tribunal. Em relação à sua jurisprudência, a Corte continua fazendo uso de conceitos como vulnerabilidade, interseccionalidade e adotando uma perspectiva de gênero que expandem e atualizam o sentido da CADH, reconhecendo novos direitos como a identidade de gênero. Já do ponto de vista das medidas de reparação, o tribunal tem avançado, criativamente, em sua construção, com a adoção de medidas estruturais, determinando a tipificação de delitos e apontando estratégias para corrigir políticas públicas dos estados, por exemplo. Em síntese, a transformação das realidades sociais de injustiça da América Latina emana como principal objetivo do projeto de Cançado Trindade para o tribunal interamericano.

Como já foi mencionado nesse trabalho, as opiniões dissidentes, comuns em praticamente todos os tribunais internacionais, têm sido objeto de poucos estudos, especialmente no âmbito da Corte Interamericana. Há possibilidades promissoras de pesquisa, seja a partir da análise de votos de outros magistrados, seja a partir de uma comparação com decisões de outros tribunais.

Especialmente em relação à figura do juiz Cançado Trindade, um escrutínio mais detalhado de todos os seus votos fundamentados e sua influência na jurisprudência da Corte é uma tarefa que muito contribuiria para se ter uma visão do processo de avanço da construção argumentativa do tribunal. Do mesmo modo, uma análise comparada entre as opiniões dissidentes das composições mais recentes da Corte em relação às anteriores revelaria aspectos da experiência e amadurecimento institucional do tribunal enquanto ator do regime regional de direitos humanos na América Latina.

Referências

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. O legado de Antônio Augusto Cançado Trindade: as múltiplas facetas de um percurso voltado para a construção de um novo *jus gentium*. *CEBRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs*, n. 2, p. 186-200, 2022.

ALTER, Karen. *The new terrain of international law: courts, politics, rights*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso *Julia Gomes Lund* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 125-142, 2012.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionais*, Santiago, v. 12, n. 1, p. 105-162, 2014. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 15 ago. 2022.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Forced disappearance. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. *Comentário Geral N.º 24*, Doc ONU. CCPR/C/Rev/Add.6, 1994.

- CONTESSÉ, Jorge. Autoridad y disenso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 4, p. 1254-1260, 2021.
- CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. *Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003*, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de junio de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García vs. Perú*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú*: fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*: excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Guatemala*: fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*: reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*: fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Páez vs. Perú*: fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*: excepciones preliminares. Sentencia de 04 de septiembre de 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa vs. Paraguay*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*: excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*: excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*: fondo. Voto concurrente conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli. Sentencia de 19 de noviembre 1999.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*: reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*: competencia. Sentencia de 24 septiembre de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Tribunal Constitucional*. Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de abril de 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso El Amparo vs. Venezuela*: reparaciones y costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso El Amparo vs. Venezuela*: interpretación de la sentencia de reparaciones y costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*: fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*: solicitud de revisión de la sentencia de fondo, reparaciones y costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*: fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herzog y otros vs. Brasil*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*: excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*

vs. Trinidad y Tobago: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*: competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*: fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tibi vs. Ecuador*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*: solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*: fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006.

DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. The road not taken: comparative international judicial dissent.

- American Journal of International Law*, v. 166, n. 2, p. 340-396, 2022.
- DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. The challenge of ‘proliferation’: an anatomy of the debate. In: ROMANO, Cesare *et al.* (ed.). *The Oxford handbook of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 135-157.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Why (and when) judges dissent: a theoretical and empirical analysis. *Journal of Legal Analysis*, v. 3, n. 1, p. 101-137, 2011.
- FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 243-268, 2019.
- GALINDO, Bruno; CASTRO, Juliana Passos de. The rights to memory and truth in the inter-american paradigms of transitional justice: the cases of Brazil and Chile. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 307-323, 2018.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Imunidade de jurisdição dos estados e poder executivo brasileiro: os pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 162-192, 2021.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *O abraço do amigo: ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. 2022. Disponível em: <http://ila-brasil.org.br/blog/o-abraco-do-amigo-ao-professor-antonio-augusto-cancao-do-trindade/>. Acesso em: 04 set. 2022.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (coord.). *Proteção multinível dos direitos humanos*. Brasília: Rede de Direitos Humanos e Educação Superior, 2013. p. 255-275.
- GINSBURG, Ruth Bader. The role of dissenting opinions. *The 20th Annual Leo and Berry Eizenstat Memorial Lecture*. 2007. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/view/speech/sp_10-21-07. Acesso em: 03 ago. 2022.
- GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., p. 409-423, 2015.
- GROS ESPIELL, Héctor. Opiniones disidentes y separadas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, v. 3, p. 23-43, 1987.
- HIRSCH, Moshe; BARGUIL, Milad A. Said. Social memory and the impact of commemorative remedies ordered by the Inter-American Court of Human Rights. *Leiden Journal of International Law*, p. 1-23, 1 dez. 2022.
- KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.
- LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como tribunal constitucional: exposição e análise crítica dos principais casos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 80: uma “Corte” Pedro Nikken? *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, v. 20, p. 315-349, 2020. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542020000100315&lng=es&nrn=iso. Acesso em: 25 abr. 2022.
- LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. *Revista Direito GV*, v. 12, p. 810-845, 2016.
- LIMA, Lucas Carlos. O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: formação europeia e fundamento voluntarista. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 8, n. 1, p. 1-26, 2013.
- MEMÓRIAS do professor Cançado Trindade. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, n. 8, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20352>. Acesso em: 13 abr. 2023.
- NASSER, Salem Hikmat. Jus cogens: ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, 2005.
- O’CONNELL, Mary Ellen; VANDERZEE, Lenore. The history of international adjudication. In: ROMANO, Cesare *et al.* (ed.). *The Oxford handbook of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 40-62.

- PESSOA, Epiácio. A Corte Permanente de Justiça Internacional. *Revista de Direito Público e de Administração Federal, Estadual e Municipal*, v. 9, n. 1, p. 7-12, 1925.
- POPKIN, Margaret. El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la exception *ratione temporis*. *Revista CEJIL*, p. 41-50, 2005.
- POPKIN, Margaret. *Peace without justice: obstacles to building the rule of law in El Salvador*. Harrisburg: Penn State Press, 2010.
- PORTO, Matheus Macedo Lima. *Justiça de transição e compliance no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o caso brasileiro*. 2021. Monografia (Graduação em Relações Internacionais) – Departamento de Relações Internacionais, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2021.
- ROBINSON, Patrick; ALVES, Danilo B. Garrido. The legacy of Antônio Augusto Cançado Trindade to contemporary international law. *Leiden Journal of International Law*, p. 1-6, 2023.
- SARMIENTO LAMUS, Andrés Dario. *The proliferation of dissenting opinions in international law: a comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and IACtHR*. 2020. Tese (Doutorado) – Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University, Leiden, 2020.
- SIKKINK, Kathryn. *La cascada de la justicia: como los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*. Buenos Aires: Gedisa Editorial, 2013.
- TEITEL, Ruti G. Transitional justice globalized. In: TEITEL, Ruti G. *Globalizing transitional justice: contemporary essays*. New York: Oxford University Press, 2014.
- TORRES, Amaya Úbeda de. The optional contentious jurisdiction of the court. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3-23.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Enforced disappearances of persons as a violation of *jus cogens*: the contribution of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Nordic Journal of International Law*, v. 81, n. 4, p. 507-536, 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Entrevista com Antônio Augusto Cançado Trindade: em memória. Entrevista concedida a Pedro Sloboda. *International Law Agendas, International Law Association Brazil*, 22 ago. 2022. Disponível em: <http://ila-brasil.org.br/blog/entrevista-com-antonio-augusto-cancado-trindade-em-memoria/>. Acesso em: 02 set. 2022.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International law for humankind: towards a new jus gentium*. Leiden: Martinus Nijhoff; The Hague Academy of International Law, 2010.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. In: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL ORGANIZADO POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, 35., 2009, Washington. *Anais [...]*. Washington: Secretaría General de la OEA, 2009. p. 3-29.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2017.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reflexões sobre a perenidade da doutrina dos “pais fundadores” do direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 80, p. 15-50, jan./jun. 2022.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The access of individuals to international justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurígenico extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019.
- VON BOGDANDY, Armin; FRANZ, Ebert. O Banco Mundial frente ao constitucionalismo transformador latino-americano: panorama geral e passos concretos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 354-379, 2022.

TEMAS GERAIS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**International law's premature
farewell to the concept of war**

**O adeus prematuro do Direito
Internacional ao conceito de
guerra**

Sven Peterke

Johannes van Aggelen

VOLUME 20 • N. 1 • 2023

DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

International law's premature farewell to the concept of war*

O adeus prematuro do Direito Internacional ao conceito de guerra

Sven Peterke**

Johannes van Aggelen***

Abstract

According to the dominant view, the supposedly state-centric concept of war has been successively replaced after the Second World War by the concepts of use of force, aggression, and armed attack in international security law, on the one hand, and the concept(s) of armed conflict in international humanitarian law, on the other. Based on an analysis of post-war codifications, in particular, international human rights law, this article argues that it is yet still too premature to bid farewell to war as a concept that for centuries has shaped the practice and theory of international law. Rather, it should be treated as a dynamic umbrella concept recognizing that non-state actors may be capable of committing acts of war, i.e., armed attacks triggering a state's inherent right to self-defence. As further explained by the authors, this 21st century concept of war might be located in international law's general part, thus overstretching its different subareas and without altering the *lex specialis*-concepts contained therein.

Keywords: armed conflict; armed attack; warfare; belligerents; non-state actors.

Resumo

Segundo a opinião dominante, o conceito de guerra, supostamente estado-cêntrico, foi substituído, após a Segunda Guerra Mundial, pelos conceitos de uso de força, agressão e ataque armado, no Direito Internacional da Segurança; assim como pelo(s) conceito(s) de conflito armado, no Direito Internacional Humanitário. Fundada em análise de codificações pós-guerra, em particular, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o presente artigo sustenta que ainda é cedo para considerar a guerra como conceito efetivamente abandonado pelo Direito Internacional. Em vez disso, os autores sugerem tratá-lo como conceito-quadro dinâmico, que hoje reconhece a capacidade de atores não-estatais cometerem atos de guerra, i.e., ataques armados, desencadeando o direito inerente à autodefesa do Estado atingido. Esse conceito de guerra pode ser localizado na Parte Geral do Direito Internacional, toldando as suas diferentes subáreas, inclusive, sem alterar os conceitos *lex specialis* contidos nelas.

* Recebido em 30/03/2022
Aprovado em 10/05/2023

** Doutor em Direito e Mestre em Assistência Humanitária Internacional pela Universidade Ruhr de Bochum, Alemanha (2005/2001), Jurista diplomado pela Universidade Christian-Albrecht de Kiel (2000), Alemanha. Estágio pós-doutoral no Instituto Max-Planck para Direito Constitucional Comparativo e Direito Internacional Público em Heidelberg, Alemanha (2016-2017). Professor visitante na Universidade de Brasília (2006-2009). É professor permanente do Doutorado e Mestrado no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor Associado III no Departamento de Direito Público (DDPu) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) na UFPB
Email: speterke@yahoo.de

*** Doutor em Direitos Humanos pela Universidade McGill de Montreal, Canadá (1979); Doutor em Direito Internacional pela Universidade Radboud de Nijmegen, Países Baixos (1976). Ex-servidor da Organização das Nações Unidas (ONU). Pós-doutoramentos nas Universidades de Tel Aviv e Jerusalém, Israel, assim como nas Universidades de Cairo, Egito, e Beirute, Líbano (1976-1980). Professor visitante no Centro Universitário de Brasília (UniCeub, 2006), nas Universidades de Leiden, Países Baixos (1985), Boston, EUA (2012), Leipzig, Alemanha (2018) e outras.
Email: svenufpb@gmail.com

Palavras-chave: conflito armado; ataque armado; condução de guerra; beligerantes, atores não-estatais.

1 Introduction

Eloquent silence surrounds the concept of war in international law and its doctrine in the 21st century. A short look into the discipline's most popular textbooks and encyclopaedias leaves little doubt: War is no longer a central theme of international law.¹ Rather, it is treated as a remnant of an era in which nation-states were perceived as its sole subjects and war-making an ill-restricted exercise of sovereignty. According to the currently dominant view, the supposedly state-centric concept of war has been successively substituted after the Second World War by the seemingly more adequate concepts of the modern (but inconsistently still so-called) *jus ad bellum* and *jus in bello*. This is particularly true for the concepts of use of force, aggression and armed attack in international security law (ISL), on the one hand, and the concept(s) of armed conflict in international humanitarian law (IHL), on the other.²

The purpose of this contribution is to challenge this well-established notion by asserting that it is still too premature to bid farewell to war as a concept that for centuries has shaped the practice and theory of international law. Even though it is certainly true that the 'w-word' has been consciously avoided in the substantive provisions of the 1945 UN Charter³ and assigned only a marginal role in modern IHL, states have nonetheless incorporated the term into other post-war codifications. This points to the possibility, if not, necessity, to treat war as a dynamic concept that has gone through fundamental changes since the end of the Second World

War, as well recognized by related disciplines, in particular, conflict studies. A first step that may re-establish international law's capacity to dialogue more directly with these findings and, at the same time, designating war again a more eminent place in the international legal order is to perceive it as an umbrella concept in its own right, without being limited to situations of armed conflict pursuant to IHL. Rather, it might be located in international law's general part, overstretching its different subareas, IHL and ISL included.

For unfolding this hypothesis, this contribution first engages critically with a series of path dependencies developed in the aftermath of the Second World War. Section 1 therefore briefly sketches the state of affairs of the discussion on war in contemporary international law. It does so by historically reconstructing how this discipline has gradually lost sight of this concept with the advent of the 1945 UNC and the four 1949 Geneva Conventions⁴ as most important documents of the modern *jus ad bellum* and *jus in bello*.

Section 2 then shows that term 'war' still forms part of contemporary international law. This is particularly true for international human rights law (IHRL) where the 'w-word' can be found in numerous derogation and reservation clauses. In addition, international criminal law (ICL) also contains some links, although less obvious. For instance, crimes against humanity, through requiring a 'generalized or systematic attack against any civilian population'⁵ effectively criminalize the waging of war against determinate social groups in settings not necessarily qualifying as armed conflicts. They might therefore be perceived as war crimes *lato sensu* (as opposed to war crimes *stricto sensu*, i.e., serious violations of IHL). Against this background, the authors argue that the current notion of war as a special case of international armed conflict is unnecessarily at odds with the need to interpret and systemize existing 'hard law'-provisions both coherently and dynamically, e.g. for giving more

¹ See, e.g., SHAW, Malcolm N. *International law*. 9. ed. Cambridge: New York: CUP, 2021. p. 1054; GLAHN, Gerhard von; TAUBLEE, Janes L. *Law among nations: an introduction to public international law*. 11th. ed. New York: Routledge, 2017. p. 509; GRANT, John. P.; BARKER, J. Craig. *Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*. 3rd. ed. Oxford: New York: OUP, 2009. p. 7. Not treated any more under an own heading in: WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *Max Planck encyclopedia of public international law*. index and tables. Oxford: New York: OUP, 2013.

² See, e.g., KLABBERS, Jann. *International law*. 2nd. ed. Cambridge: CUP, 2017. p. 206; GREENWOOD, Christopher. The concept of war in modern international law. *International Comparative Law Quarterly*, v. 36, n. 2, p. 283-306, apr. 1987.

³ 1945 Charter of the United Nations, 1 UNTS XVI [hereinafter UNC].

⁴ 1949 Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in the Armed Forces in the Field, 75 UNTS 31; 1949 Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 UNTS 85; 1949 Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 UNTS 135; 1949 Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 UNTS 287 [hereinafter GC I-IV].

⁵ Art. 7 (1), 1998 Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 UNTS 90 [hereinafter ICC Statute].

sense to more specific (or subordinate) concepts such as 'war crimes' and 'public emergency'.

Section 3 finally attempts to scrutinize the hypothesis that the concept of war may overstretch the notions of armed conflict as an umbrella concept to be located in international law's general part. It first depicts its organizational requirement by focussing on non-state actors as potential belligerent parties, historically excluded from the concept of war. Of course, such groups are not authorized to use armed force against whomsoever. On the contrary, international law promotes the domestic criminalization of such delinquency, amongst others, for preventing und suppressing human rights abuses⁶. Yet, in extreme cases, certain non-state actors may dispose of the factual capacity to resort to armed violence in such an organized manner that it challenges not only a state's monopoly of violence, but fundamental human rights and the rule of law. The ICC has therefore effectively recognized that crimes against humanity (war crimes *lato sensu*) can be promoted by organized criminal groups as well.⁷ This is an important difference in comparison to the concept of an organized armed group, widely seen as central element for the determination of being party to a non-international armed conflict (NIAC).

Besides, any concept of war that recognizes non-state actors as belligerent parties requires a threshold element that sorts out situations 'short of war'. This means that there must be clear evidences for the existence of a state of war between identifiable adversaries. According to the authors' view, the armed violence of non-state actors can indeed be considered as amounting to 'acts of wars' as soon as they trigger a state's right to respond to such violence with the military means necessary for its containment. It therefore might make sense to treat armed attacks that justify the lawful exercise of the right to self-defence as 'acts of war' that, depending on the state's reaction, might trigger a state of war and

thus the state of exception required for suspending derogable human rights.

Such broad notion of war not only seems reasonably receptive for the concepts introduced after WWII for avoiding any reference to the classical state-centric concept of war – in particular, IHL's concept(s) of armed conflict. As discussed below, it also offers new options to engage with the discussions on so-called 'new', 'small' or 'low-intensity wars', the 'war(s) on terror(ism)' and the 'war(s) on organized crime' included.

2 International law's farewell to the concept of war

The most significant step towards getting rid of war as a legal concept was the adoption of the 1945 UNC. A key decision was to mention the 'w-word' only in its preamble, but to omit it completely in its substantive provisions. An important motif for this decision was the general conviction that the classical concept of war had proven, as further detailed below, to be too vulnerable to abusive interpretations, undermining not only its effective outlawing but also its trigger function for the laws of war. Against this backdrop, surrogate terms were inserted into the UNC and other important treaties, such as the 1949 GC I-IV. Soon, they created both new conceptual tracks and path dependencies. Today, younger generations of students and scholars of international law therefore almost take it for granted that war has become an outdated concept, successively abandoned and substituted by (seemingly) more modern concepts after WWII.

2.1 War in classical international law

It is worth remembering though, that international law has, of course, a much longer history. Before the Second World War, the making of war and peace had been as one, if not, the discipline's central theme. Over centuries, it was a concept not only of doctrinal interest, but of utmost importance for determining its scopes of application.

Cicero, e.g., defined war broadly as a 'contest or contention carried on by force'.⁸ He also grumbled about

⁶ See, e.g. GUERCKE, Lene. State responsibility for a failure to prevent violations of the right to life by organized criminal groups. *Human Rights Law Review*, v. 21, n. 2, p. 329-57, June 2021.

⁷ See, e.g. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07, 7 Mar. 2014, para 1119. See also KRESS, Claus. On the outer limits of crimes against humanity: the concept of organization within the policy requirement: some reflection on the march 2010 Kenya decision. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 4, p. 855-873, Dec. 2010.

⁸ CICERO, Marcus T. Cicero, *Orat. c.* 45 (B.C. 55), cited after

the conditions for a *bellum justum* as well as restrictions concerning the means and methods of warfare, in particular, vis-à-vis non-combatants. According to his view, there would be no such legal limits, however, with regard to enemies that could not claim any lawful combatant status. Pirate communities would therefore simply be classified as *hostes humani generis* 'excluded from the human community and punishable for their lack of respect for the common right of all people'.⁹

The notion that *jus gentium* is in essence about peace and war whose rules, however, only apply to the hierarchically structured collectives capable of taking part in international relations eventually passed through important transformations with the emergence of the so-called 'modern', i.e., the secular Westphalian state as a sovereign territorial unit. Gradually, these entities became treated by Western heads of state and scholars as international law's only 'true' subjects. As a consequence, 'less modern', or, simply, different forms of statehood and social organization were excluded from the international order as subjects in their own right.¹⁰ In turn, this notion reinforced the traditional distinction between public war (*bellum publicum*) and private war (*bellum privatum*) in such a way that the latter was more and more outsourced from the beginning codification of international law as, in essence, an *jus europeum publicum*.

Hugo Grotius' seminal work *De Jure Belli ac Pacis* (1625) is illustrative in this respect. Published shortly before the Peace of Westphalia, the Dutch scholar built upon Cicero's generic definition of war, however conceiving the latter as a 'state of contending parties, considered as such'.¹¹ Recognizing that private wars were the older phenomenon, he conditioned the authority to legitimately wage war to a just, i.e., public cause. Although admitting the possibility of mixed wars, Grotius maintained that robber bands and pirates could never become lawfully engaged in any type of war under in-

ternational law.¹² Governments therefore had no obligation to respect its formalities. Rather, they would be obliged to persecute these illegal enemies as criminals.

The discussion on just war conceived as a concept of natural law came to a preliminary end in the 19th century, when positivist Western governments and academics began to advocate for a *liberum jus ad bellum* as a consequence of state sovereignty.¹³ Thus, the decision to wage war became perceived as a non-legal, i.e. moral and political question. This notion found its most famous expression in von Clausewitz's definition of (interstate) war as the continuation of politics with other means.¹⁴ As many other of his coevals, he was by no means ignoring the fact that 'small' or 'civil wars' were quite a frequent reality.¹⁵ However, due to the treatment of sovereign states as exclusive subjects of international law, occidental scholars now treated them as internal affairs, in principal, falling outside the scope of the international legal order. Exceptions were the recognition of insurgency and belligerency.¹⁶ Effectively, however, this implied the upholding of an unrestricted *jus ad bellum internum* against all sorts of public enemies.

The (re-)emergence of large-size and hierarchically structured armies, capable of executing not only orders but also sophisticated strategies and tactics, reinforced the perception that the rather disorganized and asymmetrical internal wars were fundamentally different from conventional interstate warfare. As the latter were idealized as following the formal logic of a duel between gentlemen,¹⁷ their written regulation by interna-

WRIGHT, Quincy. Changes in the concept of war. *American Journal of International Law*, v. 18, n. 4, p. 755-767, Oct. 1924.

⁹ POLICANTE, Amedeo. *Hostis Humani Generis: pirates and empires from antiquity until today*. 2012. 332 f. Thesis (Doctoral of Philosophy) – Goldsmiths College, University of London, Department of Politics, University of London. London, 2012.

¹⁰ BARTELS, Rogier. Timelines, borderlines and conflicts. The historical evolution of the legal divide between international and non-international armed conflicts. *International Review of the Red Cross*, v. 91, n. 837, p. 35-67, Mar. 2009.

¹¹ See GROTIUS, Hugo. *On the law of war and peace*. Altenmünster: Verlag J. Beck, 2001. p. 6.

¹² STUMPF, Christoph A. *The grotian theology of international law: Hugo Grotius and the moral foundations of international relations*. Berlin: Walter de Gruyter, 2006. p. 206.

¹³ As the interpretation of the above-cited classical authors is, in part, subject to academic controversies, this applies to the *liberum jus ad bellum* as well. See, e.g., SIMON, Hendrik. The myth of liberum ius ad bellum: justifying war in 19th-Century legal theory and political practice. *European Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 113-136, 2018.

¹⁴ VON CLAUSEWITZ, Claus. *On war*. Washington D.C.: Princeton University Press, 1976. p. 28.

¹⁵ See, e.g., DAASE, Christopher. *Clausewitz on small war*. Oxford: OUP, 2015.

¹⁶ HIGGINS, Rosalyn. Internal war and international law. In: BLACK, Cyril E.; FALK, Richard A. (ed.). *The future of the international legal order: conflict management*. Washington D.C.: Princeton University Press, 1971. v. 3. p. 81-121; BARTELS, Rogier. Timelines, borderlines and conflicts. The historical evolution of the legal divide between international and non-international armed conflicts. *International Review of the Red Cross*, v. 91, n. 837, p. 35-67, Mar. 2009. p. 49-51.

¹⁷ NEFF, Stephen C. *War and the law of nations: a general history*.

tional law therefore seemed desirable and viable, in particular, for limiting certain inhumane acts and effects. Indeed, the incipient process of codification of the *jus in bello* in the middle of the 19th century departed from the rationalist ideas of both organizational symmetry and contractual reciprocity between equal sovereigns, that is, 'civilized' nation states.¹⁸

An important (politically welcome) consequence was the exclusion of other forms of armed struggle from the sphere of IHL, if conducted by collectives without the status of a nation-state and therefore not disposing of 'regular armed forces'. This was particularly true of the horrifying wars waged by colonial powers or the companies authorized by them to do so. All over the world, they massacred entire peoples that dared to stand up against their foreign oppressors, treated as 'irregular fighters' or 'unlawful combatants'.¹⁹ By the end of the 19th century, international law's dominant notion of war thus became radically state-centric, as expressed by Lassa Oppenheim's classical definition of war as 'a contention between two or more states, through their armed forces, for the purpose of overpowering each other and imposing such conditions of peace as the victor pleases' which is popular until today.²⁰

Determining the existence of such a state was of course of fundamental legal importance. It was widely presumed that such a state would automatically suspend the international law applicable in peacetime, e.g., commercial contracts between belligerent parties. It required the evidence of a 'somewhat mystical *animus belligerendi*?²¹ In practice, however, this was a rather tricky question in the absence of a formal declaration of war. Even aggressed states often had no real interests in

suspending treaties whose execution had relevance for their war chest.

Against this background, the 1907 Hague Convention (III) on the Opening of Hostilities sought to bring more transparency by obliging states 'that hostilities between themselves must not commence without previous and explicit warning, in the form either of a declaration of war, giving reasons, or of an ultimatum with conditional declaration of war'.²² At the same peace conference, another, although still timid, step was taken towards the restriction of the *liberum jus ad bellum*. States finally agreed to no longer recourse to armed force for the recovery of contract debts claimed from another government on behalf of its nationals.²³

After the First World War, further restrictions to the *jus ad bellum* were finally accepted. It suffices here to mention the 'cool off-mechanism' of the League of Nations²⁴ that obliged its members to submit themselves to an arbitration procedure before taking up arms, the 1925 Locarno Pact²⁵, and, last but not least, the 1928 Briand-Kellogg Pact 'on the Renunciation of War as an instrument of national policy'.²⁶ However, the latter neither defined war in an attempt to overcome its traditional, highly subjective notion, nor did it stipulate any conditions for the lawful exercise of the states' inherent right of self-defence. It thus became possible to deny its applicability by asserting 'acts short of war' or citing the right to self-defence as fig leaves for justifying the beginning of military operations on foreign territory.²⁷

2.2 War in the aftermath of the Second World War

Against this background, several efforts were made after the Second World War to avoid this fateful term. The most prominent example is the UNC. As is well

Cambridge: CUP, 2008. p 137.

¹⁸ VON BERNSDORFF, Jochen. The use of force in international law before World War I: on imperial ordering and the ontology of the Nation-State. *European Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 233-260, 2018. p. 238.

¹⁹ MÉGRET, Frédéric. From savages to unlawful combatants: a postcolonial look at international law's "other". In: ORFORD, Anne (ed.). *International law and its others*. Cambridge: CUP, 2005. p. 265-317.

²⁰ OPPENHEIM, Lassa. *International law: a treatise: war and neutrality*. London: Longmans, Green and Company, 1906. v. 2. p. 58.

²¹ MCDUGAL, Myers S.; FELICIANO, Florentino P. The initiation of coercion: a multi-temporal analysis. *American Journal of International Law*, v. 52, n. 2, p. 241-259, Apr. 1958. See, also MANCINI, Marina. The effects of a state of war or armed conflict. In: WELLER, Marc (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in international law*. London: OUP, 2015. p. 988-1013. p. 989.

²² Art. 1, 1907 Hague Convention (III) Relating to the Opening of Hostilities, 205 *CTS* 263.

²³ Art. 1, 1907 Hague Convention (II) for the Limitation of the Employment of Force for Recovery of Contract Debts, 205 *CTS* 250.

²⁴ Art. 12, 1919 Covenant of the League of Nations, 225 *CTS* 288.

²⁵ 1925 Treaty of Mutual Guarantee, done at Locarno, 54 *LNTS* 289.

²⁶ 1928 General Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy, 94 *LNTS* 57.

²⁷ See ROSCHER, Bernhard. The "renunciation of war as an instrument of national policy". *Journal of the History of International Law*, v. 4, p. 293-309, 2002; CASSESE, Antonio. *International Law*. 2nd. ed. London: New York: OUP, 2003. p. 37.

known, none of its substantive provisions mentions the ‘w-word’.²⁸ Article 2 (4) UNC prohibits the use of force, thus not only proscribing wars of aggression, but also (most) ‘acts short of war’.²⁹ It even forbids the qualified threat to use armed force. In addition, Article 16 of the 1919 Covenant of the League of Nations, once speaking of a ‘recourse of war’, was reformulated in Article 39 UNC through reference to a ‘threat to peace, breach of peace, or act of aggression’.³⁰ In the aftermath of the Second World War the hopes that the UN would achieve its mission to guarantee lasting peace on earth were so strong that its constitutive document even lacks any reference to the already well established *jus in bello*: It was assumed that such reference would undermine the prohibition of the use of force.³¹ However, applying exclusively between states ‘in their international relations’, the UNC does not impose any restrictions on the *jus ad bellum internum*.³² What it does, though, is to provide some ‘anchors’ for its future disciplining, in particular, by promoting the recognition of human rights and the right to self-determination

Last but not least, the UNC also aspires to avoid abusive interpretations of the right to self-defence by conditioning its lawful exercise to an armed attack.³³ The response to it has to be immediate and proportional and can be terminated by a binding decision of the Security Council. Hence, in modern ISL, the concept of war is no longer assigned any specific function. Rather, it has been replaced by broader, more inclusive

concepts. It therefore might be regarded as an inconsistency to refer to them as *jus ad/ contra bellum*. Ultimately, making sense of these ‘good old’ terms depends on the notion of war that is adopted.

The post-war movement to banish the ‘w-word’ from international treaty law soon generated important conceptual changes in the *jus in bello*. The most influential decision was taken by the 1949 Diplomatic Conference in Geneva that eventually approved the GC I-IV. As with the Genocide Convention of 11 December 1949, but unlike the Universal Declaration of Human Rights³⁴ (UDHR), adopted a day before, these core documents of modern IHL still contain explicit references to ‘war’.³⁵ However, the concept has no immediate relevance for the operation of these treaties: While the former treaty declares that ‘genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law’,³⁶ the provisions of the latter are, in principle,³⁷ applicable to ‘all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them’.³⁸ Hence, the main progress achieved by the introduction of the broader concept of armed conflict consisted in the reference to a factual situation, so that the state of war is no longer a legal condition for triggering the *jus in bello*. By relying on empirical evidence for the existence of such a conflict, the applicability of IHL could now be determined with greater objectivity, no longer warranting the proof of a specific *animus belligerendi*.

As it seems, the relief of getting rid of the overly subjective approach to war was so great that it was opted to treat the uncertainties surrounding its successor concept with almost unconditional optimism, ‘hoping for the good’. In his authoritative commentary, Pictet observes: ‘It remains to ascertain what is meant by “armed conflict”. The substitution of this much more general expression for the word “war” was deliberate. It is possible to argue almost endlessly about the legal

²⁸ Only in the preamble of the UNC the ‘scourge of war’ is mentioned ‘which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind’.

²⁹ See, however, the express mentioning of ‘war’ and ‘war of aggression’ in the substantive provisions relating to the use of force in Art. 1, 1947 Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance, 721 UNTS 324; Art. 5 (e), 1948 Charter of the Organization of American States, 1609 UNTS 199.

³⁰ MIKOS-SKUZA, Elzbieta. International law’s changing terms: “war” becomes “armed conflict”. In: O’DONNELL, Mary E. (ed.). *What is war?: An Investigation in the Wake of 9/11*. The Hague: Brill Nijhoff, 2012. p. 17-29. p. 23.

³¹ ILC, Report of the International Law Commission to the General Assembly, UN Doc A/CN.4/13 (1949), para 18; SCHOTTEN, Gregor; BIEHLER, Anke. The role of the UN security council in implementing international humanitarian law and human rights law. In: ARNOLD, Roberta; QUÉNIVET, Noëlle N. R. (ed.). *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*. Boston: Martinus Nijhoff Publ., 2008. p. 277-313. p. 311.

³² DINSTEIN, Yoram. Comments on war. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 27, n. 3, p. 877-892, 2004.

³³ Art. 51 UNC.

³⁴ UN doc. A/RES/217/A (III) (1948).

³⁵ See, e.g., Art. 23 GC I, Art. 37 (3) GC I, Art. 44 GC I, Art. 15 GC II, Art. 17 GC II, Art. 13 GC IV, Art. 14 GC IV.

³⁶ Art. I, 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277.

³⁷ Common Article 2 (1) GC I-IV, states that some of their provisions ‘shall be implemented in peacetime’.

³⁸ Common Article 2 (1) GC I-IV, literally repeated in Art. 18 (1) of the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 249 UNTS 240.

definition of “war”.³⁹ Since then, the prevailing view is that war is a special case of an international armed conflict, i.e. an armed conflict between states as the only (imaginable?) ‘High Contracting Parties’.⁴⁰

Another important achievement of the GC I-IV was common Article 3. This ‘mini convention’⁴¹ contains basic humanitarian as well as human rights standards for cases of ‘armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties’. The provision thus applies to situations once (and still) referred to as ‘small’ or ‘civil wars’. As seen above, before, with the exceptions of the recognition of insurgency and, above all, belligerency, such battlefields fell outside the scope of *jus in bello*.⁴² Although representing an important step towards their international regulation, no attempt was made by states to better explain to what type of war situations common Article 3 actually applies. By virtue of this lack of contours, the most appropriate way to address such situations became referring to them negatively as non-international armed conflicts (NIACs) - opposed to international armed conflicts (IACs). States thus formally reconfirmed the historical ‘two box-approach’ that was further developed by the two 1977 Additional Protocols.⁴³

Protocol I Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts has many merits. Yet, the narrative with which it expands the concept of in-

ternational armed conflict by including colonial wars of liberation needs to be handled with care. Formally, it is of course correct to observe that Protocol I also covers ‘armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination’.⁴⁴ In practice, however, this provision never played any relevant role. It was adopted when most colonial wars of liberation had already been fought. What is more, however, is that a liberation movement, for triggering the applicability of Protocol I, must submit a ‘unilateral declaration addressed to the depositary’.⁴⁵ i.e., the Swiss Council. More than 40 years after its solemn approval such an extension of the law of IAC has never been accepted in practice,⁴⁶ although there were indeed several claimants that sent such declarations of voluntary submission.⁴⁷ None of them was ever deemed apt for being willing and able to accept the onus of applying this body of law.

Admittedly, it is possible to assign Article 1 (4) Protocol I a post- or non-colonial interpretation, so that it is no longer an empty promise.⁴⁸ It is true, though, that the potential ‘upgrading’ of non-state actors to parties to an IAC continues to be an important motive for the non-recognition of the protocol’s provisions as customary international law.⁴⁹ In other words, in terms of substantive progress towards the opening of the laws of war for non-state actors, not much has changed since the approval of the GC I-IV shortly after WW II. In practice, the concept of international armed concept continues to be as state-centric as the traditional concept of war. It is a fact that organized armed groups claiming to fight for self-determination may, at a maximum, qualify as parties to a NIAC – without formal

³⁹ PICTET, Jean S. The Geneva Conventions of 12 August 1949: commentary. In: GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIANS IN TIME OF WAR, 4., 1958, Geneva. *Proceedings* [...]. Geneva: ICRC, 1958. p. 20. See also TURNS, David. The law of armed conflict (international humanitarian law). In: EVANS, Malcolm D. (ed.). *International law*. Oxford: New York: OUP, 2014. p. 821-845. p. 825.

⁴⁰ MIKOS-SKUZA, Elzbieta. International law’s changing terms: “war” becomes “armed conflict”. In: O’DONNELL, Mary E. (ed.). *What is war?: An Investigation in the Wake of 9/11*. The Hague: Brill Nijhoff, 2012. p. 17-29. p. 29.

⁴¹ BOOTHBY, William H. *Conflict law: the influence of new weapons technology, human rights and emerging actors*. Hague: Asser Press, 2014. p. 32.

⁴² BARTELS, Rogier. Timelines, borderlines and conflicts. The historical evolution of the legal divide between international and non-international armed conflicts. *International Review of the Red Cross*, v. 91, n. 837, p. 35-67, Mar. 2009. p. 50.

⁴³ 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1125 UNTS 3 [hereinafter Protocol I]; 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 1125 UNTS 609 [hereinafter Protocol II].

⁴⁴ Art. 1 (4) Protocol I.

⁴⁵ Art. 96 (3) Protocol I.

⁴⁶ SANGER, Andrew. The contemporary law of blockade and the Gaza freedom Flotilla. *Yearbook of International Humanitarian Law*, v. 13, p. 397-446, 2011. p. 427.

⁴⁷ KALSHOVEN, Frits; ZEGVELD, Liesbeth. *Constraints on the waging of war: an introduction to international humanitarian law*. 4th. ed. Cambridge: CUP, 2011. p. 85.

⁴⁸ See, however, A. Alexander, ‘International humanitarian law, post-colonialism and the 1977 Geneva Protocol I’, (2016) 17 *Melbourne Journal of International Law* 15, at 50.

⁴⁹ MUSHKAT, Roda. Who may wage war?: an examination of an old/new questions. *American University Law Review*, v. 2, n. 1, p. 97-151, 1987. p. 116; PETERKE, Sven; WOLF, Joachim. International humanitarian law and transnational organised crime. In: HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (ed.). *International law and transnational organised crime*. Oxford: OUP, 2016. p. 381-405. p. 384.

recognition as a combatant and prisoner of war status, but on pain of penalties such as 'treason' and 'conspiracy'.

One could cite the, indeed, tricky right to self-determination as a reason for this state of affairs that, in principle, must be interpreted dynamically in accordance with the realities of the post-decolonization era, in particular, for also belonging to the most important 'living instruments'⁵⁰ of IHL, i.e., the 1966 Conventions.⁵¹ Politically speaking, it is therefore a 'hot potato'. Yet, it is certainly no exaggeration to state that the much celebrated expansion of the concept of international armed conflict was a pyrrhus victory from the viewpoint of the (few) movements of the Global South, once invited to participate in the negotiation of AP I. In reality, these groups have (had) no chance of being recognized as parties to an IAC. In practice, most of them therefore continue to be treated as criminal, terrorist or other kind of illegal groups. The truth is that sovereign states effectively upheld their historic exclusion of non-state actors as, in principle, 'uncivilized' and therefore non-subjects of international law.

With few exceptions, most collectives engaged in armed struggle against a state's government do not even qualify as organized armed groups in the sense of Protocol II Relating to the Victims of Non-International Armed Conflict. In essence, the main hurdle is that the criteria stipulated in Article 1 (1) Protocol II must be shown cumulatively.⁵² More precisely, it has to be demonstrated that these groups fight 'under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations in order to implement this Protocol'.⁵³ This is a rather high threshold for a document that refuses to recognize that such actor dispose of combatant immunity and, thus, a prisoner

of war status as well. They continue to be treated as 'irregular fighters' or 'unlawful combatants' who might be persecuted as criminals as long as the government is not willing to accept an amnesty law, e.g. as part of a peace treaty. Simultaneously, states agreed that '[T]his Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts'.⁵⁴ As there is no international body responsible to determine the Protocol's applicability without delay, after armed fights have erupted, these conflicts effectively remain situations 'short of war', if the states affected dismiss IHL's applicability.

Against this backdrop, international doctrine and jurisprudence have made an effort to give common Article 3 both a broader and more precise scope of application.⁵⁵ This has included efforts to expand this provision to 'extra-state' or 'transnational' armed conflicts with international terrorist groups, however last but not least, to obtain better grips on the legal challenges imposed by the 'war on terror'.⁵⁶ In addition, several proposals were made to unify the two bodies of law linked to existence of IACs and NIACs respectively.⁵⁷ The overall aim is to reduce IHL's wicked complexity. Yet, states are so far not at all interested in overcoming this (for them) convenient situation. An important example is the 1998 ICC Statute that upholds the 'two box-approach'⁵⁸.

⁵⁴ Art. 1 (2) Protocol II.

⁵⁵ See, e.g., SIVAKUMARAN, Sandesh. *The law of non-international armed conflict*. Oxford: OUP, 2014. p. 54-100; PEJIC, Jelena. The protective scope of common article 3: more than meets the eye. *International Review of the Red Cross*, v. 93, n. 881, p. 189-225, 2011. p. 191-193; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Haradinaj*. Trial Judgement, No. IT-04-84, 3 apr. 2008, paras. 49-60; *Prosecutor v. Boškoski*, Trial Judgement, No. IT-04-82-T, 10 July 2008, para 177.

⁵⁶ See, e.g., VITÉ, Sylvain. Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and factual situations. *International Review of the Red Cross*, v. 91, n. 873, p. 69-94, 2009. p. 88-92; PAULUS, Andreas; VASHAKMADZE, Mindia. Asymmetrical war and the notion of armed conflict: a tentative conceptualization. *IRRC*, v. 91, n. 873, p. 95-125, 2009; US SUPREME COURT. *Hamdan v. Rumsfeld*. 548 U.S. 557, 633, 126 S. Ct. 2749, 2797 [2006].

⁵⁷ See, e.g., CRAWFORD, Emily. Unequal before the Law: the case for the elimination of the distinction between international and non-international armed conflict. *Leiden Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 441-465, 2007; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Tadić*. Appeal on Jurisdiction. No. IT-94-1-AR72, 2 oct. 1995, para. 70.

⁵⁸ Art. 8 ICC Statute.

⁵⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Tyler v UK*. Merits, App. No. 5856/72, A/26, 25 apr. 1978, para 31; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law*. Advisory Opinion, OC-16/99, Ser. A No. 16 [1999], para 114.

⁵¹ Common Art. 1 of the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 UNTS 3; and the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS 171 [hereinafter ICCPR].

⁵² SOLIS, Gary D. *The law of armed conflict: international humanitarian law in war*. Cambridge: CUP, 2010. p. 131; GREEN, Leslie C. *The Contemporary law of armed conflict*. 3rd. ed. New York: Juris Publ., 2008. p. 83.

⁵³ Art. 1 (1) Protocol II.

Summing up, the successive replacement of the concept of war by broader categories needs to be viewed critically as well, despite its uncontested merits. Shortly after the Second World War, states deliberately avoided entering into a more profound discussion on the shortcoming of the classical concept of war and its potential for revision. Rather, they preferred to opt for a seemingly more modern approach in which the 'w-word' would no longer play any central role. In retrospect, they often did so by inserting quite woolly terms into the treaties that make up ISL and IHL. As a consequence, many of them still lack conceptual contours that reasonably reduce the governments' attempts to interpret them according to their own political interests. Mechanisms, such as the procedure for recognizing liberation movements as parties to IAC, effectively guaranteed the continued exclusion of armed non-state actors from the *ius in bello*. Besides, Protocol II and Common Article 3 to GC I-IV both establish a very high threshold or refer to situations that allow governments to deny the quality of a NIAC.

This state of affairs, although having the clear advantage of reinforcing the adherence to IHRL's law enforcement paradigm, has yet important implications for the social acceptance and legitimacy of modern international law. In many parts of the world peoples have little doubt that they live in times of war – situations of protracted armed violence attributable both to non-state actors and the state as their repressor, widely unknown amongst the citizens of Western states and their representatives. Put simply, international law tells these peoples that they are wrong in their legal assessment, because war is 'dead' as a concept of international law and that there exist doubts concerning the consistent classification of the militarized violence to which they are exposed as a NIAC.

3 War in contemporary international law

However, it is often elegantly overlooked that the 'w-word' continued to be incorporated by states in other subareas of international law. This particularly holds true for IHRL that only emerged after the adoption of the 1945 UNC and the 1949 GCs and where the path dependencies stimulated by the above-described move-

ment to no longer think war as a concept of international law have resulted in quite doubtful, in our opinion, unnecessary hermeneutic efforts, as further explained below.

3.1 International Human Rights Law

The term's reappearance in the derogation clause of the 1950 European Convention of Human Rights might be considered as an 'historic accident' as this treaty was approved only shortly after the UNC and the GCs. Its Article 15 provides for the suspension of the ECHR's non-derogable guarantees '[I]n time of war or other public emergency threatening the life of the nation'.⁵⁹ Most commentators today interpret the term 'war' as to refer safely to international armed conflicts, may be even armed conflicts in general.⁶⁰ However, it seems discussable whether this is really a dynamic interpretation of this, in principle, *lex generalis*⁶¹ – or rather a convenient substitution of term 'war' through 'armed conflict'. True, paragraph 2 of the same provision exempts 'deaths resulting from lawful acts of war'. It thus invites for an interpretation congruent with the notions of IHL. Regardless, such interpretation is no dogmatic necessity, if one accepts the possibility that there might be 'acts of war' falling outside the scope of contemporary IHL and whose lawfulness might be judged through applying other legal regimes, IHRL included.

On the other hand, it is, of course, a valid argument that the term 'war' was deliberately avoided in the derogation clause of the 1966 ICCPR. According to Nowak, the 'original reference to war was struck in 1952 in order to prevent giving the impression that the

⁵⁹ Art. 15 (1) 1950 European Convention on Human Rights, 213 UNTS 221 [hereinafter ECHR].

⁶⁰ VAN DIJK, Peter; VAN HOOFF, Godefridus J. H. *Theory and practice of the european convention on human rights*. 3rd. ed. Hague: Kluwer Law Int., 1998. p. 736; ABRESCH, William. A human rights law of internal armed conflict: the european court of human rights in Chechyna. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 4, p. 741-767, 2005. p. 745; see also HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General comment No. 29 (2001)*. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add11 [2001]. para. 3.

⁶¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory*. Advisory Opinion of 9 jul. 2004, [2004] ICJ Rep., 136, at 178, para. 106. However, see also ORAKHELASHVILI, Alexander. The Interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence? *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 161-182, 2008. p. 182.

United Nations accepted war'.⁶² At the same time it is true that the clause, being applicable '[I]n time of public emergency which threatens the life of the nation',⁶³ also omits any explicit reference to IHL. However, as the International Court of Justice (ICJ) has put straight, the protection offered by the ICCPR 'does not cease in times of war, except by operation of Article 4'.⁶⁴ More curiously, the covenant mentions 'war' in another provision. It obliges its states parties to prohibit by law '[A]ny propaganda for war'.⁶⁵

The derogation clause of the 1969 American Convention of Human Rights seems to ignore more rigorously the 'progress achieved' by the ICCPR.⁶⁶ By referring to "[I]n time of war", one may suspect that the ECHR was 'blindly copied'. However, a comparison of the wordings of the two clauses reveals textual differences, indicating that the states negotiating the ACHR were not at all 'mistaking', but consciously upholding the 'w-word'.

Against this background, it is interesting to observe that the 1984 UN Convention against Torture explicitly stipulates that '[N]o exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification'⁶⁷ for such inhumane practices. Likewise, the 1985 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture refers to '[T]he existence of circumstances such as a state of war, threat of war, state of siege or of emergency, domestic disturbance or strife, suspension of constitutional guarantees, domestic political instability, or other public emergencies or disasters'⁶⁸ that cannot be invoked for justifying the crime of torture.

Still in the 1980s, i.e. after the approval of the 1977 Protocols, both the ECHR and the ICCPR were supplemented by optional protocols on the abolition of

capital punishment. The 1983 Protocol to the ECHR permits a state to 'make provision in its law for the death penalty in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war'.⁶⁹ Similarly, the 1989 Protocol to the ICCPR accepts reservations providing for 'the application of the death penalty in time of war pursuant to a conviction for a most serious crime of a military nature committed during wartime'.⁷⁰

The states parties to the corresponding 1990 Additional Protocol to the ACHR had no serious reason to do it very differently and therefore declared 'that they reserve the right to apply the death penalty in wartime in accordance with international law, for extremely serious crimes of a military nature'.⁷¹ In the same vein, the 1994 Inter-American Convention on Forced Disappearance delegitimizes any attempt to justify such practices by invoking 'exceptional circumstances such as a state of war, the threat of war, internal political instability, or any other public emergency'.⁷² The same wording is followed in the 2006 UN Convention against Forced Disappearance.⁷³

The possibility to treat war as a concept that goes beyond those situations already covered by IHL finally shines through the 2003 Protocol on Women Rights in Africa. By encompassing violence against women 'in peace time and during situations of armed conflicts or of war'⁷⁴, it suggests an interpretation of the latter concept that is disconnected from the 'two-box-approach'.

As the case may be, the short look into IHRL has shown that the post-war movement to replace the term 'war' was actually rather limited, above all, to the (still so-called) *jus ad/ contra bellum* and *jus in bello*. Doctrinal and jurisprudential efforts to interpret this enigmatic term in accordance with the concept(s) of armed conflict are neither a dogmatic necessity nor do they duly take into

⁶² NOWAK, Manfred. *U.N. Covenant on civil and political rights: CCPR Commentary*. 2nd. ed. Kehl am Rhein: N.P. Engel, 2005. p. 89.

⁶³ Art. 4 (1) ICCPR, *supra* note 51.

⁶⁴ See INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the threat or use of nuclear weapons*. Advisory Opinion of 8 jul. 1996, [1996] *ICJ Rep.* 226, at 240, para 25.

⁶⁵ Art. 20 (1) ICCPR.

⁶⁶ Art. 27 (1) 1969 American Convention on Human Rights, 9 *ILM* 673 (1970) [hereinafter ACHR].

⁶⁷ Art. 2 (2) 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 *UNTS* 85.

⁶⁸ Art. 5 1985 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, *OAS Treaties Series* No. 67.

⁶⁹ Art. 2 1983 Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty, *ETS* No. 114.

⁷⁰ Art. 2 (1) 1989 Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty, 1642 *UNTS* 414.

⁷¹ Art. 2 (1) 1990 Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty, *OAS Treaties Series* No. 73.

⁷² Art. X 1994 Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, OAS Doc OEA/Ser.P/AG/Doc 3114/94.

⁷³ Art. 1 (2) 2006 International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 2716 *UNTS* 3.

⁷⁴ Art. 1 (j) 2003 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, CAB/LEG/66 6/Rev 1 (2003).

account the possibility of the term's dynamic interpretation in an attempt to include 'new wars' characterized by the participation of various non-state actors.

Finally, it is worth recalling that the underlying assumption of the opting-out mechanisms contained in IHLR's derogation clauses is that there might be extreme situations requiring extraordinary measures for the protection of the states' institutions and the rule of law as essential conditions for the enjoyment of human rights.⁷⁵ Although not wrong as such, this gateway for heavy-handed actions has often been abused by governments.⁷⁶ The, generally speaking,⁷⁷ lax control of the prerequisites of a state of emergency by the competent international monitoring bodies underlines this observation.⁷⁸ By using 'public emergency' as an (ill-defined) umbrella concept, these mechanisms have so far abstained from developing a meaningful definition of situations of organized armed violence sufficiently serious to justify as 'times of war' the suspension of certain fundamental guarantees.⁷⁹

This state of affairs hardly combines with the necessity to develop further the derogation clauses for both more effectively restricting the *jus ad bellum internum* and providing for basic standards to be observed under all exceptional circumstances - including situations of in-

formal and asymmetrical warfare, whether national or transnational in character.

3.2 International Criminal Law

ICL further illustrates the fact that the classical notion of war as, in essence, an interstate armed conflict, is both semantically and systematically scarcely coherent with respect to its core crimes, in particular, so-called 'war crimes'. As further detailed below, it is yet no surprise that ILC's most relevant core crimes can be perpetrated both by state and non-state organizations.

The offences explicitly referred to as 'war crimes' by the ICC Statute⁸⁰ criminalize (selected) serious violations of IHL. There is no longer any doubt that these crimes can be committed in the context of NIACs as well⁸¹. This important legal achievement is hardly compatible with the mainstream notion of war as a special case of IAC. Yet, this term might make sense,⁸² if taken as an umbrella concept for all sorts of war situations that fall under the scope of IHL. Ultimately, it implies the tacit recognition of a less state-centric approach to war and its subordinate concepts in the beginning of the 21st century.

Murder, extermination, torture, forced disappearance and other inhumane acts only constitute crimes against humanity in accordance with the ICC Statute if committed 'as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population'.⁸³ The Statute defines this context element as 'a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack'.⁸⁴ It does not need much fantasy to perceive that an attempt was made by governments to criminalize the effective waging of a war against an identifiable social group and to expand this offence on non-state actors. And while, historically, crimes against humanity required more explicitly a war nexus,⁸⁵ in its

⁷⁵ SVENSSON-MCCARTHY, Anna-Lena. *The international law of human rights and states of exception*. Hague: Martinus Nijhoff Publ., 1998. p. 93; SCHREUER, Christoph. Derogation of human rights in situations of public emergency: the experience of the European convention on human rights. *Yale Journal of World Public Order*, v. 9, n. 1, p. 113-132, 1982. p. 113.

⁷⁶ Compare HELFER, Laurence R.; HAFNER-BURTON, Emilie M.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations of human rights treaties. *International Organization*, v. 65, p. 673-707, 2011. p. 683; GROSSMAN, Claudio. A Framework for the examination of states of emergency under the American Convention on Human Rights. *American University International Law Review*, v. 1, n. 1, p. 35-55, 1986. p. 36.

⁷⁷ See for a more nuanced analysis: ALOAIN, Fionnuala N. The emergence of diversity: differences in human rights jurisprudence. *Fordham International Law Journal*, v. 19, p. 101-142, 1995.

⁷⁸ See, e.g., FITZPATRICK, Joan. *Human rights in crisis: the international system for protecting human rights during states of emergency*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994. p. 84.

⁷⁹ MICHAELSON, Christopher. Derogating from international human rights obligations in the "war against terrorism?": a British-Australian perspective. *Terrorism & Political Violence*, v. 17, n. 1, p. 131-155, 2005. p. 138. See for some efforts made in the 1980s to clarify the term "public emergency": Syracuse Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Doc. E/CN.4/1985/4 (1984); Paris Minimum Standards of Human Rights in a State of Emergency. *American Journal of International Law*, v. 79, p. 1072-81, 1985.

⁸⁰ Art. 8 ICC Statute.

⁸¹ Art. 8 (2) (c) ICC Statute.

⁸² Indeed, there is no binding definition of this concept. See, for a more profound analysis on 'What is a War Crime?': SOLIS, Gary D. *The law of armed conflict: international humanitarian law in war*. Cambridge: CUP, 2010. p. 301-338.

⁸³ Art. 7 (1) *caput* ICC Statute.

⁸⁴ Art. 7 (2) (a) ICC Statute.

⁸⁵ See, e.g., Art. 6 (c) 1945 Charter of the International Military Tribunal, in Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Aug. 8, 1945, 82 *UNTS* 279.

modern version, they continue to do so implicitly. It therefore might be stated that they now encompass war crimes *lato sensu*, i.e. outside armed conflicts in terms of IHL.⁸⁶

Our central point is, however, that once it has been accepted that the 21st century's concept of war is potentially broader and less state-centric than the one of armed conflict, being the dominant concept of war in the 20th century, the former may contribute to greater systematic consistency in contemporary international law, if, last but not least, the concept could be located in international law's 'general part'⁸⁷.

4 Building bricks for an updated concept of war

Whoever is willing to follow this, admittedly, still vague train of thought, owes at least a rudimentary answer to the tricky question of how to define war in a manner that aptly provides for both its coherent and responsible usage. After all, one must not forget that there were quite compelling legal and political reasons for the new conceptual tracks developed in the aftermath of the Second World War. Ignoring them, would mean neglecting their *modi operandi* and practical relevance for the smoothing functioning of the subrégimes to which they belong. This would be counterproductive and create tensions and gaps between the (mainstream) theory and prevalent practice of international law. Hence, it is mandatory to develop further the concept of war in such a manner that it keeps being compatible with the existent surrogate concepts. Moreover, the concept of war should dispose of sufficiently clear-cut contours for sorting out situations of internal unrest or disturbances whose classification as states of war would be rather doubtful from both the viewpoint of internatio-

nal treaty law and the findings of other disciplines such as conflict studies.

4.1 Organizational requirement: belligerent party

It is now well recognized even amongst international lawyers that most contemporary armed conflicts are generally marked by the involvement of a great diversity of non-actors – armed fighting units of warlords, terrorists and criminal networks, private military security companies, non-governmental organizations, etc.⁸⁸ Not all of these actors participate directly in the hostilities.⁸⁹ Hence, one of the central challenges is to determine the quality of such an actor as a belligerent party.

The criteria established for identifying a non-state party to a NIAC are basically derived from IHL's notion of 'organized armed group'. As the purpose is to impose humanitarian obligations on such groups, Protocol II determines that they must have a 'responsible command' and "exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol".⁹⁰ As shown above, common Article 3 GC I-IV allows for a more flexible application of these criteria. Nonetheless, it is obvious that the regular armed forces serve as a model for an organized armed group which therefore is required to dispose of organizational structures at least in theory capable of conducting military operations in conformity with IHL standards.⁹¹ In essence, the expectation of compliance with IHL's standards is derived from a structure at least distantly

⁸⁶ It is noteworthy that the concept of war crimes has not only practical relevance within IHL and ICL, both also for other subareas of international law, as, e.g., international refugee law (see Art. 1 F (a) of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, 189 UNTS 137) and regional ISL (see Art. 4 (h) of the 2000 Constitutive Act of the African Union, 2158 UNTS 3).

⁸⁷ It suffices here to indicate that this "general part" may be conceived as comprising international law's most fundamental rules and principles, as, e.g., contained norms of *ius cogens*, the "Friendly Relations"-Declarations, UN doc. A/RES/2625 (1970) and the UDHR.

⁸⁸ See, e.g., THÜRER, Daniel. *International law: theory, practice, context*. Maubeuge: Ail Pocket, 2011. p. 246; DETTER, Ingrid. *The law of war*. 3rd. ed. Surrey: Ashgate, 2013. p. 8; BASSIOUNI, M. Cherif. The new wars and the crisis of compliance with the law of armed conflict by non-state actors. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 98, n. 3, p. 711-810, 2008. p. 715.

⁸⁹ As is well known, the interpretation of this element for determining the conflict status of an individual is controversial. See, e.g., MELZER, Nils. *Interpretative guidance on the notion of direct in hostilities under international humanitarian law*. Geneva: ICRC, 2009; SCHMITT, Michael N. Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements. *International Law & Politics*, v. 42, p. 697-739, 2010.

⁹⁰ Art. 1 (1) Protocol II.

⁹¹ See for the different theoretical approaches that have been developed: SASSÒLI, Marco. Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 5-51, 2010. p. 12; KLEFFNER, Jann K. The applicability of international humanitarian law to organized armed groups. *International Review of the Red Cross*, v. 93, n. 882, p. 443-461, 2011.

comparable to 'civilized', uniform wearing soldiers instructed to respect the laws of war.

Leaving aside the, of course, legitimate interest of IHL to impose these standards on every party to an armed conflict, one might yet accept the sad reality that this expectation, has little pragmatism, if not, romance, in times of asymmetrical warfare by stigmatized non-state actors. Incidents like '9/11' or the 2015 terror attacks in Paris, but also the harm and devastation inflicted by militias or marauding bands in small villages or poor neighbourhoods all over the world do not really require the existence of a formally structured organization with different levels of hierarchized responsibilities. Rather, it is a fact that their destructive and highly lethal action can hardly be stopped exactly because these groups, although heavily armed, are clandestine and therefore informally structured underground organizations. They may become 'upperworld organizations' by controlling larger territories. However, where this is not the case, they rarely wear uniforms and have little incentive to respect any kind of rules, except their own one's.

For comprehensible reasons, governments tend to react by treating the perpetrators of such armed violence as 'organized criminals', 'terrorists' or 'unlawful combatants'. Indeed, there often exists rudimentary information about the existence of networks disposing of a sort of foot soldiers headed by instructors (rather than true commanders) who execute the orders of a leader. The horrifying acts they commit may therefore be perceived as that of organized criminals who know all too well that the "game" they play tends to be a lethal business with 'no way back'. In states with a rather perforated monopoly of violence, they might be perceived as actors capable of establishing illegal forms of governance.⁹² Independent of their motivation, their 'victory' basically consists of not being killed by a state or non-state rival – or triumph over them by committing a heroic suicide or other kamikaze act that causes harm and suffering on the adversary's side.

Of course, extreme caution is necessary when applying labels like 'criminal' or 'terrorist organization' when discussing the quality of a group as a belligerent

⁹² See, e.g., VON LAMPE, Klaus. *Organized crime: analyzing illegal activities, criminal structures, and extra-legal governance*. London: SAGE, 2016. p. 102; MÜLLER, Markus-Michael. *Governing crime and violence in Latin America*. *Global Crime*, v. 19, n. 3-4, p. 171-191, 2018. p. 175.

party. Some of them may indeed have – but this is a rather subjective question – a 'just cause'. In the end, every case is different. However, it is true, too, that such collectives have no legal authorization to wage war against whomsoever. At the same time, their armed violence often overtaxes the state's obligation to guarantee law and order without recurring to (quasi-)military means, in particular, without involving its armed forces. As these groups may provoke 'times of war' as states of exception that justify the derogation of some human rights standards, they might be perceived as non-state belligerent parties. It therefore seems reasonable to relax the structural requirements applicable to organized armed groups and to accept the simple fact that there are organizations whose power to destruct and kill is evidently so advanced, that IHRL's law enforcement-model can hardly be upheld by the state without gaps, if the latter is not willing to render part of the monopoly of violence or even territory to the respective non-state actor.

Against this background, the above-discussed possibility to consider crimes against humanity as war crimes *lato sensu*, i.e. committed in the context of war not (necessarily) recognized as armed conflict in terms of IHL, is of relevance. This is because the ICC has recognized that it suffices for 'private criminal organizations' (as opposed to the state as a criminal organization) to

have sufficient means to promote or encourage the attack, with no further requirement necessary. Indeed, by no means, it can be ruled out, particularly in view of modern asymmetric warfare, that an attack against a civilian population may also be the doing of the a private entity of a group of persons [...] not necessarily endowed with a well-developed structure that can be described as a quasi-State.⁹³

On a more abstract level, it might even be stated that the controversy⁹⁴ behind the adequate interpreta-

⁹³ *Prosecutor v. Germain Katanga*, *supra* note 7, para 1119. See also *Situation in the Republic of Kenya*, No. ICC 01/09, 31 March 2010, paras. 90-92. With regard to the latter decision, see KRESS, Claus. On the outer limits of crimes against humanity: the concept of organization within the policy requirement: some reflection on the march 2010 Kenya decision. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 4, p. 855-873, dec. 2010. p. 857-858, who already observed that 'one wonders why the Decision did not simply adopt the wide formulation contained in Article 2 of the United Nations Conventions Against Transnational Organized Crime'.

⁹⁴ See, e.g., O'KEEFE, Roger. *International criminal law*. Oxford: OUP, 2015; VON DER WILT, Harmen. Expanding criminal responsibility in transnational and international organised crime. *Groningen Journal of International Law*, v. 4, n. 1, p. 1-9, 2016. p. 1.

tion of the quality of the non-state actor responsible for an 'organizational policy' extends to the contemporary concept of a belligerent party and, thus, of war as well. As German sociologist Erhard Eppler stated two decades ago, criticizing Kaldor's 'new war'-category⁹⁵: 'the question, whether privatized violence is simply a forgotten form of war, already contains a part of the decision about what we are ready to accept'.⁹⁶ In his opinion, the answer should be negative, as it 'detracts from the more decisive question: May one oppose privatized violence with legitimate violence'.⁹⁷ One might agree with this statement at the same time recognizing that international law provides answers to the latter question. Indeed, 'governments and State officials are no longer permitted to simply resort to forcible measures against individuals and groups on their territory'.⁹⁸ This is pretty much the merit of IHRL whose derogation clauses, as shown above, exclude the treatment of such violent conflict as 'war'.

It is true, though, that one's personal hermeneutic choice is in the end motivated by one's own appraisal of the transformations of modern warfare. In Western countries, where the so-called 'modern state' can indeed impose its monopoly of violence with reasonable effectiveness, there might be a greater tendency to stick to a more-state centric notion of war, as, e.g. reflected in the scholarly opinion that only state-like organisations may encourage crimes against humanity. For those living under the rule of law it is relatively convenient to uphold the hypothesis that the notion of (international) armed conflict has substituted the concept of war.

In Africa, Asia and Latin America, however, most states are hardly comparable to their Western 'role models'. What is more is that their governments and peoples often experience extreme forms of large-scale armed violence by all sorts of state and non-state actors. They often occur in 'areas of limited statehood' and cause more victims than internationally recognized ar-

med conflicts.⁹⁹ Downplaying these situations as 'short of war' might be considered a bit cynical. For a series of reasons, amongst them, the ensuring of fundamental rights ('human security'), armed forces can no longer avoid these dangerous places.¹⁰⁰ Against this backdrop, other disciplines, as, e.g. conflict studies, already recognize the existence of situations that deserve the label 'war', although falling short of being armed conflicts in terms of IHL.¹⁰¹ It seems to us that a major obstacle that hinders international scholars to more directly engage with these findings is that they still rely on the 19th century concept of war or to update it only in part by accepting the concept of armed conflict as its 20th century substitute.

This dumbness is unnecessary and can be avoided by broadening the concept of war in so far as to adopt the organizational requirement to the troubling reality that even organized criminal groups, as defined by the 2000 UN Convention against Transnational Organized Crime¹⁰², may wage war, even though rarely qualifying as parties to an armed conflict in terms of IHL. According to this convention, "Structured group" shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure'.¹⁰³ It suffices that the collective consists of 'three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes

⁹⁵ KALDOR, Mary. *New and old wars: organized violence in a global era*. Cambridge: Polity, 1999.

⁹⁶ EPPLER, Erhard. *Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2002. p. 87. (free translation of the authors).

⁹⁷ EPPLER, Erhard. *Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2002. At 95. His critique has recently been appreciated by Kaldor in CHINKIN, Christine; KALDOR, Mary. *International law and new wars*. Cambridge: CUP, 2017. p. 6-7.

⁹⁸ HENDERSON, Christian. Internal strife and insurgency. In: MELZER, Nils; GEISS, Robin (ed.). *The Oxford handbook of international law of global security*. Oxford: OUP, 2021. p. 158-175.

⁹⁹ See, e.g., PETERKE, Sven. Urban insurgency, "drug war" and international humanitarian law: the case of Rio de Janeiro. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 165-187, 2010. p. 166; KELLENBERGER, Jakob. Armed conflicts, international law, and global security. In: MELZER, Nils; GEISS, Robin (ed.). *The Oxford handbook of international law of global security*. Oxford: OUP, 2021. p. 254-271. p. 255.

¹⁰⁰ See, e.g., VAUTRAVERS, Alexandre. Military operations in urban areas. *International Review of the Red Cross*, v. 92, n. 878, p. 437-452, 2010. p. 438; RODILES, Alexandro. Law and violence in the global south: the legal framing of Mexico's "NARCO WAR". *Journal of Conflict and Security Law*, v. 23, n. 2, p. 269-281, 2018. p. 271.

¹⁰¹ See, e.g., HARBOM, Lotta; WALLENSTEIN, Peter. Patterns of major armed conflicts, 1997-2006. In: SIPRI yearbook 2007: armaments, disarmament and international security, appendix 2A. Oxford: OUP, 2008. p. 69-88. p. 69; HEIDELBERG INSTITUTE FOR CONFLICT RESEARCH. *Conflict Barometer 2020: Disputes, Non-Violent Crises, Violent Crises, Limited Wars*. Heidelberg, DE: HIIK, 2021. p. 9.

¹⁰² 2000 United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 225 UNTS 209 [hereinafter Palermo Convention].

¹⁰³ Art. 2 (3) Palermo Convention.

or offences [...]'.¹⁰⁴ More precisely, it refers to 'serious crimes and offences established in accordance with the Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit'.¹⁰⁵ The definition therefore does not apply to structured groups with a purely political cause, such as terrorists and rebels. One may therefore object that our proposal runs the risk of unduly criminalizing non-state actors that might have a legitimate, or, at least, a 'good cause'. This, however, would be a misconception, as we simply suggest relying on the structural requirements internationally recognized for determining the existence of organized criminal groups. The basic idea is to leave behind the stricter concept of organized armed group in terms of IHL as a reference point for identifying a belligerent party.

4.2 Threshold requirement: existence of a state of war

Another requirement is the assessment of whether such a collective is indeed 'at war' with a state or even non-state party. It needs to be established that there is indeed a state of war. With regard to NIACs, this requirement is examined by showing that the violence has reached a certain minimum threshold. However, a particular problem that emerges in situations of rather confuse violence difficult to attribute to a certain actor, is to qualify such acts as being relevant for the assessment to be made, i.e., acts of war.

There might be crimes and criminal acts that indeed have the quality of acts of war, yet, certainly not all of them – and *vice versa*. Likewise, not every act of violence, whether lawful or not, necessarily equates to an act of war. Hence, properly defining an act of war in line with international law is a challenging task. Yet, it is indispensable for both attributing a state of war to a 'structured group' and its delimitation from acts and situations of crime and violence 'short of war'.

Greenwood once observed: "The term "acts of war" does not have the same precision or legal significance which it possessed when states more commonly declared themselves to be in a formal state of war".¹⁰⁶ Cer-

tainly being aware of the transformations of warfare, he yet proposes a state-centric notion by considering as '[A]cts of war [...] all measures of force which one party, using military instruments of power, implements against another party in an international armed conflict'.¹⁰⁷ According to Greenwood's view, only terrorist attacks attributable to another state can represent acts of war. If this link is missing, it is rather the attacked state's military (re)action on foreign territory that triggers IHL.

It is of course possible to argue this way. As is well known, Protocol II, different from Protocol I and the GC I-IV, is void of any explicit reference to the terms 'war', 'warfare', 'victims' and 'prisoners of war'. Without a doubt, the 'w-word's' banishing is a direct consequence of the 'two-box-approach' whose implied purpose is to avoid non-state belligerent parties being treated on equal footing with states. Nonetheless it seems that Greenwood's definition is at odds with IHL's general recognition of these actors as parties to a NIAC. Both Protocol II and common Article 3 GC I-IV (aspire to) impose obligations on them, e.g. by proscribing certain methods and means of warfare – i.e. acts of war. Protocol II does so by continuously referring to 'attacks'.¹⁰⁸ In IHL, this term is defined by Article 49 (1) of Protocol I meaning 'acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence'. And while it is certainly true that it is 'unrelated to the concept of aggression or the first use of armed force',¹⁰⁹ while referring 'to the use of armed force to carry out a military operation at the beginning or during the course of an armed conflict', it can hardly be ignored that the term 'attack', as shown above, can also be found, although qualified by attributes, in the ICC Statute, the UNC as well as other international treaties. It might therefore be treated as a concept that overstretches different subareas of international law, without denying, that a special meaning has been attached to it in each of them. Anyway, these provisions may represent paths for further clarifying the

¹⁰⁴ Art. 2 (1) Palermo Convention.

¹⁰⁵ Art. 2 (1) Palermo Convention.

¹⁰⁶ GREENWOOD, Christopher. Scope of application of humanitarian law. In: FLECK, Dieter (ed.), *The handbook of international humanitarian law*. 2nd. ed. Oxford: New York: OUP, 2008. p. 45-78. para. 212.

¹⁰⁷ GREENWOOD, Christopher. Scope of application of humanitarian law. In: FLECK, Dieter (ed.), *The handbook of international humanitarian law*. 2nd. ed. Oxford: New York: OUP, 2008. p. 45-78. para. 212.

¹⁰⁸ See, e.g., Art. 11 (1), 13 (2), 14, 15 Protocol II.

¹⁰⁹ PILLOUD, Claude; DE PREUX, Jean. Art. 49. In: SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe; ZIMMERMANN, Bruno (ed.). *Commentary on the additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Norwall, M.A., USA: Martinus Nijhoff Publ., 1987. para. 1882.

conditions under which such attack may amount to an act of war.

Looking into ICL's crimes against humanity and, more specifically, into its context element is of rather limited value. One might equate internationally recognized attacks with international crimes, thus neglecting the need to treat the (il)legality of acts of war as a separate issue. Yet it is worth remembering that our proposal is to perceive crimes against humanity as war crimes *lato sensu* for requiring a widespread or systematic attack against a civil population that has been promoted by a state or a non-state actor. It visualizes the existence of a sort of hidden nexus between attacks and acts of war.

One might therefore be tempted to condition the quality of the former as acts of war to a subjective element, a specific hostile intention once called *animus belligerendi*. However, relying on such *mens rea* would effectively run counter to modern international law's objectivized approach to war situations for preventing abusive or simply inadequate interpretations.

A more promising approach may be derived from the UNC, where the concept of armed attack serves as a trigger for the right to self-defence¹¹⁰. This 'inherent right' of every state is the only circumstance precluding wrongfulness that permits governments to resort to the use of (proportional) armed force in their international relations without the Security's Council's authorization. One can even easily perceive this right as forming part not only of ISL, but of international law's general part, too.

The wording of Article 51 UNC does not contain any explicit restriction with respect to the possible authors of an armed attack. With good reasons, the majority of scholars defends that it must be attributable to a state.¹¹¹ Amongst these scholars, there is, however, a clear tendency to accept a relaxation of traditional

attribution standards in order to extend the right to self-defence to armed attacks committed by non-state actors, in particular, terrorists.¹¹² Simultaneously, more and more scholars advocate an 'autonomous', less state-centric right to self-defence no longer conditioned to the attribution of the armed attack to a state.¹¹³ It might be stated that the more abstract controversy revolving around this criterion is about the gradual unblocking of unilateral military reactions against non-state actors on foreign territory, i.e., without both the authorization of the Security Council and of the state in which the operations are conducted. Obviously, this controversy represents one of international law's main intersections with the current discussions and findings of other disciplines on 'new' or 'low-intensity wars' as it revolves around the potential legal recognition of privatized warfare and the state's right and duty to lawfully respond to it by military means, provided that less intrusive measures cannot be expected to produce relief.

Last but not least, as Blank has recently observed, 'the interplay between two foundational concepts in the two bodies of law [i.e., ISL and IHL, the authors] remains unexplored: the meaning of armed attack and the trigger for international armed conflict'¹¹⁴. This also holds true for NIAC. Different from IAC¹¹⁵, such situations always require a minimum level of intensity of the violence. Yet, few doctrinal efforts have been made so far to better understand how far an armed attack,

¹¹² See, e.g., SHAH, Niaz A. The "unwilling" and "unable" test in international law: the use of force against non-state actors in Afghanistan and Pakistan. *Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, v. 4, p. 109-138, 2020. p. 109. See also the critical comments by CORTEN, Olivier. The "unwilling or unable" test: has it been, and could it be, accepted? *Leiden Journal of International Law*, v. 29, p. 777-99, 2016.

¹¹³ See, e.g., THIELBÖRGER, Pierre. The international law of the use of force and transnational organized crime. In: HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (ed.). *International law and transnational organized crime*. Oxford: OUP, 2016. p. 361-379. p. 375; WILSMHURST, Elisabeth. The use of force. In: MELZER, Nils; GEISS, Robin (ed.). *The Oxford handbook of international law of global security*. Oxford: OUP, 2021. p. 821-837. p. 828; VAN STEENBERGE, Raphaël. Self-Defence in response to attacks by non-state actors in the light of recent state practice: a step forward? *Leiden Journal of International Law*, v. 23, p. 183-208, 2010. p. 184.

¹¹⁴ BLANK, Laurie R. Irreconcilable difference: the thresholds for armed attack and international armed conflict. *Notre Dame Law Review*, v. 96, n. 1, p. 249-289, 2020. p. 250.

¹¹⁵ See, e.g., GRIGNON, Julia. The beginning of application of international humanitarian law: a discussion of a few challenges. *International Review of the Red Cross*, v. 96, n. 893, p. 139-162, 2014. p. 151; DINSTEIN, Yoram. *War, aggression and self-defence*. 3rd. ed. Cambridge: CUP, 2005. p. 193.

¹¹⁰ Art. 51 UNC.

¹¹¹ Compare, e.g., INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Armed activities on the territory of Congo* (Dem. Rep. Congo v. Uganda). Judgment of: 19 dec. 2005, [2005] *ICJ Rep.*, 168, at 222, para 146; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, [2004] *ICJ Rep.* 136, at 178, para. 139; CORTEN, Olivier. *The law against war: the prohibition on the use of force in contemporary international law*. Oxford: Portland: Oregon: Hart Publ., 2010. p. 196; GRAY, Christine. *International law and the use of force*. Oxford: OUP, 2008. p. 252; MOIR, Lindsay. *Reappraising the resort to force: international law, jus ad bellum and the war on terror*. Oxford: Portland: Oregon: Hart Publ., 2010. p. 156.

in particular, of a non-state actor, may also serve as a gatekeeper for these conflicts whose beginning is extremely difficult to determine. Much of the controversy surrounding the threshold element (intensified by the ICC Statute¹¹⁶) is about the inclusion of a temporal element into the analysis of the intensity of the violence, i.e. their protracted nature.¹¹⁷ Indeed, it seems relatively safe to state that, in principle, an armed attack in terms of Article 51 UNC can trigger IHL as a 'first strike', if followed by other use of armed force. This implies considering an armed attack as an act of war *lato sensu*, capable of proving a state of war.

It would exceed the limits of the present contribution to engross this thought, e.g. by exploring the discussion on the minimum gravity or the necessary 'scale and effects'¹¹⁸ of an armed attack of non-state actor, the applicability of the 'accumulation of event' - or 'needle prick'- doctrine¹¹⁹, etc. Rather, it is more important to shed further light on the difference between a single act of war and a 'state of war' or 'a time of war' that might be triggered by such act.

On the one hand, one could argue, that the main difference between the concept of NIAC and the proposed broad notion of war simply lies in the organizational requirement. According to this approach, it suffices to 'import' the criteria developed by doctrine and jurisprudence for determining the threshold of an NIAC. On the other hand, if one is ready to accept that there is actually no compelling reason for denying armed attacks the quality of acts of war, other dogmatic tracks soon surface.

If one treats an armed attack perpetrated by a non-state actor as a 'first strike' or 'coming out' of an organization as a potential belligerent party, the state's reaction to it might be taken for determining the existence of a state of war. Due to its inherent right to self-defence, a state's government has a series of options to react on the incident. It may decide to uphold

the law enforcement model in strict compliance with IHLR and to persecute those responsible as criminals, if necessary, in accordance with the procedures of international cooperation in such matters. However, the government may also opt to respond to the attack with military force as an *ultima ratio*-decision, whose execution is disciplined by international law. Alternatively, or, cumulatively, a government might even officially declare (a state of) war against the non-state adversary, thus externalizing as well as personalizing a (sort of) an *animus belligerendi* that the other side already documented through the perpetration of the armed attack. For separating mere war rhetoric, the classical institute of recognition of belligerency might be revived and revisited.¹²⁰ For this, one may consider that such declarations are not meant to have any implications for the lawfulness of such non-state actors. Rather, they qualify them as 'unlawful belligerents'.¹²¹

It is worth recalling that such declarations of war against non-state actors already represent state practice, last but not least, known from the 'war on terror(ism)'. The '9/11' attacks, e.g. have not only caused commentators to qualify them as crimes against humanity.¹²² They have also made the UN Security Council to expressly mention 'the inherent right to collective and individual self-defence' in its resolution that was approved a day after.¹²³ On the same day, the North Atlantic Treaty Organization (NATO) declared its intention to regard these deeds as an armed attack within the ambit of the 1949 Treaty of Washington – a decision thereafter confirmed.¹²⁴ Little later, President Bush Jr. concluded in his address to the American Congress and the American Nation: 'On September the 11th, enemies of freedom

¹¹⁶ Compare Art. 8 (2) (f) ICC Statute.

¹¹⁷ CULLEN, Anthony. *The concept of non-international armed conflict*. Cambridge: CUP, 2010. p. 142.

¹¹⁸ See, e.g., INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States). Judgment of: 27 jun. 1986, [1986] *ICJ Rep.*, 14, at 93, para. 195; BEER, Yishai. Regulating armed reprisals: revisiting the scope of lawful self-defence. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 59, n. 1, p. 117-168, 2020. p. 125.

¹¹⁹ RUY, Tom. *'Armed attack' and article 51 of the UN charter*. Cambridge: CUP, 2011. p. 168.

¹²⁰ As recently done, although restricted to an IHL perspective, e.g., by MCLAUGHLIN, Robert. *Recognition of belligerency and the law of armed conflict*. New York: OUP, 2020. p. 13.

¹²¹ Compare HOFFMAN, Michael H. Terrorists are unlawful belligerents, not unlawful combatants: a distinction with implications for the future of international humanitarian law. *Case Western Reserve Law Journal*, v. 34, n. 2, p. 227-230, 2002. p. 229.

¹²² See, e.g., ARNOLD, Roberta. The prosecution of terrorism as a crime against humanity. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 64, p. 979-1000, 2004.

¹²³ UN doc. S/RES/1368 (2001), Preamble.

¹²⁴ Press Release, NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. Statement by the North Atlantic Council. NATO, 12 sep. 2001. Available at: www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm. Access on: 21 Jan. 2021; NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. Invocation of Article 5 confirmed. NATO, 2 Oct. 2001. Available at: www.nato.int/docu/update/2001/1001/e1002a.htm. Access on: 21 Jan. 2021.

committed an act of war against our country'.¹²⁵ And he added: 'Our war on terror begins with Al Qaeda, but it does not end there.' One may relativize such statements as merely metaphorical because 'incorrect' in legal terms. In the light of the action, in particular, military operations, that followed this declaration of (a state of) war, one may also take them more seriously and try to assess their legal consequences by at least observing: They are compatible with international law, in particular, with Article 2 (4) UNC, in particular, after the occurrence of an armed attack. Another question is, of course, whether the measures taken in reprisal are lawful as well.

Finally, the formal derogation of human rights guarantees may also be proof of the existence of a state of war if triggered by an armed attack. While it is of course true that human rights monitoring is not required to determine the formal existence of such a situation as they can base themselves on the term 'public emergency' as an umbrella concept. France e.g. reacted to the coordinated terrorist attacks that killed 130 persons in the Paris region in November 2015 by officially notifying the UN Secretary General that the suspension of certain guarantees of the ICCPR was a necessary reaction to "a large-scale terrorist attack"¹²⁶. At the same time, President Hollande spoke in a television address about a 'terrorist army' that had committed an 'act of war'.¹²⁷ There are probably numerous other examples of state practice, in particular, from rather forgotten situations in the Global South, showing that the mentioning of the term "war" in the derogation clauses of different human rights instruments might deserve a broader, more up-to-date interpretation than currently given to it by most scholars and international organs. It would imply to attach concrete legal consequences to the concept of war insofar, as it serves to justify relaxing the law enforcement paradigm, however, without going so far to make IHL applicable as well. Although this integrative approach, building upon the occurrence of an armed attack and a state's reaction thereto

may in practice not necessarily imply a different factual threshold in comparison to NIACs, and, besides, running risk of being accused of blurring the boundaries of ISL and IHL, it yet may be more coherent than only continuing to define war from the view point of IHL.¹²⁸

5 Conclusion

A short look into international law's long history has served as a reminder that war has been one of the discipline's central themes until the end of the Second World War. The emergence of modern statehood made the old notion of the coexistence of public and private wars more and more disappear. Gradually, the latter became perceived as internal affairs, in principle, not regulated under international law. In the 19th century, the concept of war had become not only state-centric, but also linked to a radically binary division of the international legal order between the laws of peace and the laws of war.

In the aftermath of the Second World War, it was finally recognized that the classical concept had proven to be too exclusive and, at the same time, too vulnerable for abusive interpretations by governments. In an attempt to banish war as a legal concept, the 1945 UNC and the 1949 GC I-IV therefore introduced surrogate terms, such as the notion of armed conflict. Most scholars soon agreed that the concept of war had been replaced by the broader concept of international armed conflict. Simultaneously, common Article 3 GC I-IV was seen as an important step towards the re-inclusion of internal wars with non-state actors under international law. The doctrinal and jurisprudential efforts to develop the undefined notion of NIAC deflected much attention away from the debate on the transformations of warfare in so far as it became both politically dangerous and dogmatically cumbersome to engage with them by using the 'w-word'. It rather became commonplace to observe that the concept of war had been effectively abandoned by international law.

However, such notion elegantly overlooks that states continued to incorporate the term in different inter-

¹²⁵ TEXT: President Bush Address the Nation. *The Washington Post*, 20 sep. 2001. Available at: www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/specials/attacked/transcripts/bushaddress_092001.html. Access on: 21 Jan. 2021.

¹²⁶ UN doc. C.N.703.2015.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification) (2015). p. 1.

¹²⁷ Compare HENLEY, Jon; CHRISAFIS, Angélique. Paris terror attack: Hollande says ISIS atrocity was "act of war". *The Guardian*, 14 Nov. 2015. Available at: www.theguardian.com/world/2015/nov/13/paris-attacks-shootings-explosions-hostages. Access on: 28 Jan. 2022.

¹²⁸ See, e.g., DETTER, Ingrid. *The law of war*. 3rd. ed. Surrey: Ashgate, 2013. p. 36, who defines war as 'a sustained struggle by armed conflict of a certain intensity between States, or groups of a certain size, consisting of individuals who are armed'.

national treaties, in particular, into IHRL's derogation clauses. This state of affairs points to the necessity of a dynamic interpretation of term 'war' without becoming stuck in IHL's 'two box-approach'. Besides, a short look into ICL has not only revealed that an important part of international law's vocabulary is today at odds with the traditional notion of war as an international armed conflict.

Against this background, the authors suggest to (re) consider the possibility to situate the concept of war in international law's general part, overstretching as an umbrella concept its different subareas. Requiring the identification of a belligerent and a state of war, the organizational element may take into the account to lower standards that currently apply to an organized armed group as a party to an NIAC. This can be achieved, with some authority, by referring to the structural element of an organized criminal group. The state of war attributable to a non-state actor may be deduced from the fact that they could launch an armed attack that subsequently became treated as an act of war by the respective government.

The advantage of this approach is not only its apparent harmony with the surrogate concepts. Rather, it permits the interpretation of the term 'war' as contained in IHRL as well in other subareas of international law more coherently. Being thus a 'just cause' for the proclamation of a very specific public emergency, that allows relaxing IHRL's law enforcement paradigm, however, without necessarily triggering the applicability of IHL, it can even be convincingly demonstrated, that the concept is not void of any legal consequences. By containing rules that restrict the state's use of force, IHRL might even prove to be the more appropriate 'humanitarian law'. Another advantage is the approach's facility to dialogue more directly with both contemporary state practice towards non-state actors which indicates the implicit recognition of governments that those actors, capable of launching armed attacks, may qualify as belligerents. Eventually, it also seems apt to engage more coherently with the findings of other academic disciplines.

Whether one approves the hypotheses presented above or not, it seems too premature to bid farewell to the concept of war in international law. On the contrary, it deserves much more scholarly attention.

References

- ABRESCH, William. A human rights law of internal armed conflict: the European court of human rights in Chechnya. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 4, p. 741-767, 2005.
- ALOAIN, Fionnuala N. The emergence of diversity: differences in human rights jurisprudence. *Fordham International Law Journal*, v. 19, p. 101-142, 1995.
- ARNOLD, Roberta. The prosecution of terrorism as a crime against humanity. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 64, p. 979-1000, 2004.
- BARTELS, Rogier. Timelines, borderlines and conflicts. The historical evolution of the legal divide between international and non-international armed conflicts. *International Review of the Red Cross*, v. 91, n. 837, p. 35-67, Mar. 2009.
- BASSIOUNI, M. Cherif. The new wars and the crisis of compliance with the law of armed conflict by non-state actors. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 98, n. 3, p. 711-810, 2008.
- BEER, Yishai. Regulating armed reprisals: revisiting the scope of lawful self-defense. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 59, n. 1, p. 117-168, 2020.
- BLANK, Laurie R. Irreconcilable difference: the thresholds for armed attack and international armed conflict. *Notre Dame Law Review*, v. 96, n. 1, p. 249-289, 2020.
- BOOTHBY, William H. *Conflict law: the influence of new weapons technology, human rights and emerging actors*. Hague: Asser Press, 2014.
- CASSESE, Antonio. *International Law*. 2nd. ed. London: New York: OUP, 2003.
- CHINKIN, Christine; KALDOR, Mary. *International law and new wars*. Cambridge: CUP, 2017.
- CORTEN, Olivier. The "unwilling or unable" test: has it been, and could it be, accepted? *Leiden Journal of International Law*, v. 29, p. 777-99, 2016.
- CORTEN, Olivier. *The law against war: the prohibition on the use of force in contemporary international law*. Oxford: Portland: Oregon: Hart Publ., 2010.
- CRAWFORD, Emily. *Unequal before the Law: the case for the elimination of the distinction between inter-*

- national and non-international armed conflict. *Leiden Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 441-465, 2007.
- CULLEN, Anthony. *The concept of non-international armed conflict*. Cambridge: CUP, 2010.
- DAASE, Christopher. *Clausewitz on small war*. Oxford: OUP, 2015.
- DETTNER, Ingrid. *The law of war*. 3rd. ed. Surrey: Ashgate, 2013.
- DINSTEIN, Yoram. Comments on war. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 27, n. 3, p. 877-892, 2004.
- DINSTEIN, Yoram. *War, aggression and self-defense*. 3rd. ed. Cambridge: CUP, 2005.
- EPPLER, Erhard. *Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2002.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Tjyres v UK*. Merits, App. No. 5856/72, A/26, 25 apr. 1978.
- FITZPATRICK, Joan. *Human rights in crisis: the international system for protecting human rights during states of emergency*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994.
- GLAHN, Gerhard von; TAUBLEE, James L. *Law among nations: an introduction to public international law*. 11th. ed. New York: Routledge, 2017.
- GRANT, John. P.; BARKER, J. Craig. *Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*. 3rd. ed. Oxford: New York: OUP, 2009.
- GRAY, Christine. *International law and the use of force*. Oxford: OUP, 2008.
- GREEN, Leslie C. *The Contemporary law of armed conflict*. 3rd. ed. New York: Juris Publ., 2008.
- GREENWOOD, Christopher. Scope of application of humanitarian law. In: FLECK, Dieter (ed.), *The handbook of international humanitarian law*. 2nd. ed. Oxford: New York: OUP, 2008. p. 45-78.
- GREENWOOD, Christopher. The concept of war in modern international law. *International Comparative Law Quarterly*, v. 36, n. 2, p. 283-306, Apr. 1987.
- GRIGNON, Julia. The beginning of application of international humanitarian law: a discussion of a few challenges. *International Review of the Red Cross*, v. 96, n. 893, p. 139-162, 2014.
- GROSSMAN, Claudio. A Framework for the examination of states of emergency under the American Convention on Human Rights. *American University International Law Review*, v. 1, n. 1, p. 35-55, 1986.
- GROTIUS, Hugo. *On the law of war and peace*. Altenmünster: Verlag J. Beck, 2001.
- GUERCKE, Lene. State responsibility for a failure to prevent violations of the right to life by organized criminal groups. *Human Rights Law Review*, v. 21, n. 2, p. 329-57, June 2021.
- HARBOM, Lotta; WALLENSTEIN, Peter. Patterns of major armed conflicts, 1997-2006. In: SIPRI yearbook 2007: armaments, disarmament and international security, appendix 2A. Oxford: OUP, 2008. p. 69-88.
- HELPER, Laurence R.; HAFNER-BURTON, Emilie M.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations of human rights treaties. *International Organization*, v. 65, p. 673-707, 2011.
- HENDERSON, Christian. Internal strife and insurgency. In: MELZER, Nils; GEISS, Robin (ed.). *The Oxford handbook of international law of global security*. Oxford: OUP, 2021. p. 158-175.
- HENLEY, Jon; CHRISAFIS, Angelique. Paris terror attack: Hollande says ISIS atrocity was "act of war". *The Guardian*, 14 Nov. 2015. Available at: www.theguardian.com/world/2015/nov/13/paris-attacks-shootings-explosions-hostages. Access on: 28 Jan. 2022.
- HIGGINS, Rosalyn. Internal war and international law. In: BLACK, Cyril E.; FALK, Richard A. (ed.). *The future of the international legal order: conflict management*. Washington D.C.: Princeton University Press, 1971. v. 3. p. 81-121.
- HOFFMAN, Michael H. Terrorists are unlawful belligerents, not unlawful combatants: a distinction with implications for the future of international humanitarian law. *Case Western Reserve Law Journal*, v. 34, n. 2, p. 227-230, 2002.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General comment No. 29 (2001)*. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add11 [2001].
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law*. Advisory Opinion, OC-16/99, Ser. A No. 16 [1999].

- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Armed activities on the territory of Congo* (Dem. Rep. Congo v. Uganda). Judgment of: 19 Dec. 2005, [2005] *ICJ Rep.*, 168.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory*. Advisory Opinion of 9 July 2004, [2004] *ICJ Rep.*, 136.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the threat or use of nuclear weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996, [1996] *ICJ Rep.* 226, 240.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States). Judgment of: 27 June 1986, [1986] *ICJ Rep.*, 14.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Prosecutor v. Germain Katanga*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07, 7 Mar. 2014.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Tadić*. Appeal on Jurisdiction. No. IT-94-1-AR72, 2 Oct. 1995.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Haradinaj*. Trial Judgment, No. IT-04-84, 3 Apr. 2008.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Bošković*. Trial Judgement, No. IT-04-82-T, 10 July 2008.
- KALDOR, Mary. *New and old war: organized violence in a global era*. Cambridge: Polity, 1999.
- KALSHOVEN, Frits; ZEGVELD, Liesbeth. *Constraints on the waging of war: an introduction to international humanitarian law*. 4th. ed. Cambridge: CUP, 2011.
- KELLENBERGER, Jakob. Armed conflicts, international law, and global security. In: MELZER, Nils; GEISS, Robin (ed.). *The Oxford handbook of international law of global security*. Oxford: OUP, 2021. p. 254-271.
- KLABBERS, Jann. *International law*. 2nd. ed. Cambridge: CUP, 2017.
- KLEFFNER, Jann K. The applicability of international humanitarian law to organized armed groups. *International Review of the Red Cross*, v. 93, n. 882, p. 443-461, 2011.
- KRESS, Claus. On the outer limits of crimes against humanity: the concept of organization within the policy requirement: some reflection on the march 2010 Kenya decision. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 4, p. 855-873, Dec. 2010.
- MANCINI, Marina. The effects of a state of war or armed conflict. In: WELLER, Marc (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in international law*. London: OUP, 2015. p. 988-1013.
- MCDUGAL, Myers S.; FELICIANO, Florentino P. The initiation of coercion: a multi-temporal analysis. *American Journal of International Law*, v. 52, n. 2, p. 241-259, Apr. 1958.
- MCLAUGHLIN, Robert. *Recognition of belligerency and the law of armed conflict*. New York: OUP, 2020.
- MÉGRET, Frédéric. From savages to unlawful combatants: a postcolonial look at international law's "other". In: ORFORD, Anne (ed.). *International law and its others*. Cambridge: CUP, 2005. p. 265-317.
- MELZER, Nils. *Interpretative guidance on the notion of direct in hostilities under international humanitarian law*. Geneva: ICRC, 2009.
- MICHAELSON, Christopher. Derogating from international human rights obligations in the "war against terrorism"?: a British-Australian perspective. *Terrorism & Political Violence*, v. 17, n. 1, p. 131-155, 2005.
- MIKOS-SKUZA, Elzbieta. International law's changing terms: "war" becomes "armed conflict". In: O'DONNELL, Mary E. (ed.). *What is war?: An Investigation in the Wake of 9/11*. The Hague: Brill Nijhoff, 2012. p. 17-29.
- MOIR, Lindsay. *Reappraising the resort to force: international law, jus ad bellum and the war on terror*. Oxford: Portland: Oregon: Hart Publ., 2010.
- MÜLLER, Markus-Michael. Governing crime and violence in Latin America. *Global Crime*, v. 19, n. 3-4, p. 171-191, 2018.
- MUSHKAT, Roda. Who may wage war?: an examination of an old/new questions. *American University Law Review*, v. 2, n. 1, p. 97-151, 1987.
- NEFF, Stephen C. *War and the law of nations: a general history*. Cambridge: CUP, 2008.
- NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. Invocation of Article 5 confirmed. *NATO*, 2 Oct. 2001. Available at: www.nato.int/docu/update/2001/1001/e1002a.htm. Access on: 21 Jan. 2021.

- NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. Statement by the North Atlantic Council. *NATO*, 12 Sept. 2001. Available at: www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm. Access on: 21 Jan. 2021.
- NOWAK, Manfred. *U.N. Covenant on civil and political rights*: CCPR Commentary. 2nd. ed. Kehl am Rhein: N.P. Engel, 2005.
- O'KEEFE, Roger. *International criminal law*. Oxford: OUP, 2015.
- OPPENHEIM, Lassa. *International law: a treatise: war and neutrality*. London: Longmans, Green and Company, 1906. v. 2.
- ORAKHELASHVILI, Alexander. The Interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence? *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 161-182, 2008.
- PAULUS, Andreas; VASHAKMADZE, Mindia. Asymmetrical war and the notion of armed conflict: a tentative conceptualization. *IRRC*, v. 91, n. 873, p. 95-125, 2009.
- PEJIC, Jelena. The protective scope of common article 3: more than meets the eye. *International Review of the Red Cross*, v. 93, n. 881, p. 189-225, 2011.
- PETERKE, Sven. Urban insurgency, “drug war” and international humanitarian law: the case of Rio de Janeiro. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 165-187, 2010.
- PETERKE, Sven; WOLF, Joachim. International humanitarian law and transnational organised crime. In: HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (ed.). *International law and transnational organised crime*. Oxford: OUP, 2016. p. 381-405.
- PICTET, Jean S. The Geneva Conventions of 12 August 1949: commentary. In: GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIANS IN TIME OF WAR, 4., 1958, Geneva. *Proceedings* [...]. Geneva: ICRC, 1958.
- PILLOUD, Claude; DE PREUX, Jean. Art. 49. In: SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe; ZIMMERMANN, Bruno (ed.). *Commentary on the additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Norwall, M.A., USA: Martinus Nijhoff Publ., 1987.
- POLICANTE, Amedeo. *Hostis Humani Generis: pirates and empires from antiquity until today*. 2012. 332 f. Thesis (Doctoral of Philosophy) – Goldsmiths College, University of London, Department of Politics, University of London. London, 2012.
- RODILES, Alexandro. ‘Law and violence in the global south: the legal framing of Mexico’s “NARCO WAR”’. *Journal of Conflict and Security Law*, v. 23, n. 2, p. 269-281, 2018.
- ROSCHER, Bernhard. The “renunciation of war as an instrument of national policy”. *Journal of the History of International Law*, v. 4, p. 293-309, 2002.
- RUYS, Tom. *‘Armed attack’ and article 51 of the UN charter*. Cambridge: CUP, 2011.
- SANGER, Andrew. The contemporary law of blockade and the Gaza freedom Flotilla. *Yearbook of International Humanitarian Law*, v. 13, p. 397-446, 2011.
- SASSÒLI, Marco. Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 5-51, 2010.
- SCHMITT, Michael N. Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements. *International Law & Politics*, v. 42, p. 697-739, 2010.
- SCHOTTEN, Gregor; BIEHLER, Anke. The role of the UN security council in implementing international humanitarian law and human rights law. In: ARNOLD, Roberta; QUÉNIVET, Noëlle N. R. (ed.). *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*. Boston: Martinus Nijhoff Publ., 2008. p. 277-313.
- SCHREUER, Christoph. Derogation of human rights in situations of public emergency: the experience of the european convention on human rights. *Yale Journal of World Public Order*, v. 9, n. 1, p. 113-132, 1982.
- SHAH, Niaz A. The “unwilling” and “unable” test in international law: the use of force against non-state actors in Afghanistan and Pakistan. *Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, v. 4, p. 109-138, 2020.
- SHAW, Malcolm N. *International law*. 9th. ed. Cambridge: New York: CUP, 2021.
- SIMON, Hendrik. The myth of liberum ius ad bellum: justifying war in 19th-Century legal theory and political

- practice. *European Journal of International Law*, v. 29, n.1, p. 113-136, 2018.
- SIVAKUMARAN, Sandesh. *The law of non-international armed conflict*. Oxford: OUP, 2014.
- SOLIS, Gary D. *The law of armed conflict: international humanitarian law in war*. Cambridge: CUP, 2010.
- STUMPF, Christoph A. *The grotian theology of international law: Hugo Grotius and the moral foundations of international relations*. Berlin: Walter de Gruyter, 2006.
- SVENSSON-MCCARTHY, Anna-Lena. *The international law of human rights and states of exception*. Hague: Martinus Nijhoff Publ., 1998.
- TEXT: President Bush Address the Nation. *The Washington Post*, 20 Sept. 2001. Available at: www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/specials/attacked/transcripts/bushaddress_092001.html. Access on: 21 Jan. 2021.
- THIELBÖRGER, Pierre. The international law of the use of force and transnational organized crime. In: HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (ed.). *International law and transnational organised crime*. Oxford: OUP, 2016. p. 361-379.
- THÜRER, Daniel. *International law: theory, practice, context*. Maubeuge: Ail Pocket, 2011.
- URNS, David. The law of armed conflict (international humanitarian law). In: EVANS, Malcolm D. (ed.). *International law*. Oxford: New York: OUP, 2014. p. 821-845.
- US SUPREME COURT. *Hamdan v. Rumsfeld*. 548 U.S. 557, 633, 126 S. Ct. 2749, 2797 [2006].
- VAN DIJK, Peter; VAN HOOFF, Godefridus J. H. *Theory and practice of the european convention on human rights*. 3rd. ed. Hague: Kluwer Law Int., 1998.
- VAN STEENBERGE, Raphaël. Self-Defence in response to attacks by non-state actors in the light of recent state practice: a step forward? *Leiden Journal of International Law*, v. 23, p. 183-208, 2010.
- VAUTRAVERS, Alexandre. Military operations in urban areas. *International Review of the Red Cross*, v. 92, n. 878, p. 437-452, 2010.
- VITÉ, Sylvain. Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and factual situations. *International Review of the Red Cross*, v. 91, n. 873, p. 69-94, 2009.
- VON BERNSDORFF, Jochen. The use of force in international law before World War I: on imperial ordering and the ontology of the Nation-State. *European Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 233-260, 2018.
- VON CLAUSEWITZ, Claus. *On war*. Washington D.C.: Princeton University Press, 1976.
- VON DER WILT, Harmen. Expanding criminal responsibility in transnational and international organised crime. *Groningen Journal of International Law*, v. 4, n. 1, p. 1-9, 2016.
- VON LAMPE, Klaus. *Organized crime: analyzing illegal activities, criminal structures, and extra-legal governance*. London: SAGE, 2016.
- WILSMHURST, Elisabeth. The use of force. In: MELZER, Nils; GEISS, Robin (ed.). *The Oxford handbook of international law of global security*. Oxford: OUP, 2021. p. 821-837.
- WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *Max Planck encyclopedia of public international law: index and tables*. Oxford: New York: OUP, 2013.
- WRIGHT, Quincy. Changes in the concept of war. *American Journal of International Law*, v. 18, n. 4, p. 755-767, Oct. 1924.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero como resposta institucional à pretensa universalização do feminino, amparada nos esforços internacionais de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres

The trial protocol with a gender perspective as an institutional response to the alleged universalization of the feminine, supported by international efforts to eliminate all forms of discrimination against women

Deise Brião Ferraz

Marli Marlene Moraes da Costa

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero como resposta institucional à pretensa universalização do feminino, amparada nos esforços internacionais de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres*

The trial protocol with a gender perspective as an institutional response to the alleged universalization of the feminine, supported by international efforts to eliminate all forms of discrimination against women

Deise Brião Ferraz**

Marli Marlene Moraes da Costa***

* Recebido em 12/09/2022
Aprovado em 14/04/2023

** Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Diversidade e Políticas Públicas, com bolsa PROSUC/CAPES. Mestre em Direito e Justiça Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, com bolsa CAPES/DS. Bacharela em Direito (FURG) e em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo (UCPEL). Líder do grupo de pesquisa do CNPq/FURG intitulado "Direito Sistêmico e Métodos Adequados de Resolução de Conflitos". Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq/UNISC intitulado "Direito, Cidadania e Políticas Públicas" do PPGD/UNISC. Advogada e Psicanalista.
Email: deiseberraz@gmail.com

*** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Pesquisas Migrações Internacionais e Pesquisa na Região Sul do Brasil - MIPESUL. Integrante do Grupo de Trabalho em Apoio a Refugiados e Imigrantes (GTARI/UNISC). Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar.
Email: marlim@unisc.br

Resumo

Investiga-se, neste artigo, se o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ pode ser parte de uma resposta institucional às desigualdades estruturais de gênero que, também, atravessam o poder judiciário e que são agravadas diante da interseccionalidade de outros marcadores sociais que se sobrepõem, especificamente quando do seu ingresso no judiciário. Trata-se de pesquisa exploratória, com método de pesquisa bibliográfico e documental. O resultado aponta no sentido de que há uma racionalidade misógina que especifica e reforça estereótipos de gênero e que atravessa, também, o judiciário refletindo nas demandas judiciais, mesmo quando não versam, explicitamente, sobre gênero. Logo, o Protocolo de Julgamento pode servir, potencialmente, como parte de uma resposta institucional para clarificar a atuação do Judiciário por meio do reconhecimento e mitigação das desigualdades, com efeitos na atuação, interpretação, aplicação e produção do Direito. A relevância desse trabalho se justifica não apenas pelos parâmetros internacionais que guiam a formalização do Protocolo, mas especialmente por sua proposição de reconhecer e lidar com as questões de gênero transversais aos procedimentos judiciais. Considerando-se que a aplicação do Protocolo se tornou obrigatória no mês de março de 2023, sua recenticidade reforça a originalidade e ineditismo do tema.

Palavras-chave: julgamento com perspectiva de gênero; gênero; universalização do feminino; feminismos; feminismo decolonial.

Abstract

The general objective of this article is to investigate whether the CNJ's Trial Protocol with a Gender Perspective can be part of an institutional response to the structural gender inequalities that also cross the judiciary and which are aggravated by the intersectionality of other social markers that overlap, specifically when entering the judiciary. This is an exploratory research, with a bibliographic and documentary research method. The result points to a misogynistic rationality that specifies and reinforces gender stereotypes and that also crosses the judiciary, reflecting on legal demands even when they are not explicitly about gender. Therefore, the Judgment Protocol can potentially serve as part of an institutional response to clarify the role of the Judiciary through the recognition and mitigation of inequalities, with effects on the performance, interpretation, application and production of the Law. The relevance of this work is justified not only by the international parameters that guided the formalization of the Protocol, but especially by its proposal to recognize and deal with gender issues that cut across judicial procedures. Considering that the application of the Protocol became mandatory in March 2023, its recency reinforces the originality and originality of the theme.

Keywords: judgment with a gender perspective; gender; universalization of the feminine; feminisms; decolonial feminism.

1 Introdução

O Brasil, no compasso dos compromissos internacionais por ele assumidos e ratificados, segue a tendência mundial — baseada no Comitê CEDAW, na Agenda 2030 da ONU, na Convenção de Belém do Pará —, além de uma pauta no campo dos estudos e lutas feministas, ao adotar um Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero que garanta não apenas o acesso à justiça, mas uma atividade jurisdicional baseada em uma igualdade substantiva entre os gêneros. Para que isso seja mais que um mero documento e possa ser de fato implementado — como prevê a Recomendação n.º 128 do CNJ¹ — se faz indispensável pensar e repensar

a estrutura patriarcal sob a qual se funda a sociedade e, obviamente, o Direito, seja em seu caráter reprodutivo ou produtivo.

A importância deste trabalho se justifica não apenas pelos parâmetros internacionais que guiam a formalização de um protocolo, mas, especialmente, pela proposição de seu substrato no sentido de reconhecer, abordar e lidar com as questões de gênero transversais aos procedimentos judiciais, encarando, frontalmente, a pretensa neutralidade de uma igualdade formal baseada em uma experiência universalizante das mulheres e seus papéis sociais e pautando o reconhecimento e mitigação de tais desigualdades, especialmente a respeito da presença interseccional de outros marcadores sociais que se sobrepõem. Considerando-se que a aplicação do Protocolo se tornou obrigatória no mês de março de 2023, este trabalho ocupa-se, detidamente, de sua argumentação e não de sua aplicação jurisprudencial. Sua recenticidade reforça a originalidade e ineditismo do tema.

Adotando o Protocolo do CNJ como objeto de estudo, o presente artigo parte da hipótese inicial de que o documento em evidência pode servir como parte de uma resposta institucional à pretensa universalização do feminino e à perpetuação dos estereótipos de gênero e imposição de papéis sociais sob as quais se funda o patriarcado, e também o judiciário, mesmo em demandas que, aparentemente, não versam, especificamente, sobre gênero. Tal hipótese parte do problema que orienta a pesquisa e indaga se o Protocolo pode ser parte dessa resposta. Fala-se em parte da resposta porque se admite que as grandes e substanciais mudanças sociais ocorrem, apenas, com a participação social, por meio de seus movimentos sociais organizados, coletivos, a partir da resistência do campo das teorias feministas — lugar que não deve e nem pode ser usurpado sob pena do esvaziamento do debate.

Para responder ao problema proposto, a estrutura desse apanhado pretende, de forma geral, investigar as desigualdades de gênero como parte de uma racionalidade estrutural sob a qual também se funda o poder judiciário e são agravadas diante da existência de outros marcadores de opressão, a fim de compreender se o Protocolo pode ser parte de uma resposta institucional a essas ocorrências. Portanto, em sua primeira parte,

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n.º 128, de 15 de fevereiro de 2022*. Recomenda a adoção do “Protocolo de

Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original18063720220217620e8ead8fae2.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

tentará responder por que se mostra necessária a adoção de um Protocolo de julgamento com perspectiva de gênero nessa quadra histórica, apontando o contexto que antecede a formulação do documento, as tendências mundiais, os compromissos assumidos pelo Brasil e sua importância na atividade produtiva e interpretativa do Direito.

Em um segundo momento, será apresentado o teor do protocolo e quais as suas previsões; em seguida, serão demonstradas questões estruturais do patriarcado e da violência estrutural de gênero, com especial ênfase nos marcadores de opressão interseccionais e na colonialidade; No último momento, serão discutidas as implicações de uma racionalidade que pretende universalizar o feminino e suas vivências, reproduzindo os estereótipos de gênero, papéis sociais e a própria violência institucional que se ergue sobre esses fundamentos.

Trata-se de pesquisa exploratória diante dos recentes desdobramentos do protocolo e da escassez de estudos que o abordem sob a perspectiva proposta. O método de pesquisa é bibliográfico e documental e o método de procedimento é monográfico.

2 Por que um protocolo de julgamento com perspectiva de gênero agora?

Primeiramente, importa referir que o desenvolvimento de um protocolo de julgamento com perspectiva de gênero não se trata, propriamente, de uma criação jurídica progressista e inesperadamente inovadora. A formulação trilha o caminho necessário e esperado para atender o compasso de compromissos internacionais ratificados pelo Brasil, a Agenda 2030 da ONU, a luta desenvolvida no seio dos movimentos feministas e a própria experiência das peculiaridades brasileiras em relação às desigualdades estruturais de gênero.

É o caso das orientações expressas da Convenção sobre a eliminação de todas as Formas de Violência contra a Mulher (CEDAW)² — ratificada em 1984³ pelo

² BRASIL. *Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n.º 89.460 de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 25 mar. 2023

³ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979, en-

Brasil — e que prevê o estabelecimento de todas as iniciativas necessárias, em diferentes frentes de embaite, para a eliminação da discriminação contra a mulher. A CEDAW não versa sobre discriminações explícitas e evidentes, somente, mas aprofunda essa compreensão por meio de um dos objetivos que persegue, conforme depreende-se de seu Art. 5º, “a”, quando menciona que é preciso modificar os padrões socioculturais a fim de alcançar uma desconstrução sobre o conceito de inferioridade ou superioridade dos sexos e sobre as funções estereotipadas de homens e mulheres — que se aproxima do conceito proposto neste artigo sobre uma pretensa universalização do feminino.

Em termos de compromissos assumidos pelo Brasil, há, ainda, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher — a Convenção de Belém do Pará⁴ —, ratificada em 1995⁵. O referido documento segue as mesmas diretrizes da CEDAW, trilhando um caminho que abrange todas as formas de discriminação e persegue sua erradicação, mas que, também, registra como direito da mulher “[...] ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação.”, conforme o artigo sexto.

Em que pese o intuito que aproxima ambas as Convenções, há de se destacar que a Convenção de Belém do Pará abarca marcadores de opressão não explicitamente mencionados na CEDAW — embora o Comitê tenha elaborado recomendações posteriores nesse sentido. O faz em seu nono artigo, considerando as especificidades que se somam ao Ser Mulher, tornando sua situação mais vulnerável em razão de raça, etnia, faixa etária e outras discriminações múltiplas e interseccionais.

O contexto que precede a formulação do Protocolo de Julgamento estabelece pontos que se estendem para além de qualquer forma de discriminação visível e impeditiva de acessos e direitos às mulheres ou mesmo de princípios constitucionais importantes como a

trando em vigor em 03.09.1981. Ratificada pelo Brasil, com reservas, em 01.02.1984, entrou em vigor em 02.03.1984.

⁴ BRASIL. *Decreto n.º 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵ Adotada em 9 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

equidade: reconhece-se uma racionalidade orientadora em todas as esferas da vida civil, pública, social que fortalece e retroalimenta a desigualdade e incentiva as violências, incorporando-as ao imaginário coletivo e à própria linguagem. Estereotipa-se e naturalizam-se papéis, funções e lugares a serem ocupados e esperados dessas mulheres, o que recai silenciosamente em toda a engrenagem social, inclusive nas decisões judiciais e sentenças.

E é nessa via que Gadamer⁶, com sua dimensão ontológica da linguagem, nos marcos da formulação de uma hermenêutica filosófica que se debruçou sobre a compreensão e seus processos, estabelece a importância da inclusão da própria historicidade do objeto no pensar, mostrando sua realidade ao formular a compreensão porque compreender é um processo afetado historicamente. O autor denominou essa exigência de história efetual.

E se a linguagem tem uma dimensão ontológica quando se reconhece como processo que materializa e torna existente o que antes se pensou, é indispensável que também seja na via linguística que se possa refundar o pensamento, produzindo efeitos históricos, e novos conceitos. A palavra não é, apenas, signo, mas a tradução dos significantes que são formulados na construção da linguagem. A dimensão ontológica da compreensão que orienta e formula os julgamentos, atos processuais e procedimentais jurídicos precisa ser esclarecida e não apenas interpretada. O protocolo parece fornecer elementos teórico-práticos para elucidar as condições em que a compreensão ocorre.

2.1 Em que consiste o Protocolo?

Em 2021, o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021, formulou um Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero⁷. Idealizou-se esse protocolo em consonância com outras políticas nacionais de Enfrentamento à Violência

contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, bem como com o objetivo de promover o Desenvolvimento Sustentável — ODS 5, da Agenda 2030 da ONU.

Elaborou-se o instrumento com ampla participação de todos os ramos da Justiça e com representantes da academia, em formato de guia para clarificar a atuação do judiciário mesmo nos conflitos que, aparentemente, não versem, explicitamente, sobre gênero, buscando, assim, o exercício jurisdicional sem a perpetuação e promoção de estereótipos de gênero e reforço da engrenagem patriarcal sob a qual se funda a sociedade, conforme conclui o documento em análise⁸ ao referir que:

nesse caminho, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar este documento, avança na direção de reconhecer que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica, e produzem efeitos na sua interpretação e aplicação, inclusive, nas áreas de direito penal, direito do trabalho, tributário, cível, previdenciário etc.

Partindo-se do Protocolo como um parâmetro a ser perseguido, O CNJ editou a Recomendação N.º 128 de 15/02/2022, pela sua adoção pelo Poder Judiciário brasileiro. Nele são abordados temas transversais atinentes a todas as esferas da Justiça, incluindo assuntos como assédio, audiência de custódia, prisões, não apenas em relação às peculiaridades que envolvem as mulheres, mas também a população LGBTQIA+, indígena. Inclui, ainda, o Direito Previdenciário, trabalho rural feminino e temas atuais como violência obstétrica, stalking, pornografia de vingança

Além de apresentar uma parte conceitual com teoria que versa acerca de sexo, gênero, identidade de gênero e sexualidade, o documento percorre um caminho importante ao identificar a desigualdade de gênero em diversas frentes na sociedade, abordando suas respectivas manifestações. Em seguida, propõe uma parte prática que permite aos magistrados e magistradas o reconhecimento de questões de gênero que atravessam aspectos processuais e materiais dos processos.

Aspecto importante pode ser registrado na compreensão que estrutura o Protocolo e deixa claro que

⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2015.

⁷ No dia 14 de março de 2023, em julgamento da 3ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, no Ato Normativo nº 0001071-61.2023.2.00.0000, foi aprovada Resolução, por unanimidade, para estabelecer a adoção de perspectiva de gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, com a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a Direitos Humanos, Gênero, Raça e Etnia, em perspectiva interseccional, criando comitê de acompanhamento e capacitação sobre julgamento com perspectiva de gênero no Poder Judiciário e o comitê de incentivo à participação institucional feminina no Poder Judiciário.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. 18 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

as desigualdades de gênero constituem uma realidade que atravessa todas as relações sociais e de poder da sociedade, mesmo quando não se mostram em forma explícita de discriminação ou preterimento de oportunidades. Disso, se desenvolve o raciocínio repetidamente apontado de que é, ainda mais difícil, a sua percepção em razão de um status quo arraigado no imaginário coletivo, inclusive dos magistrados e servidores públicos. Portanto, estar atento a isso é um modo de se buscar em todas as fases processuais e procedimentais as ocorrências simbólicas dessa desigualdade de gênero que pode abranger todos os atos processuais e não apenas a sentença.

Ao se mencionar, reiteradamente, o conceito de estereótipos de gênero, importa clarificá-lo em seu alcance, estruturação e profundidade:

os estereótipos de gênero são tipos de crenças, profundamente arraigados na sociedade que os cria e os reproduz, acerca de atributos ou características pessoais sobre o que homens e mulheres possuem ou que a sociedade espera que eles possuam: são características de personalidade ou físicas, comportamentos, papéis, ocupações e presunções sobre a orientação sexual. Com base em tais estereótipos, a sociedade cria hierarquias entre os gêneros que, historicamente, têm servido para fortalecer e legitimar a subordinação social das mulheres e o controle sobre seus corpos. A construção dos estereótipos de gênero é uma ação política dos corpos das mulheres. O Direito, entendido como uma prática social, tem contribuído, historicamente, com a naturalização dos estereótipos ao aceitá-los acriticamente ou tomá-los como referências na construção, por exemplo, das decisões judiciais.⁹

Beauvoir¹⁰ já havia trazido ao debate o quanto as noções de superioridade, inferioridade e igualdade são vagas e parecem desconsiderar a profundidade do trajeto histórico que conta a história de homens e mulheres de forma abissalmente distinta, desconsiderando a *história efetiva* para a construção de significantes que compõe a compreensão sobre as mulheres.

Os estereótipos de gênero constituem-se como verdades impensadas que são introjetadas e reproduzidas ao longo do tempo sem que haja uma reflexão mais

aprofundada a esse respeito, naturalizando comportamentos.

E o Direito tem servido como perpetuador de desigualdades ao reafirmar, reiteradamente, a igualdade entre homens e mulheres, produzindo o que diz apenas reproduzir. Sobretudo por meio da linguagem, de suas decisões, de todas as etapas que compõem um processo judicial. O Poder Judiciário tem função produtiva e não apenas jurídica e essa função assegurou o estabelecimento do absolutismo jurídico com vistas ao direito de propriedade e a soberania de Estado, baseada na atuação de um legislador e julgador neutros e objetivos que interpretavam em conformidade com a lei¹¹ sem estarem implicados na racionalidade que formula a compreensão e a linguagem. O resultado disso atende ao racionalismo jurídico cartesiano como método, mas desprotege minorias e pessoas vulneráveis historicamente porque, se todos são iguais e destinatários de mesmos direitos — oral —, não há nada a ser protegido.

O Direito pode buscar a emancipação social por meio de sua atividade criativa, ontológica, linguística e instituidora de poder. O julgamento com perspectiva de gênero propõe a utilização de lentes de gênero nos julgamentos como uma metodologia, incapaz de instituir uma alteração milagrosa — é verdade —, mas, ainda assim, importante, inclusive como posicionamento institucional no sentido do reconhecimento das desigualdades de gênero e da violência estrutural. As grandes e consistentes mudanças e avanços ocorrem “de baixo para cima”, por meio da organização e participação social, nos movimentos sociais organizados, nos coletivos, na resistência e no campo das teorias feministas — lugar que não deve, tampouco pode ser usurpado já que as mulheres, a população LGBTQIA+, indígenas e todos e todas atravessados por marcadores de opressão não aguardam a salvação do Estado, apenas justiça, posicionamento e compromisso com a realidade histórico-social.

⁹ SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos, *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 02 fev. 2023. p. 575.

¹⁰ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 28.

¹¹ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo: Cultrix, 2018.

3 Por que uma perspectiva de gênero? Questões estruturais do patriarcado

O reconhecimento dos direitos das mulheres nem sempre são compatíveis com a realidade vivenciada em suas experiências no judiciário. Entre o acesso à justiça a fruição desse direito constitucionalmente previsto, há muitos obstáculos que acompanham o Ser Mulher, hoje, no Brasil: é preciso ter com quem se deixar os filhos, é preciso ter condições financeiras de se deslocar até os fóruns e defensorias públicas, é preciso faltar ao trabalho (muitas vezes precário e informal), é preciso compreensão sobre documentos e a linguagem jurídica que está sendo utilizada; outras vezes, é preciso lidar com os riscos de uma represália do ex-companheiro. Os direitos podem ser iguais, mas as vivências são absolutamente distintas. E, nesse sentido, apresentam-se os sinais relativos à razão de ser indispensável se falar em uma perspectiva de gênero.

Facio¹², em seus estudos sobre a importância de uma análise de gênero do fenômeno legal, esclarece que o androcentrismo atravessa todas as instituições e adota como parâmetro o homem, branco, heteronormativo, assim como a anatomia humana toma como modelo esse corpo masculino a partir do qual estabelece relações comparativas com o corpo feminino. O feminino é, sempre, o Outro, e sua existência é sempre a oposição, a outridade, do masculino. A existência de determinadas leis, jurisprudências, doutrinas, teorias e, mesmo, a ausência delas permite assimilar que não há leis baseadas em uma igualdade formal capaz de produzir os mesmos efeitos para diferentes gêneros:

si bien es cierto que las mujeres conocemos menos nuestros derechos, y que aún conociéndolos, no tenemos el mismo acceso a la administración de justicia, también lo es que las leyes en sí, son androcéntricas y por ende nunca han reflejado nuestras necesidades, potencialidades ni características. Los problemas legales que tenemos las mujeres no se deben solamente a que los y las funcionarias judiciales y policías nos discriminan a la hora de aplicar las leyes genéricas; se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado, y a la falta de una doctrina jurídica desde la

¹² FACIO, Alda. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. In: FACIO, Alda; FRÍES, Lorena (ed.). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM, 1999. Disponível em: https://www.agencianuba.com/equis/wp-content/uploads/2016/01/S_1_1.pdf. Acesso em: 02 fev. 2023.

perspectiva de la mujer como género subordinado. Pero por sobretodo, Se debe a que esas leyes genéricas, en realidad si tienen género y ese género es el masculino.

Severi¹³ aponta que as mulheres são consideradas categorias suspeitas por parte das instituições: suspeita-se que mintam, exagerem em seus relatos, sejam vingativas ou mesmo interesseiras. Sua palavra é colocada em suspeição porque há um comportamento naturalizado que especifica o lugar onde essas mulheres deveriam estar e, caso estivessem, nada de ruim lhes teria acontecido. Esse discurso estabelecerá de forma absolutamente leviana e, por exemplo, se tivessem usado roupas menos sedutoras nos casos de violência sexual, se não tivessem perdoado seus companheiros que prometeram mudança, se tivessem exercido a maternidade “como uma mulher deve fazer”, não precisariam estar na justiça. A perspectiva de gênero no judiciário pode devolver um pouco da confiança dessas mulheres na instituição para que se sintam em condições de buscar respostas jurídicas que, de fato, venham ao encontro dos compromissos internacionais ratificados pelo Brasil: de erradicação de qualquer forma de discriminação contra elas.

Não basta que se disponha em condições de igualdade os mesmos direitos que os homens. Essa igualdade é importante em termos de direitos humanos e reconhecimento de direitos. Quando em tempo de exercer esses direitos revelam-se as diferenças que marcam o gênero e outros graus de diferenciação que se sobrepõem em razão de raça, classe, etnia. Se o Direito moderno liberal é androcêntrico, por óbvio, essa pretensa neutralidade e igualdade formal apenas agravar as desigualdades e discriminação em razão de gênero, desconsiderando vivências específicas das mulheres.

As desigualdades de gênero são atravessadas por outros marcadores sociais como raça, classe, etnia, identidade de gênero. E isso se agrava no contexto da mulher latino-americana, aponta Lugones¹⁴. A colonialidade de gênero se faz presente em todas as esferas da vida, permeando experiências, saberes e atores sociais que estão

¹³ SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 02 fev. 2023. p. 575.

¹⁴ LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. *Revista Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.

do lado de cá da linha abissal que divide o Norte¹⁵ e o Sul Global¹⁶.

Não há uma base única e universal que compreenda uma identidade comum para as mulheres e tal concepção reforça a falsa ideia de que a opressão sofrida pelas mulheres ocorre de forma uniforme por uma estrutura de dominação masculina universal. Essa noção de patriarcado universal fracassa, na medida em que não consegue explicar as diversas formas de opressão de gênero em contextos culturais específicos, tampouco a transversalidade das opressões de gênero, juntamente à classe, raça, etnia e outras¹⁷. Em consonância está Lugones¹⁸, para quem “a crítica contemporânea ao universalismo feminista feita por mulheres de cor e do terceiro mundo centra-se na reivindicação de que a intersecção entre raça, classe, sexualidade e gênero vai além das categorias da modernidade.”

A biologização de aspectos dados como inerentes ao feminino atua, pela via da linguagem, chegando ao simbólico na construção de uma racionalidade que aprisiona os corpos à determinadas construções sociais. Isso porque gênero não é uma categoria linear, mas é uma construção social. E mostra-se imprescindível ressaltar que há outros marcadores de interseccionalidade que criam outros degraus de diferenciação em relação ao gênero, de forma que não há qualquer linearidade nos conceitos.

Nesse espectro, popularizaram-se inscreveram-se, na ordem do simbólico, as ideias de que pessoas que

nascem marcadas pelo sexo feminino são seres com constituição psíquica naturalmente empática, sensível, dócil e com habilidades manuais mais desenvolvidas, além de dotadas de uma certa dificuldade na tomada de decisão, raciocínio lógico e trato estatístico. Esse viés falacioso é erroneamente reforçado e confirmado por meio da linguagem e dos estereótipos de gênero que falam sobre “coisa de mulher” e “lugar de mulher”. Utiliza-se para esse fim, comumente, apenas a expressão “feminino”, como um guarda-chuva semântico que reafirma um comportamento social condizente com o sexo biológico.

No mesmo modo, o masculino, também, é tomado como adjetivo universal que nomeia e orienta a linguagem, suas significações e certas características e papéis gendrados, sendo adotado como o parâmetro a partir do qual se baseiam os Outros. A mulher é tida como o Outro, o que surge como o oposto do homem: o que não é homem, o que não é masculino, feminino é. Mulher é. O Direito e as Instituições, em geral, tomam o homem branco, adulto, proprietário, heterossexual, como destinatário de direitos, alargando a faixa de discriminação a partir de uma igualdade formal que tenta se dirigir a todas as pessoas com base no pressuposto de que são iguais. Uma pretensa neutralidade que contemple todas as pessoas desconsiderando seus marcadores sociais, por si só, é parcial e enviesada. O Direito liberal burguês, com seus mitos de uma neutralidade, nesse sentido, prestar um desserviço.

Não fosse esse contexto uma construção social cuidadosamente alimentada, ele não teria qualquer outra razão de ser, já que não se sustenta na fisiologia, por exemplo. A neurocientista britânica, Gina Rippon¹⁹, traz um novo norte para o que chamou de neurosexismo ao explicar que há uma espécie de *fake news* oficializadas a respeito das capacidades e características comportamentais serem inatas, biologicamente determinadas pelo sexo, além de fixas. Ela afirma que, em termos fisiológicos, a única diferenciação existente é que cérebros maiores têm vias mais longas para lidar com as distâncias a mais. Como, na média, os homens são maiores que as mulheres, também têm cérebros maiores. Mas, se comparados cérebros grandes (de homens e mulheres) com cérebros pequenos (*idem*), o tamanho, e não

¹⁵ O Sul é uma metáfora de um campo de desafios epistêmicos buscando reparar os impactos do capitalismo na relação colonial. O Sul refere-se às regiões submetidas ao colonialismo europeu que não atingiram desenvolvimento econômico semelhante ao Norte Global. Trata-se de uma metáfora e, portanto, não é absoluta. Mesmo no interior do Norte há classes sujeitas à dominação colonial — como os trabalhadores, as mulheres, os indígenas; E mesmo no Sul geográfico existem pequenas elites que se beneficiaram da dominação capitalista.

¹⁶ COSTA, Marli Marlene Moraes da; FERRAZ, Deise Brião. Possibilidades decoloniais para o ensino jurídico no Brasil, a partir da ecologia de saberes dos subalternizados. *Revista Direito Público*, v. 19, n. 103, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6585>. Acesso em: 03 mar 2023. p. 479.

¹⁷ FERRAZ, Deise Brião; OLEA, Thais Campos. Apontamentos históricos sobre o ingresso e permanência das mulheres no ensino jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Lusobrasileira*, n. 4, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-4/200>. Acesso em: 04 jul. 2022. p. 679.

¹⁸ LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. *Revista Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014. p. 935.

¹⁹ RIPPON, Gina. *Gênero e os nossos cérebros: Como a neurociência acabou com o mito de um cérebro feminino ou masculino*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2021.

o sexo, é o mais importante para avaliar as conexões cerebrais.

Essa é a elucidação sobre a fisiologia cerebral. Se não se trata de uma característica anatômica, também não se fundamenta pelo desenvolvimento psíquico. A explicação acerca do desenvolvimento dos processos psíquicos segue a mesma linha: são as experiências de vida que podem modelar e remodelar cérebros e não o sexo. Portanto, a relevância nas diferenciações está intimamente relacionada ao tipo de vida que esses cérebros tiveram (graus variáveis de escolaridade, diferentes ocupações ou experiências de vida em razão do status socioeconômico, por exemplo).

Note-se que há uma distinção quase sempre encontrada nos contextos de uma sociedade patriarcal: diferenças sexuais no cérebro e diferenças de gênero no cérebro. E pode-se resumir assim: como se vive em um mundo que, ainda, trata os sexos de forma diferente, o cérebro social é produzido com essas mesmas diferenciações. Esse cérebro social está mais intimamente ligado aos lugares socialmente destinados e aos papéis esperados em razão do sexo. As diferenças de gênero no cérebro, em função da construção social androcêntrica que precariza a existência feminina por meio dos seus dispositivos, são realmente pronunciadas.

Considerando esses aspectos, a cartilha do CNJ sugere a utilização complementar do princípio da igualdade substantiva para identificar as desigualdades, perguntando: “magistradas e magistrados preocupados com a igualdade podem sempre se perguntar: mesmo não havendo tratamento diferenciado por parte da lei, há aqui alguma desigualdade estrutural que possa ter um papel relevante no problema concreto?”

O Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, compreendendo essa dimensão, abrange alguns pontos centrais a serem observados processualmente²⁰ sobre como os estereótipos de gênero podem afetar a atividade jurisdicional. É o caso, por exemplo, de quando esses estereótipos: “confere ou minimiza relevância a certas provas com base em uma ideia preconcebida sobre gênero” ou quando “considera, apenas, as evidências que confirmam uma ideia estereotipada, ignorando aquelas que a contradizem” ou, mesmo, quando “utiliza

ideias preconcebidas sobre gênero como uma máxima de experiência para tomar um fato como certo”. Atento a esses contextos, o protocolo orienta a compreensão e tomada de consciência a respeito de tais ideias preconcebidas sobre papéis sociais estanques relacionados a gênero para que os magistrados possam incorporar essa visão em sua atividade jurisdicional.

4 Somos todos iguais? Universalização do feminino e interseccionalidade

A Psicanálise responde à proposição: “— Somos todos iguais?” a partir da ideia extensamente desenvolvida por Freud²¹ de que, em cada inconsciente, está inscrita uma individualidade atravessada pelas vivências, experiências, conteúdos reprimidos, mecanismos de defesa e censura. Retira, assim, na primeira e segunda tópicas freudianas, o papel central e mecanicista destinado ao consciente, demonstrando que o conteúdo consciente é permeado pelo inconsciente, ainda que não possa ser nomeado, pois ao ser expresso, já passou pelos filtros de censura do *Id*.

Há mais de um século, a construção da Teoria Psicosexual do Desenvolvimento em Freud tratava, entre outros aspectos, do momento primordial em que as meninas perceberiam a ausência do pênis e invejariam o falo dos meninos, deparando-se com a sua própria castração que deslizaria para o desejo da maternidade como uma forma de compensar a suposta falta. Por muito tempo, isso foi tudo com o que se lidou. Anos depois de Freud, surgiram os esboços de uma psicanálise neofreudiana que reagiu a essa suposta inveja falocêntrica, a partir da Teoria de Karen Horney que versou sobre as mulheres realmente invejarem a independência e o *locus* ocupado pelos homens e não seu falo.

O psicanalista francês Jacques Lacan viria a dizer, ainda mais tarde, um de seus aforismos mais marcantes: “a mulher não existe”.²² Partindo do pressuposto de que, se o homem é aquele que se identifica com o falo, se é aquele que possui o objeto, a mulher é aquele

²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. 18 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

²¹ FREUD, Sigmund. *Obras completas: a história do movimento psicanalítico: artigos sobre a metapsicologia e outros trabalhos (1914-1916)*. Rio de Janeiro: Imago, 1980.

²² LACAN, Jacques. *O seminário: livro 20 – Mais ainda (1972-1973)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1985, p. 100.

ser sem esse objeto. Ela é o não todo, não tem a sua representação inscrita na ordem simbólica. E não a tendo, uma leitura colada à realidade traz a ideia de uma travessia, de uma criação do que é a mulher. A ordem simbólica do viés semântico patriarcal preencheu esse espaço do não todo, com o todo que desejou que se inscrevesse como representante do que é ser mulher, institucionalizando um feminino universal.

Não bastasse tal conclusão que modificou, exponencialmente, a passagem do século XIX/XX — descolada de qualquer perspectiva de gênero, é preciso grifar —, tem-se na abordagem psicanalítica moderna a compreensão de que não há características naturais entre os sexos, uma vez que todas as características do sujeito compõem e são compostas por sua singularidade e não por características biológicas:

uma afirmação desse tipo [de que a diferença de gênero é uma consequência da diferença natural entre os sexos] esconde uma base transcendente e é, em última instância, religiosa. A diferença ‘natural’ e ‘fixa’ entre os dois sexos só pode existir como consequência da ideia de uma criação divina, de um garantidor quase teológico — um Theos anterior, inclusive, à natureza, que seria o autor de uma criação.²³

E, ainda assim, continua a Psicanálise, as mulheres colocadas em posição de objeto de desejo, deixam de ocupar sua posição de sujeitos nas relações, a partir de papéis desenhados e lugares previamente separados para serem ocupados: “[...] é mãe na casa, cidadã na *polis* e trabalhadora no mercado. E há, ainda, uma outra grande função que é exercida — ou demandada a ser exercida —, que é a de ser uma mulher desejada.”²⁴ Os autores sugerem a necessidade de se reconfigurar o pacto social a respeito da posição das mulheres como sujeitos com desejos e não como objetos do desejo de outros. Só um sujeito é capaz de desejar para si e existir não como a negação ou contraposição do Outro, mas como fim em si mesmo.

A noção de si a partir do Outro — das expectativas desse outro, dos papéis definidos por esse outro, do poder simbólico desse outro — é uma construção social incutida às mulheres. Prova-se isso, quando Gilligan²⁵,

²³ HOMEM, Maria; CALLIGARIS, Contardo. *Coisa de menina?* uma conversa sobre gênero, sexualidade, maternidade e feminismo. Campinas: Papyrus, 2019. p. 11.

²⁴ HOMEM, Maria; CALLIGARIS, Contardo. *Coisa de menina?* uma conversa sobre gênero, sexualidade, maternidade e feminismo. Campinas: Papyrus, 2019. p. 80.

²⁵ GILLIGAN, Carol. *Uma voz diferente*: psicologia da diferença en-

ao elaborar a Ética do Cuidado, por exemplo, percebe, ao longo da realização de sua pesquisa empírica, que as mulheres se julgam em relação à sua capacidade de cuidar (o Outro):

assim, as mulheres não apenas se definem num contexto de relacionamento humano, mas também se julgam em termos da sua capacidade de cuidar. O lugar das mulheres na vida dos homens tem sido aquele de alimentadora, cuidadora, e companheira, a tecelã daquelas redes de relacionamentos nas quais ela por sua vez confia. Mas, enquanto as mulheres têm assim cuidado dos homens, os homens têm, em suas teorias do desenvolvimento psicológico, assim como nos seus arranjos econômicos, tendido a presumir ou desvalorizar aquele cuidado.

As feministas reagiram a essa Ética do Cuidado bradando que o cuidado é/deve ser uma habilidade humana fundamental já que somos seres vulneráveis e os cuidados se fazem ou se farão presente em qualquer momento. Logo, uma Ética do Cuidado feminista reconhecerá essa racionalidade como um erro proposital do patriarcado que sobrecarrega as mulheres, circunscreve sua liberdade e seus papéis, especialmente porque seu trabalho reprodutivo é tido como inferior no mundo do trabalho. Essa lógica perversa não passa, apenas, por um marcador de gênero, mas também de raça e classe, como lembra Davis²⁶ ao mencionar a mulher escrava que servia em tempo integral ao seu proprietário e era considerada uma anomalia diante da ideologia da feminilidade do século XIX, porque não estava na sua própria casa para ser a dona de casa perfeita e a mãe disponível e protetora que se esperava que fossem as mulheres brancas.

Federici²⁷ é contumaz em sua afirmação de que a mercantilização da atividade econômica, ao retirar a importância do trabalho reprodutivo da mulher e estabelecer a construção de uma nova ordem patriarcal, foi de fundamental importância para o desenvolvimento do capitalismo e para a imposição de uma nova divisão sexual do trabalho, que estipulou os lugares, as tarefas, a importância, as experiências, o poder, e a própria relação com o capital, que seriam diferentes para homens e mulheres. Diferentemente da colonização que temporalmente acabou, a colonialidade do gênero, ainda, se faz presente e “[...] permanece na intersecção de gêne-

tre homens e mulheres da infância à idade adulta. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982. p. 27.

²⁶ DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

²⁷ FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa*: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017.

ro/classe/raça como construtos centrais do sistema de poder capitalista mundial.”²⁸

Se o pretense feminino universal destinou as mulheres ao interior do lar, enquanto ao masculino se destinou a rua, performou uma nova divisão sexual do trabalho produtivo e reprodutivo que instaurou as profissões de cuidado e o próprio cuidado como características inerentes ao feminino. O efeito ultrapassa a vida privada, contrastando a própria relação das mulheres com sua liberdade, com o Capital, com o acesso e luta por direitos e em sua própria posição nos espaços de decisões judiciais. Sobretudo, destaca-se o impacto dessa engrenagem gendrada na racionalidade do feminino universal sob a qual se desenvolve o patriarcado. Nesse sentido, Gilligan²⁹ constatou, em suas pesquisas, que os dilemas morais das mulheres incluem responsabilidade para com outras pessoas e sua própria família, de forma que se impõe uma ética da responsabilidade como centro das preocupações morais das mulheres. Logo, não se trata de uma sensibilidade especial do feminino ou uma atividade que somente quem nasce sob o julgo do sexo feminino saberia executar, mas se trata de uma criação artificial, repetida, inculcada e reproduzida. Não há um feminino universal porque isso implica universalizar as vivências e os lugares ocupados por todas as mulheres, invisibilizando-as e ignorando seus privilégios e marcadores de opressão.

Nesse sentido, a Convenção de Belém do Pará se atenta, em seu artigo nove, para que se considerem os Estados Partes a situação da mulher vulnerável à violência por raça, etnia, condição de migrante, refugiada, deslocada, gestante, deficiente, menor, idosa, presa, exposta a conflitos armados ou em situação socioeconômica desfavorável. Também o protocolo de julgamento com perspectiva de gênero do CNJ destina especial atenção a isso:

o Poder Judiciário deve ter a capacidade de compreender como são constituídas socialmente as desigualdades e hierarquias entre as pessoas, e como essas diferenças estão diretamente relacionadas à violência de gênero. No dia a dia das unidades judiciais, deve-se levar em consideração que a violência afeta de maneira e intensidades diferentes as mulheres negras, pessoas com deficiência, indígenas, quilombolas, idosas e LGBTQIA+. As mulhe-

²⁸ LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. *Revista Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014. p. 939.

²⁹ GILLIGAN, Carol. *Uma voz diferente: psicologia da diferença entre homens e mulheres da infância à idade adulta*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982.

res são plurais. Há inúmeros dados que demonstram que os marcadores sociais de raça e gênero são determinantes para a análise da desigualdade da violência no Brasil. O Atlas da Violência de 2020, ao analisar o período entre 2008 e 2018, constatou como a sobreposição de opressões pode acentuar as desigualdades. Enquanto, no Brasil, a taxa de homicídios de mulheres não negras caiu 11,7%, a taxa entre as mulheres negras aumentou 12,4%. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, das vítimas de feminicídio em 2020, as mulheres negras 142 representaram 61,8% das vítimas, contra 36,5% de brancas, 0,9% indígenas e 0,9% amarelas. Tais números permitem concluir que a soma de vulnerabilidades (raça e gênero feminino) é responsável pelo maior número de mortes no país.³⁰

Em decorrência dessa constatação, afirma que “[...] a suposta neutralidade e universalidade na norma formal e abstrata tem se mostrado insuficiente para resolver essas desigualdades, pois busca a sua incidência de igual forma para todos os indivíduos [...]”³¹. Reconhece, naturalmente, que a neutralidade da norma não existe, porque já é elaborada em um paradigma androcêntrico, heteronormativo, branco. Tal realidade se mostra muito bem no mundo do trabalho em que os homens, tidos como referência na criação das normas trabalhistas, são aqueles que têm obrigações estritas com o trabalho, apenas com participação eventual nas tarefas do lar e da criação de filhos, de forma quase recreativa. Ainda assim, as mulheres precisam se integrar a esse mundo profissional preparado para os homens³². A sociedade ainda é orientada pela lógica e os interesses do mercado. Logo, as mulheres que não trabalham na rua são invisíveis e improdutivas, o que subverte a lógica da vida já que são essas donas de casa que realizam as tarefas indispensáveis à sobrevivência de todos, inclusive do corpo de trabalhadores da sociedade. Quando essas mulheres trabalham fora, são impactadas por uma dupla ou tripla jornada em que se somam o trabalho assalariado e o trabalho invisível de cuidado que assumem nas suas casas³³.

³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. 18 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. 18 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

³² D’ALESSANDRO, Mercedes. Economia feminista. *Revista Piseagrama*, n. 14, p. 74-81, 2020. Disponível em: <https://piseagrama.org/artigos/economia-feminista/>. Acesso em: 03 fev. 2023.

³³ SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA. *Para entender a economia feminista e colocar a lógica da vida em primeiro lugar*. São Pau-

Questões que orientam o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero e precisam ser pensadas, dado todo esse contexto: as decisões judiciais reproduzem a heteronormatividade? As expectativas sobre os papéis sociais de cada gênero estão influenciando as decisões? Ou influenciaram a criação da norma? Em que contexto ela foi elaborada? E quais as ausências normativas para essas situações? As desigualdades sociais estão sendo consideradas? E os marcadores de opressão que se sobrepõem e se somam ao gênero? Se não há um feminino universal, tampouco uma mulher universal, é imprescindível que o Judiciário esteja consciente do seu papel reprodutor ou emancipador na desigualdade de gênero, considerando tudo o que constitui e envolve as questões de gênero.

5 Considerações finais

O Brasil, no compasso dos compromissos internacionais por ele assumidos e ratificados, segue a tendência mundial — baseada no Comitê CEDAW, na Agenda 2030 da ONU, na Convenção de Belém do Pará —, além de uma pauta no campo dos estudos feministas, ao adotar um Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero que garanta não apenas o acesso à justiça, mas uma atividade jurisdicional baseada em uma igualdade substantiva entre homens e mulheres.

A destacada importância não apenas do documento, mas de sua aplicação ampla ocorre diante do caráter produtivo e reprodutivo do Direito que se perpetua em uma atuação que pode agravar a desigualdade de gênero ao tomar gênero como uma experiência universalizante, descolada da realidade social e gendrada, tornando-o uma definição equivocada e simbólica, e não como uma construção social. O protocolo em seu repertório teórico e prático é capaz de provocar e educar os magistrados, servidores partes e advogados a reconhecerem, abordar e lidar com as questões de gênero transversais aos procedimentos judiciais, sem se esquivar sob a pretensa neutralidade de uma igualdade formal.

É apenas parte da resposta porque se admite a fundamental e indispensável participação social, por meio de seus movimentos sociais organizados, coletivos, a

partir da resistência e do campo das teorias feministas. O Judiciário não tem por si só a salvação, inclusive porque as destinatárias do protocolo não buscam por ela. As mudanças, historicamente, sempre foram construídas por seus atores sociais.

Reconhecer a existência de uma racionalidade orientadora em todas as esferas da vida civil, pública, social que fortalece e retroalimenta a desigualdade e incentiva as violências, incorporando-as ao imaginário coletivo e à própria linguagem é indispensável aos novos passos que se vislumbram. Defende-se, justamente, que os estereótipos e naturalização de papéis, funções e lugares a serem ocupados e esperados dessas mulheres, lubrificam a engrenagem social, inclusive nas decisões judiciais e sentenças: a boa mãe, a boa esposa, a cuidadora dedicada, a guerreira que trabalha em tripla jornada, a mãe solo. Esses papéis ganham vida por meio da linguagem, mesmo quando não é explícita, mas que está lá, nas decisões, nas audiências de instrução, no acolhimento, em todas as etapas que compõem um processo judicial.

O Poder Judiciário tem função produtiva e não apenas jurídica. Essa função assegurou o estabelecimento do Direito branco, heteronormativo, feito para/pelos homens, baseada na atuação de um legislador e julgador neutros e objetivos que interpretavam em conformidade com a lei. A linguagem tem uma dimensão ontológica quando se reconhece como processo que materializa e torna existente o que antes se pensou, é indispensável que também seja na via linguística que se possa refundar o pensamento, produzindo efeitos históricos, e novos conceitos.

Demonstrou-se, nesse artigo, que não há uma base única e universal que compreenda uma identidade comum para as mulheres e que tampouco a opressão sofrida pelas mulheres ocorre de forma uniforme por uma estrutura de dominação masculina universal. Também não há fatores biológicos que designem os papéis sociais destinados às mulheres, mas que se trata de uma construção social cuidadosamente alimentada. Não obstante, o peso que recai sobre essa construção social é tão maior quanto mais se cruzam os marcadores de opressão interseccionais de raça, classe, gênero, etnia e outros.

Assim, o protocolo pode colaborar na parte que lhe cabe, como parte de uma resposta institucional, para modificar os padrões socioculturais a fim de alcançar uma desconstrução na ideia posta sobre inferioridade

lo: SOF Sempre Viva Organização Feminista, 2014. Disponível em: <https://www.sof.org.br/wp-content/uploads/2015/08/cartilhaEconomiaFeminista-web.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

ou superioridade dos sexos e na perpetuação de uma construção universal do feminino que resulta em papéis, funções e comportamentos esperados e condenados nas mulheres. A efetividade do documento na prática dependerá não apenas de suas intenções ou promessa de teoria, mas de sua aplicabilidade e de uma formação permanente e atualizada dos magistrados e magistradas.

A conclusão é de que sim, a adoção do protocolo de julgamento pode ser parte de uma resposta institucional. Não se pode olvidar de que sua aplicabilidade depende, diretamente, de um caráter pedagógico a ser buscado pelo Poder Judiciário em jornadas e formação de seu corpo, em coleta de dados estatísticos e qualitativos das partes, servidores e dos magistrados e magistradas. Dependerá dos ciclos de *feedback* e revisão a que se submete toda política pública. E deverá continuar sendo estudado, aprimorado e incentivado, inclusive com análises a respeito dos frutos colhidos nas decisões judiciais, procedimentos, sentenças, enunciados, precedentes. No horizonte próximo, há uma ferramenta. A ferramenta movimenta a engrenagem, mas apenas quando se reconhece como parte dela e pode, então, mudar o seu curso, colaborando a construção de uma nova racionalidade jurídica.

Referências

- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo: Cultrix, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. 18 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da; FERRAZ, Deise Brião. Possibilidades decoloniais para o ensino jurídico no Brasil, a partir da ecologia de saberes dos subalternizados. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 19, n. 103, p. 467-492, jul./set. 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6585/2803>. Acesso em: 03 mar. 2023.
- D’ALESSANDRO, Mercedes. Economia feminista. *Revista Piseagrama*, n. 14, p. 74-81, 2020. Disponível em: <https://piseagrama.org/artigos/economia-feminista/>. Acesso em: 03 fev. 2023.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FACIO, Alda. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. In: FACIO, Alda; FRÍES, Lorena (ed.). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM, 1999. Disponível em: https://www.agencianuba.com/equis/wp-content/uploads/2016/01/S_1_1.pdf. Acesso em: 02 fev. 2023.
- FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2017.
- FERRAZ, Deise Brião; OLEA, Thais Campos. Aparentamentos históricos sobre o ingresso e permanência das mulheres no ensino jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Lusobrasileira*, n. 4, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-4/200>. Acesso em: 04 jul. 2022.
- FREUD, Sigmund. *Obras completas: a história do movimento psicanalítico: artigos sobre a metapsicologia e outros trabalhos (1914-1916)*. Rio de Janeiro: Imago, 1980.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2015.
- GILLIGAN, Carol. *Uma voz diferente: psicologia da diferença entre homens e mulheres da infância à idade adulta*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982.
- GOMES, Juliana Cesário Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito & Práxis*, v. 7, n. 5, p. 652-676, ago. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25237>. Acesso em: 17 jan. 2023.
- HOMEM, Maria; CALLIGARIS, Contardo. *Coisa de menina? uma conversa sobre gênero, sexualidade, maternidade e feminismo*. Campinas: Papirus, 2019.
- LACAN, J. *O seminário: livro 20 – Mais ainda (1972-1973)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1985.
- LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. *Revista Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.

RIPPON, Gina. *Gênero e os nossos cérebros: como a neurociência acabou com o mito de um cérebro feminino ou masculino*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2021.

SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA. *Para entender a economia feminista e colocar a lógica da vida em primeiro lugar*. São Paulo: SOF Sempreviva Organização Feminista, 2014. Disponível em: <https://www.sof.org.br/wp-content/uploads/2015/08/cartilhaEconomia-Feminista-web.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 02 fev. 2023.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Legality and legitimacy of
domestic court decision as a
source of international law-
making**

**Legalidade e legitimidade da
decisão judicial doméstica como
fonte de elaboração do Direito
Internacional**

Eka An Aqimuddin

Atip Latipulhayat

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Legality and legitimacy of domestic court decision as a source of international law-making*

Legalidade e legitimidade da decisão judicial doméstica como fonte de elaboração do Direito Internacional

Eka An Aqimuddin**

Atip Latipulhayat***

Abstract

This article will explore the possibility of domestic judicial decisions as a source for international law-making. Considering the contemporary pattern of international law development, which is no longer state-centred, this possibility is quite plausible. In addition to examining legality, it is necessary to examine the legitimacy element to ensure that the acceptance of domestic court decisions as a source of international law-making is legitimate. This study discovered that the legal foundation of international law implicitly delegated the domestic courts to make international law. Domestic court rulings that reflect universal principles such as humanity, security, and peace will be generally considered a source of international law-making. As a result, the fulfilled element of legitimacy exists within the context of teleology.

Keywords: Domestic Court; International Law-making; Legality; Legitimacy.

Resumo

Este artigo explorará a possibilidade de decisões judiciais domésticas como fonte para a elaboração do direito internacional. Considerando o padrão contemporâneo de desenvolvimento do direito internacional, que não é mais centrado no Estado, essa possibilidade é bastante plausível. Além de examinar a legalidade, é necessário examinar o elemento de legitimidade para garantir que a aceitação de decisões judiciais domésticas como fonte de elaboração do direito internacional seja legítima. Este estudo descobriu que o fundamento legal do direito internacional delegou implicitamente aos tribunais domésticos a criação do direito internacional. Decisões de tribunais domésticos que refletem princípios universais como humanidade, segurança e paz serão geralmente consideradas uma fonte de legislação internacional. Como resultado, o elemento cumprido de legitimidade existe dentro do contexto da teleologia.

Palavras-chave: Tribunal Doméstico; elaboração do Direito Internacional; Legalidade; Legitimidade

* Recebido em 12/04/2023
Aprovado em 13/06/2023

** PhD Candidate at Faculty of Law at Padjadjaran University, Indonesia. Associate Professor at Faculty of Law, Bandung Islamic University, Indonesia.
Email: eka.aqimuddin@gmail.com

*** Doctor of Philosophy at Monash University, Australia. Full Professor at Faculty of Law, Padjadjaran University, Indonesia.
Email: atip.latipulhayat@unpad.ac.id

1 Introduction

Since Jeremy Bentham coined the term international law in the 1780s¹, nation-states have played a prominent role as subjects of international law.² Actors other than states, such as individuals and international organizations, did not emerge as subjects of international law until the beginning of the 20th century. However, the evolution of contemporary international law has demonstrated that the position of legal entities other than the state also plays a significant role, particularly when discussing issues on international law-making.

In 1920, when the Permanent Court of International Justice (PCIJ) statute acknowledged that the formulation of international law by non-state actors was inevitable, this phenomenon started.³ In addition, the advent of globalization and complex interactions between international actors bolsters this possibility. International law must establish standards and procedures in every sector. The inability of states to respond promptly to international events allows non-state actors to participate in formulating international law. In this situation, the domestic court is considered to play a role in developing international law.

Initially, it was believed that domestic courts were only intermediaries for enforcing international law. However, due to the increasing interaction between domestic courts and international law, the former not only act as a subject but also as adjudicator which task to apply and interpret international norms.⁴ Two factors cause this interaction. First, international law is expanding. Currently, the evolution of international law accommodates not only the interests of individual states but also those of the international community as a whole. For example, territorial demarcation treaty not only facilitates the interests of the parties but also obligate states to safeguard their environment in context to reduce global warming. Second, strengthening the application of international law to domestic issues such as human rights

protection. This reality influences the behavior of internal state institutions, in this case, the court.

Consequently, foreign and/or international law is frequently cited as one of the references in domestic court decisions. Consider the Constitutional Court of Indonesia. At least 62 decisions cited foreign legal sources, including international law, between 2003 and 2008.⁵ However, in the early stages, domestic courts tend to restrict the application of international law to protect state interests. As an impartial institution in a democratic and the rule of law system, the domestic court evolve. The principle of exhausted local remedies in international law has demonstrated the role of correcting domestic courts to government policy.⁶ In this situation, the domestic courts have two distinct personalities. It serves two purposes: first, it safeguards the state's interests, and second, it reviews regulations issued by the legislature or executive branch.⁷

As agents or recipients of international law implementation, domestic courts contribute to international law development.⁸ This role can be conducted either direct or indirect. According to Hans Kelsen, abstract rules cannot be applied to concrete cases. It requires the intervention of judges, via court decisions, to interpret abstract norms, which are then used to concrete situations. In brief, the judge's interpretation of abstract norms is also an attempt to form law. By the same token, an international court's ruling attempts to make international law.⁹ It can be drawn directly from domestic court decisions as a source of law. This is the direct role of domestic court decisions in developing international law.

¹ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Seventh Ed (London: Routledge, 1997), p.1.

² M W Janis, "Jeremy Bentham and the Fashioning of 'International Law,'" *The American Journal of International Law* 78, no. 2 (1984): pp.408-410, <https://doi.org/10.1017/s0272503700032948>.

³ Jan Klabbbers, *International Law (3rd Edition)* (UK: Cambridge University Press, 2021), p.115.

⁴ Antonios Tzanakopoulos, "Domestic Judicial Lawmaking," in *Reserach Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, ed. Catherine Brölmann and Yannick Radi (UK: Edward Elgar Publishing, 2016), 222-41.

⁵ Pan Mohammad Faiz, "Legitimasi Rujukan Hukum Asing Dalam Putusan MK," *Majalah Konstitusi* (Jakarta, 2014), p.62.

⁶ Eyal Benvenisti, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts," *European Journal of International Law* 4, no. 1 (1993): pp.160-161.

⁷ Anthea Roberts, "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law," *International and Comparative Law Quarterly* 60, no. 1 (2011): p.59, <https://doi.org/10.1017/S0020589310000679>.

⁸ Antonios Tzanakopoulos and Christian J. Tams, "Introduction: Domestic Courts as Agents of Development of International Law," *Leiden Journal of International Law* 26, no. 3 (2013): 531-40, <https://doi.org/10.1017/S0922156513000228>; Roberts, "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law."

⁹ Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, "The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals," in *The Oxford Handbook of International Adjudication*, ed. Cesare P. R. Romano, Karen J. Alter, and Yuval Shany (Oxford: Oxford University Press, 2014), p.505.

On the contrary, domestic court decisions play an indirect route as the state's practice to interpret international treaties or as part of customs. State practice, not domestic court decisions, determines international law-making.¹⁰ This discourse examines the legality of domestic court decisions as a source of international law-making. Another consideration is legitimacy. This perspective is necessary for determining how the international community recognizes domestic court decisions as a source of international law development. Legitimacy can be obtained under international law through three channels: source of authority, procedural, and objective, or all three.¹¹ Therefore, testing for legitimacy will indicate the international community's recognition of domestic judicial decisions in forming international law.

The connection between international law and domestic courts has been increasingly intense and routine since the early 1900s.¹² This interaction made domestic courts' decision cannot dismiss international law's influence. Domestic court decisions can use international law to justify its decision or to rule a new interpretation of international norms. To put in context, domestic court decisions, as independent institutions, can counterbalance the state-driven process of international law formation.¹³ Legality and legitimacy are important features to discuss in this issue. Not only how international law regulates the role of domestic court decisions, but it is also important to further looking how the international community legitimizes domestic court decisions as a source of international lawmaking.

2 Method

This study employs a descriptive-analytical approach. It will start with evaluating secondary data such as library materials or authorized legal sources. In this case,

¹⁰ Roberts, "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law."

¹¹ Rüdiger Wolfrum, "Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations," in *Legitimacy in International*, ed. Rüdiger Wolfrum and Volker Röben (Berlin: Springer, 2008), p.6.

¹² Shaheed Fatima, *Using International Law in Domestic Courts* (Oxford: Hart Publishing, 2005), p.xi.

¹³ Benvenuti, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts," p.183.

international law-making norms will be assessed and analyzed. It includes examining the evolution process of the development of international law. Furthermore, the practice of the court, particularly the domestic court, will be spotlighted as a mean of developing international law. After that, it will address the legality and legitimacy of the domestic court decision as a source of international law-making.

3 Discussion and results

3.1. How was International Law made?

Although various theories exist regarding the origins of international law, some scholars acknowledge that international law has existed at least since the Middle Ages, when the Roman Empire and the Papacy united Europe. The origin term was known as "*jus gentium*" or the law of nations, which governs interactions between individuals and independent communities/nations that transcend territorial boundaries.¹⁴ According to the scholastic school of natural law, "*jus gentium*" is a natural condition. This school of thought considers "*jus gentium*" as a component of natural law, which is descended from the eternal law. According to this concept, "*jus gentium*" is not an original law because it is founded on the eternal law, which only God knows.¹⁵

Hugo Grotius¹⁶ entered the academic discourse in order to contest scholastic concepts. Grotius was not only a theorist but also a practitioner as a legal counsel for the *Vereenigde Oost Indische Compagnie* /VOC or Dutch East India Company.¹⁷ Although both were from the

¹⁴ Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law* (New York: Walter de Gruyter, 2000), p.11.

¹⁵ Randall Lesaffer and E. Janne Nijman, eds., *The Cambridge Companion to Hugo Grotius, Grotius and Law* (New York: Cambridge University Press, 2017).

¹⁶ Bardo Fassbender and Anne Peters, eds., *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp.810-812.

¹⁷ Inge Van Hulle, "Grotius, Informal Empire and the Conclusion of Unequal Treaties," *Grotiana* 37, no. 1 (2016): pp.44-45. In the early-modern age, Hugo Grotius in particular wrote extensively on unequal treaties and alliances through his familiarity with the Dutch East India Company's exploits in the East Indies, where the conclusion of treaties with indigenous rulers formed the cornerstone of Dutch imperialism. This article delves into the early-modern roots of unequal alliances and discusses how the Grotian analysis of unequal alliances influenced other

school of natural law, Grotius offered two criticisms. First, there is no distinction between eternal law and natural law. According to Grotius, natural and eternal laws are identical and can be revealed by reason. As a result, humans can learn about God's will through logic.

Furthermore, "jus gentium" is the original law because it is a part of natural law. What do we know about God's plan? The answer provided to this inquiry inspired Grotius' second notion. A treaty or relationship between nations across territorial borders is a divine plan or natural law based on the presence of shared concepts or values among nations, the pursuit of peace.¹⁸

In the 1780s, Jeremy Bentham coined the word international law to replace the term "*Jus Gentium*."¹⁹ Bentham asserted that international law only encompasses legal relations committed between states to distinguish the concept from "*Jus gentium*." In other words, Bentham's perspective on international law is restricted to the subject matter, namely, legal ties between independent states. Individual relations across international boundaries are governed by domestic law. Bentham's concept spawned the distinction between international (public) law and international private law.²⁰ The term "*jus gentium*," which initially referred to rules governing relations between nation-states and people across territorial borders, was replaced with the term international law, which only applied to interactions between states. As a result, state-centred relations are the foundation of international law. This shift clarified that states created international law through agreements or customary international law derived from state practice.

In the early 1900s, the concept of state-centred international law began to evolve. The state's authority as the sole subject of international law is being eroded

by globalization and advancing technological development. Although states remain the primary subject of international law, other actors have emerged and been recognized as essential entities. The new subjects of international law are individuals, international organizations, international tribunals, and non-governmental organizations.

This novel phenomenon has an indirect impact on the development of international law. Chinkin and Boyle²¹ clearly demonstrate how international organizations, international tribunals, and non-governmental organizations contribute to the development of international law. Following 1945, the pattern of international relations shifted from direct state-to-state interactions to the formation of multilateral organizations.²² As a result, international organizations have become increasingly important since they have the capacity to make international law. It also happens to international tribunals. For example, decisions or advisory opinions from the International Court of Justice (ICJ) have created new norms in international law.²³ As a consequence of this change, the pattern of international law formation has become more decentralized or less state-centric.²⁴

Based on the above analysis, one might conclude that establishing international law was first restricted to the state. This is because international law is viewed as a collection of norms and practices governing state-to-state relations. Globalization and technological advancements have changed the nature of international law, giving rise to new international actors other than states, such as international organizations and international tribunals, to be more involved in international law-making.

authors of the classic law of nations.","author": [{"dropping-particle": "", "family": "Hulle", "given": "Inge", "non-dropping-particle": "Van", "parse-names": false, "suffix": ""}], "container-title": "Grotiana", "id": "ITEM-1", "issue": "1", "issued": {"date-parts": [{"2016}], "page": "43-60", "title": "Grotius, Informal Empire and the Conclusion of Unequal Treaties", "type": "article-journal", "volume": "37"}, "locator": "pp.44-45", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuiid=24be5503-639f-440a-92a7-38b13235619b"}], "mendeley": {"formattedCitation": "Inge Van Hulle, 'Grotius, Informal Empire and the Conclusion of Unequal Treaties,' <i>Grotiana</i> 37, no. 1 (2016

¹⁸ Lesaffer and Nijman, *The Cambridge Companion to Hugo Grotius*.
¹⁹ Brian Z. Tamanaha, "What Is International Law?," *St. Louis Legal Studies Research Paper*, 2016, pp.2-5.
²⁰ Janis, "Jeremy Bentham and the Fashioning of 'International Law,'" pp.408.

²¹ Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp.36-38.

²² Jose E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p.xi.

²³ Christian J. Tams and James Sloan, eds., *The Development of International Law by the International Court of Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2013), pp.3-6.

²⁴ A. N. Pronto, "Some Thoughts on the Making of International Law," *European Journal of International Law* 19, no. 3 (2008): pp.601-602, <https://doi.org/10.1093/ejil/chn031>.

3.2 Judicial Institution as an International Lawmaker

3.2.1. General Overview

Following 1990, dozens of international tribunals were established. This is a striking development compared to the prior years when only six international tribunals existed.²⁵ Each international tribunal has its authority conferred by its members who established it. Generally, it is the authority to adjudicate disputes between international law subjects in certain international legal regimes. The international administrative court is one of the most fascinating.²⁶ This court can resolve disputes between international organizations as employers and workers. The emergence of this institution is due to the inability of existing international or domestic tribunals to resolve disputes in this area due to the immunity of international organizations. However, international tribunal proliferation has both positive and negative effects. The positive effect of these tribunals is that they increase the scope for resolving disputes in particular international legal regimes with distinctive characteristics. The disadvantage is the potential for divergent decisions regarding the same problem.²⁷

In addition to resolving disputes, international tribunals have the capacity to create international law. Theoretical models of international judicial law-making include explicit, implicit, and non-consensual delegation. By explicit delegation, international tribunals typically obtain the authority to enact laws explicitly spelt out in international agreements between states. As an illustration, consider the International Tribunal for the Former Yugoslavia. (ICTY). The United Nations Security Council (UNSC) expressly authorizes the ICTY to establish rules of evidence in carrying out its functions, which lead to the formulation of norms in international criminal law. This type of delegation is also known as

external delegation because it delegates authority to a third entity outside the state.²⁸

The implicit delegation of authority to an international court to interpret a provision of an international treaty or state practice on establishing international customs conferred the capacity to create a new international law norm. Despite not explicitly mentioning the power to legislate, this delegation reaffirms the capacity of international tribunals to establish international law.²⁹ In the Nicaragua Case, ICJ's interpretation of "effective control" established a new standard that the International Law Commission incorporated into the draft law of state responsibility.³⁰ Non-consensual law-making implies that international tribunals can only render legal opinions in situations where there is no contentious dispute. Although the conclusion of the legal opinion does not compel the parties to comply, it does establish a new international law standard.³¹

3.2.2. International Court of Justice (ICJ)

Article 92 of the UN Charter states that the ICJ is the principal judicial organ of the UN. The functions of the ICJ are determined by a separate statute which is an integral part of the UN Charter. As a judicial institution, the ICJ's role is not limited to resolving disputes but can provide legal advice to other institutions under the UN. Article 36 of the ICJ Statute states that the jurisdiction of the ICJ includes all cases granted by the state, either based on special agreement or compulsory jurisdiction. Meanwhile, Articles 65-68 of the ICJ Statute regulate jurisdiction in providing advisory opinions to institutions under the UN.³²

The primary function of the ICJ based on Article 38 and Article 68 of the ICJ Statute is to resolve disputes and provide advisory opinions. These provisions explicitly state the scope of the ICJ's authority. Normatively, the ICJ does not have the authority to make law. Some international law experts differ on whether the ICJ has

²⁵ Chester Brown, "The Proliferation of International Courts and Tribunals: Problems and Prospects" (Singapore, 2010), <https://cil.nus.edu.sg/event/the-proliferation-of-international-courts-and-tribunals-problems-and-prospects/>.

²⁶ Chris De Cooker, "Proliferation of International Administrative Tribunals," *Asian Journal of International Law* 12, no. 2 (July 16, 2022): 232–47, <https://doi.org/10.1017/S2044251322000170>.

²⁷ Thomas Buergenthal, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?," *Leiden Journal of International Law* 14, no. 2 (2001): pp.268-269, <https://doi.org/10.1017/S0922156501000139>.

²⁸ Tom Ginsburg, "International Judicial Lawmaking," Illinois Law and Economics Working Paper, 2005, pp.11-20, <https://doi.org/10.1628/186183406786118507>.

²⁹ Ginsburg, pp.11-20.

³⁰ Robert Kolb, "Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (1984 to 1986)," in *Landmark Cases in Public International Law*, ed. Eirik Bjorge and Cameron Miles (Oxford: Hart Publishing, 2017), 349–76.

³¹ Ginsburg, "International Judicial Lawmaking," pp.20-22.

³² "UN Charter" (1945), Article 96.

the authority to make international law. Lauterpacht, for example, states that the court only has to apply the law, especially the existing law. The ICJ does not have the function of changing or making the law conform to ICJ decisions.³³ Hans Kelsen proposed a different opinion. Applying or interpreting the law in resolving disputes is part of law-making. The idea comes from the understanding that abstract legal rules cannot be used in making concrete decisions. Judges need to interpret abstract rules so that they can be applied in specific cases.³⁴

Historically, the ICJ's founders intended it to exist solely to settle disputes and render legal opinions. Baron Deschamps, one of the experts involved in forming the ICJ, stated unequivocally that doctrine and precedent do not produce law but only support the application of existing law. This perspective is supported by the Legality of the Use or Threat of Nuclear Weapons, which states:³⁵

"It is clear that the Court cannot legislate . . . Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules . . . The contention that the giving of an answer to the question posed would require the Court to legislate is based on a supposition that the present corpus juris is devoid of relevant rules in this matter. The Court could not accede to this argument; it states the existing law and does not legislate"

Although the ICJ statute does not explicitly "recognize" jurisdiction to create law, the ICJ plays a substantial role in forming international law. The ICJ applies and interprets international law, including international treaties, customs, and general legal principles, when resolving disputes, consequently also developing international law. Therefore, this authority may imply that the ICJ is implicitly conferred the power to create laws.

The application or interpretation of the ICJ on international treaties has contributed to the meaning of treaty norms. In fact, international treaties constitute an exchange of rights and responsibilities between the signatory states. The consequences of an international treaty are only binding on the parties, whereas, to some extent, treaties impact the international community's universal values. In this instance, the ICJ must interpret international treaty norms to protect the interests of

the international community, not just those of the disputing parties.³⁶

International custom as a source of international law consists of two elements, state practice and recognition of the custom as law (*opinio juris*)³⁷ Regarding the meaning of state practice in general as international custom, ICJ has provided its interpretation. It does not require a lengthy period; not all states must comply, and only states that protest continuously are excluded from the custom, which interprets state practice. The next phase involves defining *opinio juris*. The simplest definition is *opinio juris* is a custom has legally binding. On the contrary, 'usage' is defined as an unenforceable custom.³⁸ In the Fisheries Jurisdiction case in 1974, for example, ICJ successfully interpreted the concept of 12

³⁶ Vera Gowlland-Debbas, "The Role of the International Court of Justice in the Development of the Contemporary Law of Treaties," in *The Development of International Law by the International Court of Justice*, ed. Christian J. Tams and James Sloan (Oxford: Oxford University Press, 2013), pp.25-52.

³⁷ Malcolm N Shaw, *International Law*, Fifth Edit (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 70–88.

³⁸ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Eight Edit (Oxford: Oxford University Press, 2013), pp.33-34. updated by James Crawford, builds on the reputation of its predecessors, providing outstanding, lucid and up-to-date treatment of all of the main issues in international law today. The sources of international law -- The relations of international and national law -- Subjects of international law -- Creation and incidence of statehood -- Recognition of states and governments -- International Organizations -- Forms of governmental authority over territory -- Acquisition and transfer of territorial sovereignty -- Status of territory : further problems -- The territorial sea and other maritime zones -- Maritime delimitation and associated questions -- Maritime transit and the regime of the high seas -- Common spaces and the co-operation in the use of natural resources -- Legal aspects of the protection of the environment -- The law of treaties -- Diplomatic and consular relations -- Unilateral acts; estoppel : Succession to rights and duties -- Sovereignty and equality of states -- Jurisdictional competence -- Privileges and immunities of foreign states -- The relations of nationality -- Nationality of corporations and assets -- The conditions for international responsibility -- Consequences of an internationally wrongful act -- Multilateral public order and issues of responsibility -- The international minimum standard : persons and property -- International human rights -- International criminal justice -- The claims process -- Third-party settlement of international disputes -- The use of threat of force by states.,"author": [{"dropping-particle": ""}, {"family": "Crawford"}, {"given": "James"}, {"non-dropping-particle": ""}, {"parse-names": false}, {"suffix": ""}], "edition": "Eight Edit", "id": "ITEM-1", "issued": {"date-parts": [{"2013"}]}, "publisher": "Oxford University Press", "publisher-place": "Oxford", "title": "Brownlie's Principles of Public International Law", "type": "book"}, {"locator": "pp.33-34", "uris": [{"http": "http://www.mendeley.com/documents/?uuid=6fb34e2e-f0c7-4fc6-b98d-e5de695be51c"}]}, "mendeley": {"formattedCitation": "James Crawford, <i>Brownlie's Principles of Public International Law</i>, Eight Edit (Oxford: Oxford University Press, 2013

³³ H Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court of Justice* (London: Stevens & Sons, 1958), p.75.

³⁴ Bogdandy and Venzke, "The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals," pp.505-506.

³⁵ Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, pp.310-354.

miles of exclusive fisheries zone and the right of preference for coastal states, which later became customary international law.³⁹ In the context of international custom, it can be seen how ICJ provides interpretations to the elements of custom, which are then considered norms by the international community. Thus, ICJ has formed a law regarding the interpretation of international customs that can be used as a source of international law.

The proposal of the initiators, Root and Philimore, was accepted by all parties at the initial stage of the ICJ's establishment. According to their proposal, the purpose of Article 38(1)(c) was to the principles recognized as law by civilized countries' domestic laws. This does not, however, imply that ICJ explicitly adopts a country's material or formal law, but rather a model of legal reasoning and comparative analogy to deduce a coherent set of rules for litigation in ICJ. This principle is interpreted, for example, in the *Corfu Channel* case, 1949, which says that all national legal systems acknowledge indirect evidence as a legal principle.⁴⁰ As a result, ICJ can employ it. ICJ practice in legal concepts also demonstrates how ICJ can "borrow" domestic law to be used as a source of law in deciding a case or giving an opinion.

The ICJ is also authorized to form international law in non-consensual law-making. The authority to provide advisory opinions to institutions under the UN has also been proven to contribute to the formation of international law. Although the results of the advisory opinion apply in a limited manner only to the parties, the impact of the idea has created new norms in international law.⁴¹

In conclusion, the ICJ's legitimacy in shaping international law derives from the implicit and non-consensual delegation of authority. This interpretation is obtained by examining how ICJ decisions and advisory opinions play a role in forming international law. Although explicitly, the ICJ is not given the authority to create law, at least the ICJ has provided modalities for the state to develop international law.⁴²

The next issue is whether the ICJ's role in shaping international law has legitimacy. Institutionally, the ICJ is not explicitly given the authority to make law. Howe-

ver, as explained earlier, the ICJ has the power to form law because it has an implicit and non-consensual delegation of authority. Although legally, the ICJ's authority to create international law is not intact, the legitimacy of the ICJ's decisions and advisory opinions will help strengthen this authority.

ICJ decisions must be authoritative in light of their constitutive function, role, and reputation to achieve legitimacy.⁴³ The legitimacy of the ICJ in the law-making process is most likely to be accepted if the international community trusts the ICJ's credibility, impartiality, and authority. Moreover, legitimacy will be enhanced if the ICJ's decision-making is consistent with generally recognized legal principles and procedures and the outcome is fair.⁴⁴ Legitimacy can also be attained if the objectives pursued by the ICJ are values acknowledged by the international community.⁴⁵ Precedents of ICJ indicate that the ICJ decisions and advisory opinions have led to establishing new norms or at least provided modalities in forming international law. This demonstrates that the ICJ has acquired legitimacy from the perspectives of the international community.

⁴³ Malcolm N. Shaw, "The International Court of Justice: A Practical Perspective," *International & Comparative Law Quarterly* 46, no. 4 (1997): 831–65, <https://doi.org/10.1017/S0020589300061236>.one is struck by the variety of perspectives from which one may view that institution. These include those adopted by the Court itself, academic theorists, practitioners both private and governmental, states more generally, international organisations and individuals. Each of these manifests its own methodology, needs and interests. Academics, for example, are keen to examine the intellectual basis and consistency of decisions and to infer, analyse and criticise the existence and nature of rules and institutions. Practitioners seek to equip themselves with the knowledge and tools necessary in order to enable their clients to win before the Court. States cautiously seek to uphold the dispute resolution role of the Court in general terms without losing any cases or putting themselves in a position where this is a possibility. International organisations and individuals look at the Court with keen and hopeful eyes." "author": [{"dropping-particle": ""}, {"family": "Shaw"}, {"given": "Malcolm N."}, {"non-dropping-particle": ""}, {"parse-names": false}, {"suffix": ""}], "container-title": "International & Comparative Law Quarterly", "id": "ITEM-1", "issue": "4", "issued": {"date-parts": [{"1997}], "page": "831-865"}, "publisher": "Cambridge University Press", "title": "The International Court of Justice: A Practical Perspective", "type": "article-journal", "volume": "46"}, "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=0e1be22a-fca5-3ab9-81c9-191600857bcb"}], "mendeley": {"formattedCitation": "Malcolm N. Shaw, \"The International Court of Justice: A Practical Perspective,\" <i>International & Comparative Law Quarterly</i> 46, no. 4 (1997

⁴⁴ Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p.344.

⁴⁵ Thomas M. Franck, "Legitimacy in the International System," *American Journal of International Law* 82, no. 4 (1988): 705–59, <https://doi.org/10.2307/2203510>.

³⁹ Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p.323.

⁴⁰ Shaw, *International Law*, p.95.

⁴¹ Ginsburg, "International Judicial Lawmaking," pp.20-22.

⁴² Tams and Sloan, *Dev. Int. Law by Int. Court Justice*, pp.384-388.

According to the preceding explanation, the ICJ can create international law, even if it is implicit and non-consensual delegation. Although member states explicitly grant the ICJ the authority to resolve disputes and gave advisory opinions by applying existing law, it can be demonstrated that the results of the ICJ, both decisions and legal opinions, have succeeded in forming international legal norms or becoming a source in the formation of international law through judicial law-making. ICJ decisions and legal opinions have legitimacy because they are issued by authoritative institutions (source), impartial (procedural), fair, and in line with accepted legal principles (teleology).

3.2.3. Domestic Courts

In contrast to international courts, whose authority is determined by the subject of international law, the source of domestic courts is entirely subject to each national law. Although the functions of domestic courts are governed differently in each country, the separation of powers is typically a feature of national constitutions.⁴⁶ The legislature is responsible for making laws, the executive for implementing them, and the judiciary for enforcing them. Separating powers will create checks and balances toward a democratic state that upholds the rule of law.

Although there is no structural connection between domestic courts and international law, the increased scope and penetration of international law into internal state affairs have indirectly pushed domestic courts to incorporate international law into their judicial responsibilities. Anthea Roberts identifies two faces of domestic courts from an international law perspective: law enforcement and law creation.⁴⁷

The first face of domestic courts is that they merely receive international law as a legal enforcement apparatus. When performing its decision-making function, a domestic court will consider or apply international law which supports national policies. In contrast, the domestic court recently enforced international law as a sword or against domestic policies. These phenomena

are usually identified as the domestication of international law.⁴⁸ The position of international law in a nation's legal system can influence national courts' resistance to or acceptance of international law. Whether a country adheres to the school of thought that international law and national law are one because they derive from the same source (monist) or considers them two separate legal systems. (dualism).⁴⁹

A state may employ international law directly if it has ratified it, or it may first need to be transformed into national law. In other practices, international agreements that fall into the "self executing" category can automatically be applied directly or indirectly.⁵⁰ Practically, the national interest becomes the state's primary consideration. Due to the increasing interdependence of the international community, confronting solely national interests might seem highly self-centred. The central issue is how to achieve an equilibrium between national interests and the international community.⁵¹ The second face of domestic courts in the perspective of international law is as an agent of international legal development.⁵² The notion of agent here is in the broad sense of the ability of an actor or entity to influence the law-making process. Domestic courts, as agents in forming international law, operate within a system with certain powers and limits.⁵³

Domestic court decisions can be interpreted as state practice in interpreting international law. Concerning treaties, Article 31 (1) letter b of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) states that the "subsequent practice" of international treaties can be seen from domestic court decisions. It means state attitude toward international law norms can be found in domestic court decisions. Although the interpretation

⁴⁶ Andreas L. Paulus, "The International Legal System as a Constitution," in *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, ed. Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p.100.

⁴⁷ Roberts, "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law," p.61.

⁴⁸ Tzanakopoulos and Tams, "Introduction: Domestic Courts as Agents of Development of International Law," pp.533-534.

⁴⁹ Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp.2-3.

⁵⁰ Simon Butt, "The Position of International Law Within the Indonesian Legal System Within the Indonesian Legal System," *Emory International Law Review* 28, no. 1 (2014): p.3.

⁵¹ Atip Latipulhayat and Susi Dwi Harijanti, "Indonesia's Approach to International Treaties: Balancing National Interests and International Obligations," *Padjadjaran Journal of International Law* 6, no. 2 (2022): pp.201-202, <https://doi.org/10.23920/pjil.v6i2.915>.

⁵² Roberts, "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law."

⁵³ Tzanakopoulos and Tams, "Introduction: Domestic Courts as Agents of Development of International Law."

of state practice through domestic court decisions has less significance than the interpretation through regulations, it demonstrates how domestic court decisions might be used as a source of international law. Through customary international law, state practice is also one of the sources of international law. If the practice is interpreted as a legally binding rule, the second criterion of international custom, namely *opinio juris*, is also met. Domestic court decisions can also be used as a source of law for ICJ in the category of general legal principles as stipulated in Article 38 paragraph (1) letter c of the ICJ Statute. Domestic court decisions can also fall into the category of additional sources of law in the form of doctrine and jurisprudence. Thus, based on the ICJ source of law approach, domestic court decisions are agents in developing international law.⁵⁴

3.3 Legality and Legitimacy of Domestic Courts Made International Law

The development of international law is no longer dominated solely by the state. Non-state actors also make similar contributions. The lack of legislative institutions in the international legal system has enabled the emergence of non-state actors in the formation of international law. In the preceding discussion, the potential involvement of domestic court decisions in forming international law was inevitable. The following inquiry is whether domestic court decisions have a legality and legitimacy basis.

Legality can be interpreted as an action or policy taken following legal norms and/or precedents.⁵⁵ Normatively, international law does not regulate the authority and jurisdiction of domestic courts. This is part of state sovereignty and is usually regulated in the Constitution. No specific international legal instrument regulates the function of domestic court decisions in forming international law. This fact is understandable because international law generally regulates state behavior. Because the court is part of a state institution, the domestic court decision is interpreted as state practice.

State practice as an element of the source of international law formation always refers to the doctrine of sources of international law stipulated in Article 38,

paragraph (1) of the ICJ Statute. The element of state practices is required to make treaties, international customary law and the general principles of law as primary sources. In international treaties, domestic court decisions are considered a state practice because they can be interpreted as a State attitude in interpreting international treaties. There are two potential outcomes for the decision of the domestic court. Accepting or enforcing international law within domestic jurisdiction without reserves. Second, it can have a different interpretation and consequently develop new international legal norms. Likewise, the determination of international custom requires state practice. Again, domestic court decisions can be a source of international law formation. As for general legal principles, this provision refers to the legal principles recognized by each legal tradition at the time of its formation. Domestic court decisions in a country's legal system that adheres to precedents can be taken as a source in the construction of international law. It also plays as jurisprudence as stipulated in Article 38 (1) point d of the ICJ statute.

Regarding legality, there is no explicit delegation given by international law to domestic courts as agents of shaping international law. However, when referring to the doctrine of sources of international law, it can be interpreted that there is an implicit delegation that domestic court decisions can have a role in forming international law. In practice, such decisions can be used directly. For example, in deciding a case or providing legal opinion, the ICJ will refer directly to domestic court decisions that give rise to new norms. States or the ICJ took the indirect route as a reference to form new international law from domestic court decisions.

In general, legitimacy is the abstract concept that supports the existence of the law. However, there are disagreements between scholars.⁵⁶ For the purpose of this article, the legitimacy of domestic court decisions as international lawmakers will be assessed from the three elements: source of authority, procedural and purpose, or three of them. The basis of competence for domestic court decisions as international lawmakers is implicitly obtained from Article 38 Paragraph (1) of the ICJ Statute. As previously explained, this fact is typical because the State, as the primary international legal entity,

⁵⁴ Tzanakopoulos and Tams.

⁵⁵ Vesselin Popovski and Nicholas Turner, "Legality and Legitimacy in International Order" (New York, 2008), p.3.

⁵⁶ Janaína Gomes Garcia de Moraes and Patricio Alvarado, "Game Theory and the Legitimacy of International Adjudicative Bodies," *Revista De Direito Internacional/ Brazilian Journal of International Law* 16, no. 1 (2019): p.154.

is still reluctant to give its authority as an international lawmaker. It can be seen from the history of the establishment of the ICJ that the founders did not intend to make the court a law-making institution but only as law enforcement. However, changes in the structure of international society, such as the emergence of international organizations, non-governmental organizations, and individuals, as well as the encroachment of international legal norms on State sovereignty, leave space that the State cannot entirely fulfil. Thus, the State no longer dominates actors in the development of international law today.

The procedure in the formation of international law carried out by the State is based on agreement. Thus, a successfully formed norm has legitimacy if many States accept it. This process reflects democratization and openness. This assumption can be justified if the position of States is equal. However, state relations in the international law-making process are typically influenced by the pressure of superpower states. Thus, interests are negotiated rather than cooperation for noble values.

In contrast, the process in domestic courts refers to a State's Constitution and internal laws. Regarding the separation of powers, the courts are impartial institutions that perform checks and balances on the executive and legislative branches. The problem is that domestic court decisions are limited to a particular state's territory. Thus, it is challenging to reach the stage of general acceptance of the state as one of the requirements for fulfilling the elements of international custom.

Domestic courts should to engage in inter-judicial cooperation. The aim is that this cooperation will protect the authority of the courts from outside intervention and protect the democratization process.⁵⁷ Universal values, such as democracy and the rule of law, are the meeting point of such inter-judicial cooperation. On this basis, decisions will be harmonized because they are based on the same values. The legitimization procedures adopted by domestic courts ultimately lead to the realization of universal values.

⁵⁷ Eyal Benvenisti and George W. Downs, "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law," *European Journal of International Law* 20, no. 1 (2009): p.65, <https://doi.org/10.1093/ejil/chp004>; Eyal Benvenisti, "Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts," *The American Journal of International Law* 102, no. 2 (2008): pp.273-274.

Adherence to noble values is a prerequisite for legitimacy. In the past, domestic courts tended to be hostile to international law, but more recently, they have utilized international law against the executive to promote democratic values. However, there are disadvantages to relying excessively on domestic courts to promote universal values. There is no assurance that a single branch of power, including the courts, will not engage in injustice.⁵⁸ Consequently, there must also be control of domestic tribunals.

In the context of domestic court decisions as a source of international law formation, viewed through the lens of international law's universal ideals. Humanity, peace, and security will always be the guiding principles in the development of international law. These values derived from domestic court decisions can be used to create international law. In developing international law, domestic court decisions fulfil the legitimacy requirements of authority, procedure, and teleology. Among the three legitimacy elements, however, teleology or the purpose is the strongest element for domestic courts to develop international law.

4 Conclusion

As a source of international law-making, domestic court decisions have met the requirements of legality and legitimacy. The legal authority of domestic courts is derived from the implicit delegation, which refers to the interpretation of the source of law contained in Article 38, paragraph 1, of the Statute of the ICJ. Domestic court decisions can be construed as acts of the state, which can influence the interpretation of international treaty norms and the formulation of international customary law. The legitimacy of domestic court decisions as a source of international law is determined by the decision's intended outcomes. If a domestic court decision upholds noble universal values, it can be used directly or indirectly as a source for formulating international law.

⁵⁸ Jacob Katz Cogan, "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law: A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs," *The European Journal of International Law* 20, no. 4 (2010): pp.1019-1020, <https://doi.org/10.1093/ejil/chp094>.

Acknowledgments

This research was possible through the support of the Indonesian Education Scholarship (BPI), Ministry of Education, Culture, Research and Technology, Indonesia. Therefore, the author would like to thank for this support.

References

- Alvarez, Jose E. *International Organizations as Law-Makers*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Benvenisti, Eyal. “Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts.” *European Journal of International Law* 4, no. 1 (1993).
- . “Reclaiming Democracy : The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts.” *The American Journal of International Law* 102, no. 2 (2008): 241–74.
- Benvenisti, Eyal, and George W. Downs. “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law.” *European Journal of International Law* 20, no. 1 (2009). <https://doi.org/10.1093/ejil/chp004>.
- Bogdandy, Armin von, and Ingo Venzke. “The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals.” In *The Oxford Handbook of International Adjudication*, edited by Cesare P. R. Romano, Karen J. Alter, and Yuval Shany. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Boyle, Alan, and Christine Chinkin. *The Making of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Brown, Chester. “The Proliferation of International Courts and Tribunals: Problems and Prospects.” Singapore, 2010. <https://cil.nus.edu.sg/event/the-proliferation-of-international-courts-and-tribunals-problems-and-prospects/>.
- Buergenthal, Thomas. “Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?” *Leiden Journal of International Law* 14, no. 2 (2001): 267–75. <https://doi.org/10.1017/S0922156501000139>.
- Butt, Simon. “The Position of International Law Within the Indonesian Legal System Within the Indonesian Legal System.” *Emory International Law Review* 28, no. 1 (2014): 1–28.
- Cogan, Jacob Katz. “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law: A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs.” *The European Journal of International Law* 20, no. 4 (2010): 1013–20. <https://doi.org/10.1093/ejil/chp094>.
- Cooker, Chris De. “Proliferation of International Administrative Tribunals.” *Asian Journal of International Law* 12, no. 2 (July 16, 2022): 232–47. <https://doi.org/10.1017/S2044251322000170>.
- Crawford, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. Eight Edit. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Faiz, Pan Mohammad. “Legitimasi Rujukan Hukum Asing Dalam Putusan MK.” *Majalah Konstitusi*, Jakarta, 2014.
- Fassbender, Bardo, and Anne Peters, eds. *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Fatima, Shaheed. *Using International Law in Domestic Courts*. Oxford: Hart Publishing, 2005.
- Franck, Thomas M. “Legitimacy in the International System.” *American Journal of International Law* 82, no. 4 (1988): 705–59. <https://doi.org/10.2307/2203510>.
- Ginsburg, Tom. “International Judicial Lawmaking.” Illinois Law and Economics Working Paper, 2005. <https://doi.org/10.1628/186183406786118507>.
- Gowlland-Debbas, Vera. “The Role of the International Court of Justice in the Development of the Contemporary Law of Treaties.” In *The Development of International Law by the International Court of Justice*, edited by Christian J. Tams and James Sloan. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Grewe, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*. New York: Walter de Gruyter, 2000.
- Hulle, Inge Van. “Grotius, Informal Empire and the Conclusion of Unequal Treaties.” *Grotiana* 37, no. 1 (2016): 43–60. <https://doi.org/10.1163/18760759-03700003>.
- Janis, M W. “Jeremy Bentham and the Fashioning of ‘International Law.’” *The American Journal of International Law* 78, no. 2 (1984). <https://doi.org/10.1017/s0272503700032948>.

- Klabbers, Jan. *International Law (3rd Edition)*. UK: Cambridge University Press, 2021.
- Kolb, Robert. "Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (1984 to 1986)." In *Landmark Cases in Public International Law*, edited by Eirik Bjorge and Cameron Miles, 349–76. Oxford: Hart Publishing, 2017.
- Latipulhayat, Atip, and Susi Dwi Harijanti. "Indonesia's Approach to International Treaties: Balancing National Interests and International Obligations." *Padjadjaran Journal of International Law* 6, no. 2 (2022): 201–16. <https://doi.org/10.23920/pjil.v6i2.915>.
- Lauterpacht, H. *The Development of International Law by the International Court of Justice*. (London: Stevens & Sons, 1958.
- Lesaffer, Randall, and E. Janne Nijman, eds. *The Cambridge Companion to Hugo Grotius. Grotius and Law*. New York: Cambridge University Press, 2017.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seventh Ed. London: Routledge, 1997.
- Moraes, Janaína Gomes Garcia de, and Patricio Alvarado. "Game Theory and the Legitimacy of International Adjudicative Bodies." *Revista De Direito Internacional/ Brazilian Journal of International Law* 16, no. 1 (2019): 148–65.
- Paulus, Andreas L. "The International Legal System as a Constitution." In *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, edited by Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman, 69–109. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Popovski, Vesselin, and Nicholas Turner. "Legality and Legitimacy in International Order." New York, 2008.
- Pronto, A. N. "Some Thoughts on the Making of International Law." *European Journal of International Law* 19, no. 3 (2008): 601–16. <https://doi.org/10.1093/ejil/chn031>.
- Roberts, Anthea. "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law." *International and Comparative Law Quarterly* 60, no. 1 (2011): 57–92. <https://doi.org/10.1017/S0020589310000679>.
- Shaw, Malcolm N. "The International Court of Justice: A Practical Perspective." *International & Comparative Law Quarterly* 46, no. 4 (1997): 831–65. <https://doi.org/10.1017/S0020589300061236>.
- Shaw, Malcolm N. *International Law*. Fifth Edit. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Shelton, Dinah. *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Tamanaha, Brian Z. "What Is International Law?" *St. Louis Legal Studies Research Paper*, 2016.
- Tams, Christian J., and James Sloan, eds. *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Tzanakopoulos, Antonios. "Domestic Judicial Lawmaking." In *Reserach Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, edited by Catherine Brölmann and Yannick Radi, 222–41. UK: Edward Elgar Publishing, 2016.
- Tzanakopoulos, Antonios, and Christian J. Tams. "Introduction: Domestic Courts as Agents of Development of International Law." *Leiden Journal of International Law* 26, no. 3 (2013): 531–40. <https://doi.org/10.1017/S0922156513000228>.
- UN Charter (1945).
- Wolfrum, Rüdiger. "Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations." In *Legitimacy in International*, edited by Rüdiger Wolfrum and Volker Röben. Berlin: Springer, 2008.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Duas ideias irreconciliáveis?
Regionalismo e *Jus Cogens* no
Direito Internacional**

**Two irreconcilable ideas?
Regionalism and *Jus Cogens* in
International Law**

Lucas Carlos Lima

Loris Marotti

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Duas ideias irreconciliáveis? Regionalismo e *Jus Cogens* no Direito Internacional*

Two irreconcilable ideas? Regionalism and *Jus Cogens* in International Law

Lucas Carlos Lima**

Loris Marotti***

Resumo

A ideia de normas peremptórias de direito internacional perpassa o discurso jurídico internacionalista há, pelo menos, seis décadas. No entanto, sua matriz universalista se fragmentou em abordagens e compreensões regionais. Paralelamente, sistemas regionais passaram a reconhecer normas específicas como parte do *jus cogens* a nível regional, afastando o pressuposto de universalidade. Neste artigo, a regionalização do *jus cogens* é investigada com base nessas duas perspectivas, com fundamento na prática de codificação pela Comissão de Direito Internacional (CDI) e na prática estatal. Seu objetivo é compreender o entrelaçamento entre o conceito de regionalismo e o desenvolvimento de normas de *jus cogens* enquanto fontes de direito internacional. Além disso, as abordagens regionais sobre o *jus cogens* são analisadas mediante o uso da peremptoriedade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), sublinhando a tendência do tribunal à universalidade e algumas dificuldades apresentadas pela noção de *jus cogens* diante da função judicial da CtIDH. O estudo prova-se original diante da dupla-conceituação entre regionalismo e produção normativa de normas peremptórias: seja pelo diálogo interpretativo entre normas de *jus cogens* universais e órgãos regionais, como a Corte Interamericana; seja pelo papel ativo em relação à produção de supostas normas peremptórias regionais desses mesmos órgãos. Ao metodologicamente analisar os trabalhos da Comissão de Direito Internacional e a jurisprudência da Corte Interamericana sobre *jus cogens*, sustenta-se que, embora a ideia de universalidade esteja enraizada no próprio conceito de normas peremptórias, a interpretação da ideia de peremptoriedade é, essencialmente, matizada pelas necessidades locais — especialmente em relação ao Sistema Interamericano.

Palavras-chave: *jus cogens*; regionalismo; universalismo; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

The idea of peremptory norms of international law has pervaded internationalist legal discourse for at least three decades. However, its universalist matrix has fragmented into regional approaches and understandings. In parallel, regional systems have come to recognize specific norms as part

* Recebido em 09/12/2022
Aprovado em 07/03/2023

** Doutor em Direito Internacional pela Università degli studi di Macerata, com períodos de pesquisa na University de Cambridge e no Max Planck de Luxembourg. Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Cortes e Tribunais UFMG/CNPq (styluscuriarum.org)
Email: carloslimalucas@gmail.com

*** Doutor em Direito Internacional pela Università degli Studi di Macerata. Professor na Università degli Studi di Napoli Federico II.
Email: lorismarotti@gmail.com

of *jus cogens* at the regional level, apparently breaking with the assumption of universality. In this article, the regionalization of *jus cogens* is investigated from these two perspectives, grounded in the codification practice by the International Law Commission (ILC) and state practice. Its aim is to understand the intertwining between the concept of regionalism and the development of *jus cogens* norms as sources of international law. In addition, regional approaches on *jus cogens* are analyzed by examining the use of peremptoriness by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), highlighting the court's tendency towards universality and some difficulties presented by the notion of *jus cogens* in the face of the IACtHR's judicial function. The study proves to be original due to the double conceptualization between regionalism and normative production of peremptory norms: either by the interpretative dialogue between universal *jus cogens* norms and regional bodies, such as the Inter-American Court; or by the active role in the production of alleged regional peremptory norms of these same bodies. The paper concludes that although the idea of universality is deeply rooted in the very notion of peremptory norms, the interpretation of the idea of peremptoriness is essentially nuanced by local needs - especially in the Inter-American System.

Keywords: *jus cogens*; regionalism; universalism; Inter American Court of Human Rights.

1 Introdução

Nos últimos anos, testemunhou-se um interesse renovado relativo às normas peremptórias de Direito Internacional (*jus cogens*) no discurso jurídico internacionalista. Os trabalhos recentes da Comissão de Direito Internacional (CDI ou Comissão) sobre o tema,¹ fomentados pela relevância crescente de tais normas na jurisprudência de cortes internacionais e domésticas, estão renovando o debate sobre o escopo, a natureza e

o conteúdo das normas peremptórias.² Na contramão desse cenário, menos atenção vem sendo dirigida às relações possíveis entre o *jus cogens* e o regionalismo, bem como às implicações jurídicas e políticas as quais tais relações podem ter no plano internacional.

Não há dúvida de que, ao menos à primeira vista, a justaposição das duas ideias (regionalismo e peremptoriedade) deve parecer contraintuitiva no Direito Internacional. Se for considerada, como ponto de partida, a definição de normas peremptórias incluída no Art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (CVDT), o qual se refere a normas “aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional de Estados como um todo como normas das quais nenhuma derrogação é permitida”, parece haver pouco espaço para qualquer perspectiva regional nesse contexto. O teor universalista que perpassa a ideia de *jus cogens* por muito tempo influenciou as elaborações judiciais e acadêmicas. Não está totalmente claro, todavia, se e por que falar de “*jus cogens* regional”, atualmente, é controverso na perspectiva dos Estados e da CDI, assim como a se as “abordagens regionais ao *jus cogens*” têm algum papel a respeito da definição das relações entre peremptoriedade e regionalismo no Direito Internacional. Tais conceitos — *jus cogens* regional e abordagens regionais ao *jus cogens* — expressam duas formas de se encarar as relações entre regionalismo e peremptoriedade. O *jus cogens* regional se refere à possibilidade de que uma norma peremptória tenha um caráter regional, de modo a se afastar do escopo universal normalmente atrelado à noção de *jus cogens*. Por outro lado, as abordagens regionais ao *jus cogens* dizem respeito à atitude adotada por atores regionais, e, particularmente, por cortes internacionais regionais como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), para a identificação de normas de *jus cogens* tal qual tradicionalmente concebidas.

Este artigo se volta a essas duas perspectivas regionais do *jus cogens* considerando a discussão sobre como as relações entre peremptoriedade e regionalismo são percebidas no debate corrente. Se as duas perspectivas

¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens) (with commentaries)*: report of the International Law Commission: 71st session: General Assembly Official Records, Supp no. 10 (A/74/10), Chapter IV, para. 57.

^{Ver também:} TLADI, Dire. The International Law Commission's Draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*): making wine from water or more water than wine. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 89, n. 2, p. 244-270, 2020.

² Ver, entre outros: GASTORN, Kennedy. Defining the imprecise contours of *Jus Cogens* in international law. *Chinese Journal of International Law*, v. 16, n. 4, 2017.

LINDERFALK, Ulf. *Understanding Jus Cogens in international law and international legal discourse*. Londres: Edgard Elgar, 2020.

^{DE} WET, Erika. Entrenching international values through positive law: the (limited) effect of peremptory norms. *KFG Working Paper*, n. 25, 2019.

expressam diferentes maneiras de se considerar essas relações, este artigo visa, em última instância, demonstrar que ambas estão, de algum modo, interconectadas: o *jus cogens* regional deve se provar uma ferramenta útil para capturar e oferecer significado a certas abordagens regionais (e controversas) ao *jus cogens*.

Este artigo fundamenta-se em pesquisa de fontes primárias de organismos internacionais e em debates doutrinários para compreender o problema levantado e está organizado em duas partes. Na primeira parte, propõe-se uma análise da posição recente adotada pelos Estados e pela CDI sobre o tema do *jus cogens* regional. Assim como várias outras questões relativas à natureza jurídica do *jus cogens* e seus elementos essenciais, não há nenhuma visão globalmente aceita sobre a existência do *jus cogens* regional. Uma posição bastante firme foi, entretanto, adotada pelo Relator Especial da CDI sobre *jus cogens*. Para além de concluir que a noção de *jus cogens* regional não encontra suporte na prática dos Estados, o Relator identificou diversas dificuldades conceituais e práticas em relação ao conceito. A questão permanece aberta ao debate e sua compreensão está sujeita à “influência pervasiva” das abordagens idealista e positivista³. Em vez disso, neste artigo, afirma-se que o debate sobre *jus cogens* regional apresenta abordagens a respeito das formas como o regionalismo é, atualmente, percebido no direito internacional.

Na segunda parte, explora-se a segunda perspectiva regional ao *jus cogens* — as abordagens regionais ao *jus cogens* — tomando como paradigma a prática judicial da CtIDH. A Corte demonstrou, ao longo dos anos, particular ativismo ao tratar sobre o tema do *jus cogens*. A forma pela qual a CtIDH aborda a questão é ilustrativa, especialmente porque revela uma tensão entre o universalismo que, tradicionalmente, subjaz à ideia de *jus cogens* e o latente regionalismo o qual, também, emerge do corpo de prática judicial. O principal argumento desta seção não é demonstrar que a Corte está, de fato, identificando e aplicando o *jus cogens* regional. Ao contrário, o objetivo é demonstrar que a Corte está desenvolvendo uma prática a qual, dificilmente, se coaduna com a ideia de universalismo enquanto base à concepção tradicional de *jus cogens*. O recurso à noção de *jus cogens* regional, de-

fende-se, pode ajudar a compreender e conceituar essa prática controversa.

Um último esclarecimento metodológico parece necessário. Embora a temática de normas peremptórias possa ser analisada sob diversas lentes e empregando diferentes abordagens, como uma leitura colonial/decolonial,⁴ o presente trabalho não pretende ocupar-se dessa questão. Por meio de uma análise dos documentos produzidos pela CDI, pelos Estados em seu anterior, e os instrumentos e decisões da Corte Interamericana, busca-se evidenciar como o problema toca a prática internacional bem como as reações doutrinárias sobre ela.

2 Os descontentamentos do jus cogens regional

2.1 A CDI...

A primeira perspectiva regional debruça-se sobre a ideia do *jus cogens* regional. É importante recordar que essa ideia foi avançada e discutida por vários internacionalistas ao longo dos anos. Basta recuperar que, de acordo com Gaja “nenhuma razão convincente jamais foi dada para anular a possibilidade da existência de normas peremptórias não universais ou “regionais”. Valores prevalentes em grupos regionais não necessariamente conflitam com os valores operando em um ambiente mais alargado. Podem existir normas as quais adquirem caráter peremptório tão somente em um contexto regional. [...] A Convenção de Viena parece usar um conceito injustificadamente restrito de norma peremptória”.⁵ Para além de admitirem a possibilidade

⁴ Nesse sentido ver, meramente a título exemplificativo, PAHUA, Sundhya. *Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

⁵ GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Haia: Recueil des Cours, 1981.

Ver também: HASMATH, Reza. The utility of regional peremptory norms in international affairs. In: REUNIÃO ANNUAL DA AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 2012, Nova Orleans, Estados Unidos. [Paper apresentado...].

Mais recentemente: FOIS, Paolo. Sui caratteri dello jus cogens regionale nel diritto dell'Unione europea. *Rivista di Diritto Internazionale*, v. 3, 2020.

Outras referências estão disponíveis no COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladi*: Rapporteur Especial

³ LINDERFALK, Ulf. Understanding the *Jus Cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 46, 2015.

abstrata de um *jus cogens* regional, vários internacionalistas também se dedicaram a substanciar o conceito. Referência tem sido feita, por exemplo, a um “sistema europeu de direitos humanos peremptórios”⁶, a uma “ordem pública europeia”⁷ e, em perspectiva histórica, a “normas de *jus cogens* entre países socialistas”⁸. Provavelmente, a mais famosa e mencionada referência ao *jus cogens* regional advém da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a qual, em 1987, afirmou que “entre os Estados membros da [Organização dos Estados Americanos] há uma norma de *jus cogens* reconhecida a qual proíbe a execução de crianças por Estados”.⁹ A maior parte desses exemplos de *jus cogens* regional foram negligenciados por outros autores, e, mesmo pelo Relator Especial da CDI, como apresentando diversas dificuldades conceituais e, mais importante, como não sustentadas pela prática dos Estados.¹⁰

Como afirmado acima, este trabalho não visa engajar no debate sobre o fato de que o *jus cogens* regional é concebível prática e, teoricamente, tampouco se esta ou aquela norma regional obteve o status de *jus cogens*. O debate encontra-se aberto, e, mesmo admitindo a possi-

bilidade lógica do *jus cogens* regional, deve-se reconhecer que o conceito permanece “largamente não testada na prática e não alinhada com as aspirações universais de normas peremptórias”¹¹. Na verdade, para além da ausência de prática, nosso foco está dirigido às razões pelas quais há uma desconfiança geral na atualidade sobre a possibilidade de um *jus cogens* regional na Comissão e na visão dos Estados.

Defende-se que tal ceticismo reflete a combinação de dois fatores: por um lado, as presunções universais que, geralmente, inspiram os trabalhos da Comissão, a qual é fomentada nesse caso pela narrativa universalista e tradicional das normas peremptórias; por outro lado, a atitude dos Estados ao rejeitar esse conceito. Essa atitude parece ter origem nas incertezas inerentes à formação e ao impacto das normas peremptórias de modo geral, e das normas peremptórias regionais em particular. Uma vez que os Estados são largamente os autores do Direito Internacional, alguns deles podem nutrir preocupações legais genuínas sobre uma categoria jurídica adicional que tornaria mais restrita a sua mobilidade normativa.

Partindo da atitude que geralmente emerge do trabalho da Comissão, vale recordar o que Crawford resumizou anos atrás ao descrever o “resoluto universalismo” da CDI:

o histórico da Comissão revela não somente uma ausência de referência a questões sobre o regionalismo, mas até mesmo uma tentativa deliberada de se esquivar de tais ideias. Se alguém pudesse escrever a História do desenvolvimento normativo no plano internacional em termos da tensão ou dialética entre universalismo e regionalismo, ponto é que a História da contribuição da Comissão a tais desenvolvimentos seria talvez tendenciosa, senão totalmente inexistente. Em conformidade com o seu Estatuto e o seu mandato, a Comissão trabalha completamente sob o pressuposto do universalismo¹².

(A/CN.4/727). p. 21.

⁶ PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006.

⁷ KOLB, Robert. *Peremptory international law (Jus Cogens): a general inventory*. Oxford: Hart, 2015.

⁸ referência ao conceito de “ordem pública europeia” pode ser encontrada na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Ver: CTEDH. *Caso Loizidou v. Turkey*: (objeções preliminares): decisão, 23 de março de 1995, Série A no. 310.

⁹ TUNKIN, Grigory. *Theory of international law*. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

¹⁰ Ver também, HASMATH, Reza. The utility of regional peremptory norms in international affairs. In: REUNIÃO ANNUAL DA AMERICANA POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 2012, Nova Orleans, Estados Unidos. [Paper apresentada...], para outros exemplos.

¹¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Roach and Pinkerton v. United States*: no. 9647: Resolução no. 3/87, 22 de setembro de 1987.

¹² O 4º relatório do rapporteur especial Tladi na CDI, referindo-se às dificuldades de estabelecimento (ou formação) de um *jus cogens* regional (com o problema da aplicabilidade da regra do objeto persistente), a questão da definição de “região”, a questão da ligação entre *jus cogens* regional a um regime de tratado regional existente, o caráter excepcional de *jus cogens* e as dificuldades relacionadas às consequências de *jus cogens* regionais. Ver mais recentemente: SANTOLARIA, Ruda. The treatment of peremptory norms of general international law (*Jus Cogens*) in the Inter-American Human Rights system. In: TLADI, Dire (ed.). *Peremptory norms of general international law (Jus Cogens): disquisitions and disputations*. Haia: Brill, 2021., criticando a ideia de um “*jus cogens* americano” ou “*jus cogens* africano”.

¹¹ COSTELLOE, Daniel. *Legal consequences of peremptory norms in international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

¹² Ver mais recentemente, sobre este debate: STURMA, Pavel. Is there any regional *Jus Cogens* in Europe? the case of the European Convention of Human Rights. In: TLADI, Dire (ed.). *Peremptory norms of general international law (Jus Cogens): disquisitions and disputations*. Haia: Brill, 2021., o qual conclui que a Convenção Europeia de Direitos Humanos como um todo “não é um exemplo de *jus cogens* regional”.

¹² CRAWFORD, James. Universalism and regionalism from the perspective of the work of the International Law Commission. In: UNITED NATIONS (org.). *International law on the eve of the twenty-first century*. Views from the International Law Commission. Nova York, 1997.

Essa atitude se manteve viva ao longo dos anos pela Comissão e parece ser suficientemente evidente que ela pode ser encontrada ainda mais nos trabalhos relacionados à categoria de normas as quais, desde seus primeiros reconhecimentos em codificações oficiais, foram consideradas como inerentemente universais pelos Estados e pela CDI propriamente.

De fato, a ideia de aspirações universais e aplicabilidade de normas peremptórias é claramente refletida nos trabalhos da CDI sobre normas peremptórias. O esboço de conclusão n.º 3, adotado em primeira leitura, prevê que “normas peremptórias de Direito Internacional geral (*jus cogens*) refletem e protegem valores fundamentais da comunidade internacional, e são hierarquicamente superiores às demais regras de Direito Internacional e aplicáveis universalmente”¹³. Em comentário a essa conclusão, nota-se que a característica da aplicabilidade universal de normas peremptórias de Direito Internacional geral implica que tais normas não se aplicam a uma base regional ou bilateral¹⁴. Assim, a CDI parece ter fechado as portas para a possibilidade de um *jus cogens* regional, afirmando a ideia de que as normas de *jus cogens* são universalmente aplicáveis pela sua própria natureza. Essa ideia denota um forte atrelamento ao espírito do Art. 53 da CVDI, e goza de amplo suporte na prática, ainda que majoritariamente em referência a prática relativa a normas de caráter universal (como a proibição do genocídio ou da agressão). Em outras palavras, a CDI abstraiu dessa prática um elemento inerente de *jus cogens*, isto é, sua aplicabilidade universal. Em seu primeiro relatório, o Relator Especial, inclusive, afirmou que um *jus cogens* regional seria uma exceção ao “princípio geral da aplicação universal das normas de *jus cogens*”¹⁵.

Ao mesmo tempo, todavia, há alguma ambiguidade na abordagem da CDI sobre a questão da possibilidade de um *jus cogens* regional. Enquanto as passagens recém mencionadas demonstram uma posição um tanto radical sobre a não possibilidade de tal modalidade de normas peremptórias no Direito Internacional, outras passagens sugerem uma abordagem mais permissiva a qual parece, ao menos, reconhecer a possibilidade lógica de tais normas. No comentário ao *draft* de Conclusão n.º 1, dedicado ao escopo do trabalho, afirma-se que

“a frase ‘normas peremptórias de Direito Internacional geral (*jus cogens*)’ também serve para indicar que o tópico se preocupa apenas com as normas de Direito Internacional geral. Normas de *jus cogens* em sistemas jurídicos domésticos, por exemplo, não são parte deste tópico. De modo similar, normas de caráter puramente bilateral ou regional também estão excluídas do escopo deste tópico”¹⁶. No mesmo sentido, a possibilidade lógica de um *jus cogens* regional parece não ter sido negada, mas apenas excluída do escopo do trabalho¹⁷.

Deve se observar que, em passagem, uma abordagem similar, embora mais permissiva — a qual parece não excluir completamente a possibilidade de um *jus cogens* regional, mas simplesmente deixa esta categoria fora do escopo do trabalho —, também pode ser encontrada em um trabalho anterior da CDI. A referência remonta ao Guia de Prática sobre Reservas a Tratados, produzido pela Comissão em 2011, cujo Relator Especial, Alain Pellet, apoiou a ideia de um *jus cogens* regional em produções acadêmicas¹⁸. Em comentário ao Artigo 4.4.3 sobre a ausência de efeitos de uma reserva para a provisão de um tratado a qual reflete uma norma peremptória de Direito Internacional geral¹⁹, a referência às normas peremptórias as quais, nas palavras da CDI, “*ex hypothesi*, são aplicáveis a todos os Estados e organizações internacionais”, é acompanhada pela seguinte ressalva: “sujeitas à possível existência de normas peremptórias regionais, as quais a Comissão não abarcou”²⁰.

Em última análise, parece que o “universalismo resoluto” da Comissão foi confirmado em seu recente trabalho sobre normas peremptórias, particularmente à luz da influência advinda do viés universalista da CVDI e da prática relacionada a normas de *jus cogens* de caráter universal. No entanto, para além da ausência de prática

¹³ [Ênfase nossa].

¹⁴ Comentário à conclusão n.º 3, para 15.

¹⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladi*: Rapporteur Especial (A/CN.4/727). p. 68.

¹⁶ Comentário à Draft conclusion 1, para. 7 [Ênfase nossa].

¹⁷ Ao final do quarto relatório que trata da questão, o Relator Especial observou que “pode-se concluir que a noção de *jus cogens* regional não encontra apoio na prática dos Estados. Enquanto uma conclusão preliminar declarando explicitamente que o direito internacional não reconhece a noção de *jus cogens* regional é possível, o Relator Especial é de opinião que tal conclusão não é necessária, e uma explicação apropriada poderia ser incluída no comentário. Por esta razão, nenhuma conclusão preliminar é proposta em relação ao *jus cogens* regional”. (para 47).

¹⁸ PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006.

¹⁹ Comentário ao Artigo 4.4.3, para. 3

²⁰ YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 2011, v. II, part 3, UN Doc A/CN.4/ SER.A/2011/Add.1 (Part 3), 294.

significativa, a possibilidade lógica de um *jus cogens* regional parece não ter sido completamente afastada pela CDI. Trata-se, simplesmente, de algo que vai além dos pressupostos da Comissão, isto é, do universalismo das normas peremptórias e sua prática.

2.2 ...e Estados

Além da abordagem da Comissão, a qual sublinha o universalismo subjacente ao seu mandato, deve-se notar que, em seus trabalhos recentes sobre normas peremptórias, a Comissão encarou uma posição, ainda mais resolvida, da parte dos Estados no interior de seus trabalhos em relação ao conceito de *jus cogens* regional.

Os pronunciamentos dos Estados refletem uma posição bastante radical sobre a impossibilidade de um *jus cogens* regional. A título de exemplo, de acordo com a Grécia, a ideia de um *jus cogens* regional “é contrária à própria noção de *jus cogens*, a qual é por definição universal”. Para o Reino Unido, o conceito de *jus cogens* regional “comprometeria a integridade das normas de *jus cogens* universalmente aplicáveis”. Para a África do Sul, cogitar um conceito como o de *jus cogens* regional teria “um efeito desastroso na natureza suprema e universal do *jus cogens*.”²¹ Em essência, os Estados — virtualmente todos eles, de acordo com a CDI²² — demonstraram ceticismo, senão hostilidade, ao conceito de *jus cogens* regional. O reconhecimento de tal conceito, na percepção dos Estados, se daria em detrimento da integridade de um conceito universal de *jus cogens*.

Seria interessante investigar as razões relacionadas à hostilidade dos Estados em direção a esse conceito. Não é fácil encontrar as razões jurídicas e políticas implícitas a esse posicionamento tão resoluto. O que provoca a oposição dos Estados é a própria ideia de um *jus cogens* regional. Partindo de uma perspectiva axiológica, a negação poderia, inclusive, soar estranha, uma vez que não parece haver nada de errado com a possibilidade de que normas peremptórias insurjam apenas em contextos regionais, de modo a proteger valores fundamentais a contextos particulares. Afinal, recuperando mais uma vez as palavras de Gaja: “valores prevalentes em grupos regionais não necessariamente conflitam com os

valores operando em um ambiente mais alargado”²³. De maneira geral, similarmente à narrativa com frequência empregada pelo regionalismo, ainda que possa ser considerado em contraste ao *jus cogens* universal, já que não parece responder à ideia de igualdade formal entre os Estados, o *jus cogens* pode, no entanto, fomentar “a igualdade substantiva” entre os Estados por meio do encorajamento do que veio a ser definido como “uma abordagem pluralista marcada pela diversidade e pelo respeito às diferenças”.²⁴

Então, por qual motivo os Estados não apreciam a ideia de um *jus cogens* regional? Um olhar mais detido sugere que, na perspectiva dos Estados, deve haver razões plausíveis para se reagir contra a ideia de um *jus cogens* regional, ou, ao menos, deixá-la para especulações acadêmicas e não para o trabalho de um órgão como a CDI. A pouca afeição dos Estados pelo conceito de *jus cogens* regional pode ser explicada especialmente pelas incertezas em relação ao papel do consentimento e sobre o processo de identificação das normas de *jus cogens* de modo geral. Essas normas são percebidas como excepcionais, e o processo, para sua identificação, é particularmente demandante.

Isso acontece porque o *jus cogens* tem a capacidade de produzir obrigações aos Estados na ausência de seu consentimento. A regra do objetor persistente não se aplica às normas peremptórias de Direito Internacional geral.²⁵ Conforme, também, reconhecido pela CDI, a razão pela qual as normas de *jus cogens* tornam-se obrigatórias sem o consentimento pode ser encontrada no fato de que elas são fundamentais para a comunidade

²¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladé*. Rapporteur Especial (A/CN.4/727). p. 22.

²² Ver Comentário à Draft conclusion 3, para 15, nota de rodapé 736.

²³ GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Haia: Recueil des Cours, 1981.

²⁴ HASMATH, Reza. The utility of regional peremptory norms in international affairs. In: REUNIÃO ANNUAL DA AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 2012, Nova Orleans, Estados Unidos. [Paper apresentado...]. Como o autor observa, “a existência de *jus cogens* regionais através da promoção de divisões regionais e variações no direito internacional é uma afronta a nossas sensibilidades e intuições gerais”. Mesmo assim, em uma comunidade internacional contemporânea na qual os Estados-nação são caracterizados por uma heterogeneidade sem precedentes, são exigidas normas de *jus cogens* regionais em situações limitadas; na esperança de promover igualdade substantiva e tratamento diferenciado, apesar de perpetuar uma maior desigualdade soberana. Negar a um grupo regional de estados-nação seu pensamento jurídico coletivo — encarnado como um *jus cogens* regional apenas convida à manutenção de perspectivas privilegiadas. Isto, também, deve ser uma afronta a nossas sensibilidades e intuições”.

²⁵ Ver Draft conclusion 14.

internacional, universal por natureza²⁶. Isso pode soar como um *petitio principii*, mas, pela perspectiva dos Estados, o universalismo surge como uma válvula de segurança, de modo que apenas quando valores fundamentais universais estão em risco haveria a possibilidade de se cristalizar uma norma de *jus cogens*. De outro modo, os Estados querem reter a sua liberdade para possivelmente objetar ao costume, seja ele universal ou regional. Portanto, é compreensível que os Estados percebam a ideia de um *jus cogens* regional como algo que poderia, súbita e excessivamente, constrianger seus espaços soberanos. Senão como expressão de valores universais, o *jus cogens* poderia escapar do que os Estados consideram como uma garantia contra uma constrição a sua soberania. De modo geral, para além da capacidade do *jus cogens* de gerar obrigações à revelia do consentimento, seu processo de formação permanece um tanto misterioso e menos submetido ao “controle” dos Estados se comparado à formação do costume²⁷. Em adição, os efeitos do *jus cogens* podem ser sentidos muito além do direito dos tratados, produzindo consequências, também, em termos de responsabilidade dos Estados.²⁸

Um fator adicional que pode ter dirigido os Estados a excluirmos radicalmente a possibilidade de um *jus cogens* regional está relacionado às incertezas do impacto normativo “externo” dessa categoria. Já foi mencionado que “a passagem ao nível regional pode ser a porta de entrada para um reconhecimento mais amplo”²⁹. De fato, se for considerada a prática muito limitada e controversa no campo do *jus cogens* regional, pode-se notar a tendência em direção à universalização de tais normas. Este é o caso da já mencionada regra a qual proíbe as execuções juvenis, declarada “universalizada” pelo mesmo sistema regional após alguns anos da declaração de seu status como norma peremptória³⁰. Os

fatores articulados a essa força alegadamente expansiva não são claros, e não se pode excluir que Estados “fora da região” possam temer essa tendência, a qual pode fazê-los sujeitos a normas peremptórias cujas origens são estranhas a estes.

3 Abordagens regionais ao *Jus Cogens*

3.1 O uso da peremptoriedade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

A desconfiança geral corrente quanto à possibilidade de um *jus cogens* regional na CDI e na visão dos Estados encontra ressonância na prática da CtIDH, um dos órgãos mais ativos no recurso a essa categoria de normas. Como reconheceu o Relator Especial

enquanto a Corte e a Comissão Interamericanas e tem sido mais abertas a reconhecer normas de *jus cogens*, tais normas [...] não foram reconhecidas como *jus cogens* regional. Assim, o sistema Interamericano de Direitos Humanos não provê suporte para a noção de *jus cogens* regional.³¹

Entretanto, pode-se conjecturar se as razões as quais levaram a CDI a abraçar o “resoluto universalismo”³² são as mesmas as quais guiam os órgãos americanos, ou se a CtIDH preferiu aderir ao aspecto universalista de peremptoriedade por outras razões de política judicial.

De início, duas querelas podem ser levantadas em relação à afirmação do Relator Especial sobre a CtIDH. Em primeiro lugar, embora seja verdade que o sistema tem sido aberto a reconhecer certas normas como peremptórias, pode-se lançar dúvidas se as regras reconhecidas como *jus cogens* pela Corte são universalmente aceitas como tais. A Corte pode muito bem reconhecer uma norma de *jus cogens* — como, por exemplo, o prin-

do Michael Domingues v. United States, Caso No. 12.285, Mérito, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 22 de outubro de 2002, para. 85 (“a Comissão está satisfeita, com base nas informações que lhe foram apresentadas, que esta regra foi reconhecida como sendo de natureza suficientemente indelével para constituir agora uma norma de *jus cogens*, um desenvolvimento antecipado pela Comissão em sua decisão no caso Roach e Pinkerton”).

³¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladí*. Rapporteur Especial (A/CN.4/727). para 40.

³² Ver supra note 11.

²⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladí*. Rapporteur Especial (A/CN.4/727). paras. 28.

²⁷ SIMMA, Bruno; ALSTON, Philip. The sources of Human Rights law: custom, Jus Cogens, and general principles. *Australian Yearbook of International Law*, v. 12, n. 1, 1992.

²⁸ Ver, de modo geral: COSTELLOE, Daniel. *Legal consequences of peremptory norms in international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

²⁹ PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006. p. 89.

³⁰ Ver: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladí*. Rapporteur Especial (A/CN.4/727). para 39. Citan-

cípio de “*non refoulement* indireto”³³ — o qual, ainda, não se trata de um consenso na comunidade internacional. A Corte, também, pode identificar, interpretar e aplicar uma bem estabelecida norma de *jus cogens*, enquanto promove uma interpretação distinta dessa regra. Uma leitura possível de tais abordagens poderia ser a de que a Corte está, na verdade, tratando de diferentes regras, talvez de caráter regional. Nenhuma orientação sobre essas questões altamente teóricas podem ser encontradas nos trabalhos da CDI. O Relator Especial parece evitá-las, seja não examinando a prática da CtIDH, seja insistindo na ausência de referências ao *jus cogens* regional pela Corte.

Essas questões conduzem a um segundo problema: é possível se basear, exclusivamente, na inexistência de declaração de normas regionais de *jus cogens* por um certo grupo de Estados ou um dado órgão judicial para atestar a existência ou não de tais normas? Se o critério final para determinar a existência de um *jus cogens* regional é a aberta admissão pela Corte de que a norma por ela aplicada tem a natureza de *jus cogens* regional, a categoria está destinada à inexistência. Nessa toada, a busca do Relator Especial por exemplos de prática regional está fadada ao fracasso.

A relação entre regionalismo³⁴ e peremptoriedade é particularmente controversa se vista pelas lentes da prática judicial da CtIDH. Como veremos adiante, a Corte abraça um universalismo resolutivo e, por diferentes razões, nomina como *jus cogens* uma determinada regra a qual precisa, na sua visão, ganhar particular impor-

tância no interior do sistema. Na contramão, o Relator Especial e a CDI se mostram satisfeitos com o fato de que o Sistema Interamericano não cria dificuldades ao seu projeto universalista sobre *jus cogens*, e se filiam ao silêncio da Corte sobre normas peremptórias regionais. Contudo, a dificuldade última para reconciliar o que se encontra entre essas duas posições é algo que o projeto da CDI parece somente postergar: a frágil harmonia entre peremptoriedade, regionalismo e universalismo, a qual se encontra sob permanente tensão. A consistência do projeto universalista da CDI sobre *jus cogens* resta sobre o fato de que os Estados não são afeitos a reconhecer o *jus cogens* regional, e nem mesmo as cortes internacionais querem fazer uso dele. Entretanto, a tensão entre esses três conceitos tem o potencial de macular qualquer projeto jurídico coerente. Algumas rugas já podem ser percebidas na face da Corte de São José.

Por um lado, a abordagem universalista adotada pela CDI associa, apenas, as normas de *jus cogens* com regras que necessariamente transmitem os valores da comunidade internacional como um todo. Qualquer ameaça à universalidade de tais valores minaria sua peremptoriedade. Assim, a solução óbvia é descartar qualquer tipo de excepcionalidade (expressa aqui pelo regionalismo) e enfatizar a exigência de universalidade das regras peremptórias. No outro extremo do espectro, entretanto, existem órgãos regionais que, por argumentos históricos, por necessidades especiais ou outras razões, aspiram a dar a certas regras um caráter superior. Tais regras, ainda, não possuem o alcance universal, mas a necessidade de dar-lhes peremptoriedade permanece. Em suma, há uma demanda dos órgãos regionais para utilizar a peremptoriedade em sua prática. Por consequência, a peremptoriedade não se torna, apenas, uma exigência do projeto universalista, mas uma ferramenta para as aspirações regionais.

Em toda a sua jurisprudência, a CtIDH já reconheceu, pelo menos, oito regras diferentes como *jus cogens*.³⁵ No entanto, em raras ocasiões, esses reconhecimentos foram acompanhados de efeitos específicos. No caso *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, a Corte considerou que um tratado “seria nulo e sem efeito porque contradiz

³³ CtIDH. *Opinião Consultiva: rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*, OC-21, 19 de agosto de 2014, IACtHR Series A no. 21. para. 225. e, CtIDH. *Opinião Consultiva: the institution of asylum, and its recognition as a human right under the Inter-American System of Protection*, OC-25/18, of 30 de maio de 2018, IACtHR Series A no. 25 [OC-25/18]. para. 181.

³⁴ A questão do regionalismo no continente americano voltou a ganhar atenção em tempos recentes. Veja, a este respeito: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direito Internacional Costumeiro Regional* (em especial no contexto americano). In: COMITÉ JURÍDICO AMERICANO; DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA SECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (ed.). *Curso de Derecho Internacional XLVI 2019*. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2020. v. 1. p. 13-27.

^{LIMA}, Lucas Carlos. Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee. In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena; SALERNO, Francesco (ed.). *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione Europea*. Milão: [s. n.], 2019.

³⁵ CtIDH. *Opinião Consultiva: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States*, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 100.

as normas do *jus cogens superveniens*³⁶. Esta foi a única ocasião em que a Corte estipulou efeitos específicos de acordo com o artigo 64 da Convenção de Viena. Na maioria dos casos, a declaração do caráter peremptório de uma regra teve efeito puramente retórico, com o objetivo de reforçar a importância da norma no contexto específico em que ela foi aplicada. O recurso à declaração foi utilizado, especialmente, para reforçar o dever de respeitar as obrigações internacionais quando estas correm o risco de entrar em conflito com as obrigações domésticas. Alternativamente, o recurso ao caráter peremptório de uma regra pela CtIDH serve para afirmar o caráter hierarquicamente superior desta em relação às ordens jurídicas domésticas.

Por exemplo, no caso *Yatama v. Nicarágua*, a CtIDH observou que

no estágio atual da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e da não discriminação adentrou o reino do *jus cogens* (...) Consequentemente, os Estados são obrigados a não introduzir legislações discriminatórias em seu Direito, a revogar legislações de natureza discriminatória, a combater práticas dessa natureza e a estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e garantam a igualdade efetiva perante a lei de cada indivíduo.³⁷

É difícil entender por que essas obrigações derivam da peremptoriedade da regra e não da necessidade de respeitar as obrigações internacionais. Exemplos no mesmo sentido abundam na jurisprudência da Corte.³⁸ Assim, o recurso às regras peremptórias parece reiterar a primazia da ordem interamericana sobre as ordens jurídicas nacionais, oferecendo uma ferramenta adicional à primeira com o objetivo de promover o seu cumprimento pela segunda.

³⁶ CTIDH. *Caso Aloeboetoe et al. v. Suriname*: reparações e custas: decisão de 10 de setembro de 1993, IACtHR Série C no. 15. para. 57.

³⁷ CTIDH. *Caso Yatama v. Nicaragua*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 23 de junho de 2005, IACtHR Série C no. 127. paras 184 e 185.

^{Ver}, sobre isso: DUARTE, Mônica; LIMA, Fernanda da Silva. O princípio da igualdade e não discriminação como norma *jus cogens* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 8, n. 15, p. 151-180, 2017.

³⁸ Ver, por exemplo: ABELLO-GALVIS, Ricardo. La jurisprudencia de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme et le *jus cogens* (2013 - février 2016). In: CRAWFORD, James et al. (ed.). *The International Legal Order: current needs and possible responses: essays in honour of Djamchid Momtaz*. Haia: Brill, 2017.

ABELLO-GALVIS, Ricardo. La jerarquía normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: evolución jurisprudencial del *Jus Cogens* (1993-2012). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 1, p. 357-375, 2012.

Uma segunda particularidade das regras de *jus cogens* na jurisprudência da CtIDH diz respeito a seu método de verificação. Não raramente, a Corte adotou uma abordagem abrangente com várias normas, deduzindo o caráter peremptório apenas a partir de outras normas as quais possuem o mesmo caráter, uma abordagem que poderia ser descrita como “efeito cascata”. Esse exercício acabou ampliando o número de normas com tal efeito. Isto ocorreu com a declaração de *non-refoulement* e a proibição de desaparecimentos forçados como regras de *jus cogens*. Em essência, a lógica da Corte seria que “como [o *non-refoulement*] é uma obrigação derivada da proibição da tortura, o princípio de *non-refoulement* nessa área é absoluto e também se torna uma norma peremptória do direito internacional consuetudinário; em outras palavras, do *jus cogens*”³⁹.

3.2 A tendência à universalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana usa as normas de *jus cogens* para fins específicos e é particularmente propensa a elevar certas normas (ou regras a elas relacionadas) à peremptoriedade. O particularismo da Corte parece afastar-se do que seria uma abordagem “tradicional” do *jus cogens*, ou, pelo menos, da abordagem adotada pelo Relator Especial da CDI, que coloca ênfase em sua dimensão universal. Isto parece ir contra a ideia de que a prática da CtIDH descarta, completamente, a hipótese de um *jus cogens* regional.

Há, pelo menos, duas razões de política judicial que se pode esboçar para explicar por que a Corte Interamericana é tão propensa a identificar as regras de *jus cogens*. A primeira tem relação com sua missão e a percepção de seu papel como guardião e promotora dos direitos humanos no continente americano.⁴⁰ Assim, o reconhe-

³⁹ CTIDH. *Opinião Consultiva: rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*, OC-21, 19 de agosto de 2014, IACtHR Series A no. 21. para. 225.

^{Quanto} aos desaparecimentos forçados, a referência é: CTIDH. *Osoario Rivera and family members v. Peru*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 26 de novembro de 2013, IACHR, Série C no. 274. para. 112.

⁴⁰ Há uma rica literatura a este respeito, mas, em geral, ver: HENNEBEL, Ludovic. The Inter-American Court of Human Rights: the ambassador of universalism. *Hors-série Revue Québécoise de Droit International*, p. 57-97, 2011.

LIXINSKI, Lucas. Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 3, p. 585-604,

cimento de uma regra hierarquicamente superior, na lógica da Corte, serviria para garantir maior proteção às vítimas de graves violações dos direitos humanos. A segunda razão pela qual a Corte recorre ao argumento da peremptoriedade parece estar relacionada com a resistência geral ao direito internacional e à própria Corte no continente americano. Os juízes e agentes públicos nacionais não estão particularmente abertos a ordens jurídicas externas e a literatura recente tem apontado casos de resistência à Corte.⁴¹ Assim, o tribunal reage refinando o discurso jurídico e recorrendo à peremptoriedade da regra em questão. Isto pode ser verificado, a título de ilustração, quando a Corte decidiu declarar não apenas que a proibição de crimes contra a humanidade era uma regra de *jus cogens*, mas também as “obrigações associadas de processar, investigar e punir tais crimes”.⁴² Nesses casos, e dada a resistência antecedente da legislação nacional devido às leis de anistia, a ferramenta que a Corte parece utilizar para aumentar a efetividade de sua decisão é ampliar o escopo da regra de *jus cogens*. Em outras palavras, a Corte recorre à peremptoriedade em nome de uma necessidade regional, que pode ser descrita como uma situação factual ou jurídica particular aos membros da Convenção Americana que leva a Corte a adotar uma estratégia jurídica específica. Como mostrado acima, a Corte sentiu a necessidade de “promover” certas categorias de regras não reconhecidas universalmente como *jus cogens*, a fim de aumentar sua eficácia em relação às ordens jurídicas internas. Seja para reforçar seu papel de protetora dos direitos humanos, seja para aumentar o respeito e a eficácia de suas decisões nas ordens jurídicas internas, o uso discursivo das regras do *jus cogens* é uma realidade na jurisprudência da Corte Interamericana e se baseia em uma dinâmica regional — não universal — destinada a aumentar a eficácia da Convenção Americana.

Em um pronunciamento recente, a Corte encontrou uma oportunidade para elaborar e esclarecer algumas questões sobre sua abordagem quanto a estas regras. Na Opinião Consultiva 26 de 2020, solicitada pela Colômbia, a Corte foi convocada a expressar sua visão sobre as obrigações dos Estados que se retiraram da Convenção Americana e da Carta da OEA. Entre as obrigações remanescentes, a Corte foi categórica ao apontar que “algumas obrigações estipuladas pela Convenção Americana coincidem com aquelas referentes às normas consuetudinárias do direito internacional”.⁴³ O mesmo se aplica “aos princípios gerais do direito e às normas do *jus cogens*”. Em uma ode ao universalismo, a Corte fez uma declaração particularmente alinhada com os pontos de vista do Relator Especial e da CDI quando declarou que

o *jus cogens* é apresentado como a expressão legal da comunidade internacional como um todo, baseada em valores universais e superiores, que incorporam padrões básicos que garantem valores humanos essenciais ou fundamentais relacionados à vida, dignidade humana, paz e segurança.⁴⁴

Essas duas passagens parecem revelar uma certa atitude ambígua da CtIDH. Embora reafirmando que as regras do *jus cogens* expressam valores da comunidade geral como um todo, no fim do dia, a Corte se coloca como guardião de um tratado regional, cujas obrigações tão somente “coincidem” com as normas do *jus cogens*. A Corte não o reconhece expressamente, mas parece justificar sua abordagem expansiva diante do *jus cogens* justamente por ser a intérprete da Convenção. O que é interessante notar, no entanto, é que a Corte tem a última palavra para determinar quais situações podem exigir a declaração de uma determinada regra como possuindo um caráter peremptório. A Corte define (1) quando uma regra atingiu tal caráter; (2) os métodos específicos para identificar as regras de *jus cogens* no continente americano (incluindo a abordagem acima mencionada baseada no “efeito em cascata”) e; (3) define quais situações são particularmente importantes para

2010.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Decomartmentalization”: the key technique for interpreting regional human rights treaties. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 2, 2018.

⁴¹ CONTESE, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 1, 2019.

HUNEUS, Alexandra. Courts resisting courts: lessons from the Inter-American Court’s Struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, 2011.

⁴² Ver, por exemplo: CtIDH. *Caso Almonacid Arellano et al. v. Chile*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 26 de setembro de 2006, Série C no. 154. e, CtIDH. *Caso Herzog et al. v. Brazil*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 15 de março de 2018, Série C no. 353.

⁴³ CtIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 100.

⁴⁴ CtIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 105.

recorrer a essas normas. Assim, dentro do sistema, é a Corte que tem a última palavra sobre normas peremptórias, e parece ser conveniente que a ela adira a um discurso universalista, o qual serve para legitimar seu papel exclusivo de identificador e intérprete das regras de *jus cogens*.

Outra explicação possível para a adesão resoluta ao universalismo pela CtIDH é que, ao recorrer ao universalismo, a Corte reforça sua própria jurisprudência sobre a identificação e interpretação de *jus cogens*. Ao abraçar a ideia de *jus cogens* como regras gerais representando valores universais e, ao mesmo tempo, sendo uma das cortes permanentes mais profícuas na identificação dessas regras, a consequência inevitável do raciocínio da Corte é reforçar suas próprias conclusões anteriores sobre *jus cogens* - algo presente no parágrafo 106 da Opinião 26/20.⁴⁵ Em outras palavras, a Corte abraça a ideia de que certas regras possuem “valores universais e superiores”, mas se coloca como um dos intérpretes autênticos desses valores. Isto não ocorre sem dificuldades.

3.3 Dificuldades no uso do Jus Cogens pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Não é fácil conciliar a retórica universalista da Corte sobre *jus cogens* e sua prática efetiva, a qual enfatiza elementos regionais ou sua autoridade regional. Uma tentativa de reconciliação pode criar, pelo menos, dois problemas sobre os quais cabe investigação. O primeiro é a potencial não correspondência entre o projeto universalista do *jus cogens* e as decisões da CIDH sobre *jus cogens*. O segundo diz respeito à relação entre as regras regionais e universais de *jus cogens*.

O primeiro problema é particularmente bem ilustrado em uma recente Opinião Consultiva (OC-26/20) da Corte Interamericana. Nesse caso, a Corte oferece uma lista de oito regras *jus cogens* reconhecidas em sua jurisprudência.⁴⁶ Se comparadas à lista não exaustiva de

normas peremptórias de direito internacional geral preparada pelo Relator Especial da CDI, algumas questões chamam a atenção. A primeira é o fato de que a lista da CtIDH é muito mais inclusiva do que a lista da CDI. Isto não é surpreendente, dadas as razões acima mencionadas. Além disso, mesmo quando ambas apresentam regras semelhantes, o conteúdo das regras da lista da CtIDH tende a ser um pouco mais expansivo, como a “proibição da escravidão e qualquer outra prática similar” ou a “proibição de crimes contra a humanidade e a obrigação associada de processar, investigar e punir esses crimes”.

Curiosamente, o Relator Especial trata como “candidatas a *jus cogens*” pelo menos duas regras que a CtIDH reconhece como *jus cogens*: a regra de *non-refoulement*, e a proibição aos desaparecimentos forçados. Entende-se que a lista da CtIDH é exemplar e que o

relatório (e quaisquer possíveis conclusões e comentários adotados pela Comissão) pode servir de impulso para gerar mais evidências de aceitação e reconhecimento pela comunidade internacional dos Estados como um todo do caráter peremptório de normas adicionais.⁴⁷

Entretanto, essa declaração e o projeto da CDI em geral não resolve o obstáculo no qual uma das “candidatas” foi tratada por um tribunal regional dentro de um regime convencional específico como tendo caráter peremptório. Os Estados partes desse tratado poderiam ter começado a tratá-lo de acordo.

A questão aqui não é dizer que essas “candidatas” são necessariamente regras regionais de *jus cogens* ou que nosso esforço visa compreender seu real *status* jurídico. Poderia-se, inclusive, perceber a diferença de opinião entre a CtIDH e a CDI como uma divergência de opinião entre progressistas e conservadores a nível global, em vez de uma disputa entre o nível universal e o nível regional. Não obstante, apenas argumenta-se que a cate-

cia às sentenças e opiniões consultivas nas quais o reconhecimento ocorreu; Princípio da igualdade e proibição de discriminação; Proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física quanto psicológica; Proibição de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante; Proibição de desaparecimento forçado de pessoas; Proibição de escravidão e outras práticas similares; Princípio de *non-refoulement* (não-repulsão), incluindo não rejeição nas fronteiras e repulsão indireta; Proibição de cometer ou tolerar violações graves, massivas ou sistemáticas dos direitos humanos, incluindo execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e tortura; e Proibição de crimes contra a humanidade e a obrigação associada de processar, investigar e punir esses crimes.

⁴⁷ Referência da citação.

⁴⁵ CtIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 106-107.

⁴⁶ CtIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 106. A Corte reconhece as seguintes regras, fazendo referên-

goria legal das regras de *jus cogens* regional foi descartada do projeto da CDI muito precocemente e poderia ter recebido mais atenção da Comissão. Além disso, como uma categoria jurídica, o *jus cogens* regional poderia, pelo menos, servir como um meio-termo acomodador, o qual abrigaria regras que apresentam algumas características de *jus cogens*, mas que ainda não se consolidaram como tal.

Fica-se com a impressão de que tanto a CDI quanto a CtIDH estão apontando em direções diferentes, enquanto ambas defendem um universalismo resolutivo. As ansiedades dos Estados e da CDI sobre possíveis fraturas no projeto, ao admitir *jus cogens* regionais, são mais teóricas do que práticas. Entretanto, embora não se possa excluir que o reconhecimento de *jus cogens* regionais possa se mostrar coerente e harmonioso com um projeto universalista de *jus cogens*, a Corte Interamericana não considera essa hipótese. Uma possível razão para esse fato parece estar na mesma lógica pela qual a CtIDH recorre à peremptoriedade: a retórica do *jus cogens* universalista ressoa melhor juntamente ao público interno o qual ela precisa convencer e no qual ela deve fazer-se mais bem respeitada. De fato, talvez a Corte fizesse bem em seguir o caminho do universalismo, pois isso poderia contribuir para dar maior peso a suas decisões em termos da formação do *jus cogens* universal. No entanto, essa ausência de recurso ao *jus cogens* regional poder ser percebida como uma oportunidade perdida para a Corte, que poderia ter suas normas alocadas em uma categoria mais apropriada do que a de “candidatas” a *jus cogens*.

A segunda questão que a prática da CtIDH pode oferecer se volta à relação potencial entre as regras regionais e universais de *jus cogens*. Uma das resistências em aceitar regras regionais peremptórias é o conflito potencial com suas contrapartes universais.⁴⁸ A questão gira em torno de qual delas deve prevalecer em caso de conflito. Para o bem de nossos propósitos nessa seção, supõe-se, hipoteticamente, que a identificação de regras de *jus cogens* na OC 26/20 da CtIDH corresponde ao *jus cogens* regional: elas formam-se com base em valores compartilhados por todos os Estados partes da Convenção Americana de Direitos Humanos; foram devidamente identificadas pelo órgão judicial e têm par-

ticularidades que não correspondem ao consenso geral identificado no projeto do Relator Especial da CDI em seu Quarto Relatório. Mesmo com essa suposição, a jurisprudência relacionada a essas oito regras é reveladora. Nenhum conflito é evidenciado. As particularidades regionais parecem detalhar as regras já existentes em nível universal, à luz das necessidades locais. Dito de outra forma, as regras regionais não prejudicam as regras peremptórias universais; pelo contrário, parecem enriquecê-las. A ausência de aparente conflito revela uma lógica crucial por trás do regionalismo: a liberdade de certos Estados de diferentes regiões para proteger valores específicos e usar a peremptoriedade como um instrumento de proteção de tais valores. Além disso, a ausência de conflito insinua outra dimensão potencial da categoria jurídica do *jus cogens* regional: o fato de que este pode constituir uma etapa intermediária para a formação do *jus cogens* universal.⁴⁹

4 Considerações finais

O debate sobre as regras regionais peremptórias mostra que a ideia de universalidade está profundamente enraizada na própria noção de normas peremptórias, tal como são entendidas pelos Estados e pela CDI. Nos trabalhos recentes da Comissão, seguindo a posição radical dos Estados a esse respeito, essa ideia tem sido ainda mais acentuada. Esses trabalhos acrescentaram à visão comum que a universalidade é uma característica inerente ao *jus cogens*. Isto sugere que, mesmo assumindo sua possibilidade lógica, o *jus cogens* regional, talvez, se enquadrasse em uma categoria normativa diferente das normas peremptórias do Direito Internacional e que, na perspectiva da CDI e dos Estados, não deveria ser considerada quando se trata de avaliar o conceito de peremptoriedade no direito internacional. Portanto, a história até agora confirma a impressão de que, pelo menos na percepção dos Estados e da CDI, o regionalismo e a peremptoriedade no direito internacional permanecem aparentemente incompatíveis quando se trata da primeira perspectiva regional que analisamos, a do *jus cogens* regional.

⁴⁸ Este caso não é desconhecido na produção acadêmica. Veja a este respeito: GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Haia: Recueil des Cours, 1981.

⁴⁹ PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006.

Por outro lado, a análise da segunda perspectiva — a das abordagens regionais do *jus cogens* — coloca em questão a “incompatibilidade de princípios” entre peremptoriedade e regionalismo. É verdade que também o sistema interamericano defende uma noção universalista de peremptoriedade a qual, aparentemente, deixa pouco espaço para regras regionais. No entanto, a abordagem da Corte ao *jus cogens* é essencialmente motivada pelas necessidades locais.

O paradoxo é exatamente este: mesmo que o *jus cogens* regional possa ser logicamente concebível e potencialmente útil, por diferentes razões, a Corte parece não ter interesse em desenvolvê-lo. Como demonstrado, a Corte declara o caráter de *jus cogens* de uma série de regras, mas o faz em um contexto específico e para propósitos específicos. Talvez esses dois elementos (contexto e propósito) pudessem ser melhor ponderados no momento de identificar se os “valores universais e superiores” são os da comunidade internacional como um todo ou da comunidade dos Estados americanos.

Essas duas perspectivas regionais sobre *jus cogens* revelam, em última análise, que, não obstante a desconfiança geral dos Estados e da CDI em relação à ideia de *jus cogens* regional, as abordagens regionais de *jus cogens* podem colocar em xeque uma compreensão uniforme dessas normas e podem abrir o caminho para compreender adequadamente o significado da ideia de *jus cogens* regional no direito internacional.

Referências

ABELLO-GALVIS, Ricardo. La jerarquía normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: evolución jurisprudencial del *Jus Cogens* (1993-2012). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 1, p. 357-375, 2012.

ABELLO-GALVIS, Ricardo. La jurisprudencia de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme et le *jus cogens* (2013 - février 2016). In: CRAWFORD, James et al. (ed.). *The International Legal Order: current needs and possible responses: essays in honour of Djamchid Momtaz*. Haia: Brill, 2017.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Decompartimentalization”: the key technique for interpreting

regional human rights treaties. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 2, 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens) (with commentaries)*: report of the International Law Commission: 71st session: General Assembly Official Records, Supp no. 10 (A/74/10), Chapter IV.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladi*: Rapporteur Especial (A/CN.4/727).

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Roach and Pinkerton v. United States*: no. 9647: Resolução no. 3/87, 22 de setembro de 1987.

CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 1, 2019.

COSTELLOE, Daniel. *Legal consequences of peremptory norms in international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

CRAWFORD, James. Universalism and regionalism from the perspective of the work of the International Law Commission. In: UNITED NATIONS (org.). *International law on the eve of the twenty-first century*. Views from the International Law Commission. Nova York, 1997.

CTEDH. *Caso Loizidou v. Turkey*: (objeções preliminares): decisão, 23 de março de 1995, Série A no. 310.

CTIDH. *Caso Almonacid Arellano et al. v. Chile*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 26 de setembro de 2006, Série C no. 154.

CTIDH. *Caso Aloeboetoe et al. v. Suriname*: reparações e custas: decisão de 10 de setembro de 1993, IACtHR Série C no. 15.

CTIDH. *Caso Herzog et al. v. Brazil*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 15 de março de 2018, Série C no. 353.

CTIDH. *Caso Yatama v. Nicaragua*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 23 de junho de 2005, IACtHR Série C no. 127.

CTIDH. *Opinião Consultiva*: rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of

- international protection, OC-21, 19 de agosto de 2014, IACtHR Series A no. 21.
- CTIDH. *Opinião Consultiva*: the institution of asylum, and its recognition as a human right under the Inter-American System of Protection, OC-25/18, of 30 de maio de 2018, IACtHR Series A no. 25 [OC-25/18].
- CTIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21.
- CTIDH. *Osorio Rivera and family members v. Peru*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 26 de novembro de 2013, IACHR, Série C no. 274.
- DE WET, Erika. Entrenching international values through positive law: the (limited) effect of peremptory norms. *KFG Working Paper*, n. 25, 2019.
- DUARTE, Mônica; LIMA, Fernanda da Silva. O princípio da igualdade e não discriminação como norma *jus cogens* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 8, n. 15, p. 151-180, 2017.
- FOIS, Paolo. Sui caratteri dello *jus cogens* regionale nel diritto dell'Unione europea. *Rivista di Diritto Internazionale*, v. 3, 2020.
- GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Haia: Recueil des Cours, 1981.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Direito Internacional Costumeiro Regional (em especial no contexto americano). In: COMITÉ JURÍDICO AMERICANO; DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA SECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (ed.). *Curso de Derecho Internacional XLVI 2019*. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2020.
- GASTORN, Kennedy. Defining the imprecise contours of *Jus Cogens* in international law. *Chinese Journal of International Law*, v. 16, n. 4, 2017.
- HASMATH, Reza. The utility of regional peremptory norms in international affairs. In: REUNIÃO ANNUAL DA AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 2012, Nova Orleans, Estados Unidos. [Paper apresentado...].
- HENNEBEL, Ludovic. The Inter-American Court of Human Rights: the ambassador of universalism. *Hors-série Revue Québécoise de Droit International*, p. 57-97, 2011.
- HUNEEUS, Alexandra. Courts resisting courts: lessons from the Inter-American Court's Struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, 2011.
- KOLB, Robert. *Peremptory international law (Jus Cogens): a general inventory*. Oxford: Hart, 2015.
- LIMA, Lucas Carlos. Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee. In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena; SALERNO, Francesco (ed.). *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione Europea*. Milão: [s. n.], 2019.
- LINDERFALK, Ulf. *Understanding Jus Cogens in international law and international legal discourse*. Londres: Edgard Elgar, 2020.
- LINDERFALK, Ulf. Understanding the *Jus Cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 46, 2015.
- LIXINSKI, Lucas. Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 3, p. 585-604, 2010.
- PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006.
- SANTOLARIA, Ruda. The treatment of peremptory norms of general international law (*Jus Cogens*) in the Inter-American Human Rights system. In: TLADI, Dire (ed.). *Peremptory norms of general international law (Jus Cogens): disquisitions and disputations*. Haia: Brill, 2021.
- SIMMA, Bruno; ALSTON, Philip. The sources of Human Rights law: custom, *Jus Cogens*, and general principles. *Australian Yearbook of International Law*, v. 12, n. 1, 1992.
- STURMA, Pavel. Is there any regional *Jus Cogens* in Europe? the case of the European Convention of Human Rights. In: TLADI, Dire (ed.). *Peremptory norms of general international law (Jus Cogens): disquisitions and disputations*. Haia: Brill, 2021.

TLADI, Dire. The International Law Commission's Draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*): making wine from water or more water than wine. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 89, n. 2, p. 244-270, 2020.

TUNKIN, Grigory. *Theory of international law*. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 2011, v. II, part 3, UN Doc A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 3), 294.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Impacto e importância, para o Brasil, de oito relatórios temáticos da Relatoria Especial das Nações Unidas sobre tortura

Impact and importance, for Brazil, of eight thematic reports of the United Nations Special Rapporteurship on torture

Henrique Napoleão Alves

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Impacto e importância, para o Brasil, de oito relatórios temáticos da Relatoria Especial das Nações Unidas sobre tortura*

Impact and importance, for Brazil, of eight thematic reports of the United Nations Special Rapporteurship on torture

Henrique Napoleão Alves**

Resumo

A Relatoria Especial das Nações Unidas sobre Tortura aprovou, em anos recentes, oito relatórios temáticos sobre o uso da força extracustodial; migração; reafirmação e reforço da proibição da tortura; corrupção; violência doméstica; tortura psicológica; fatores biopsicossociais relacionados à tortura e a maus-tratos; e cooperação dos Estados. Em 2021, a Relatoria convidou Estados, organizações da sociedade civil e pesquisadores a enviarem informações sobre o possível impacto desses relatórios em cada país, assim como sua relevância para o contexto nacional. O presente artigo é resultado de uma pesquisa realizada com o objetivo de atender ao pedido de informações da Relatoria Especial em relação ao Brasil. A pesquisa incluiu uma entrevista não estruturada com uma especialista em prevenção à tortura no país, focalizada nas informações solicitadas pela Relatoria, além de pesquisa bibliográfica e documental, tendo como fontes a literatura especializada, leis e demais atos normativos, a jurisprudência nacional e informações de conhecimento público de notas de imprensa. A pesquisa se justifica pela importância jurídica, histórica e social do tema da proibição e da prevenção e combate à tortura, já que foi central a respeito da contestação à ditadura civil-militar de 1964-1985 e da inauguração de uma nova ordem jurídica, e está protegido por normas constitucionais e normas internacionais ratificadas pelo Brasil. Por suas características, o artigo pode ser do interesse de juristas práticos e gestores públicos engajados em direitos humanos, assim como de pessoas interessadas em direito internacional, direito internacional dos direitos humanos, direito constitucional, direitos humanos e fundamentais e sociologia brasileira.

Palavras-chave: Nações Unidas; direitos humanos; tortura; Relatoria Especial; Brasil.

Abstract

The United Nations Special Rapporteurship on Torture has approved eight thematic reports in recent years on the use of extracustodial force; migration; reaffirmation, and reinforcement of the prohibition of torture; corruption;

* Recebido em 18/01/2023
Aprovado em 10/04/2023

** Professor, pesquisador, advogado e parecerista. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Diretor e Pesquisador-Chefe – Facts and Norms Institute (www.factsandnorms.com). Advogado e Consultor Jurídico – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Professor licenciado – Faculdade de Direito Milton Campos. Email: hnalves.dir@gmail.com

domestic violence; psychological torture; biopsychosocial factors related to torture and mistreatment; and State cooperation. In 2021, the Rapporteurship invited States, civil society organizations and researchers to send information on the possible impact of such reports in each country, as well as their relevance to the national context. This article is the result of research carried out with the aim of responding to the Special Rapporteur's request for information regarding Brazil. The research included a non-structured interview with a specialist in torture prevention in the country with a focus on the information requested by the Rapporteurship, as well as bibliographical and documentary research aimed at the specialized literature, laws and other normative acts, national jurisprudence, and public information such as the ones from press notes. The research is justified by the legal, historical, and social importance of the prohibition and prevention of torture, as the theme was central in contesting the civil-military dictatorship of 1964-1985. Additionally, it is the object of both constitutional norms and international norms ratified by Brazil. Due to its characteristics, the article may be of interest to practical jurists and public managers and civil servants engaged in human rights, as well as people interested in international law, international human rights law, constitutional law, human and fundamental rights, and Brazilian sociology.

Keywords: United Nations; human rights; torture; Special Rapporteurship; Brazil.

1 Introdução

O chamado “sistema global” ou “sistema universal” de proteção dos direitos humanos se refere a um conjunto de normas e mecanismos ou aparatos institucionais que emergem no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). A Carta das Nações Unidas, documento fundante da organização, estabelece, nos artigos 55 e 56, que as nações se comprometem a promover condições dignas de vida e trabalho, desenvolvimento social e econômico; soluções para problemas internacionais econômicos, sociais, e de saúde; cooperação internacional em educação e cultura; bem como o respeito e a observância dos direitos humanos.¹ O

¹ UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. San Francisco, 1945. Disponível em:

artigo 7º da Carta das Nações Unidas, por sua vez, estabelece os órgãos principais da organização, dentre eles, o Conselho Econômico e Social.² Esse Conselho criou a Comissão de Direitos Humanos da ONU em 1946 para funcionar como um órgão subsidiário, responsável pela promoção e proteção universal dos direitos humanos. A Comissão funcionou até 2006 quando, após uma Resolução adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 60/251), foi substituída pelo atual Conselho de Direitos Humanos.³

Com base no dever geral de promover os direitos humanos previsto na Carta das Nações Unidas, a antiga Comissão de Direitos Humanos desenvolveu “procedimentos especiais” de monitoramento ou análise da situação de direitos humanos no mundo⁴ de caráter público ou confidencial, nos termos das Resoluções 1.235 (XLII), de 6 de junho de 1967, e 1.503 (XLVIII), de 27 de maio de 1970. Em 2006, como já mencionado, a Comissão foi extinta, tendo sido substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, ao qual foi confiada a tarefa de

<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. (artigos 55 e 56).

² UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. San Francisco, 1945. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. (artigo 7º).

³ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution 60/251*. Human Rights Council. UN Doc. A/RES/60/251. 3 April 2006. Ao Conselho de Direitos Humanos foram confiadas diferentes funções, entre elas: promover os direitos humanos; fazer recomendações relativas a direitos humanos para a Assembleia Geral; cooperar com governos e organizações da sociedade civil no que diz respeito a direitos humanos; bem como submeter um relatório anual à Assembleia Geral. UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution 60/251*. Human Rights Council. UN Doc. A/RES/60/251. 3 April 2006., parágrafo 5. Ver, também: RISPOLI, Eduardo; LAEGER, Mariana. O conselho de direitos humanos das nações unidas: novas perspectivas diante de uma intolerância universal consolidada. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (org.). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 459.

⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 253 (referindo-se a esses procedimentos como “procedimentos extraconvencionais especiais”, e mencionando que a origem desses procedimentos remonta aos anos 1960, e se deu “como resposta à persistência do *apartheid*”); RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 266 (numeração do *ebook*) (também incluindo a origem dos procedimentos especiais nos anos 1960); CONNORS, Jane. United Nations. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh; HARRIS, David (ed.). *International human rights law*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 377 (referindo-se ao Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários como sendo o primeiro mecanismo estabelecido no âmbito dos procedimentos especiais).

revisar e manter os procedimentos especiais. Em 2007, a antiga Resolução 1503 foi atualizada pela Resolução 5/1 do Conselho de Direitos Humanos.⁵

Os procedimentos especiais abrangem órgãos ou mecanismos de averiguação de violações de direitos humanos com escopo temático ou geográfico. Esses órgãos ou mecanismos podem ser unipessoais, como é o caso das Relatorias Especiais e dos Especialistas Independentes; e coletivos ou colegiados, como é o caso dos Grupos de Trabalho. Os mandatários que integram ambos os tipos de mecanismo são especialistas escolhidos por meio de processos públicos de seleção. As pessoas selecionadas passam a exercer seus respectivos mandatos a título pessoal, não representando seu Estado de nacionalidade, sob um juramento de independência e autonomia em relação aos Estados. Todos os procedimentos especiais contam com o apoio técnico e administrativo do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Seu trabalho envolve a coleta de dados por meio de estudos, questionários e consultas, além de missões e visitas aos países (com a anuência dos Estados), e inclui a elaboração e apresentação de relatórios e outras comunicações. Os relatórios finais podem conter recomendações de ações aos Estados. Esses documentos são enviados aos Estados e também ao Conselho de Direitos Humanos e à Assembleia Geral da ONU.⁶

⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 266 (numeração do *ebook*); RISPOLI, Eduardo; LAEGER, Mariana. O conselho de direitos humanos das nações unidas: novas perspectivas diante de uma intolerância universal consolidada. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (org.). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 462 e seguintes; CONNORS, Jane. United Nations. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh; HARRIS, David (ed.). *International human rights law*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 377.

⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 253 (salientando que os procedimentos especiais “constituem hoje um verdadeiro sistema de monitoramento dos direitos humanos, cuja função principal é investigar (por vezes *in situ*) situações e formular recomendações”); RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 266-267 (numeração do *ebook*); RISPOLI, Eduardo; LAEGER, Mariana. O conselho de direitos humanos das nações unidas: novas perspectivas diante de uma intolerância universal consolidada. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (org.). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 462-476; CONNORS, Jane. United Nations. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh; HARRIS, David (ed.). *International human rights law*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 377-381.

A *Relatoria Especial das Nações Unidas sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes* (ou, segundo a abreviação oficial, “Relatoria Especial sobre Tortura”) é uma das mais tradicionais relatorias temáticas da ONU. Seu mandato foi instituído em 1985 pela antiga Comissão de Direitos Humanos, por meio de sua Resolução 1985/33, com duração de um ano.⁷ Desde então, o mandato foi estendido para períodos sucessivos de três anos de duração, e regularmente renovado. A renovação mais recente ocorreu por meio da Resolução 43/20, adotada pelo Conselho de Direitos Humanos em março de 2020.⁸ O mandato cobre todos os países, e abrange três atividades principais: i) transmitir apelos urgentes aos Estados em relação a pessoas que estejam, segundo denúncias, sob risco de tortura, além de comunicações sobre casos alegados de tortura do passado; ii) realizar visitas aos países para apurar fatos; iii) apresentar relatórios anuais ao Conselho de Direitos Humanos e à Assembleia Geral das Nações Unidas sobre as atividades do mandato e seus métodos de trabalho.⁹

Em 3 de junho de 2021, a Relatoria sobre Tortura lançou uma rodada de consultas por escrito, convidando todos os atuais ou aspirantes Estados Membros das Nações Unidas, atores da sociedade civil e partes interessadas a enviar informações sobre o impacto de oito relatórios temáticos anteriormente adotados pela Relatoria, assim como informações sobre o contexto nacional relativo aos temas desses relatórios, quais sejam: i) o uso da força extracustodial, ii) tortura relacionada à migração e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; iii) reafirmação e reforço da proibição da tortura e de outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes; iv) tortura e maus-tratos relacionados à corrupção; v) relevância da proibição da tortura e maus-tratos ao contexto de violência doméstica.

⁷ UNITED NATIONS. *Resolution 1985/33 of the Human Rights Commission: torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*. UN Doc. E/CN.4/RES/1985/33, 13 March 1985. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E_CN.4_RES_1985_33.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁸ UNITED NATIONS. *Resolution 42/20 of the Human Rights Council: torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment: mandate of the Special Rapporteur*. UN Doc. A/HRC/RES/43/20, 22 July 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/161/95/PDF/G2016195.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁹ UNITED NATIONS. *Topic: special rapporteur on torture*. United Nations Human Rights. Office of the High Commissioner, 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-torture>. Acesso em: 16 dez. 2022.

tica; vi) tortura psicológica; vii) fatores biopsicossociais propícios à tortura e maus-tratos; e, por fim, viii) eficácia da cooperação dos Estados com o titular do mandato nas comunicações oficiais e nos pedidos de visitas aos países.¹⁰ Como forma de aferir o impacto de cada um desses oito relatórios temáticos, a Relatoria Especial requisitou que as partes respondentes considerassem a jurisprudência e prática jurídica internas; a legislação nacional; as atividades parlamentares; os regulamentos, políticas, práticas e procedimentos nacionais como aqueles contidos em códigos de conduta, manuais de treinamento e procedimentos disciplinares; os mecanismos relevantes de investigação e responsabilidade; bem como as atividades nacionais de pesquisa, comunicação pública e conscientização.¹¹

¹⁰ UNITED NATIONS. *Call for input to a report: impact of thematic reports presented by the Special Rapporteur on Torture*. United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, 3 June 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2021/call-input-report-impact-thematic-reports-presented-special-rapporteur-torture>. Acesso em: 28 jun. 2021.

¹¹ UNITED NATIONS. *Call for input to a report: impact of thematic reports presented by the Special Rapporteur on Torture*. United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, 3 June 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2021/call-input-report-impact-thematic-reports-presented-special-rapporteur-torture>. Acesso em: 28 jun. 2021. Os relatórios temáticos mencionados são os seguintes: UNITED NATIONS. *Extra-custodial use of force and the prohibition of torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/72/178, 20 July 2017. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/223/15/PDF/N1722315.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.; UNITED NATIONS. *Report on migration-related torture*: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/37/50, 24 November 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/347/27/PDF/G1834727.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.; UNITED NATIONS. *Seventieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: reaffirming and strengthening the prohibition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/73/207, 21 July 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/232/16/PDF/N1823216.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.; UNITED NATIONS. *Report on the relationship between torture and corruption*: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/40/59, 17 January 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/007/75/PDF/G1900775.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.; UNITED NATIONS. *Domestic violence and the prohibition of torture and ill-treatment*: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/74/148, 12 July 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/214/44/PDF/N1921444.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.; UNITED NATIONS. *Report on psychological torture and ill-treatment*: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/43/49, 20 March

O presente artigo é fruto de uma pesquisa realizada com o intuito de atender a Relatoria Especial com informações sobre o Brasil. Nesse sentido, a pesquisa procurou responder ao seguinte problema de pesquisa, articulado em duas questões fundamentais: qual é o impacto dos relatórios temáticos em relação ao Brasil? E qual é a importância dos temas para o contexto nacional brasileiro?

Para responder ao problema de pesquisa, realizaram-se: i) uma entrevista não-estruturada, focalizada, com uma especialista em prevenção à tortura no Brasil¹²; ii) uma pesquisa bibliográfica e documental¹³, tendo como fontes a literatura especializada, leis e demais atos normativos, jurisprudência nacional, documentos de orga-

2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/070/73/PDF/G2007073.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.; UNITED NATIONS. *Report on biopsychosocial dynamics conducive to torture and ill-treatment*: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/75/179, 20 July 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/188/03/PDF/N2018803.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.; UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. UN Doc. A/HRC/31/57/Add.4, 29 January 2016. Disponível em: <https://uhri.ohchr.org/Document/File/490ceac8-16be-4aa8-9046-4c2745a35e9c/8a7487eb-687a-40cf-aff1-c9fe9fe8db0d>. Acesso em: 19 dez. 2022.

¹² Na entrevista não estruturada, “[o] entrevistador tem liberdade para desenvolver cada situação em qualquer direção que considere adequada” e, “[e] m geral, as perguntas são abertas e podem ser respondidas dentro de uma conversação informal”; e que, na entrevista não-estruturada “focalizada”, “[h]á um roteiro de tópicos relativos ao problema que se vai estudar e o entrevistador tem liberdade de fazer as perguntas que quiser: sonda razões e motivos, dá esclarecimentos, não obedecendo, a rigor, a uma estrutura formal”. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 197. Apesar de não-estruturada, a entrevista seguiu um roteiro de tópicos contendo as informações buscadas pela *Relatoria Especial da ONU sobre Tortura* a respeito do possível impacto de seus relatórios temáticos, bem como de sua importância para o contexto nacional. A especialista ouvida, Thais Lemos Duarte, é doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e fez parte do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A entrevista foi realizada por chamada de vídeo em 12 de agosto de 2021, com duração aproximada de três horas. As contribuições da entrevista estão descritas nos tópicos e subtópicos 2, 3.6, 3.7 e 3.8 do presente artigo. Em virtude de sua trajetória, a entrevistada foi ouvida na presente pesquisa na condição de “informante privilegiada”. Gustin e Dias definem “informantes privilegiados” como pessoas que têm maior acesso a informações e relatos, ou mais convivência, com o tema pesquisado. Cf. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 101-102.

¹³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 110.

nizações internacionais dedicadas a direitos humanos¹⁴ e informações de conhecimento público como as contidas em notas de imprensa¹⁵, entre junho e agosto de 2021, com atualizações em dezembro de 2022.

A pesquisa se justifica pela importância jurídica, histórica e social do tema. A proibição da tortura e a prevenção e combate à tortura e aos tratamentos, cruéis desumanos ou degradantes são um tema central da contestação à ditadura civil-militar de 1964-1985 e da inauguração de uma nova ordem jurídica democrática de 1988, como exemplifica a documentação produzida pelo projeto “Brasil: Nunca Mais”¹⁶; além de tema central da ordem jurídica brasileira (*u.g.*, artigo 5º, incisos III e XLIII¹⁷, da Constituição) e de normas internacionais ratificadas pelo Brasil¹⁸. A pesquisa se justifica, ademais,

¹⁴ Para atender às preocupações da Relatoria Especial da ONU sobre o contexto nacional relativo a cada tema, a pesquisa se beneficiou, especialmente, da análise e síntese do relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação dos direitos humanos no Brasil publicado em 2021. CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Situação dos direitos humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021.

¹⁵ Informações desse tipo fazem parte do dia a dia da pesquisa em direito internacional dos direitos humanos, seja na academia, seja no âmbito institucional. Um exemplo desse último é como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos utiliza informações advindas de notas de imprensa em seus mais variados relatórios. Ver, por exemplo: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.; COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório No. 71/2015*. Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. OEA/Ser.L/V/II.156, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

¹⁶ ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais*. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

¹⁷ “Art. 5º. [...] III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...] XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” (*destaques nossos*). BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 dez. 2022.

¹⁸ Cf., *u.g.*, BRASIL. Decreto n. 40 de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 3012, 18 fev. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm#:~:text=Cada%20Estado%20Parte%20se%20comprometer%3%A1,pessoa%20no%20exerc%3%ADcio%20de%20fun%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 19 dez. 2022.; BRASIL. Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políti-

por não terem sido encontrados outros estudos sobre o mesmo tema (*i.e.*, sobre o impacto e importância dos relatórios temáticos examinados).

Por suas características, o artigo pode ser do interesse de juristas práticos (membros da advocacia privada e pública, da magistratura, do Ministério Público etc.) e gestores públicos engajados em temas de direitos humanos, assim como pesquisadores e demais pessoas interessadas em direito internacional, direito internacional dos direitos humanos, direito constitucional, direitos humanos e fundamentais e sociologia brasileira.

2 Ausência de impacto demonstrável dos relatórios da ONU

A entrevista mencionada na introdução, realizada em 12 de agosto de 2021, ouviu a especialista Thais Lemos Duarte em relação às informações buscadas pela *Relatoria Especial da ONU sobre Tortura*.¹⁹ Segundo a especialista, embora todos os temas dos relatórios da ONU fossem relevantes para o contexto social brasileiro, o mais provável seria inexistir indício ou menção dos relatórios segundo os critérios selecionados pela Relatoria Especial para medir o impacto do seu trabalho.

Em complementação à entrevista, entre junho e agosto de 2021, buscaram-se indícios ou menções aos mencionados relatórios da ONU por meio de palavras-chave relacionadas: *tortura; maus-tratos; uso extracustodial da força; desenvolvimento, aquisição, comércio e uso de armas; migração irregular; corrupção; falhas sistêmicas de governança; violência doméstica; tortura psicológica; cooperação; Nils Melzer* (nome do então Relator Especial responsável pelos relatórios). As buscas incluíram o site de busca Google, a *Biblioteca Brasileira Digital de Teses e Dissertações*, a base de dados de leis e atos normativos *Portal da Legislação*, além de agências nacionais de notícias que costumam tratar de temas de direitos humanos com mais frequência, como *Nexo Jornal*, *Agência Pública*, *Ponte Jornalismo*, *Le Monde Di-*

cos. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8716, 06 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 dez. 2022.; BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 15562, 09 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 19 dez. 2022. p. 15562.

¹⁹ Ver notas de rodapé 12 e 13 acima.

plomatique Brasil, *BBC News Brasil*, *El País Brasil*, *Deutsche Welle Brasil* e *Brasil de Fato*. Como a pesquisa incluiu o site de buscas Google, outras agências de notícias com linhas editoriais diversas, como as grandes agências de jornalismo de cunho empresarial (como *Globo*, *Record* ou *Folha de São Paulo*), também foram incluídas. Esse esforço de pesquisa confirmou o que a especialista consultada havia sinalizado: não foram encontradas menções aos relatórios temáticos da ONU, tampouco a conclusão desses relatórios parece ter sido noticiada, genericamente, pela imprensa.

É possível que essa ausência de impacto demonstrável ocorra em virtude de uma barreira de linguagem, pois os relatórios costumam ser veiculados nos idiomas oficiais e de trabalho da ONU (inglês, chinês, árabe, espanhol, francês, russo) — idiomas que, portanto, não incluem o português. Outra possível explicação reside no amplo espaço que, ainda, existe para maior disseminação da cultura de direitos humanos na sociedade brasileira e entre juristas e gestores públicos. Essas e outras hipóteses podem ser exploradas por outros pesquisadores e pesquisadoras.²⁰

3 Importância dos temas para o contexto nacional

Apesar da falta de impacto demonstrável, os relatórios foram tidos pela especialista ouvida pela pesquisa, como já mencionado, como relevantes para o contexto nacional. A pesquisa subsequente, que envolveu referência a estudos acadêmicos, documentos de organizações internacionais dedicadas a monitorar direitos humanos, notas de imprensa e fontes estatais, confirma essa relevância, conforme os subtópicos abaixo.

3.1 O relatório sobre uso da força extracustodial

Em seu relatório sobre o uso da força extracustodial, o Relator Especial examina se, e em quais circunstâncias, esse tipo de uso da força por agentes do Estado equivale à tortura ou a outro tratamento desumano ou degradante. No documento, o Relator define o uso extracustodial da força como aquele que extrapola os contextos

“custodiais”, i.e., aqueles em que há pessoas já detidas, presas, ou de algum outro modo privadas de liberdade. O Relator salienta que a reflexão sobre o uso extracustodial da força se torna particularmente relevante quando agentes estatais recorrem à força desnecessária, excessiva ou, de algum outro modo, arbitrária, sem necessariamente infringir o direito à vida, como durante buscas e revistas, operações de prisão ou operações de controle de multidões. O Relator, também, examina a relação entre o desenvolvimento, aquisição, comércio e uso de armas por forças policiais e as normas de proibição da tortura e de outras formas de tratamento ou punição cruéis, desumanas ou degradantes.²¹

Os temas tratados pelo relatório têm grande importância para o contexto brasileiro. Um ponto de particular interesse reside na tendência de uso, por forças policiais, de armas letais como contrapartida ao aumento do número de armas em circulação na sociedade. Há muitas evidências de que o aumento de armas está associado a aumentos da criminalidade, violência, homicídios, suicídios e mortes acidentais.²² No entanto, diferentes medidas normativas foram adotadas nos

²¹ UNITED NATIONS. *Extra-custodial use of force and the prohibition of torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/72/178, 20 July 2017. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/223/15/PDF/N1722315.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

²² CONTI, Thomas V. *Dossiê armas, crimes e violência*: o que nos dizem 61 pesquisas recentes. 2017. Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/2017/dossie-armas-violencia-e-crimes-o-que-nos-dizem-61-pesquisas-recentes/>. Acesso em: 19 dez. 2022. (uma revisão abrangente da literatura de 61 publicações acadêmicas recentes sobre armas, crime e violência, incluindo meta-análises publicadas em revistas internacionais de revisão por pares; a análise abrange estudos com escopo internacional e também com escopo nacional). Cf., também, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. parágrafos 347-352 (aborda o controle de armas e as implicações dos direitos humanos no Brasil); FIGUEIREDO, Isabel; MARQUES, Ivan. *Panorama sobre as armas de fogo no Brasil: um retrato possível a partir dos sistemas federais*. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/8-brasil-dobra-o-numero-de-armas-nas-maos-de-civis-em-3-anos.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. p. 146 (ilustra como o aumento das armas e a deterioração dos mecanismos de controle estão, entre outras coisas, ligados a mortes acidentais — “como o da morte da adolescente de 14 anos Isabelle Guimarães, em Cuiabá/MT, causada pela amiga atiradora da mesma idade” em meio a “recorrentes irregularidades na atividade de tiro desportivo que naturalmente tendem a aumentar com a expansão de praticantes ou aumento de arsenais privados”).

²⁰ Uma resposta fundamentada à pergunta sobre a razão de não haver menções aos relatórios demanda uma investigação que transcende o escopo do presente artigo.

últimos anos para facilitar o acesso às armas no Brasil, apesar da oposição da maior parte da população.²³ Um relatório baseado em dados governamentais indica que houve um “aumento expressivo do número de armas que entraram em circulação nas mãos de particulares e [d]a velocidade que isso vem acontecendo”, assim como uma “flagrante deterioração dos mecanismos de controle de armas ilegais”.²⁴ Facilitar o acesso às armas é entendido como propício para que as organizações criminosas tenham mais armas e mais força, o que, por sua vez, pode levar ao aumento do uso da força por agentes do Estado.

3.2 O relatório sobre migração e tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes

Em seu relatório sobre migração, tortura e maus-tratos, o Relator Especial se refere às obrigações relativas à proibição da tortura e dos maus-tratos e examina quais as consequências jurídicas dessas obrigações para as mais recorrentes legislações, práticas e políticas de resposta à migração irregular. Nesse sentido, elabora recomendações aos Estados para que lidem com a migração irregular de uma forma compatível com suas obrigações jurídicas de direitos humanos.²⁵

O tema migratório é relevante para o Brasil, especialmente diante de intensos fluxos migratórios para o

país nos últimos anos, especialmente de bolivianos, haitianos, sírios e venezuelanos, como observado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em seu relatório de 2021 sobre os direitos humanos no Brasil.²⁶

Segundo a CIDH, boas práticas foram adotadas pelo Estado para promover os direitos dos migrantes, incluindo as ações empreendidas no âmbito da “Operação Acolhida”. Apesar disso, a Comissão expôs sua preocupação com a situação de migrantes que estavam em situação de rua, em circunstâncias de extrema vulnerabilidade que os colocam sob um risco maior de violações a sua integridade física e moral, bem como a outros direitos humanos.²⁷

A CIDH também observou que, no caso da migração de haitianos, “existem dificuldades no acesso à documentação básica e aos serviços de educação, saúde e emprego,” e fragilidades no processo de concessão de vistos humanitários ainda abrem espaço para a atuação ilegal de intermediários e para a exposição ao tráfico de pessoas.²⁸

A CIDH também observou notícias de atos de discriminação e xenofobia contra imigrantes no Brasil. Em agosto de 2018, em Pacaraima, ocorreram “atos de violência contra venezuelanos por cidadãos locais, que destruíram o acampamento onde viviam e ainda queimaram seus pertences”; houve também relatos de “surgimento de ‘patrulhas armadas’ que buscam intimidar os venezuelanos, incluindo indígenas Warao”; e de “casos de violência e agressão contra venezuelanos em Roraima durante o ano de 2019, que incluíram, ao menos, dois assassinatos”; entre outras ocorrências.²⁹

²³ KAHN, Túlio. *As polícias e as armas*. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/15-as-policias-e-as-armas.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. p. 305 (“... a Pesquisa CNT/MDA de fevereiro de 2021 apontou que 68,2% dos brasileiros são contrários ao decreto que flexibilizava o acesso da população à compra de armas de fogo. Em março de 2019 o IBOPE divulgou que 61% da população é contra a flexibilização da posse de armas e o DataFolha de julho de 2019 levantou que 61% da população rejeita a legalização da posse e 73% do porte de arma.”).

²⁴ FIGUEIREDO, Isabel; MARQUES, Ivan. *Panorama sobre as armas de fogo no Brasil: um retrato possível a partir dos sistemas federais*. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/8-brasil-dobra-ou-numero-de-armas-nas-maos-de-civis-em-3-anos.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. p. 144. Cf., também, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. parágrafos 347-352.

²⁵ UNITED NATIONS. *Report on migration-related torture*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/37/50, 24 November 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/347/27/PDF/G1834727.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez 2022.

²⁶ Em seu relatório de 2021 sobre os direitos humanos no Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) observou migrações significativas para o Brasil nos últimos anos (especialmente de bolivianos, haitianos, sírios e venezuelanos). COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. p. 91.

²⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 248-249.

²⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafo 251.

²⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HU-

A Comissão também foi informada de denúncias de exploração e discriminação no trabalho. Segundo as informações recebidas, migrantes e refugiados trabalhavam mais horas que os nacionais, porém, recebiam menos do que colegas brasileiros, além de serem submetidos, em alguns casos, a “condições de trabalho degradantes e jornadas exaustivas”. Ademais, houve migrantes resgatados de situações de trabalho análogo ao escravo, “alguns deles em um contexto de tráfico de pessoas”.³⁰

O relatório temático do Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura e Maus-Tratos aborda temas como práticas estatais de detenção de migrantes irregulares e de repatriação ou expulsão desses migrantes, assim como a questão do tráfico de pessoas³¹, e todos esses são tópicos de grande preocupação. As informações apresentadas neste artigo revelam que a esses temas soma-se a questão da inclusão social e jurídica dos migrantes. As observações da CIDH ilustram, concretamente, como pessoas em migração, especialmente aquelas de migração irregular, encontram-se mais vulneráveis a violações à sua integridade pessoal, dentre outros direitos, por limites ou deficiências nessa inclusão.

3.3 O relatório sobre reafirmação e reforço da proibição da tortura e de outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes

Em seu relatório sobre reafirmação e reforço da proibição da tortura e de outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes, o Relator Especial analisou as conquistas realizadas e os desafios remanescentes para a implementação universal da proibição absoluta da tortura e maus-tratos. A partir do relatório, é possível identificar diferentes desafios, entre eles:

a adequação do direito interno; o combate a culturas institucionais equivocadas e à impunidade, a responsabilização individual de perpetradores e o enfrentamento de práticas discriminatórias que impõem maior risco e vulnerabilidade a pessoas pertencentes a etnias discriminadas e pessoas socialmente marginalizadas, crianças e adolescentes, mulheres, pessoas privadas de liberdade e internadas em locais de cuidados de saúde, entre outras.³²

O tema é relevante para o contexto brasileiro. O país segue marcado por práticas generalizadas de tortura e maus-tratos, especialmente contra afrodescendentes e pobres. Essas práticas não são exclusivas de prisões e instituições comparáveis, como o sistema socioeducativo juvenil e as assim chamadas comunidades “terapêuticas”, mas estão frequentemente presentes nesses lugares.³³ Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as prisões no país estão, em grande parte, superlotadas, principalmente como resultado de políticas criminais que buscam solucionar problemas sociais e de segurança através do encarceramento.³⁴ Nesse contexto, as prisões relacionadas a casos de suposto tráfico de drogas, em particular, contribuíram, decisivamente,

³² UNITED NATIONS. *Seventieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: reaffirming and strengthening the prohibition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer*. UN Doc. A/73/207, 21 July 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/232/16/PDF/N1823216.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022. p. 10-12, 14, 17-19.

³³ De acordo com o referido relatório de 2021 da CIDH sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, “o Estado foi incapaz de garantir a proteção que as pessoas institucionalizadas necessitam “[n]o sistema penitenciário, [n]o sistema socioeducativo e [n]as comunidades terapêuticas”, “sejam elas públicas ou privadas”, pois “[e]m todos eles há registros de casos de tortura e maus tratos”. “[A] falta de controle do Estado em relação a esses recintos, o consequente autogoverno e as condições deploráveis de detenção nas instituições de privação de liberdade causaram confrontos e tensões que resultam em altos níveis de violência e graves efeitos sobre a vida e integridade pessoal”. “[A]s mortes ocorridas são causadas em um contexto sistemático de atos repetidos de violência, que resultaram na concessão de diversas medidas cautelares e provisórias” pela CIDH ou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafo 156.

³⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafo 160.

MANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafo 252.

³⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafo 255.

³¹ UNITED NATIONS. *Report on migration-related torture*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/37/50, 24 November 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/347/27/PDF/G1834727.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez 2022.

para o aumento da população carcerária, com impactos especificamente severos em membros de comunidades empobrecidas e marginalizadas.³⁵

Ademais, uma parcela significativa dos presos está em prisão preventiva, modalidade repetidamente adotada em meio à pressão da mídia e da opinião pública para combater a insegurança por meio da privação de liberdade e de defesa jurídica imprópria.³⁶ As audiências de custódia são um instrumento apenas recentemente adotado pelo Estado brasileiro. Apesar de um avanço importante, ainda não foram implementadas em todos os municípios. Muitos obstáculos à sua realização adequada foram relatados e documentados pela Comissão Interamericana, tais como o tempo reduzido; a falta de privacidade na comunicação entre o acusado e sua defesa; a falta de explicação por parte da autoridade judicial, no início da audiência, em termos claros, sobre o procedimento da audiência; a falta de coordenação entre as instituições judiciais; a coordenação inadequada entre instituições judiciais; e a falta de tradução para réus migrantes ou de populações tradicionais. Além disso, foram reportadas falhas na investigação de alegações de tortura e maus-tratos durante as audiências de custódia.³⁷

Em prisões superlotadas, com falta de pessoal e sem acesso a programas educacionais ou relacionados ao trabalho, pessoas privadas de liberdade, inclusive adolescentes, são mantidas em confinamento prolongado ou permanente, de modo que essas pessoas ficam quase todo o tempo, ou todo o tempo, em suas celas sob condições deploráveis.³⁸ Adicionalmente, os serviços de saúde nas prisões brasileiras foram classificados como

precários. Em relação a unidades que recebem mulheres privadas de liberdade, muitas vezes falta acesso a serviços ginecológicos ou até mesmo produtos básicos de higiene feminina íntima, e há mulheres trans sem acesso ao tratamento hormonal. A Comissão Interamericana, também, documentou o recebimento de denúncias sobre a falta de alimentação adequada para as gestantes privadas de liberdade.³⁹

Além disso, houve relatos de revistas corporais arbitrarias em prisões para adultos e centros de detenção juvenil. Nas palavras do relatório da Comissão Interamericana, “os visitantes, e especialmente as mulheres, seriam forçados em muitos casos a se despir e expor seus órgãos genitais, a se curvar e se levantar repetidamente no que se conhece como ‘agachamento’”; houve “um grande número de reclamações sobre métodos de revista invasivos e vexatórios aplicados aos visitantes, incluindo para mulheres mais velhas, meninos e meninas”.⁴⁰

A CIDH também tomou nota dos testemunhos repetidos e consistentes sobre atos de tortura e maus-tratos cometidos por agentes carcerários, e sobre o medo de as vítimas de sofrerem represálias em caso de denúncia formal desses atos. Nos casos em que as denúncias chegaram a ser feitas, a Comissão recebeu informação de leniência por parte de órgãos de fiscalização como o Ministério Público, que não iniciaram as investigações correspondentes.⁴¹

³⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 160-162, 173.

³⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 164-165.

³⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 166-168.

³⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 174-175.

³⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 179-180.

⁴⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 182. As revistas invasivas são um problema grave de direitos humanos. Para uma análise do tema sob o ponto de vista das pessoas afetadas, ver: DUTRA, Yuri Frederico. *Como se eu estivesse morrendo: a prisão e a revista íntima em familiares de reclusos em Florianópolis*. 2008. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Para uma análise do tema sob o ponto de vista jurídico de direitos humanos, ver: ALVES, Henrique Napoleão. Revista invasiva (ou revista íntima) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 21 n. 2, p. 317-332, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/23083>. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁴¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

Problemas semelhantes foram reportados em relação ao sistema disciplinar juvenil ou socioeducativo, como a preferência por medidas de privação de liberdade; unidades superlotadas; condições precárias de saúde e alimentação; falta de equipes suficientes para prover acesso aos serviços de saúde e educação adequados aos jovens; e atos recorrentes de tortura e maus-tratos.⁴² Somam-se a esses problemas notícias de atos de violência nas unidades que chegam a causar mortes de adolescentes. No caso dos atos de violência cometidos por agentes estatais, a informação é de que os adolescentes que chegam a denunciá-los sofrem represálias de natureza física e psicológica. Essas represálias contribuem para a impunidade dos agressores.⁴³

No Brasil, uma Federação composta por 27 estados, apenas 6 deles tinham leis que estabelecem um mecanismo de nível estadual para evitar a tortura, e apenas dois implementam, efetivamente, um mecanismo desse tipo. Além deles, foi estabelecido um Mecanismo Nacional em nível do Governo Federal. Nos últimos tempos, no entanto, foram adotadas medidas que enfraquecem esse trabalho, como demissões de membros do Mecanismo e a ausência de recursos para a execução dos trabalhos.⁴⁴

[org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf](https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf). Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos § 187, 190, 214.

⁴² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 202, 204, 214.

⁴³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 210, 211, 213.

⁴⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 191, 193 (em que a CIDH manifesta “sua especial preocupação com o Decreto Presidencial n.º 9.831, de 10 de junho de 2019, que determinou a destituição dos membros do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e, consequentemente, a execução de seu mandato a favor da proteção das pessoas privadas de liberdade. Tal decisão fez com que a referida entidade fique praticamente sem funcionar até que sejam nomeados os novos membros que, de acordo com uma das suas disposições e contrariamente à prática corrente, não receberão qualquer remuneração pelo seu trabalho.”).

3.4 O relatório sobre tortura e maus-tratos no contexto da corrupção

No relatório temático sobre tortura, maus-tratos e corrupção, o Relator Especial examina a relação entre corrupção e tortura ou maus-tratos, delineia os padrões predominantes de interação entre esses dois fenômenos, bem como suas causas sistêmicas, além de oferecer recomendações que visam fortalecer a proteção contra a tortura e maus-tratos em contextos marcados pela corrupção.⁴⁵

O Brasil, também, se caracteriza por vínculos entre corrupção e violência, e essa última também se traduz, por vezes, em tortura e maus-tratos. A Comissão Interamericana documentou relatos sobre o surgimento e expansão de organizações criminosas ou gangues envolvidas em atividades ilegais como tráfico de drogas, roubo de carga, sequestros, e lavagem de dinheiro. O controle de territórios por parte de grupos desse tipo costuma ocorrer em zonas pobres e socialmente vulneráveis e é acompanhado de conflitos desses grupos entre si, e contra forças de segurança governamentais. A expansão das organizações criminosas, afirmou a Comissão, teve impacto “em distintos aspectos da segurança pública, tais como na gestão dos centros de detenção, na corrupção de agentes públicos, no controle de áreas e comunidades socialmente vulneráveis e nas mortes violentas”.⁴⁶

A Comissão também se referiu a relatos sobre o surgimento e a expansão de grupos paramilitares conhecidos como “milícias” — organizações criminosas que compreendem policiais ou ex-policiais, cuja origem está em uma suposta luta contra os traficantes de drogas. Essas milícias exercem controle sobre territórios de comunidades pobres e estão geralmente envolvidas em atividades ilegais e atos de violência. Seu controle tira proveito da ausência ou insuficiência do Estado e monetiza a oferta de bens e serviços para comunidades carentes, como transporte e gás de cozinha. Esses bens

⁴⁵ UNITED NATIONS. *Report on the relationship between torture and corruption*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/40/59, 17 January 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/007/75/PDF/G1900775.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁴⁶ UNITED NATIONS. *Report on the relationship between torture and corruption*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/40/59, 17 January 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/007/75/PDF/G1900775.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 283, 284.

e serviços são monetizados de forma despótica; há a prática de preços extorsivos e pagamentos compulsórios exigidos sob violência ou grave ameaça. Há informações de comunidades que temem mais as milícias do que as organizações de tráfico de drogas. Nas regiões dominadas por milícias, a competição eleitoral é coibida pelo uso da força, de modo a favorecer candidatos alinhados aos interesses dos milicianos, ou ao menos não hostis a eles. O controle territorial se traduz em maior acesso ao poder do Estado, o que fortalece as milícias ainda mais.⁴⁷

Além da corrupção dentro de centros de detenção, em comunidades vulneráveis e em outros lugares, e da corrupção ligada às atividades criminosas, outro aspecto importante do contexto nacional está relacionado à forma como a corrupção se associa à impunidade das pessoas responsáveis por violações dos direitos humanos. O país exibe, juntamente a níveis altíssimos de encarceramento e de mortes violentas em geral, números igualmente alarmantes de mortes causadas por agentes estatais. A impunidade em relação a essas mortes é recorrente e “mantida por práticas e estruturas institucionais corruptas que impedem a efetivação de justiça e fragilizam o estado de direito e a democracia.”⁴⁸

⁴⁷ UNITED NATIONS. *Report on the relationship between torture and corruption*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/40/59, 17 January 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/007/75/PDF/G1900775.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 285, 286. Para a Comissão, as milícias paramilitares e demais organizações criminosas, seus crimes e atos de violência devem ser combatidos por medidas que atinjam as causas estruturais envolvidas, como a relação entre o crime e as desigualdades sociais. Nesse sentido, a Comissão defende que uma resposta adequada ao problema deve incluir, entre outros pontos, a “garantia ao acesso à saúde e educação de qualidade, aos serviços sociais, ao emprego, à cultura, ao esporte e lazer.” UNITED NATIONS. *Report on the relationship between torture and corruption*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/40/59, 17 January 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/007/75/PDF/G1900775.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 288-289.

⁴⁸ UNITED NATIONS. *Report on the relationship between torture and corruption*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/40/59, 17 January 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/007/75/PDF/G1900775.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 353, 370 (“De acordo com informações recebidas durante a visita ao país, o principal obstáculo para a superação da impunidade relacionada à violência de estado está na fase investigativa dos crimes, devido a um processo penal ineficiente e anacrônico, à falta de infraestrutura, pessoal e recursos materiais da polícia civil adequados, bem como supostas situações de corrupção dentro da referida instituição, ...”), 387 (menciona que houve relatos de corrupção nos

3.5 O relatório sobre tortura, maus-tratos e violência doméstica

No relatório temático sobre tortura, maus-tratos e violência doméstica, o Relator Especial trata de como a violência doméstica é um tema de direitos humanos, e de como essa violência pode implicar tortura ou maus-tratos, além de examinar a prática internacional sobre responsabilidade dos Estados no contexto de violência doméstica, as obrigações jurídicas positivas e negativas dos Estados, as diferentes manifestações desse tipo de violência e a importância de priorização dos direitos e necessidades das vítimas.⁴⁹

Novamente, o tema abordado tem grande relevância para o Brasil. A violência doméstica é considerada endêmica no país. As considerações de fundo sobre o tema apresentadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu Relatório de Mérito do *Caso Márcia Barbosa de Souza e seus familiares*⁵⁰ são de especial interesse para compreender o contexto nacional das últimas décadas até o presente. Em resumo,

– em seu Relatório de 1997 sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, a Comissão Interamericana já havia identificado e documentado a existência de dis-

órgãos judiciais responsáveis pelo julgamento de casos de tortura e assassinatos extrajudiciais, como “Nova Brasília” e o “Massacre de Corumbiara”).

⁴⁹ UNITED NATIONS. *Domestic violence and the prohibition of torture and ill-treatment*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/74/148, 12 July 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/214/44/PDF/N1921444.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁵⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório N.º 10/19*. Caso 12.263. Mérito. Márcia Barbosa de Souza e familiares. 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2019/3.%20BR%2012.263%20Barbosa.docx>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 13-16. A Comissão Interamericana também expressou sua preocupação com a violência contra a mulher no Brasil em outros momentos; cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.; COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Parágrafos 87-101; COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Press Release N.º 24/19, IACHR Expresses Deep Concern over Alarming Prevalence of Gender-based Killings of Women in Brazil*. 4 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2019/024.asp. Acesso em: 19 dez. 2022.

criminação contra mulheres vítimas de violência como resultado da ineficácia do sistema judicial;⁵¹

– Em 4 de abril de 2001, a Comissão Interamericana publicou seu Relatório sobre o Mérito do *Caso Maria da Penha Maia Fernandes*. Nele, a Comissão afirmou que a falta de julgamento e condenação do responsável pelos atos de violência examinados no caso representou um ato de tolerância, por parte do Estado, em relação à violência sofrida por Maria da Penha. Essa tolerância de órgãos do Estado, salientou a Comissão, não era exclusividade desse caso, mas sim um padrão, uma agenda sistemática, uma tolerância de todo o sistema que “perpetua as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que sustentam e alimentam a violência contra a mulher”;⁵²

– em seguimento ao caso, o Estado aprovou a chamada “Lei Maria da Penha” (Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006)⁵³, cujo objetivo era “[criar] mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. O artigo 5º dessa lei define violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” dentro do escopo da “unidade doméstica”, ou da “família” ou “qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”;

– em 2012, o Comitê das Nações Unidas, para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, manifestou sua preocupação com a questão da violência contra a mulher e, em especial, com a falta de implementação integral da Lei Maria da Penha; a falta, dentro do poder judiciário, de profissionais especializados para atenderem casos de violência doméstica e familiar; e a falta de dados precisos e coerentes sobre a violência contra a mulher;⁵⁴

– em 2015, o Senado Federal brasileiro realizou uma pesquisa segundo a qual, em síntese, i) aproximadamente uma de cada cinco brasileiras já sofreu algum tipo de violência doméstica ou familiar; ii) as mulheres, com menor nível de instrução, são as mais afetadas; iii) as mulheres são mais suscetíveis de sofrer violência doméstica pela primeira vez quando têm entre 20 e 29 anos; iv) 21% das mulheres agredidas não buscaram ajuda de nenhum tipo, nem jurídica, nem social (como apoio de amigos ou familiares), por diferentes motivos, dentre eles a preocupação com a criação dos filhos, o medo de vingança do agressor, por acreditarem que seria a última vez, por acreditarem na impunidade do agressor (este último motivo foi mencionado em 10% das respostas); v) 73% tiveram como agressor pessoa do sexo oposto sem laços consanguíneos e escolhida por elas para conviver intimamente (marido, companheiro, namorado, atual ou ex-). A pesquisa também avaliou a qualidade da atenção às vítimas de violência nas delegacias: 48% a qualificaram como ótima ou boa, 14% como regular e 38% como má ou péssima;⁵⁵

– o Brasil também adotou a Lei N.º 13.104, de 9 de março de 2015, que modificou o Código Penal para incluir outra categoria de homicídio qualificado: o que se pratica “contra a mulher por razões da condição feminina”. Essa lei — comumente chamada de “Lei do Feminicídio” — transformou em “crime hediondo” o assassinato de mulheres por razões de gênero;⁵⁶

– no mesmo ano de 2015, o “Mapa da Violência: Homicídio de Mulheres no Brasil” da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO) indicou que o Brasil possui a quinta maior taxa do mundo de assassinatos de mulheres em razão de gênero;⁵⁷

– de acordo com investigações relativas à evolução da violência no país, os assassinatos de mulheres aumentaram 6,4% entre 2006 e 2016.⁵⁸ Ademais, segundo um

⁵¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 ver. 1. 29 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>.

⁵² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório N.º 54/01*. Caso 12.051. Mérito. Maria da Penha Maia Fernandes. 16 de abril de 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafo 55.

⁵³ BRASIL. *Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

⁵⁴ UNITED NATIONS. *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*. Brazil. UN Doc.

CEDAW/C/BRA/CO/7. 23 March 2012.

⁵⁵ BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2015/08/10/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>. Acesso em: 19 set. 2018.

⁵⁶ BRASIL. *Lei n.º 13.104, de 9 de março de 2015*. Lei do Feminicídio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

⁵⁷ FLACSO. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2015. Disponível em: <http://flacso.org.br/?p=13485>. Acesso em: 19 set. 2018.

⁵⁸ IPEA. *Brasil ultrapassa pela primeira vez a marca de 30 homicídios por 100 mil habitantes*. 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33411

levantamento realizado por um site de notícias a partir dos dados oficiais dos homicídios nos estados, 4.473 mulheres foram assassinadas em 2017 (sendo pelo menos 946 casos de assassinato por violência de gênero).⁵⁹

3.6 O relatório sobre tortura psicológica

No relatório temático sobre tortura psicológica, o Relator Especial examina questões conceituais, definitivas e interpretativas em relação à noção de “tortura psicológica” sob o direito internacional dos direitos humanos, e propõe que a expressão “tortura psicológica” deva ser entendida como uma categoria que abrange todos os métodos, técnicas e circunstâncias destinados a infligir intencionalmente dor ou sofrimento mental severo à parte da chamada “tortura física”, i.e., aquela que abrange os métodos, técnicas e ambientes destinados a infligir dor ou sofrimento físico severo.⁶⁰

Quando consideramos o contexto brasileiro em relação a esse tema, e como apontado pela especialista consultada pela pesquisa⁶¹, as instituições nacionais tendem a centrar-se mais nos aspectos que envolvem a concepção tradicional de tortura, mais comumente relacionada à imposição de dor ou sofrimento físico. Neste sentido, o relatório temático pode ajudar a promover uma abordagem mais ampla da tortura em benefício do monitoramento e implementação dos direitos humanos. O problema da superlotação prisional, abordado anteriormente, por exemplo, está presente no contexto nacional e pode ser lido em atenção ao conceito de tortura psicológica considerado pelo relatório. O conceito pode impulsionar novas análises dos direitos humanos ou das pessoas privadas de liberdade. A subjugação intencional dessas pessoas a condições de superlotação pode gerar dor ou sofrimento mental severo. Como poderia ser lida à luz do conceito de tortura psicológica? Quais seriam as implicações legais? Essas são perguntas legítimas.

&catid=8&Itemid=6. Acesso em: 19 set. 2018.

⁵⁹ VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REI, Thiago. Cresce o número de mulheres vítimas de homicídio no Brasil; dados de feminicídio são subnotificados. *G1*, 7 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-saosubnotificados.ghtml>. Acesso em: 19 set. 2018.

⁶⁰ UNITED NATIONS. *Report on psychological torture and ill-treatment*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/43/49, 20 March 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/070/73/PDF/G2007073.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁶¹ Ver nota de rodapé 12.

Ademais, o objetivo de dor ou sofrimento mental mencionado no relatório temático também pode ter outros efeitos de caráter indireto, como, de maneira geral, o de lançar luz sobre o tema da saúde mental, ou o efeito de destacar aspectos psicológicos relacionados à tortura e à violência em geral.

3.7 O relatório sobre fatores biopsicológicos relacionados à tortura

O relatório temático sobre fatores biopsicológicos em relação à tortura e aos maus-tratos aborda as causas fundamentais da atual complacência global em relação à tortura e aos maus-tratos tendo em vista padrões neurobiológicos e psicossociais bem documentados de autotengano e negação.⁶²

O tema permite refletir sobre as causas psicossociais que ajudam a explicar ou compreender a persistência de práticas generalizadas de tortura e maus-tratos no Brasil, mesmo após a transição, no país, de uma ditadura para uma democracia constitucional. Durante o período ditatorial iniciado no Brasil em 1964, registraram-se inúmeros casos de encarceramento, tortura e exílio com, aproximadamente, 50 mil pessoas detidas nos primeiros meses do regime ditatorial, 20 mil detentos submetidos a torturas, 354 casos de mortos e desaparecidos políticos, assassinato de centenas de camponeses, 130 exilados e 4.862 casos de pessoas cujos mandatos e direitos políticos foram revogados. Apesar da gravidade dos fatos, o país não prosseguiu com processos criminais para examinar e responsabilizar as violações de direitos humanos ocorridas durante esse período.⁶³

⁶² UNITED NATIONS. *Report on biopsychosocial dynamics conducive to torture and ill-treatment*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/75/179, 20 July 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/188/03/PDF/N2018803.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C No. 219. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafo 85 *et seqs.*; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 19 dez. 2019. Parágrafo 107. Como consta nos documentos oficiais, as graves violações dos direitos humanos cometidas durante a ditadura militar faziam parte de uma política de repressão planejada e executada pelo Estado, através das Forças Armadas, da Polícia Militar e Civil e do Judiciário, com o objetivo de eliminar qualquer resistência ao golpe de Estado e ao regime estabelecido. Como em outros regimes

Entretanto, mais de três décadas depois, o que poderia explicar a permanência dessas práticas?

A especialista ouvida pela pesquisa⁶⁴ recomendou que examinássemos o trabalho da cientista social Teresa Caldeira em nossa busca por respostas. Em um estudo realizado durante os primeiros anos da nova democracia constitucional brasileira, Caldeira observou que, dentre vários aspectos conectados à experiência da violência, aquele que mais chama atenção diante de sua relevância política e de seu “caráter absurdo” é o apoio populacional a uma campanha de oposição à defesa dos direitos humanos, que teve início nos anos 1980.⁶⁵

em vigor ao mesmo tempo na região, a ditadura no Brasil articulou um “gigantesco aparato repressivo” com base na “Doutrina de Segurança Nacional”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Na. 71/2015*. Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. OEA/Ser.L/V/II.156, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafo 57. Cf., também, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. 31 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://cidh.oas.org/pdf/%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20PORT.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 33-34.

Um estudo relativamente recente sugere que a incidência da violência em diferentes nações está diretamente ligada à adoção de processos de justiça transicional para lidar com o passado autoritário. Os países que instalaram comissões de verdade eficazes tendem a ser muito menos violentos; os países que adotaram leis de anistia tendem a ser mais violentos. Isto se explica, inter alia, pela tendência dos especialistas em violência que reprimiram os dissidentes políticos sob os governos para desempenhar, nas democracias, papéis cruciais na operação de mercados criminosos e na produção de violência criminosa. Esta participação ocorre de várias maneiras, *ng*: a saída destes agentes do Estado para se tornarem agentes armados de organizações criminosas em conflito com outras organizações e com o Estado; as ações destes membros dentro do Estado em favor de organizações criminosas; o uso abusivo e desproporcional do poder do Estado no combate ao crime (marcado por execuções extrajudiciais, tortura, extorsão e outros crimes). Em países onde foram adotados processos de justiça transicional para expor, julgar e punir membros das forças estatais por graves violações dos direitos humanos, cometidas durante a Era Autoritária, há uma redefinição dos critérios de coerção estatal que impede que os membros das forças armadas e da polícia se tornem os principais atores na produção de violência criminosa. Em suma, as medidas e políticas públicas destinadas a quebrar a impunidade por violações passadas dos direitos humanos fortalecem as novas democracias e as tornam menos vulneráveis à violência epidêmica. Cf. TREJO, Guillermo; ALBARACÍN, Juan; TISCORNIA, Lucía. Breaking state impunity in post-authoritarian regimes: why transitional justice processes deter criminal violence in new democracies. *Journal of Peace Research*, v. 55, n. 6, 2018.

⁶⁴ Ver nota de rodapé 12.

⁶⁵ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”? desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 162.

A linguagem dos “direitos” foi central no debate político no Brasil desde meados da década de 1970, e no processo de democratização. Durante esse período, a luta pelos direitos humanos recebeu o apoio de diferentes segmentos da sociedade. Primeiramente, com um discurso contra a tortura e a detenção ilegal de presos políticos, contra a censura e a favor de direitos e liberdades básicas, como o direito de voto e a liberdade de expressão. Segundo, com a luta das minorias, das classes populares e dos movimentos sociais durante os anos 1970 e 1980. A multiplicação de suas demandas específicas por creches ou serviços públicos básicos e um crescente processo de mobilização política legitimaram uma agenda para os direitos à saúde, moradia, transporte, controle sobre o corpo e a sexualidade, diferença étnica e assim por diante.⁶⁶

Durante os anos 1980, os direitos humanos expandiram-se e importantes vitórias foram alcançadas, incluindo a possibilidade de a população eleger governadores de estado em 1982 e o fim formal da ditadura alguns anos mais tarde. Nesse contexto, houve, também, tentativas de humanizar as condições impostas aos presos comuns para defender seus direitos humanos básicos, pois era sabido que eles estavam “lotados nas piores condições em prisões superlotadas” e eram “vítimas constantes de tortura e de todo tipo de maus-tratos”. Essas tentativas foram articuladas, principalmente, por segmentos da Igreja Católica, movimentos e comissões de direitos humanos e parte da classe política democrática. Elas foram encontradas pela oposição de membros da polícia, políticos de direita e segmentos da imprensa (por exemplo, programas populares de transmissão dedicados a notícias relacionadas ao crime).⁶⁷

A defesa bem-sucedida dos presos políticos contra a tortura e maus-tratos foi uma luta em nome dos direitos civis e políticos dos ativistas oriundos das classes média e alta, cujo “crime” era discordar dos poderosos, e em nome dos direitos políticos de toda a comunidade nacional que foram suspensos durante o regime militar. Os presos comuns, porém, eram, em sua maioria, pessoas da classe baixa acusadas de cometer algum tipo de crime regular e que, por esse motivo, tiveram sua cida-

⁶⁶ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”? desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 162-163.

⁶⁷ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”? desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 164-165.

dania restringida. É por isso que eles eram defendidos sob o rótulo de “direitos humanos”, ou seja, de acordo com sua humanidade básica.⁶⁸

No entanto, de acordo com a percepção geral, esse humanitarismo elementar foi negado aos presos comuns. A análise de Caldeira sugere que essa negação tem raízes em atos e percepções prevalecentes de discriminação de classe e racial. Isto, pois, a maioria dos prisioneiros são pobres e são associados a características estereotipadas, criadas pela sociedade brasileira para se referir a criminosos, o que gera uma onda de preconceitos e discriminações contra a população carcerária. Caldeira compreende que, para aqueles que se dizem opositores aos direitos humanos, estes estão, direta e exclusivamente, associados a criminosos, garantidos somente a eles, apesar de, na realidade, esse estrato social não ser o único em foco na luta pelos direitos humanos, que, de forma alguma, defende o crime.⁶⁹

O fato de os direitos humanos estarem diretamente associados a um estrato social visto de forma negativa pela sociedade dificulta, imensamente, a articulação pública de defesa a esses direitos.⁷⁰

Caldeira ainda ressalta a existência de táticas abusivas de opositores aos direitos humanos dos prisioneiros comuns, táticas que consistem na propagação de imagens de luxo e boa vida, difundindo a ideia de que os defensores dos direitos humanos querem oferecer privilégios aos criminosos em detrimento dos cidadãos de bem que vivem por meio do trabalho digno. A problemática associação da noção de direitos humanos com a ideia de privilégios para criminosos colabora para a deslegitimação da luta pelos direitos humanos que são estereotipados como “protetores de bandidos”.

Caldeira ressalta a falta de humanidade naqueles que simpatizam com a ideia do uso da força contra os “bandidos”, principalmente devido aos estereótipos propagados e caricaturizados por eles, que se baseiam,

transparentemente, no preconceito e na discriminação social e racial.⁷¹

Nesse sentido, a luta pelos direitos humanos e pela humanização dos presídios, que tinha como objetivo garantir direitos mínimos para todos os cidadãos, tocou no limite aceitável pela sociedade, ameaçando toda a ordem social ao “garantir privilégios para os criminosos”.

A análise de Caldeira se baseia no fato de que os direitos humanos, dentre eles a proibição da tortura, são associados a um discurso de mudança social e de manutenção de privilégios.⁷² Nesse sentido, propaga-se a ideia de que há uma desordem social que está “mudando tudo para pior”, como a reivindicação de direitos para os pobres (que os opositores consideram como privilégios) e, sobretudo, a reivindicação de direitos para bandidos.⁷³

Outrora sinônimo de direitos civis, políticos e socioeconômicos defendidos por grandes segmentos da população, a categoria de “direitos humanos” infelizmente tornou-se, ao longo dos anos 80, sinônimo de “direitos” ou “privilégios” de criminosos violentos. A ideia de “direitos” em geral não foi questionada, mas apenas a de “direitos humanos”. Cuidados médicos, educação, creches, etc. eram direitos queridos. A noção de direitos humanos, no entanto, era dissociada deles.⁷⁴

As consequências dessa oposição aos direitos humanos, segundo Caldeira, é a percepção do Estado como defensor de criminosos, e as reivindicações por mudanças no sistema prisional, principalmente privilegiando a

⁶⁸ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”?: desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 165-166.

⁶⁹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”?: desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 166.

⁷⁰ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”?: desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 167.

⁷¹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”?: desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 169.

⁷² CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”?: desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 171-172. Ao discutir sobre o crime e a violência, o discurso contra os direitos humanos é um discurso sobre desordem social e sobre a manutenção de privilégios. A desordem pode ser interpretada de várias maneiras, mas algo facilmente associado a ela é a mudança social. E o fato é que o discurso contra os direitos humanos foi veiculado numa conjuntura de mudança, quando tomava posse o primeiro governador eleito em duas décadas, quando os movimentos sociais eram legitimados como interlocutores do Estado, quando se tentava reformar a polícia acostumada ao arbítrio do regime militar, e quando o próprio Estado se atribuía o papel de gerador de novos direitos para os “outros” [...]

⁷³ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”?: desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 171-172.

⁷⁴ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”?: desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 163-164.

atuação de agentes privados. Ao mesmo tempo, há um aumento da defesa do uso da força física contra os prisioneiros, baseado no argumento de que o prisioneiro “mereceria sentir a mesma dor que causou”. É nesse contexto que se origina o apoio à pena de morte e a complacência à violência policial e à violação de direitos humanos.⁷⁵

3.8 O relatório sobre cooperação estatal

Em seu relatório temático sobre cooperação dos Estados com o trabalho da Relatoria, o Relator Especial referiu-se à efetividade da cooperação demonstrada pelos Estados em suas respostas às comunidades oficiais e aos pedidos de visita transmitidos pelo Relator. O documento também trata de como fortalecer a interação entre os Estados e a relatoria e facilitar o cumprimento das obrigações internacionais relativas à prevenção e ao combate à tortura e aos maus-tratos.⁷⁶

Além de indagar sobre a relevância de seu relatório sobre cooperação dos Estados com a Relatoria Especial, o Relator da ONU também solicitou informações que igualmente abrem espaço para a reflexão sobre como se dá, e como pode se dar a interação entre a Relatoria e o Brasil; marcadamente, o Relator indagou sobre quais áreas específicas o Estado brasileiro poderia exigir maior apoio temático ou aconselhamento por parte da Relatoria.⁷⁷

⁷⁵ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”? desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991. p. 172. *É por aí que, além de ser contra o que se chama de “bons-tratos” aos criminosos, parcela considerável da população exige a pena de morte, fecha os olhos para os abusos da polícia e o desrespeito aos direitos humanos, [...] requer “dureza” contra os bandidos ou a sua eliminação pura e simples, num discurso também altamente difundido. É ainda nesse contexto que são apoiados os “justiceiros” que agem nos bairros populares. [...] A discriminação social expressa no discurso da violência, o apoio ao uso da força e a ênfase na privatização, a meu ver, são questões bem mais amplas do que as do crime e da segurança, mas encontram aí um excelente meio de expressão*

⁷⁶ UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. UN Doc. A/HRC/31/57/Add.4, 29 January 2016. Disponível em: <https://uhri.ohchr.org/Document/File/490ceac8-16be-4aa8-9046-4c2745a35e9c/8a7487eb-687a-40cf-aff1-c9fe9fe8db0d>. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁷⁷ UNITED NATIONS. *Call for input to a report: impact of thematic reports presented by the Special Rapporteur on Torture*. United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, 3 June 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2021/call-input-report-impact-thematic-reports-presented-special-rapporteur-torture>. Acesso em: 28 jun. 2021.

O Brasil tem um histórico de interações com a Relatoria Especial, como exemplificam documentos adotados pela Relatoria sobre o país ao longo dos anos.⁷⁸ A despeito dessas interações e dos relatórios, observações e recomendações passados, o país permanece marcado por práticas generalizadas de tortura e maus-tratos, como visto nos tópicos anteriores do presente artigo.

Em termos de áreas específicas que podem exigir apoio temático ou aconselhamento por parte da Relatoria, destaca-se, na pesquisa apresentada neste artigo, que o Brasil é marcado pela discriminação histórica contra pessoas de ascendência africana, incluindo comunidades quilombolas; mulheres; povos indígenas; camponeses e trabalhadores rurais humildes; pessoas sem terra e sem teto; habitantes de favelas e pessoas que vivem na periferia das cidades. As muitas violações dos direitos humanos, sofridas por esses indivíduos e comunidades, guardam uma estreita conexão com a exclusão social de longa data, a falta de acesso à terra e aos direitos de propriedade e a negação de fato de seus direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. A discriminação de classe, étnica e racial impõem, àqueles que vivem na pobreza e extrema pobreza, moradias precárias ou extremamente precárias, condições de trabalho precarizadas ou, inclusive, sob escravidão, e uma maior exposição à violência.⁷⁹

Tudo isso é refletido na prática das prisões e instituições comparáveis, como as unidades do sistema socioeducativo juvenil e, inclusive, as chamadas comunidades terapêuticas, a ponto de a Comissão Interamericana ter se referido a locais como esses como “celeiros institucionais para a marginalização de pessoas afrodescen-

⁷⁸ V.g., UNITED NATIONS. *Civil and political rights, including the questions of torture and detention*. Report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1998/38. Doc. E/CN.4/1999/61, 12 January 1999.; UNITED NATIONS. *Civil and Political Rights, including the questions of torture and detention*. Report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 2000/43 Adendum – Visit to Brazil. Doc. E/CN.4/2001/66/Add.2, 30 March 2001.; UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. UN Doc. A/HRC/31/57/Add.4, 29 January 2016. Disponível em: <https://uhri.ohchr.org/Document/File/490ceac8-16be-4aa8-9046-4c2745a35e9c/8a7487eb-687a-40cf-aff1-c9fe9fe8db0d>. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁷⁹ Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 2, 20-149.

dentes e das que vivem em situação de extrema pobreza”. No país, registrou a Comissão, pessoas privadas de liberdade são “muitas das vezes encarceradas em espaço superlotados e com deficiências estruturais extremas, sofrem maus-tratos e são frequentemente submetidas a atos de tortura.”⁸⁰

Como nos indicou a especialista ouvida pela pesquisa⁸¹, o trabalho do Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura, em relação ao Brasil, já foi descrito como enfoque na tortura como um “crime de oportunidade”, (um crime que é cometido quando a oportunidade surge). Nesse sentido, bastaria ao Estado criar, por exemplo, um sistema regular de visitas às prisões para que a conjunção de situações que tornam a violação possível seja impedida.⁸² Contudo, embora um sistema regular de visitas possa desempenhar um papel importante, assim como outras linhas de ação similares, a Relatoria pode se engajar com a abordagem crítica da tortura como crime de oportunidade. Essa abordagem defende que a prevenção eficaz da tortura também depende, ou depende *principalmente*, do enfrentamento daqueles “aspectos sociais mais profundos, produtores e reprodutores de desigualdades, como os relacionados à classe, à raça e ao gênero”.⁸³ Considerando todo o exposto, e lembrando que houve medidas recentes que dificultaram o trabalho dos mecanismos de prevenção (especialmente o mecanismo nacional)⁸⁴, o Relator Especial pode considerar o

⁸⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafo 2. Ver também: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022. Parágrafos 3, 150-234.

⁸¹ Ver nota de rodapé 12.

⁸² Ver, também: DUARTE, Thais Lemos; JESUS, Maria Gorete Marques de. Prevenção à tortura: uma mera questão de oportunidade aos mecanismos latino-americanos? *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, p. 134-152, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9627>. Acesso em: 19 dez. 2022. p. 137.

⁸³ DUARTE, Thais Lemos; JESUS, Maria Gorete Marques de. Prevenção à tortura: uma mera questão de oportunidade aos mecanismos latino-americanos? *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, p. 134-152, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9627>. Acesso em: 19 dez. 2022. p. 151.

⁸⁴ DUARTE, Thais Lemos; JESUS, Maria Gorete Marques de. Prevenção à tortura: uma mera questão de oportunidade aos mecanismos latino-americanos? *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, p. 134-152, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9627>.

apoio ou aconselhamento ao Estado tanto em relação a um sistema de prevenção e combate à tortura quanto sobre medidas e políticas voltadas para a inclusão social. Dadas as causas estruturais da perpetuação da tortura e violência generalizadas no país, é sensato que a agenda contra a tortura caminhe juntamente à agenda social (o que, ademais, é bastante coerente com o próprio norte jurídico, central ao trabalho das Nações Unidas, de indivisibilidade dos direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais).⁸⁵

4 Observações conclusivas

O exposto nos tópicos anteriores permite atender, de forma fundamentada, ao objetivo geral de investigar o possível impacto de oito relatórios temáticos da Relatoria Especial das Nações Unidas sobre tortura em relação ao Brasil, assim como sua relevância para o contexto brasileiro. A partir do que foi examinado e discutido, são apresentados os seguintes pontos de síntese e conclusão:

4.1. Apesar de tomadas as devidas diligências de pesquisa, não foi encontrada nenhuma menção aos relatórios temáticos na jurisprudência nacional; na legislação nacional e outras atividades parlamentares; em regulamentos, políticas, práticas e procedimentos nacionais; em mecanismos relevantes de investigação e responsabilidade; ou em atividades nacionais de pesquisa, comunicação pública e conscientização (indicadores escolhidos pelo Relator Especial para medir o possível impacto de seus relatórios).

4.2. Embora não tenha sido constatado impacto demonstrável dos relatórios, os temas por eles abordados são, todos eles, relevantes para o contexto nacional.

[unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9627](https://www.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9627). Acesso em: 19 dez. 2022. p. 191, 193.

⁸⁵ Sobre o tema da indivisibilidade dos direitos humanos, ver: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 ver. 1. 29 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>. p. 288-290; PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29 (numeração do *ebook*); RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 69 e seguintes (numeração do *ebook*) (capítulo 5, tópico 5.3: “Indivisibilidade, interdependência e unidade”).

4.3. Quanto ao relatório sobre armas e uso da força extracustodial e sua relação com o Brasil: há evidências de que o aumento da circulação de armas aumenta o número de homicídios, criminalidade, violência, entre outros. O Brasil, nos últimos anos, facilitou o acesso civil às armas. Há, assim, preocupação com a facilitação de atos de violência em geral, e de atos de tortura e maus-tratos em particular.

4.4. Quanto ao relatório sobre migração e sua relação com o Brasil: houve um aumento no número de imigrantes no Brasil nos últimos anos; muitos deles são socialmente vulneráveis, pois sofrem discriminação e dificuldades no acesso ao emprego e na inclusão e integração social. Isso faz com que sejam, também, mais vulneráveis a atos de violência, incluindo atos de tortura e maus-tratos.

4.5. Quanto ao relatório sobre reafirmação e reforço da proibição da tortura e dos maus-tratos, e sua relação com o Brasil: a tortura e os maus-tratos são recorrentes no país, principalmente, contra os pobres e afrodescendentes. Muitas prisões estão superlotadas e os presos sofrem com o acesso precário ou inexistente à saúde e à educação. Relatos de revistas corporais vexatórias e tortura são frequentes.

4.6. Quanto ao relatório sobre corrupção, tortura e maus-tratos, e sua relação com o Brasil: existe uma relação entre corrupção e violência no país, incluindo formas extremas de violência. As insuficiências do Estado e do mercado são acompanhadas pelo surgimento de milícias e grupos paramilitares em certas regiões. Esses grupos prestam serviços de forma autoritária e extorsiva e praticam atividades ilegais como tráfico de drogas, propinas, sequestros, lavagem de dinheiro etc.

4.7. Quanto ao relatório sobre tortura, maus-tratos e violência doméstica e sua relação com o Brasil: apesar dos esforços legislativos, como a promulgação da Lei Maria da Penha e da Lei n.º 13.104, a violência doméstica, ainda, é endêmica no país. As evidências indicam que as medidas de prevenção e repressão têm sido adotadas de forma insuficiente.

4.8. Quanto ao relatório sobre tortura psicológica e sua relação com o Brasil: em nível nacional, a tortura é geralmente concebida em termos físicos. O relatório da ONU é um meio útil para destacar a dimensão psicológica da tortura — uma dimensão importante de diferentes temas sociais, incluindo as más condições carcerárias.

4.9. Quanto ao relatório sobre fatores biopsicossociais relacionados à tortura e aos maus-tratos e sua relação com o Brasil: pesquisas qualitativas indicam a presença de fatores biopsicossociais articulados à perpetuação de práticas generalizadas de tortura e maus-tratos ao longo do tempo no país — fatores como a acentuada desigualdade social, o racismo, a propaganda constante contra os direitos humanos (retratados como “privilégios” de “bandidos” e “bandidos”) e a desumanização de amplos segmentos da população pobre e afrodescendente.

4.10. Finalmente, quanto ao relatório sobre cooperação entre Estados e a Relatoria Especial: apesar do histórico de interações do Brasil com o Relator Especial, a tortura e os maus-tratos continuam generalizados. A tortura é, muitas vezes, vista como um “crime de oportunidade” no quadro da ONU; no entanto, é um problema com profundas raízes sociais. Uma agenda de desenvolvimento econômico e social e a redução drástica da desigualdade podem ser fundamentais para prevenir a tortura no país.

Referências

ALVES, Henrique Napoleão. Revista invasiva (ou revista íntima) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 21 n. 2, p. 317-332, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/23083>. Acesso em: 19 dez. 2022.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais*. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 3012, 18 fev. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm#:~:text=Cada%20Estado%20Parte%20se%20comprometer%20C3%A1,pessoa%20

no%20exerc%C3%AAdcio%20de%20fun%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8716, 06 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 15562, 09 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Lei do Feminicídio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Senado, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2015/08/10/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>. Acesso em: 19 set. 2018.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”? desventuras da democratização brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 30, p. 162-174, jul. 1991.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Press Release N.º 24/19, IACHR Expresses Deep Concern over Alarming Prevalence of Gender-based Killings of Women in Brazil*. 4 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2019/024.asp. Acesso em: 19 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório N.º 10/19*. Caso 12.263. Mérito. Márcia Barbosa de Souza e familiares. 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2019/3.%20BR%2012.263%20Barbosa.docx>. Acesso em: 19 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório N.º 54/01*. Caso 12.051. Mérito. Maria da Penha Maia Fernandes. 16 de abril de 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 19 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório No. 71/2015*. Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. OEA/Ser.L/V/II.156, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 ver. 1. 29 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>. Acesso em: 19 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. 31 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20PORT.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

CONNORS, Jane. United Nations. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh; HARRIS, David (ed.). *International human rights law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

CONTI, Thomas V. *Dossiê armas, crimes e violência*: o que nos dizem 61 pesquisas recentes. 2017. Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/2017/dossie-armas-violencia-e-crimes-o-que-nos-dizem-61-pesquisas-recen-tes/>. Acesso em: 19 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C No. 219. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 19 dez. 2019.

DUARTE, Thais Lemos; JESUS, Maria Gorete Marques de. Prevenção à tortura: uma mera questão de oportunidade aos mecanismos latino-americanos? *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, p. 134-152, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9627>. Acesso em: 19 dez. 2022.

DUTRA, Yuri Frederico. *Como se eu estivesse morrendo: a prisão e a revista íntima em familiares de reclusos em Florianópolis*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

FIGUEIREDO, Isabel; MARQUES, Ivan. Panorama sobre as armas de fogo no Brasil: um retrato possível a partir dos sistemas federais. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/8-brasil-dobra-o-numero-de-armas-nas-maos-de-civis-em-3-anos.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

FLACSO. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2015. Disponível em: <http://flacso.org.br/?p=13485>. Acesso em: 19 set. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

IPEA. *Brasil ultrapassa pela primeira vez a marca de 30 homicídios por 100 mil habitantes*. 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33411&catid=8&Itemid=6. Acesso em: 19 set. 2018.

KAHN, Túlio. *As polícias e as armas*. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/>

[wp-content/uploads/2021/07/15-as-policias-e-as-armas.pdf](https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/15-as-policias-e-as-armas.pdf). Acesso em: 19 dez. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RISPOLI, Eduardo; LAEGER, Mariana. O conselho de direitos humanos das nações unidas: novas perspectivas diante de uma intolerância universal consolidada. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (org.). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TREJO, Guillermo; ALBARRACÍN, Juan; TISCORNIA, Lucía. Breaking state impunity in post-authoritarian regimes: why transitional justice processes deter criminal violence in new democracies. *Journal of Peace Research*, v. 55, n. 6, 2018.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

UNITED NATIONS. *Call for input to a report: impact of thematic reports presented by the Special Rapporteur on Torture*. United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, 3 June 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2021/call-input-report-impact-thematic-reports-presented-special-rapporteur-torture>. Acesso em: 28 jun. 2021.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. San Francisco, 1945. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Civil and political rights, including the questions of torture and detention*. Report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1998/38. Doc. E/CN.4/1999/61, 12 January 1999.

UNITED NATIONS. *Civil and Political Rights, including the questions of torture and detention*. Report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 2000/43 Adendum – Visit to Brazil. Doc. E/CN.4/2001/66/Add.2, 30 March 2001.

UNITED NATIONS. *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Brazil*. UN Doc. CEDAW/C/BRA/CO/7. 23 March 2012.

UNITED NATIONS. *Domestic violence and the prohibition of torture and ill-treatment*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/74/148, 12 July 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/214/44/PDF/N1921444.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Extra-custodial use of force and the prohibition of torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/72/178, 20 July 2017. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/223/15/PDF/N1722315.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution 60/251*. Human Rights Council. UN Doc. A/RES/60/251. 3 April 2006.

UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. UN Doc. A/HRC/31/57/Add.4, 29 January 2016. Disponível em: <https://uhri.ohchr.org/Document/File/490ceac8-16be-4aa8-9046-4c2745a35e9c/8a7487eb-687a-40cf-aff1-c9fe9fe8db0d>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Report on biopsychosocial dynamics conducive to torture and ill-treatment*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/75/179, 20 July 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/188/03/PDF/N2018803.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Report on migration-related torture*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/37/50, 24 November 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/347/27/PDF/G1834727.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez 2022.

UNITED NATIONS. *Report on psychological torture and ill-treatment*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/43/49, 20 March 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/070/73/PDF/G2007073.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Report on the relationship between torture and corruption*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/40/59, 17 January 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/007/75/PDF/G1900775.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Resolution 1985/33 of the Human Rights Commission: torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*. UN Doc. E/CN.4/RES/1985/33, 13 March 1985. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E_CN.4_RES_1985_33.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Resolution 42/20 of the Human Rights Council: torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment: mandate of the Special Rapporteur*. UN Doc. A/HRC/RES/43/2020, 22 July 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/161/95/PDF/G2016195.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Seventieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: reaffirming and strengthening the prohibition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer*. UN Doc. A/73/207, 21 July 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/232/16/PDF/N1823216.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Topic: special rapporteur on torture*. United Nations Human Rights. Office of the High Commissioner, 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-torture>. Acesso em: 16 dez. 2022.

UNITED NATIONS. *Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. Report of the Special Rapporteur, Mr. Nils Melzer. UN Doc. A/HRC/46/26, 22 January 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/014/99/PDF/G2101499.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REI, Thiago. Cresce o número de mulheres vítimas de homicídio no Brasil; dados de feminicídio são subnotificados. *G1*, 7 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/>

monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-saosubnotificados.ghtml. Acesso em: 19 set. 2018.

Agradecimentos

O autor agradece ao *Facts and Norms Institute* (Instituto Fatos e Normas) pelo apoio e realização da pesquisa que deu origem ao presente artigo, e à especialista Thais Lemos Duarte, que foi ouvida durante a pesquisa (v. Introdução). O conteúdo do artigo é de exclusiva responsabilidade do autor.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Interconstitucionalidade entre Portugal e a União Europeia no acesso ao sistema judiciário: compreensão da linguagem e competências infocomunicacionais
Interconstitutionality between Portugal and the European Union in accessing the judicial system: understanding language and infocommunication skills

Ana Melro

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Interconstitucionalidade entre Portugal e a União Europeia no acesso ao sistema judiciário: compreensão da linguagem e competências infocomunicacionais*

Interconstitutionality between Portugal and the European Union in accessing the judicial system: understanding language and infocommunication skills

Ana Melro**

Resumo

É, atualmente, incontornável que a relação entre os Estados-Membros e a União Europeia se faça por meio da implementação prática dos prefixos *inter*: a interconstitucionalidade, a internormatividade, a interpragmaticidade, interjudicialidade, etc. Relação que, de acordo com Gomes Canotilho, ocorre por meio de um processo de interações reflexivas. O sistema judiciário não escapa a essa influência recíproca, sendo premente que os instrumentos e os atores judiciários concorram para que aquele se aproxime dos cidadãos. Essa aproximação é analisada considerando duas variáveis que, atualmente, nos parecem essenciais: a compreensão da linguagem e as competências infocomunicacionais. O objetivo do artigo é abordar essas duas variáveis em algumas disposições normativas portuguesas e europeias, bem como na jurisprudência, no sentido de entender a sua real existência e relevância. Para tal, após o que é uma análise teórica sobre as temáticas em discussão, realizou-se breve incursão por alguma jurisprudência portuguesa e europeia que se debruça sobre o acesso ao sistema judiciário. Conclui-se que, embora se atribua grande relevância a esse acesso e à sua efetividade, nem sempre a linguagem utilizada pelos operadores jurídicos é acessível e cognoscível, bem como nem sempre as competências para a utilização de tecnologia estão presentes, o que barra o efetivo acesso ao sistema judiciário. O artigo reveste-se de originalidade no sentido em que faz uma reflexão delimitada a duas dimensões (linguagem acessível e transparente e desenvolvimento de competências infocomunicacionais) imprescindíveis no efetivo acesso ao sistema judiciário e pouco abordadas na doutrina.

Palavras-chave: sistema judiciário português; integração europeia; interconstitucionalidade; acesso ao sistema judiciário; linguagem; competências infocomunicacionais.

* Recebido em 23/03/2023
Aprovado em 22/05/2023

** Doutora em Informação e Comunicação em Plataformas Digitais e Doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade de Aveiro. Investigadora no Centro de investigação Digi-Media, da Universidade de Aveiro.
Email: anamelro@ua.pt

Abstract

Nowadays, it is unavoidable that the relationship between Member States and the European Union takes place through the practical implementation of the prefixes inter: interconstitucionalidade, internormativity, interpragmaticity, interjudiciality, etc. This relationship, according to Gomes Canotilho, occurs through a process of reflexive interactions. The judicial system does not escape this reciprocal influence, and it is imperative that the judicial instruments and actors compete for the judicial system to approach the citizens. This approximation is analyzed considering two variables that currently seem essential to us: language comprehension and infocommunication competences. The paper aim is to address these two variables in some Portuguese and European normative provisions, as well as in jurisprudence, in order to understand their real existence and relevance. To this end, after a theoretical analysis of the issues under discussion, it makes a brief foray into some Portuguese and European jurisprudence that ends up focusing on judicial system access. It is concluded that, despite the great importance given to this access and its effectiveness, the language used by legal operators is not always accessible and knowable, as well as the skills for using technology are not always present, which hinders effective access to the judicial system. The paper originality lies in the reflection limited to two dimensions (accessible and transparent language and development of infocommunication skills) essential in effective access to the judicial system and little addressed in the doctrine.

Keywords: judiciary system; European integration; interconstitucionalidade; access to the Portuguese judiciary system; language; infocommunication competences.

1 Introdução

A integração europeia promove, primeiramente, a possibilidade de reconfiguração das percepções jurídico-políticas. A cidadania, as fronteiras, a normatividade, os indicadores e outras dimensões classificadoras em relação ao que, antes, estancava o domínio estatal, são, hoje, brumosas.

O sistema judiciário e a sua organização constituem elementos centrais de garantia da existência de Justiça e

de vida condigna em sociedade. Imiscui-se entre as várias esferas de justiça elaboradas por Walzer¹. Não obstante, o entendimento do sistema judiciário é diferente do que se fazia no período que antecedeu a integração europeia, pautando-se, atualmente, por características, necessariamente, menos fechadas.

O trabalho parte dessa reflexão sobre o que é, atualmente, o sistema judiciário, para a sua concretização num modelo caracterizado pela erosão e reconceptualização da Constituição e do constitucionalismo e pela interconstitucionalidade e internormatividade². O objetivo primordial foi entender como, nesse espaço tão nebuloso, se consegue garantir o acesso ao sistema judiciário, em Portugal, em duas das suas dimensões: a compreensão da linguagem e as competências infocomunicacionais³.

Assim, responde-se à questão: de que forma as interações reflexivas entre a Constituição da República Portuguesa (CRP) e os Tratados Europeus (nomeadamente, o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), bem como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, garantem o acesso ao sistema judiciário, por via da linguagem acessível e transparente e do desenvolvimento de competências infocomunicacionais?

Busca-se, neste artigo, compreender, primeiramente, se a linguagem, o acesso e o desenvolvimento de competências infocomunicacionais são essenciais e se há intenção na garantia do acesso ao sistema judicial. O uso de linguagem simples, clara e acessível, de modo que os não operadores judiciários, que se encontrem envolvidos em processos, entendam o que está a ser discutido é essencial para que ocorra um efetivo acesso à justiça. E, embora tal esteja previsto nos principais diplomas legais portugueses (e europeus), as petições iniciais, os requerimentos ou mesmo as sentenças, ainda, estão envoltos em linguagem que veda aquele acesso por ser tão técnica e especializada.

¹ WALZER, Michael. *As esferas da Justiça*: em defesa do pluralismo e da igualdade. Lisboa: Editorial Presença, 1999.

² Conceitos que não são nossos e que, em sede própria, serão indicados os respectivos autores.

³ Competência infocomunicacional definida como a capacidade/habilidade para a procura e recolha de informação e/ou estabelecimento de relações sociais em meio digital. Definição elaborada por BORGES, Jussara; OLIVEIRA, Lídia. Competências infocomunicacionais em ambientes digitais. *Observatorio (OBS*)*, v. 5, n. 4, p. 291-326, 2011. Disponível em: <http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/508/460>. Acesso em: 16 mar. 2023.

Ademais, atualmente, é corrente que toda a tramitação se faça com recurso a Tecnologias de Informação e Comunicação, mas sem que tenha ocorrido a preocupação (ao mesmo nível da introdução das ferramentas) de formar, para a sua utilização, de dotar os serviços de equipamentos atuais, de informar o cidadão.

São, por isso, duas dimensões prementes, mas que, ainda, se revestem de várias lacunas e fragilidades. Para efeitos da sua análise, o artigo está organizado em quatro secções. Na primeira, faz-se uma breve caracterização do sistema judiciário português e europeu, com referência às principais instâncias judiciais. Para, posteriormente, se discorrer sobre a forma como, atualmente, se vivencia um processo de interconstitucionalidade, com interações e influências bidirecionais.

Na terceira secção, far-se-á uma incursão pelo acesso ao sistema judiciário, especificamente nas dimensões da compreensão da linguagem e das competências infocomunicacionais, concretizando-se o que são cada uma dessas dimensões e qual a sua relevância para aquele acesso. Finaliza-se com a análise das interações reflexivas à luz das dimensões de acesso ao sistema judiciário da linguagem e das competências infocomunicacionais. O artigo apresenta, ainda, algumas conclusões, sobretudo em jeito de resposta à questão colocada.

2 Sistema judiciário: breve caracterização e entendimento da relevância

O conceito de acesso ao sistema judiciário português não faz sentido sem que se compreenda, concretamente, o que aí se inclui. Assim, cumprindo esse primeiro requisito, e no âmbito do presente trabalho, dir-se-á que se entende por sistema judiciário a rede de instrumentos de resolução de litígios, que poderá ocorrer por meio dos tribunais ou de formas alternativas, como os tribunais arbitrais, os julgados de paz ou a mediação⁴.

⁴ Em Portugal, a essa rede poder-se-iam acrescentar os Registos e Notariado, a Solicitadoria, a Administração Judicial e as forças policiais, bem como todos os profissionais envolvidos, como Juizes, Magistrados do Ministério Público, Advogados, Consultores Jurídicos, Solicitadores, Agentes de Execução, Notários, Conservadores, Oficiais de Justiça, Mediadores, Administradores Judiciais, Agentes dos Órgãos de Polícia Criminal.

Concentrando a atenção nos tribunais, em Portugal, aqueles dividem-se em tribunais judiciais, tribunais administrativos e fiscais, tribunais militares⁵, tribunais arbitrais e julgados de paz. Os tribunais judiciais e administrativos e fiscais apresentam uma subdivisão tripartida, que funciona considerando o valor da ação interposta no tribunal, bem como a possibilidade de recurso da decisão, subindo da base (1.ª instância) para o topo (Supremo Tribunal de Justiça ou Administrativo).

Os tribunais judiciais podem apresentar soluções sobre diferentes especializações: trabalho, família e menores, comércio, entre outras. O que não acontece com os tribunais administrativos e fiscais. Os tribunais arbitrais e os julgados de paz, bem como a mediação, são soluções alternativas de resolução de litígios, que pretendem oferecer meios mais ágeis, rápidos e, muitas vezes, com a intervenção direta das partes na decisão. É possível recorrer a essas soluções em situações muito concretas, considerando, também, o valor da causa ou o tipo de ação, por exemplo.

Em relação a tribunais superiores, Portugal tem, ainda, o Tribunal de Contas, o Tribunal Constitucional e são reconhecidos os Tribunais Eclesiásticos.

Em nível supranacional, e porque se reflete, igualmente, na tutela dos direitos dos cidadãos nacionais, será relevante conhecer a organização do sistema judiciário europeu. Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem um papel preponderante para o “respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados”, conforme disposto no artigo 19.º, n.º 1, 1.º § do Tratado da União Europeia (TUE).

Por alteração introduzida pelo Tratado de Lisboa, o TJUE, atualmente, é composto por três jurisdições: Tribunal de Justiça (TJ), Tribunal Geral (TG) e tribunais especializados. O TG “continua a ser o ‘tribunal de primeira instância’ para a maioria das decisões tomadas pela Comissão e por outras instituições e organismos da UE em todas as suas áreas da competência.”⁶ Os tribunais especializados conhecem “em primeira instância de certas categorias de recursos em matérias específi-

⁵ Constituídos apenas em situações muito excepcionais.

⁶ SILVEIRA, Alessandra. Tribunal de Justiça da União Europeia. In: BRANDÃO, Ana Paula; CAMISÃO, Isabel; COUTINHO, Francisco Pereira; ABREU, Joana Covelo de (coord.). *Enciclopédia da União Europeia*. Petrony, 2007. p. 462-464. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tradoc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf. Acesso em: 13 mar. 2023. p. 463.

cas (artigo 257.º do TFUE e artigo 62.º-C do ETJUE), como é o caso do Tribunal da Função Pública, com competência para decidir dos litígios entre a UE e seus agentes (artigo 270.º do TFUE)⁷.

Para o TJ pode recorrer-se das decisões do TG, ainda que se limitando aquele a conhecer de questões de direito (artigos 256.º, n.º 1, 2.º § do TFUE e 58.º do ETJUE). Para o TG pode recorrer-se das decisões dos tribunais especializados (artigos 256.º, n.º 2, 1.º § e 257.º, 3.º § do TFUE) e do primeiro, ainda que excepcionalmente, é possível interpor recurso para o TJ (artigo 256.º, n.º 2, 2.º § do TFUE)⁸.

Há vários princípios relevantes para a compreensão da relação entre as diferentes ordens jurídicas. Um deles é o Princípio da Autonomia Processual e institucional dos Estados-Membros (EM), ou seja, a forma como os tribunais nacionais são independentes e irresponsáveis (no sentido de não poderem ser responsabilizados pelas decisões proferidas) nas suas decisões. Princípio que se deverá conciliar com “as exigências de aplicação uniforme/homogênea do direito da União.”⁹

Assim, a relação entre normas e ordens jurídicas concretiza-se por meio da determinação de critérios uniformes e homogêneos, aplicáveis a todos os EM, ou seja, uma ordem jurídica global que define os critérios de aplicação e interpretação das normas jurídicas nas ordens jurídicas parciais — os EM¹⁰.

Mas o princípio fundamental para o entendimento das questões do trabalho é o da tutela jurisdicional efe-

tiva. Este é um princípio-norma disposto nos diplomas legais nacionais¹¹ e que está, atualmente, contido, igualmente, nos princípios gerais da UE, por força do processo apelidado, por Gomes Canotilho, de interconstitucionalidade¹².

Pela primeira vez, consagrado no acórdão JOHNSTON / CHIEF CONSTABLE OF THE ROYAL ULSTER CONSTABULARY, de 15 de maio de 1986¹³, foi disposto, expressamente, no artigo 19.º, n.º 1, 2.º § TUE, assumindo-se como direito fundamental no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹⁴, ficando, dessa forma, proclamado como um princípio geral da União e entendido como um princípio que visa salvaguardar a possibilidade de recurso jurisdicional, por parte dos cidadãos, a uma ordem jurídica supranacional, de modo a fazer valer os seus direitos.

Ora, vistas que foram a organização dos sistemas judiciários (nacional e europeu), a sua caracterização e entendidas as suas articulação e relevância, será pertinente passar à análise do que são os processos de interconstitucionalidade mencionados anteriormente e a sua influência no acesso ao sistema judiciário pelos cidadãos.

¹¹ Veja-se o artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), com a epígrafe “acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva”: 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. Ou o artigo 2.º do Código de Processo Civil (CPC), com a epígrafe “garantia de acesso aos tribunais”: 1 – a proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2 – A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

¹³ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0222>. Acesso em: 15 mar. 2023.

¹⁴ Artigo 47.º da CDFUE, com a epígrafe “Direito à ação e a um tribunal imparcial”: toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça.

⁷ SILVEIRA, Alessandra. Tribunal de Justiça da União Europeia. In: BRANDÃO, Ana Paula; CAMISÃO, Isabel; COUTINHO, Francisco Pereira; ABREU, Joana Covelo de (coord.). *Enciclopédia da União Europeia*. Petrony, 2007. p. 462-464. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tradoc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf. Acesso em: 13 mar. 2023. p. 463.

⁸ SILVEIRA, Alessandra. Tribunal de Justiça da União Europeia. In: BRANDÃO, Ana Paula; CAMISÃO, Isabel; COUTINHO, Francisco Pereira; ABREU, Joana Covelo de (coord.). *Enciclopédia da União Europeia*. Petrony, 2007. p. 462-464. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tradoc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf. Acesso em: 13 mar. 2023. p. 463.

⁹ SILVEIRA, Alessandra. Tribunais nacionais. In: BRANDÃO, Ana Paula; CAMISÃO, Isabel; COUTINHO, Francisco Pereira; ABREU, Joana Covelo de (coord.). *Enciclopédia da União Europeia*. Petrony, 2017. p. 455-458. p. 456.

¹⁰ SILVEIRA, Alessandra. Tribunais nacionais. In: BRANDÃO, Ana Paula; CAMISÃO, Isabel; COUTINHO, Francisco Pereira; ABREU, Joana Covelo de (coord.). *Enciclopédia da União Europeia*. Petrony, 2017. p. 455-458. p. 457.

3 Interações reflexivas entre a Constituição da República Portuguesa e o processo de construção do projeto europeu

Nas palavras de Rui Medeiros¹⁵, atualmente, vivencia-se uma erosão do constitucionalismo e da Constituição. De acordo com o autor, são várias as razões para a ocorrência dessa erosão, algumas das quais já foram mencionando na secção anterior:

1. a parcialidade territorial associada à Constituição, deixando de regular o poder público de modo coerente e exaustivo;
2. o poder público não é, atualmente, legitimado pelo povo;
3. assim, a exclusividade associada ao primado do direito constitucional desapareceu, uma vez que, em geral, não é o que prevalece¹⁶.

Por outro lado, Lucas Pires¹⁷ considera que estamos, primeiramente, perante uma “re-conceptualização da realidade constitucional”, promovida pela integração numa UE, realidade supranacional, que obrigou a que as realidades jurídico-políticas evoluíssem, respondendo ao que eram as exigências desse novo contexto geopolítico.

Lucas Pires, em consonância com Rui Medeiros, considera os conceitos de território, povo e poder político elementos essenciais e definidores de um Estado e da sua soberania, e que têm sofrido alterações conceptuais. I.e., “o território se tornou menos estanque, a população menos exclusiva e a soberania dos estados, menos indivisível.”¹⁸

Aliás, Jorge Miranda já conta dessa erosão da constitucionalidade e reconceptualização da realidade constitucional por força da multiplicação de instituições internacionais, por exemplo, as Nações Unidas, ou mesmo dos diplomas fundacionais destas, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e do Tribunal Penal Internacional (TPI). A grande diferença para

a forte influência promovida pela integração europeia é mesmo o efeito que produz, direto e intenso¹⁹.

Também Diego Guimarães²⁰, já no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos, tece importantes considerações relativamente à forma como os diferentes Estados Europeus interagem e como essa interação impacta naquela proteção dos Direitos Humanos.

Considerando-se a pertinência que tem para o desenvolvimento da ordem jurídica interna, cumpre explorar o conceito de interconstitucionalidade, conforme oferecido por Gomes Canotilho. De acordo com o autor, mais do que um conceito, é uma teoria, que “estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço público.”²¹

Para o autor, os Estados não mais se podem entender como entidades isoladas, delimitadas e homogêneas. Sobressaem agora concepções estatais de rede, articulação e imbricação. Ou conforme Gomes Canotilho:

- (i) existência de uma rede de constituições de estados soberanos;
- (ii) turbulência produzida na organização constitucional dos estados soberanos pelas organizações políticas supranacionais;
- (iii) recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de natureza superior;
- (iv) articulação da coerência constitucional estatal com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional;
- (v) criação de esquemas jurídico-políticos caracterizados por um grau suficiente de confiança condicionada entre as várias constituições imbricadas na rede e entre essas constituições e a constituição revelada pela organização política de grandeza superior²².

Ou seja, a relação e interação entre a Constituição e os Tratados é de tal ordem que promove a relativiza-

¹⁵ MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015.

¹⁶ MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015. p. 63.

¹⁷ PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.

¹⁸ PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 8.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *A integração europeia e a Constituição Portuguesa*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, s.d. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/821-1350.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023. p. 6.

²⁰ GUIMARÃES, Diego Fernandes. A interação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais e seus impactos no sistema de fontes do direito: as lições da proteção cooperativa de direitos humanos e o caso da integração europeia. *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 3, p. 172-191, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8078/pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008. p. 266.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008. p. 267.

ção do que era estanque, favorecendo, outrossim, um conjunto de outros “inter”: interculturalidade, interparadigmaticidade, intersemioticidade, sempre no sentido de uma construção dual e bidirecional²³.

Ora, esse processo ganha contornos de maior complexidade se imaginarmos que se prolonga, não entre um EM e os Tratados fundamentais da UE, mas entre esse EM, outros vários e diferentes Estados (27, no total) e aqueles Tratados Fundamentais, numa lógica de recepção e emissão. Processo que levou Besselink a proferir o uso do conceito interconstitucionalidade ao de constitucionalismo multinível, porquanto o primeiro mais facilmente retirava a ideia da existência de níveis hierárquicos entre as diferentes ordens jurídicas (EM e UE), existência com a qual o autor não concorda²⁴.

Releva para o contexto do presente trabalho, ainda, um outro fenômeno associado à interconstitucionalidade, que é o da interjurisdicionalidade e, consequentemente, a forma como é concretizado o acesso ao sistema judiciário, não apenas na ordem interna, mas, igualmente, na ordem jurídica europeia. Ou seja, da mesma forma que a interconstitucionalidade se caracteriza por garantir a convivência entre Constituições e Tratados; a interjurisdicionalidade será relevante para a compreensão da existência de uma tutela jurisdicional efetiva por via da promoção de interações reflexivas.

De seguida, far-se-á a ponte para o que se entende por acesso ao sistema judiciário, as duas dimensões de análise consideradas e as interações reflexivas presentes nesse acesso.

4 Acesso ao sistema judiciário à luz das dimensões da compreensão da linguagem e das competências infocomunicacionais

Oliveira Filho, Oliveira, Chaves e Teodoro colocaram a problemática do acesso à justiça (que aqui se designa de acesso ao sistema judiciário, na sua vertente mais prática) como uma forma de garantir o respeito

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008. p. 271-279.

²⁴ BESSELINK, Leonard F. M. Multiple political identities: revisiting the “maximum standard”. In: SILVEIRA, Alessandra (ed.). *Citizenship and solidarity in the European Union*. Peter Lang: Bern, 2013.

pelos Direitos Humanos, garantia essencial a partir da 2ª Guerra Mundial, como forma de evitar repetir as atrocidades que se cometeram²⁵.

Considerando o referido na secção anterior, compreende-se que releva, para o entendimento do que é o acesso ao sistema judiciário, a dimensão das reflexões interativas, especificamente, no que diz respeito ao processo e até em relação à ocorrência de uma tutela jurisdicional efetiva.

A esse respeito, para Maria Luísa Duarte, a Europa:

[...] congrega direitos de fonte plural, colocando em sistema de rede normas de proveniência nacional, internacional e supranacional, a aplicação concreta destas normas requer o concurso dos diferentes níveis de tutela judicial que suportam, no plano processual, a existência do espaço aberto da inter-normatividade.²⁶

Assim, e consequentemente, o acesso ao sistema judiciário compreende um âmbito amplo de apreciação e análise. Cappelletti e Garth defendem que o acesso à Justiça (ou sistema judiciário, no nosso entender) é concretizado após se ultrapassarem três obstáculos: a) custos judiciais, b) possibilidade das partes e c) problemas especiais dos interesses difusos.²⁷

Luiz Tavares²⁸ densifica esses três obstáculos. Os elevados custos associados a um processo litigioso são um entrave ao acesso ao sistema judiciário, custos com mandatários, gestão do processo no tribunal, peritos, entre outros, que nem todos os cidadãos têm capacidade de suportar. A isto acresce o facto de, por norma, os processos que correm em tribunais serem morosos, o que aumenta os custos associados.

Relacionado com o obstáculo anterior, está a possibilidade das partes, ou seja, a sua capacidade econômica, mas, igualmente, a capacidade de entendimento do que ocorre na lide, perceber quais os trâmites processuais e o motivo da sua ocorrência. É bastante relevante o

²⁵ OLIVEIRA FILHO, Márcio Antônio de; OLIVEIRA, Ana Carolina Portes de; CHAVES, Jéssica Galvão; TEODORO, Warlen Soares. A contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à Justiça. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 211-222, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoessacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2718/pdf>. Acesso em: 22 maio 2023. p. 214.

²⁶ DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 370.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 13-15.

²⁸ TAVARES, Luiz Claudio Assis. *Poder judiciário: reforma e política de acesso à justiça*. Curitiba: Editora Juará, 2018.

conhecimento que as partes têm dos seus direitos, que lhes trazem uma participação no sistema judiciário mais ou menos ativa e crítica, conforme a compreensão que têm das normas jurídicas.

Acrescentam-se a esse obstáculo duas das dimensões de que trata o presente trabalho, concretamente, a capacidade das partes de entender a linguagem específica e especializada por via da qual são tramitados os processos e é realizada a comunicação entre os atores judiciais. E as competências infocomunicacionais a que as partes em litígio necessitam ter acesso para um pleno entendimento do processo em que estão envolvidas. São as duas dimensões que se abordará de seguida.

Finalmente, para os autores será, ainda, relevante considerar a questão da possibilidade de estar presente em juízo relativamente a interesses difusos, quer porque, enquanto parte singular poderá carecer de legitimidade, quer porque poderá não ter acesso a informação sobre pessoas na mesma situação e que tenham o mesmo interesse em demandar, judicialmente, a organização pública ou privada em alegado incumprimento^{29 30}.

Na mesma senda, Clovis Filho entende que o acesso ao sistema judiciário “é o mais básico dos direitos humanos”³¹. Aliás, na lógica da interconstitucionalidade tratada anteriormente, o que começou por ser um princípio geral de direito apenas delimitado na jurisprudência, a tutela jurisdicional efetiva (ou o acesso pleno ao sistema judiciário) rapidamente se consagrou enquanto lei nos já mencionados artigos 19.º, n.º 1, 2.º § do TUE e 47.º da CDFUE³².

De acordo com Joana Covelo de Abreu, aquela tutela jurisdicional efetiva compreende várias camadas: o direito à ação; o direito a que essa ação decorra de forma equitativa, perante um juiz imparcial³³, num prazo

razoável, com acesso a apoio judiciário, sempre que as partes não disponham de meios económicos para estarem presentes em juízo³⁴.

Naquelas camadas estão, inevitavelmente, contidas as duas dimensões que são alvo de análise no presente trabalho: a compreensão da linguagem e as competências infocomunicacionais. Sobre as quais nos debruçamos de seguida.

4.1 A relevância da compreensão da linguagem e o acesso ao sistema judiciário

Para que o acesso ao sistema judiciário seja pleno (se cumpra o princípio-norma da tutela jurisdicional efetiva), é necessário que várias dimensões estejam presentes quando o cidadão se antevê perante uma situação de interação com esse sistema. Já foram analisadas algumas na secção anterior. Uma das mais relevantes é, no nosso entender, a da compreensão da linguagem, ou, como coloca Marcos Matos,

o acesso à justiça, contudo, não esgota na dimensão processual (justiciabilidade do direito) e na dimensão material (efetividade do direito), ele implica também uma terceira dimensão, que é, na verdade, anterior, a essas duas: a dimensão cognoscitiva.³⁵

Quer a referência seja aos atos da ordem jurídica interna, quer seja em relação à europeia, a palavra, escrita ou falada, ocupa um espaço privilegiado. É por meio da palavra que as partes comunicam entre si, que os atores judiciais interagem, quer no sentido de darem a conhe-

sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

³⁴ ABREU, Joana Covelo de. Infringement procedure and the Court of Justice as an EU law's assurer: member states' infringements concerning failure to transpose directives and the principle of an effective judicial protection. In: VICENTE, Dário Moura (ed.). *Towards a universal justice? Putting international courts and jurisdictions into perspective*. Leiden: Brill Nijhoff, 2016. p. 468-475. p. 474.

³⁵ MATOS, Marcos Paulo Santa Rosa. A linguagem compreensível como requisito e imperativo do acesso à Justiça: algumas considerações a partir da cooperação jurídica e das experiências jurídicas internacionais. *Revista de Direito Brasileira*, v. 30, n. 11, p. 166-191, 2021. p. 171.

²⁹ TAVARES, Luiz Claudio Assis. *Poder judiciário: reforma e política de acesso à justiça*. Curitiba: Editora Juará, 2018. p. 77-79.

³⁰ Relativamente a este obstáculo, existem já soluções que permitem a sua atenuação, como as que oferece a Associação *Ius Omnibus*. Disponível em: <https://iusomnibus.eu/pt/>. Acesso em: 16 mar. 2023.

³¹ VOLPE FILHO, Clovis Alberto. *Conceito constitucional de acesso à Justiça: reflexos na estrutura normativa dos direitos fundamentais*. 2021. p. 32.

³² ABREU, Joana Covelo de. *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no contencioso da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 11.

³³ A esse respeito, o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH): “direito a um processo equitativo”: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer

cer elementos do processo, quer no sentido de proferirem uma decisão.

O que ocorre, na maioria das vezes, é que a palavra se constitui um verdadeiro instrumento de poder^{36 37}. Mais ainda quando o que está em causa é a linguagem e, concretamente, a utilização de uma linguagem apenas acessível a alguns é o que acontece no campo jurídico. Assim, a utilização de termos rebuscados e técnicos limita o entendimento que os demais indivíduos (que não apenas os que circulam no tráfico jurídico) têm sobre o que está em causa, colocando-se, muitas vezes, em situação de inferioridade e desvantagem³⁸.

Um dos princípios do processo civil português é o da fundamentação racional das decisões judiciais³⁹. Esse princípio visa, essencialmente, alcançar três finalidades:

- o controlo da decisão pelo juiz que a proferiu, através da sindicância da decisão à fundamentação redigida;
- informar as partes e a própria comunidade jurídica, para que saibam qual o fundamento da decisão tomada;
- permitir e facilitar o controlo da decisão por parte dos tribunais superiores.

Especificamente no que diz respeito à segunda finalidade elencada, esta somente é possível se o entendimento pleno do que é dito for alcançado por todos os envolvidos, se a linguagem for apreendida e cognoscível, só assim se informa. Este era, aliás, um dos grandes

objetivos do *Plano Justiça + Próxima*⁴⁰, aproximar os cidadãos da justiça por meio de uma maior simplificação e eficiência. Mas, igualmente, um dos objetivos delineados e cumpridos na *Strategy on e-Justice 2019-2023*⁴¹.

Assim, a linguagem, e uma linguagem clara, simples e acessível, sendo a base da comunicação (e sendo esta a ferramenta necessária para o desenvolvimento do sistema judiciário), é uma garantia essencial de cumprimento da tutela jurisdicional efetiva. Tendo sempre presente que a simplificação e clareza que se promovem não se relacionam com a “vulgarização da linguagem”, uma vez que não é possível olvidar que o contexto em que tal acontece é o da terminologia técnico-jurídica⁴², com todas as particularidades e especificidades relevantes que encerra.

4.2 A relevância das competências infocomunicacionais no acesso ao sistema judiciário

Uma das grandes discussões e desafios da justiça tem sido o acompanhamento que faz ao desenvolvimento acelerado das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). Se, no final do século XX, isso significava aceder a um computador, ter Internet, digitalizar documentos, disponibilizar informação num *site*, atualmente implica que a justiça e o sistema judiciário, em concreto, tenham contacto com chavões como Inteligência Artificial, Realidade Aumentada, videoconferência, *Machine Learning*, *Human Computer Interaction* e muitos outros.

É inegável o contributo das TIC para a evolução da sociedade e para o Direito, em particular⁴³. É, também,

³⁶ RODRIGUES, Maria da Conceição Carapinha. *Contributos para a análise da linguagem jurídica e da interação verbal na sala de audiências*. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/89176/1/CONTRIBUTOS%20PARA%20A%20ANÁLISE%20DA%20LINGUAGEM%20JURÍDICA%20E%20DA%20INTERAÇÃO%20VERBAL%20EM%20SALA%20DE%20AUDIÊNCIAS.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.

³⁷ FERREIRA, Joana Filipe Cerqueira. *Experiências em tribunal e representações sobre a justiça: o caso das testemunhas*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Minho, Braga, 2014. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/33215/1/Joana%20Filipa%20Cerqueira%20Ferreira.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.

³⁸ FERREIRA, Joana Filipe Cerqueira. *Experiências em tribunal e representações sobre a justiça: o caso das testemunhas*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Minho, Braga, 2014. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/33215/1/Joana%20Filipa%20Cerqueira%20Ferreira.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.

³⁹ Previsto nos artigos 205.º, n.º 1 da CRP e 154.º do CPC.

⁴⁰ A JUSTIÇA está a avançar para todos, em direção a uma justiça: eficiente, inovadora, próxima, humana. Disponível em: <https://justicamaisproxima.justica.gov.pt/>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁴¹ EUROPEAN e-Justice Strategy and Action Plan 2019-2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/european-e-justice-strategy-and-action-plan-2019-2023.html>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁴² BELÉM, Mariana. A simplificação da linguagem jurídica como meio de aproximação do cidadão à justiça. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 6, p. 313-320, 2013. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/97/98>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁴³ Ver, a título de exemplo, MAGRO, Diogo Dal; FORTES, Vinícius Borges. O reconhecimento facial nas smart cities e a garantia dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 2, p. 301-329, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/7677/pdf>. Acesso em: 22 maio 2023. ou FERRAZ, Daniel Amin. Da qualificação jurídica das distintas formas de prestação tecnológica:

inegável que algumas variáveis se tenham em consideração quando se trata de incorporar essas ferramentas como forma de acesso ao sistema judiciário. Assim, não apenas será necessário o contacto, como, mais relevante ainda, será que o sistema judiciário acompanhe a evolução tecnológica e mude à medida das exigências que essa evolução introduz na sociedade e na interação entre os cidadãos. Para o efeito, diversos são os diplomas (nacionais e europeus) que já definem o recurso a plataformas eletrónicas para contacto privilegiado (quando não único) entre os atores judiciais e as partes⁴⁴.

Mas como é que essa introdução tecnológica nos processos é acompanhada pelas competências para a utilização dos meios eletrónicos dos atores judiciais e das partes? De acordo com Jussara Borges⁴⁵, o conceito de competências infocomunicacionais é desenvolvido para descrever as atividades de pesquisa, armazenamento e utilização de informação; de criação e manutenção de redes sociais; de partilha de informação e estabelecimento de comunicações, sendo composto por quatro dimensões: saber (conhecimentos), saber-fazer (habilidades), saber-agir (atitudes) e saber-ser (ética e responsabilidade).

Ora, verifica-se, frequentemente, que algumas dessas competências não estão presentes na forma como os cidadãos se relacionam com os meios eletrónicos necessários (ou obrigatórios) para o contacto e tramitação do processo. Ademais, nem sempre as ferramentas estão, também, disponíveis ou são as mais adequadas a um acesso ajustável ao processo e a todas as exigências para a sua tramitação eletrónica. Ou porque a rede de Internet é fraca, ou porque os computadores não são os mais atualizados, entre outros motivos possíveis. Condições cuja existência, inclusive, se verifica nos serviços que promovem o recurso aos meios eletrónicos,

como os tribunais ou os serviços dos Órgãos de Polícia Criminal.

Pedro Verdelho dá conta dessa realidade, ainda que se referindo a um âmbito geográfico mais lato. Não obstante, considera-se que será uma realidade possível de transpor para o contexto nacional (com disparidades existentes conforme a referência seja a meios mais urbanos e mais rurais) ou para o contexto europeu, dependendo do país a que seja feita a referência. Conforme afirma o autor,

há ainda muitas áreas geográficas em que o acesso à Internet é mais difícil, seja por motivos desenvolvimentistas, seja por motivos económicos. Nos países mais pobres do globo há largas faixas de populações desfavorecidas. Embora mesmo entre estas o acesso à Internet se venha a popularizar, muitas destas populações continuam a não ter possibilidade de comprar equipamentos (quando não carecem mesmo de eletricidade e outros confortos básicos essenciais).⁴⁶

E, no cerne do que é a realidade em desenvolvimento da justiça eletrónica, esta contribuirá “para a promoção e a proteção lateral mas constante da União de direito”⁴⁷, desde que se considere como um meio ao serviço do que são as exigências da justiça e dos tribunais, como sejam a “confiança e da proximidade do exercício jurisdicional no âmbito de aplicação do direito da União.”⁴⁸, mas, acrescenta-se, sempre com o cidadão no seio do que deve ser a procura pelo cumprimento desses objetivos.

breve análise do marco regulatório internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 448-462, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3745/pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

⁴⁴ A este respeito, ver, a título de exemplo, e ao nível nacional, a Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto, Portaria n.º 267/2018, de 20 de setembro. A nível europeu, de referir a Decisão do TG, de 11 de julho de 2018, relativa à entrega e à notificação de atos processuais através da aplicação e-Curia ou a Decisão do TJ, de 16 de outubro de 2018, relativa à entrega e à notificação dos atos processuais pela via da aplicação e-Curia.

⁴⁵ BORGES, Jussara. *Participação política, Internet e competências infocomunicacionais*: estudo com organizações da sociedade civil de Salvador. 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 139-145.

⁴⁶ VERDELHO, Pedro. Democracia e tecnologias da informação. In: SILVEIRA, Alessandra (coord.). *Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial: atualização e perspectivas*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho; Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2018. v. 2. p. 109-123. p. 112-113.

⁴⁷ ABREU, Joana Covelo de. Independente? Imparcial? Os desafios à união de direito e a justiça eletrónica europeia como instrumento original ao serviço da tutela jurisdicional efetiva. In: OLIVEIRA, A. Sofia Pinto; JERÓNIMO, Patrícia (ed.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. Braga: UMinho Editora, 2022. v. 1. p. 527-555. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/82189/1/2022_INDEPENDENTE-IMPARCIAL.pdf. Acesso em: 18 mar. 2023. p. 548.

⁴⁸ ABREU, Joana Covelo de. Independente? Imparcial? Os desafios à união de direito e a justiça eletrónica europeia como instrumento original ao serviço da tutela jurisdicional efetiva. In: OLIVEIRA, A. Sofia Pinto; JERÓNIMO, Patrícia (ed.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. Braga: UMinho Editora, 2022. v. 1. p. 527-555. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/82189/1/2022_INDEPENDENTE-IMPARCIAL.pdf. Acesso em: 18 mar. 2023. p. 548.

Assim, mais do que ter acesso a meios físicos, será necessário considerar as formas de aceder aos meios eletrônicos de forma, também, cognoscível, na medida em que é relevante entender as potencialidades do meio, o que é exigido em determinado momento e como utilizar as ferramentas no sentido de se tornar útil e dar resposta ao problema que se quer ver solucionado. Somente dessa forma, se viverá, plenamente, a justiça eletrônica.

5 Interações reflexivas relativas à compreensão da linguagem e às competências infocomunicacionais: referência jurisprudencial

Nessa secção faz-se referência a alguns acórdãos proferidos por tribunais nacionais. A opção por essas instituições (não se referindo acórdãos europeus) está relacionada com a implicação direta e imediata que tais decisões têm para os cidadãos e para a promoção do acesso ao sistema judiciário. Ainda que, necessária e consequentemente, decisões europeias no mesmo sentido, e considerando a Teoria da Interconstitucionalidade, influenciem, diretamente, as decisões que se referirão.

A compreensão da linguagem por parte dos cidadãos que se relacionam com o sistema judiciário tem sido uma das dimensões-chave na promoção de uma tutela jurisdicional efetiva. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que se transcreve vai, ainda, mais longe ao destrinçar essa compreensão em quatro subdimensões: a suficiência, a clareza, a congruência e a contextualização:

VI - os atos administrativos carecem de **fundamentação expressa e acessível** quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos - CRP artigo 268.º, n.º 3. VII - O que se pretende com a fundamentação é levar ao conhecimento do destinatário o percurso cognoscitivo e valorativo que o autor do ato percorreu para decidir **de modo a permitir que um destinatário normal, colocado na posição do real destinatário do ato, possa compreender por que razão o autor do ato decidiu assim**. O critério é o da compreensibilidade por um destinatário normal do ato colocado na posição do destinatário real. [...] IX - A **fundamentação** do ato administrativo é **suficiente** se, no contexto em que foi praticado, e atentas as razões de facto e de direito nele expressamente enunciadas, for capaz ou apta e bastante para permitir que um destinatário normal apreenda o itinerário cognoscitivo e valorativo da decisão; é **clara** quando tais razões per-

mitem **reconstruir o iter cognoscitivo-valorativo da decisão**; é **congruente** quando a decisão surge como conclusão lógica e necessária de tais razões; e é **contextuai** quando se integra no próprio ato e dela é contemporânea.⁴⁹ (Grifo nosso).

Também o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul se debruçou sobre a relevância da fundamentação das decisões, bem como sobre o que deverá conter essa fundamentação:

I - **Fundamentar uma decisão** de administração pública é, sob pena de ilegalidade, justificá-la quanto aos seus aspetos legalmente vinculados e, ainda, motivá-la ou **explicá-la quanto aos seus aspetos não vinculados estritamente pela lei**, tudo de modo a que os pressupostos de facto e de direito e os **raciocínios explicativos das opções ou valorações feitas possam ser compreendidos e questionados racionalmente**. Independentemente de a motivação constar de um texto expositivo ou narrativo, de uma grelha ou de outro esquema gráfico previamente tipificado pelo decisor.⁵⁰ (Grifo nosso).

Já no que diz respeito às competências infocomunicacionais, para além dos diplomas legais referidos anteriormente, quer europeus, quer nacionais (mais concretamente, na secção 3.2.), que são essenciais para se entender o ônus atribuído à sua implementação e utilização, referem-se aos acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul e do Tribunal Constitucional.

Conforme o primeiro acórdão:

“o processo nos tribunais administrativos é um processo eletrónico, constituído por **informação estruturada constante do respetivo sistema de informação** e por **documentos eletrónicos**, sendo os atos processuais escritos praticados por **via eletrónica** nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área justiça”, como resulta do n.º 1 do art.º 24º do CPTA e da Portaria n.º 380/2017 de 19 de dezembro (com as alterações que lhe foram introduzidas pelas Portarias n.ºs 267/2018, de 20.09, 4/2010 de 13.01 e 100/2020 de 22.04). Com efeito, “o disposto no número anterior é igualmente aplicável nos casos em que, por justo impedimento, não seja possível aos representantes das partes praticar algum ato por via eletrónica nos termos do n.º 2” (n.º 6). E **não há**, ao contrário do que parece defender o Recorrente, **fundamento algum, para que se admita, sem mais, a prática de atos processuais que não por via ele-**

⁴⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Relator Ilídio Sacarrão Martins, processo n.º 45/20.4YFLSB, datado de 27/05/2021. Disponível em: www.dgsi.pt. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁵⁰ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Relator Paulo Pereira Gouveia, processo n.º 2788/17.0BELSB, datado de 06/06/2019. Disponível em: www.dgsi.pt. Acesso em: 16 mar. 2023.

trônica, fora das situações descritas nos n.ºs 5 e 6 do art.º 24º do CPTA, sendo que de tal afirmação não resulta uma afetação do direito de acesso aos tribunais, como decidiu o Tribunal Constitucional (embora a propósito do sistema informático CITTUS) no acórdão n.º 355/2009 (processo n.º 218/09, DR, II, 17.08.2009, págs. 33455 e segs.). A falta de apresentação da petição inicial por via eletrónica consubstancia uma irregularidade pois “o ato é praticado por um meio não autorizado por lei”. Assim sendo, **o que se impunha ao Tribunal a quo, era que diligenciasse pela regularização do processado mediante convite dirigido ao Autor no sentido de apresentar a petição inicial eletronicamente.** Convite que era imposto pelo **princípio da promoção do acesso à justiça** plasmado no art.º 7º do CPTA e que deveria ter sido formulado ao abrigo do dever de gestão processual que resulta do e 7º-A, n.º 2 do CPTA. Em suma, a decisão recorrida, violando os art.ºs 7º e 7ºA, n.º 2 do CPTA, errou quer ao julgar que a falta de apresentação da petição inicial pelo SITAF consubstanciava mais do que uma irregularidade quer ao julgar que era inútil o convite à regularização do processado.⁵¹ (Grifo nosso).

O acórdão transcrito não somente evidencia a relevância dos meios eletrónicos (e do seu acesso) para a tramitação processual, como, em consequência, para o cumprimento da tutela jurisdicional efetiva, quase não sendo possível distinguir os primeiros da segunda. O acórdão que se transcreve de seguida confirma que:

se é verdade que **essa imposição se traduz num condicionamento à intervenção das partes**, representadas por mandatários, **no processo civil, uma vez que estes não terão possibilidade de escolha entre os diferentes meios possíveis de apresentação em juízo das peças processuais da sua autoria**, considerando que **o meio de comunicação imposto apenas exige um acesso à Internet e o registo prévio do mandatário junto da entidade responsável pela gestão dos acessos ao sistema informático** (artigo 4.º, da Portaria n.º 114/2008, de 6 de Fevereiro), não se pode dizer que esse condicionamento se traduz numa afetação do direito de acesso aos tribunais, dado que essas exigências poderão ser facilmente cumpridas por qualquer profissional do foro.⁵² (Grifo nosso).

Não obstante, não se poderá concordar com a displicência com que se avalia o acesso a meios eletrónicos, remetendo para a sua existência generalizada a decisão,

⁵¹ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Relatora Catarina Vasconcelos, processo n.º 998/21.5BELSB, datado de 20/10/2021. Disponível em: www.direitoemdia.pt. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁵² Acórdão do Tribunal Constitucional, processo n.º 218/09, datado de 17/08/2009. Disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 16 mar. 2023.

não se contemplando as discrepâncias territoriais existentes, analisadas na seção anterior.

6 Considerações finais

A questão que deu mote ao presente trabalho foi a seguinte: de que forma as interações reflexivas entre a Constituição da República Portuguesa (CRP) e os Tratados Europeus (nomeadamente, o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), bem como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, garantem o acesso ao sistema judiciário, por via da linguagem acessível e transparente e do desenvolvimento de competências infocomunicacionais?

Do trabalho realizado e das reflexões apresentadas, o que se poderá concluir é que, de fato, houve várias influências mútuas para a definição relativa às diligências realizadas para aproximar os cidadãos da justiça e a promoção do seu acesso ao sistema judiciário por via da compreensão da linguagem e das competências infocomunicacionais.

A grande diferença coloca-se a dois níveis: da compreensão da linguagem e do entendimento que se faz das competências infocomunicacionais. Em relação a primeira, embora se promova como urgente e necessária, quer legislativa, quer jurisprudencialmente, torna-se difícil a sua efetiva implementação. Já o segundo tem algumas variantes, revendo-se como obrigatória no acesso ao direito da União (nomeadamente, no acesso ao TG e ao TJ), mas, em termos de direito interno, a legislação aponta o caminho no sentido de serem aquelas competências uma necessidade, também pela implementação (ainda que opcional) dos meios eletrónicos. Mas há divergência em relação à jurisprudência, dando alguma margem quer para que as idiosincrasias do território sobressaíam, quer para que essas idiosincrasias percam toda a importância e não se considere a pertinência da tutela jurisdicional efetiva.

Assim, ao contrário do que defende Gomes Canotilho⁵³, não se concebe que a influência mútua entre as diversas Constituições e os Tratados da UE seja evidente quanto às duas dimensões aqui em análise: a compreensão da linguagem e as competências infocomunicacionais.

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

nais no acesso ao sistema judiciário. Compreende-se que há um esforço de considerar a primeira, pelo menos, legislativamente. Mas já não tanto a segunda, por não se terem presentes as diferenças territoriais.

Aliás, concorda-se com Rui Medeiros quando defende a necessidade de a interconstitucionalidade ter presente a existência de diferentes realidades e exigências em relação à compreensão da linguagem e às competências infocomunicacionais diz respeito, no sentido de permitirem (ou bloquearem) o verdadeiro acesso ao sistema judiciário. Para o autor:

[...] num mundo em que se assiste à multiplicação das relações entre as diferentes “aldeias globais” numa ordem plural marcada por uma “complexidade kafkiana”, a problemática das “colisões intersistêmicas”, isto é, “saber como resolver as controvérsias próprias da fragmentação do direito por diferentes racionalidades sociais”, tornou-se hoje uma questão central do constitucionalismo.⁵⁴

Haverá um caminho a trilhar relativamente em relação a essas duas dimensões, considerando a sua relevância para o acesso ao sistema judiciário por parte do cidadão (e cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva). Esse caminho deverá, necessariamente, incluir o diálogo entre as várias ordens jurídicas, mais do que a influência, por exemplo, e conforme propõe Joana Covelo de Abreu, incluindo uma “interoperabilidade semântica”⁵⁵ e a implementação e desenvolvimento de “literacias digitais”⁵⁶.

Referências

ABREU, Joana Covelo de. *Independente? Imparcial? Os desafios à união de direito e a justiça eletrónica eu-*

⁵⁴ MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015. p. 251.

⁵⁵ ABREU, Joana Covelo de. *Independente? Imparcial? Os desafios à união de direito e a justiça eletrónica europeia como instrumento original ao serviço da tutela jurisdicional efetiva*. In: OLIVEIRA, A. Sofia Pinto; JERÓNIMO, Patrícia (ed.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. Braga: UMinho Editora, 2022. v. 1. p. 527-555. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/82189/1/2022_INDEPENDENTE-IMPARCIAL.pdf. Acesso em: 18 mar. 2023. p. 552.

⁵⁶ ABREU, Joana Covelo de. *Independente? Imparcial? Os desafios à união de direito e a justiça eletrónica europeia como instrumento original ao serviço da tutela jurisdicional efetiva*. In: OLIVEIRA, A. Sofia Pinto; JERÓNIMO, Patrícia (ed.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. Braga: UMinho Editora, 2022. v. 1. p. 527-555. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/82189/1/2022_INDEPENDENTE-IMPARCIAL.pdf. Acesso em: 18 mar. 2023. p. 553.

ropeia como instrumento original ao serviço da tutela jurisdicional efetiva. In: OLIVEIRA, A. Sofia Pinto; JERÓNIMO, Patrícia (ed.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. Braga: UMinho Editora, 2022. v. 1. p. 527-555. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/82189/1/2022_INDEPENDENTE-IMPARCIAL.pdf. Acesso em: 18 mar. 2023.

ABREU, Joana Covelo de. *Infringement procedure and the Court of Justice as an EU law's assurer: member states' infringements concerning failure to transpose directives and the principle of an effective judicial protection*. In: VICENTE, Dário Moura (ed.). *Towards a universal justice? Putting international courts and jurisdictions into perspective*. Leiden: Brill Nijhoff, 2016. p. 468-475.

ABREU, Joana Covelo de. *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no contencioso da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2019.

BELÉM, Mariana. *A simplificação da linguagem jurídica como meio de aproximação do cidadão à justiça*. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 6, p. 313-320, 2013. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/97/98>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BESSELINK, Leonard F. M. *Multiple political identities: revisiting the “maximum standard”*. In: SILVEIRA, Alessandra (ed.). *Citizenship and solidarity in the European Union*. Peter Lang: Bern, 2013.

BORGES, Jussara. *Participação política, Internet e competências infocomunicacionais: estudo com organizações da sociedade civil de Salvador*. 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

BORGES, Jussara; OLIVEIRA, Lídia. *Competências infocomunicacionais em ambientes digitais*. *Observatorio (OBS*)*, v. 5, n. 4, p. 291-326, 2011. Disponível em: <http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/508/460>. Acesso em: 16 mar. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006.

- FERRAZ, Daniel Amin. Da qualificação jurídica das distintas formas de prestação tecnológica: breve análise do marco regulatório internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 448-462, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3745/pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.
- FERREIRA, Joana Filipe Cerqueira. *Experiências em tribunal e representações sobre a justiça*. o caso das testemunhas. 2014. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Minho, Braga, 2014. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/33215/1/Joana%20Filipa%20Cerqueira%20Ferreira.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.
- GUIMARÃES, Diego Fernandes. A interação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais e seus impactos no sistema de fontes do direito: as lições da proteção cooperativa de direitos humanos e o caso da integração europeia. *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 3, p. 172-191, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8078/pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.
- MAGRO, Diogo Dal; FORTES, Vinícius Borges. O reconhecimento facial nas smart cities e a garantia dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 2, p. 301-329, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/7677/pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.
- MATOS, Marcos Paulo Santa Rosa. A linguagem compreensível como requisito e imperativo do acesso à Justiça: algumas considerações a partir da cooperação jurídica e das experiências jurídicas internacionais. *Revista de Direito Brasileira*, v. 30, n. 11, p. 166-191, 2021.
- MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *A integração europeia e a Constituição Portuguesa*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, s.d. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/821-1350.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.
- OLIVEIRA FILHO, Márcio Antônio de; OLIVEIRA, Ana Carolina Portes de; CHAVES, Jéssica Galvão; TEODORO, Warlen Soares. A contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à Justiça. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 211-222, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2718/pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.
- RODRIGUES, Maria da Conceição Carapinha. *Contributos para a análise da linguagem jurídica e da interação verbal na sala de audiências*. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/89176/1/CONTRIBUTOS%20PARA%20A%20ANÁLISE%20DA%20LINGUAGEM%20JURÍDICA%20E%20DA%20INTERAÇÃO%20VERBAL%20EM%20SALA%20DE%20AUDIÊNCIAS.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.
- SILVEIRA, Alessandra. Tribunais nacionais. In: BRANDÃO, Ana Paula; CAMISÃO, Isabel; COUTINHO, Francisco Pereira; ABREU, Joana Covelo de (coord.). *Enciclopédia da União Europeia*. Petrony, 2017. p. 455-458.
- SILVEIRA, Alessandra. Tribunal de Justiça da União Europeia. In: BRANDÃO, Ana Paula; CAMISÃO, Isabel; COUTINHO, Francisco Pereira; ABREU, Joana Covelo de (coord.). *Enciclopédia da União Europeia*. Petrony, 2007. p. 462-464. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf. Acesso em: 13 mar. 2023.
- TAVARES, Luiz Claudio Assis. *Poder judiciário: reforma e política de acesso à justiça*. Curitiba: Editora Juará, 2018.
- VERDELHO, Pedro. Democracia e tecnologias da informação. In: SILVEIRA, Alessandra (coord.). *Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial: atualização e perspectivas*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho; Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2018. v. 2. p. 109-123.
- VOLPE FILHO, Clovis Alberto. *Conceito constitucional de acesso à Justiça: reflexos na estrutura normativa dos direitos fundamentais*. 2021.
- WALZER, Michael. *As esferas da Justiça: em defesa do pluralismo e da igualdade*. Lisboa: Editorial Presença, 1999.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Taking biological samples from a person for examination in criminal proceedings: correlation between obtaining evidence and observing human rights

Taking biological samples from a person for examination in criminal proceedings: correlation between obtaining evidence and observing human rights

Serhii Ablamskyi

Oleksandr Muzychuk

Eugenio D'Orio

Vitalii Romaniuk

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Taking biological samples from a person for examination in criminal proceedings: correlation between obtaining evidence and observing human rights*

Taking biological samples from a person for examination in criminal proceedings: correlation between obtaining evidence and observing human rights

Serhii Ablamskyi**

Oleksandr Muzychuk***

Eugenio D'Orio****

Vitalii Romaniuk*****

Abstract

This article aims to understand the shortcomings of the Criminal Procedure Code of Ukraine, in particular the current wording of article 245, with regard to the individual guarantees of the expert, making the procedure in cases of mandatory collection clearer and with greater explanation as to the rights and coercive possibilities that the expert can take. The justification and importance of the study lie in the fact that the analysis of investigative and judicial practice suggests that expert opinions play a decisive role in criminal proceedings, because they most undoubtedly indicate that the objects found at the scene belong to a particular person. According to the expert's opinion, which is a source of evidence, other circumstances relevant to criminal proceedings that cannot be proved in another way are also established.

Problematization suggests that the current criminal procedural legislation of Ukraine contains ambiguous provisions for law enforcement, which regulate the obtaining of biological samples from a person for examination.

Therefore, legislative reforms such as the one made in Italy are necessary, aiming to bring more clarity to the rights and duties of experts and experts, so that their procedural guarantees are observed in accordance with the provisions of the Ukrainian Constitution.

For that, a comparative study shown how the topic of the human rights and the collection of biological samples from known persons is regulated in Italy and which ones are the systems for protect human rights at properly during these investigations. A comparative study can be analyzed to demonstrate how the topic of human rights and the collection of biological samples from known individuals is regulated in Italy, as well as which systems are in place to protect human rights during these investigations.

Keywords: Criminal Proceedings; Biological Samples; Coercion; Criminal Proceedings; Selection of Samples; Human Rights and Freedoms.

* Recebido em 31/01/2023
Aprovado em 11/04/2023

** PhD Candidate of Law, Associate Professor, Head of the Department of Scientific Activity Organization and Intellectual Property Protection, Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine.
Email: ablamu4@gmail.com

*** Doctor of Law, Professor and Dean of the Faculty No. 1 of Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine. Honored Lawyer of Ukraine.
Email: o.muzychuk23@gmail.com

**** MSc Forensic Biologist and Prof. a. C. Master of Forensic Science Veterinary – University of Naples “Federico II”, Italy. Bio Forensics Research Center, Italy
Email: eugenio.dorio@bioforensics.it

***** PhD Candidate of Law, Associate Professor, Head of the Department of Criminal Procedure and Organization of Pre-trial Investigation, Faculty № 1 of Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine.
Email: witalimon@gmail.com

Resumo

Este artigo visa compreender as deficiências do Código de Processo Penal da Ucrânia, em especial a atual redação do artigo 245, no que diz respeito às garantias individuais do perito, tornando o procedimento nos casos de cobrança obrigatória mais claro e com maior explicação quanto aos direitos e possibilidades coercitivas que o perito pode assumir. A justificação e a importância do estudo residem no facto de a análise da prática investigativa e judiciária sugerir que as peritagens desempenham um papel decisivo no processo penal, porque indicam, sem dúvida, que os objectos encontrados no local do crime pertencem a um pessoa específica. De acordo com o parecer do perito, que é uma fonte de prova, também são estabelecidas outras circunstâncias relevantes para o processo penal que não podem ser provadas de outra forma.

A problematização sugere que a atual legislação processual penal da Ucrânia contém disposições ambíguas para a aplicação da lei, que regulam a obtenção de amostras biológicas de uma pessoa para exame. Portanto, são necessárias reformas legislativas como a realizada na Itália, visando trazer mais clareza aos direitos e deveres dos peritos e peritos, de forma que suas garantias processuais sejam observadas de acordo com o disposto na Constituição ucraniana. Para isso, um estudo comparativo mostrou como o tema dos direitos humanos e a coleta de amostras biológicas de pessoas conhecidas é regulamentado na Itália e quais são os sistemas para proteger os direitos humanos adequadamente durante essas investigações. Um estudo comparativo pode ser analisado para demonstrar como o tema dos direitos humanos e a coleta de amostras biológicas de indivíduos conhecidos é regulamentado na Itália, bem como quais sistemas existem para proteger os direitos humanos durante essas investigações.

Palavras-chave: Procedimentos criminais; Amostras Biológicas; Coerção; Procedimentos criminais; Seleção de Amostras; Direitos Humanos e Liberdades.

1 Introduction

Evidence obtained as a result of such investigative (search) action as an examination is recognized by the court as admissible only in the absence of violations of the procedure for obtaining it. Such a procedure contains requirements not only of a procedural (legal basis, registration) and forensic (tactics) nature, but also provides for strict observance of constitutional rights and freedoms of a person, in particular the prohibition of torture, humiliation of dignity and honor, etc.

The issues of formation and development of relevant branches of criminology and forensic examination still remain without due attention, which prevents the provision of a high level of practical activity in this direction. The procedure for taking biological samples in criminal proceedings needs to be improved¹. Theoretical generalization and solution of the scientific task, which is to obtain new results in the form of scientifically based conclusions related to the selection of biological samples from a person for examination, in particular their procedural and forensic aspects, has been carried out in the study. Analysis of the foreign countries legislation and a number of the European Court of Human Rights decisions on the outlined issues made it possible to clarify the legal principles of taking biological samples from individuals for examination; to investigate the definition and legal nature of taking biological samples from a person for examination; to distinguish the stages of conducting an examination related to the study of biological samples from a person; to propose the changes to the Criminal Procedure Code of Ukraine (hereinafter CPC of Ukraine) on the issue of taking biological samples from individuals for examination. Regulatory norms of taking biological samples from individuals for examination were clarified, the definition and legal nature of taking biological samples from a person for examination was investigated, the stages of conducting

¹ STEPANIUK, Ruslan L.; PERLIN, Stanislav I. DN Testing as a Branch of Forensic Technology: Problems of Formation and Directions of Development. *Law and Safety*, v. 77, n. 2, p. 93-99, 2020. DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2020.2.13>. Available at: <http://pb.univd.edu.ua/index.php/PB/article/view/362>. Access on: 18 jan. 2023. P. 93.; SAVCHUK, Tatiana I.; KOSTYUKOVA, Tatiana S.; HRETSKIY, Inna A. Problems and Perspectives of Forensic Examination of Dactyloscopic Origin's Traces. *Law and Safety*, v. 78, n. 3, p. 109-113, 2020. DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2020.3.14>. Available at: <http://pb.univd.edu.ua/index.php/PB/article/view/pb.2020.3.14>. Access on: 18 jan. 2023.

an examination related to the study of biological samples from a person were distinguished, and a proposal was made based on the analysis of foreign country legislation and several European Court of Human Rights decisions on the issues outlined.

The present study aims to understand the insufficiencies and opacities of the Criminal Procedure Code of Ukraine to reveal the need for legislative modification in its content in order to expose more directly what rights the expert has, especially when the expertise is coercive, as well as the permissions and limits that the expert must observe when conducting this type of evidence. As a form of analytical and theoretical support, a comparative analysis was carried out with similar legislation in Italy, seeking to demonstrate that the lack of clarity regarding the procedure violates the human rights of the expert and undermines the proper conduct of the test, culminating in the possibility of conflicting decisions within of the country and, above all, with convictions in international courts.

The methodological basis of the work is a set of general scientific and legal methods of scientific knowledge. Appeal to the *dialectical* method has ensured consideration of the selection of biological samples from a person for examination from the standpoint of the integrity of the phenomenon and the interconnection of its individual elements. The *formal and logical method* has been used to form a conceptual apparatus within the scope of the research subject. In particular, the author's definition of the concept of biological samples that can be taken from a person for examination has been provided. The *comparative method* has made it possible to compare the provisions of the criminal procedural legislation of Ukraine and foreign countries. The *bibliographic method* has been used during the study of scientific literature devoted to the problems of taking biological samples from a person for examination, as well as during the analysis of the legislation of Ukraine, which regulates the issue of taking biological samples from a person for examination. The selected methods were used in interconnection and interdependence, which ensured the comprehensiveness and objectivity of the results of the scientific research.

2 Expert evidence in Ukrainian law

The problem of effective provision of the protection of the aggrieved person's rights has always existed. However, as historical events testify, the Second World War radically changed views on guarantees of world peace because humanity understood the true value of human rights and freedoms, which led to a fundamental update of the legal mechanism for their protection. Starting from this time, protecting human rights is not a purely internal competence of states. It has gained international significance, embodied in the idea of creating a new international law and order, the basis of which is the respect for fundamental rights and freedoms². Conducting any type of examination is a procedural action that requires compliance with all the rules of its conduct, since through particularly this examination the parties to the criminal proceedings have the opportunity to obtain factual data that cannot be established in any other way. At the same time, violation of the conditions of packaging, transportation or sampling for examination may lead to the impossibility of further research or recognition of the results of such research as improper evidence.

Examination is one of the forms of using special knowledge in criminal proceedings. Dudycz notes that the form of using special knowledge in criminal proceedings is a system of rules for the application of special knowledge of persons authorized by law during pre-trial investigation and trial, provided by legislation and tested by practice³.

² ABLAMSKYI, Serhii Ye.; ANSARI, Faiz A.; NOSACH, Andrii V. Evaluating the current state of realization of victims' rights in the criminal process: An explanation under Ukrainian and Indian criminal procedure codes. *Novum Jus*, v. 16, n. 2, 2022. p. 23–48, 2022. DOI: 10.14718/NovumJus.2022.16.2.2. Access on: 12 jan. 2023.; ABLAMSKYI, Serhii; HLOBENKO, Hennadii; CHYCHA, Ruslan; MARTOVYTSKA, Olena; BURLAKA, Iryna. Ensuring Protection of the Rights of the Aggrieved Person in Criminal Proceedings through the Prism of Requirements of International Law Acts. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory*, Issues, 23, Special Issue, p. 1-7, 2020. Available at: <https://www.abacademies.org/articles/Ensuring-protection-of-the-rights-of-the-aggrieved-person-1544-0044-25-SI-540.pdf>. Access on: 12 jan. 2023.

³ DUDYCZ, Andrii V. *An expert as a participant of the criminal proceedings: criminal proceedings and criminalistics: court expertise: operational search activity*. 2016. Dissertation (Master's degree in Law Sciences) - National University Odesa Law Academy, Odesa, 2016. 253 p. Available at: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/7807/Дисертація%20Дудич%20А.В..pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Access on: 10 jan. 2023.

The basic principles and procedure for conducting examinations are defined in the regulations:

1) The Constitution of Ukraine⁴ (Articles 3, 29, 32, 62, 63);

2) The Criminal Procedural Code of Ukraine⁵ (Articles 242, 243, 244, 245);

3) Law of Ukraine «On Judicial Examination»⁶, which defines the main provisions of activity, financing and organizational support of expert activity in Ukraine, as well as the legal status of an expert;

4) Order of the Ministry of Justice of Ukraine “On the approval of the Instructions on the appointment and conduct of forensic examinations and expert studies and Scientific and methodological recommendations on the preparation and appointment of forensic examinations and expert studies” dated October 8, 1998 No. 53/5, which regulates the procedure for conducting forensic examinations, their types, as well as an approximate list of questions that can be asked to the expert⁷.

Forensic examination is the main procedural form of using special knowledge in criminal proceedings. The examination differs from other methods of proof by the following features: 1) according to the content of the expert's actions, the examination is an independent study of objects and source data received from the party to the criminal proceedings, the investigating judge, the court, conducted in order to resolve certain issues that require the application of special knowledge; 2) the appointment and conduct of an examination is carried out at the request of a party to criminal proceedings, an investigating judge or a court; 3) the results of the study are drawn up by an expert opinion, which is drawn up in compliance with the requirements of the law; 4) the

expert's conclusions are based on personally conducted research within the special knowledge he or she possesses⁸.

The examination, combined with the study of biological samples of the person, takes place:

firstly, on the general principles of conducting examinations (in accordance with Article 242 of the CPC of Ukraine);

secondly, it provides that the examination is conducted by an expert (experts) or an expert institution, if special knowledge is needed to solve issues relevant to criminal proceedings.

According to the CPC of Ukraine, the defense party, as well as the prosecution party, is entitled to engage an expert. Article 243 of the CPC of Ukraine provides that the defense party has the right to independently engage an expert, experts, or an expert institution to conduct an examination. As it can be seen, the defense and the prosecution parties have equal rights in conducting the examination. However, the procedural law establishes an additional guarantee for the defense party, since the provisions of Article 244 of the CPC of Ukraine stipulate that the examination may be conducted by the decision of the investigating judge in the following cases:

- if in criminal proceedings it is necessary to conduct an expert examination to establish the circumstances of material importance, but the investigator or prosecutor did not involve him or her, or if incorrect questions were asked, or there are sufficient grounds to believe that the expert involved by the prosecution will provide or has provided an incomplete or incorrect conclusion due to lack of necessary knowledge, bias or other reasons;

- if the defense party does not have the funds to engage an expert and conduct an examination.

Part 8 of Article 244 of the Criminal Procedure Code of Ukraine stipulates that upon granting a request for the involvement of an expert, the investigating judge, if necessary, has the right, at the request of the

⁴ UKRAINE. *The Constitution of Ukraine*. Law on June 28, 1996 No. 254к/96-BP. 1996. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en#Text>. Access on: 12 jan. 2023.

⁵ UKRAINE. *The Criminal Procedural Code of Ukraine*. Law on April 13, 2012 No. 4651-VI. 2012. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?lang=en#Text>. Access on: 12 jan. 2023.

⁶ UKRAINE. *On Judicial Examination*. Law of Ukraine on February 25, 1994, n. 4038-XII. 1994. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12?lang=en#Text>. Access on: 10 jan. 2023.

⁷ ORDER OF THE MINISTRY OF JUSTICE OF UKRAINE. *Instructions on the appointment and conduct of forensic examinations and expert studies and Scientific and methodological recommendations on the preparation and appointment of forensic examinations and expert studies*: No. 53/5. 08 oct. 1998. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98?lang=en#Text>. Access on: 10 jan. 2023.

⁸ DUDYCZ, Andrii V. *An expert as a participant of the criminal proceedings: criminal proceedings and criminalistics: court expertise: operational search activity*. 2016. Dissertation (Master's degree in Law Sciences) - National University Odesa Law Academy, Odesa, 2016. 253 p. Available at: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/7807/Дисертація%20Дудич%20А.В..pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Access on: 10 jan. 2023.

person who requested the involvement of an expert, to resolve the issue of obtaining samples for examination in accordance with Article 245 of the CPC of Ukraine. Therefore, the defense party, as well as the prosecution one, has the right to involve an expert to examine samples, including biological samples of a person. However, in case of appealing to the court, it is a more protected party, since the taking of biological samples from a person in this case is carried out by the decision of the prosecutor, and in cases provided for in the CPC of Ukraine is done by the decision of the investigating judge.

2.1 Types of forensic examinations related to the study of biological samples of a person

In general, there are several types of forensic examinations depending on the criterion of division. In accordance with the Instruction on the appointment and conduct of forensic examinations and expert studies and Scientific and methodological recommendations on the preparation and appointment of forensic examinations and expert studies, approved by the order of the Ministry of Justice of Ukraine dated October 08, 1998 No. 53/5, the following types of examinations are established:

- primary (during such an examination, the biological object is examined for the first time);
- additional (such examinations are conducted to resolve issues regarding the object that was the subject of the initial examination, however, the party to the criminal proceedings needs to conduct additional studies or examine additional materials);
- repeated (during their conduct the same objects are examined, and the same questions are put to the expert);
- commission (such examination is carried out by several experts of the same specialization);
- comprehensive (conducted by several experts from different fields of knowledge) examinations.

Biological samples of a person are most often used when conducting comprehensive examinations (for example, trasological, automotive, forensic medical examination of the consequences of a traffic accident, etc.). However, this does not rule out the fact that a comprehensive examination can be carried out for the

first time (for example, under the conditions when the investigative team is called to the scene) or repeatedly (such examinations can be carried out in cases where the hermeticity of the packaging of samples or objects, which contain such samples, has been violated there are serious doubts about the validity and correctness of the expert opinion, or when the procedural procedure for conducting such an investigative (search) action was violated. As for additional examinations, they may take place when the court or pre-trial investigation has established additional information about the circumstances of the criminal proceedings and the same substance (for example, blood, urine, semen) may indicate the presence of such circumstances. A clear example is conducting an examination of the dead person's blood first to determine the blood group, and then this blood is used to test for the presence of toxic substances in it.

Biological samples of a person are widely used in trace examinations, in particular, examination of human handprints, human teeth marks, examination of traces of layers on objects, as well as other parts of the human body that can be trace-forming objects. It is also possible to distinguish transport and trace examination, which involves the study of traces found at the scene of the accident, damage of vehicles⁹. Such traces can include traces of blood, urine at the scene of the accident and other traces of biological origin. The forensic examinations should not be forgotten, where material evidence is examined, which are objects or traces that can serve to identify the circumstances of the case, establish or refute a criminal act, identify the essence of what happened. Most often, objects with traces of blood, hair, semen, saliva, colostrum, parts of bones, internal organs, that is physical evidence of biological origin, are examined in forensic medical practice¹⁰. Recently, in many European countries, including Ukraine, there has been a noticeable increase in the interest of investigative units in laboratory tests of human odor

⁹ ORDER OF THE MINISTRY OF JUSTICE OF UKRAINE. *Scientific and methodological recommendations on the preparation of materials and appointment of forensic examinations*: No. 144/5. 30 dec. 2004. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0061-05#o211>. Access on: 12 jan. 2023.

¹⁰ ZHYTOMYR SCIENTIFIC RESEARCH FORENSIC CENTRE OF THE MINISTRY OF INTERNAL AFFAIRS OF UKRAINE. *Experts of Zhytomyr Scientific Research Forensic Centre of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine conduct odorological examinations in criminal proceedings*. 2023. Available at: <https://www.ndekc.zhitomir.ua/odorologichna-ekpertiza>. Access on: 15 jan. 2023.

samples based on a bioanalyzer of odor - sense of smell, a specially trained detector dog.

The objects of research in the course of odorological examination are seized samples of a person's odor contained in blood, fatty traces, semen, hair or objects with which he or she has been in contact.

Within the system of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine (hereinafter - the MIA of Ukraine) as part of the State Scientific Research Forensic Centre, experts of three laboratories identify odour traces, that are Vinnytsia, Zhytomyr and Mykolaiv regions. Such experts provide answers to the following approximate list of questions:

do the odor traces present on the provided items (fragments of one item) originate from the person being checked? - were they left by one or several persons being checked? - are there any odor traces of that person in the removed traces of blood, on the hair? - are there any odor traces of a specific suspect (accused) or victim, whose comparative samples were sent for research? - on which of the removed trace-carrying objects are there any odor traces of the persons being tested, whose comparative odor samples are submitted for research?¹¹

Therefore, it should be noted that biological samples of a person are widely used in conducting forensic examinations. Moreover, the modern development of forensic technologies provides an opportunity to carry out expert research at a deeper level of knowledge, for example, molecular genetic research using the DNA analysis method when investigating objects of biological origin.

2.2 Stages of examinations related to the study of biological samples of a person

First of all, it should be noted that the conditions and procedural order for obtaining samples for examination must fully comply with the requirements for conducting investigative (search) actions (Article 223 of the CPC of Ukraine). When taking biological samples, it is important to clarify the rights and obligations of

the person who it is planned to take biological samples from.

Based on the current legislation in the field of conducting forensic examinations, it is worth highlighting the following stages of conducting an examination related to the study of biological samples of a person:

1. Availability of legal grounds for the examination. Examination is appointed if special knowledge is required to establish information relevant to criminal proceedings. Having established this, the prosecutor or investigator, the inquirer has the right to engage an expert to conduct an examination by their own decision. At the same time, the defense party has the right to either independently involve an expert on a contractual basis, or to submit a corresponding petition in the form specified in Article 244 of the CPC of Ukraine and to involve an expert thanks to the decision of the investigating judge. After the examination is appointed, the expert must be provided with the necessary material for the study.

2. Selection of biological samples for examination. Article 245 of the CPC of Ukraine defines the procedure for obtaining samples for examination. This procedure primarily depends on whether the person agrees to provide biological samples for examination. If a person voluntarily agrees to provide biological samples for examination, then in this case their selection will be carried out in accordance with the procedure specified in Article 241 of the CPC of Ukraine. So, first, the prosecutor makes a decision to take biological samples from the person. Further, this decision is provided to the person who the biological samples will be taken from.

If the person refused to take samples for examination voluntarily, then this procedural action can be carried out in a compulsory manner. To do this, it is necessary to follow the procedure specified in Articles 160-161 of the CPC of Ukraine, and therefore, it is necessary to obtain a decision of the investigating judge to conduct compulsory sampling, but before to apply to him or her with the relevant request. In this case, the investigator/ inquirer or prosecutor is entitled to compulsory sampling or is obliged by the court to perform this procedural action (if such a t was filed by the defense).

3. Taking biological samples from a person for examination. The process of taking biological samples from a person has its own peculiarities depending on the object to be sampled. For example, taking fingerprint samples from a person can take place directly in

¹¹ MOGILA, Vadim S. *Legal life of modern Ukraine: materials of the international scientific conference*. Odesa, 2020. p. 290-293. Available at: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/13225/Могіла%20В.%20С.%20Питання%20реалізації%20повноважень%20слідчого%20та%20слідчого%20судді%20щодо%20отримання%20зразків%20для%20експертизи.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Access on: 12 jan. 2023.

the premises of the investigator, inquirer or prosecutor and the involvement of doctors or forensic experts is not required. In the case of taking saliva or blood samples from a person, this action must be carried out in a medical institution with the participation of doctors or forensic experts.

In any case, the Criminal Procedure Law emphasizes the need to comply with the requirements of Article 241 of the CPC of Ukraine, namely, such procedural action is carried out (if necessary) with the participation of a doctor or forensic expert. If in order to take biological samples from a person, such person must be naked, the investigator/ inquirer or prosecutor has no right to participate in such a procedural action and doctors (forensic experts) must be of the same sex. As for any procedural action, it requires either continuous video recording or the participation of at least 2 witnesses (who, in case of nudity, will be of the same sex). At the same time, both voluntary and (especially) compulsory collection of such samples must respect human rights and freedoms, since, according to Part 4 of Article 241 of the CPC of Ukraine, actions that humiliate the honor and dignity of a person or are dangerous to his or her health are unacceptable. And that is a universal imperative since “One of the important factors for establishing the theme of evidence within the scope of the concept of public order in Private International Law is its clear involvement with the grammar of human rights, considered a set of essential rights for a human life based on freedom, equality and dignity”¹².

International experience on this issue should also be taken into account so that the results of such an examination are not recognized as improper evidence in the future, as they were obtained in violation of human rights.

4. Direct conduct of the examination. Forensic expert activity is carried out by state institutions, their territorial branches, expert institutions of municipal ownership, as well as forensic experts who are not employees of these institutions, and other specialists (experts) in the relevant fields of knowledge in the manner and under the conditions specified in Article 7 of the

Law of Ukraine “On Forensic Expertise”. Before the start of the examination, experts are explained the provisions of the Criminal Code of Ukraine on criminal liability for providing a deliberately false conclusion and for refusing to perform their duties without good reason, as well as on criminal liability in case of disclosure of information that became known to them during the examination.

When material evidence is received by the forensic laboratory, information about it is registered in the registration log. The expert pays attention to the packaging, checks its value and imprint. Then unpacking takes place, during which two workers are present. The presence of material evidence is checked according to the data contained in the resolution on the appointment of an expert examination. In the absence of certain items, as well as when items not mentioned in the documents are found, an act is drawn up and signed by three laboratory employees. One copy is immediately sent to the institution, which is the sender of physical evidence, the second one remains in the laboratory¹³.

5. Obtaining an expert’s opinion. According to Part 1 of Article 101 of the CPC of Ukraine, “the expert’s conclusion is a detailed description of the research conducted by the expert and the conclusions drawn on their results, reasonable answers to the questions posed by the person who engaged the expert, or the investigating judge or court that commissioned the examination”. In contrast to civil, economic or administrative proceedings, where there is such a procedural participant as an expert on legal issues, an expert in criminal proceedings does not have the right to resolve legal issues (Part 6 of Article 101 of the Criminal Procedure Code of Ukraine). The expert or the group of experts who conducted the research bear personal responsibility for the provided conclusion and the information provided in it. At the same time, such information cannot go beyond their special knowledge.

6. Carrying out additional, repeated examination, if necessary. An additional expert examination is appointed if the court considers the expert’s conclusions to be unclear and incomplete, or the circumstances have

¹² RAMOS, André de Carvalho. The taking of evidence abroad in private international law: beyond *lex fori* and *lex diligentiae*. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 685-704, 2015. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3742/pdf>. Access on: 04 jan. 2023.

¹³ KUSHPII, Volodymyr P., PALIUKH, Andriy I., SMUK, Marta I. The procedure for obtaining samples for examination as part of criminal proceedings. *Scientific notes of Lviv University of Business and Law*, n. 26, p. 141-146, 2020. Available at: <http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.4433061>. Access on: 15 jan. 2023.

become known, according to which it is necessary to expand the expert study in the form of an additional examination. Conducting such an examination may be transferred to the competence of another or the same expert. Repeated examination is appointed in cases of receiving new information regarding the factual data that were at the expert examination or in the event that the already conducted examination does not fully reveal the essence of the received factual data as evidence. The above-mentioned procedural stages provide an opportunity to investigate the procedural order for carrying out an examination during criminal proceedings comprehensively.

3 International experience in taking biological samples from individuals for examination

One of the most urgent problems that needs to be solved and studied is the admissibility of coercion and its limits when obtaining samples for a comparative study, and it is not settled who exactly should take such samples: the investigator directly or a qualified medical worker¹⁴. These problems should be solved in such a way as, on the one hand, to ensure the receipt of samples necessary for conducting expert research, and on the other hand, to prevent excessive violation of the constitutional rights of citizens when obtaining samples for comparative research.

In order to understand and outline accurately the importance of the issue raised in the scientific research, an anonymous questionnaire was conducted among the following categories: prosecutor's office workers, pre-trial investigation agency workers, and judges. According to the results of the survey, 91% of the prosecutor's office workers, 78% of investigators and 92% of judges who took part in the survey answered "Yes" to the question "Do you think that the problems that exist around the collection of biological samples from a person during criminal proceedings interfere conducting a full and objective investigation of criminal offenses that require the collection of biological

samples from a person for investigation?" which fully demonstrates the importance of regulating the relevant issues at the national level, taking into account international practice in the field of collection of biological samples from a person.

Considering this issue, it is necessary to analyze the practice of the ECHR. So, the first case to be considered is *Jalloh v. Germany* (2006). In the circumstances of the case, the applicant was engaged in illegal drug trafficking and kept bags of drugs in his mouth. This was noticed by German police officers, and due to the fact that the applicant swallowed a bag containing a narcotic substance when he was detained, a decision was made to take him to a doctor. The doctor forcibly injected the applicant with medicines, and law enforcement officers at that moment were holding his arms and legs so that he could not interfere. As a result of these actions, a vomiting reflex was induced and a bag with narcotic substances was obtained. However, this issue concerns the forced sampling in the aspect that was later expressed by the court. The Court found a violation of Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, emphasizing that the Convention, in principle, does not prohibit compulsory medical interventions that facilitate the investigation of offenses¹⁵. Nevertheless, any interference with the physical integrity of a person for the purpose of obtaining evidence must be subjected to careful scrutiny. Indeed, the problems that states face when trying to overcome the harm caused to society by drug trafficking should be taken into account.¹⁶ From this we can conclude that the use of certain chemical or other substances in order to take biological samples from a person must be done with caution, observing the principle of proportionality of the rights violated by such a way of conducting a procedural action with the social relations that were harmed. In addition, according to the main provisions of the practice of the European Court of Human Rights, the physical integrity of a person is absorbed by the concept of "private life", which is protected by the provisions set forth in Article 8 of the Convention

¹⁴ LAW ASSOCIATION "VYSHNEVY AND PARTNERS". *Compulsory collection of biological samples*: ECHR practice. 22 oct. 2021. Available at: https://protocol.ua/ua/primusove_vidibrannya_biologichnih_zrazkiv_praktika_espl/. Access on: 18 jan. 2023.

¹⁵ CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS. *No. 995_004*. 04 nov. 1950. Available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text. Access on: 08 jan. 2023.

¹⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case "*Jalloch v. Germany*". *Bulletin of the European Court of Human Rights*, n. 88, jul./aug. 2006. Available at: <http://rudocs.exdat.com/docs/index-386794.html>. Access on: 12 jan. 2023.

for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (decision dated March 26, 1985 in the case “X and Y v. the Netherlands”¹⁷) and concerns the most intimate aspects of private life, and mandatory medical intervention, even minor, is an interference with this right.

Despite this, the ECHR still allows the possibility of forced collection of biological samples from a person for research, but places states within the framework of compliance with the conditions and procedure for such interference with the right of a person, emphasizing that the collection of biological samples from a person can only be carried out by the decision of an official authorized to do so person, it can be performed exclusively by a medical professional, such as a doctor (since such actions, in particular, taking human blood samples, require special knowledge), who has the right to refuse to participate in such an action exclusively due to the presence of medical reasons¹⁸.

A rather interesting thesis can be traced in the case law of national courts. Thus, the investigative judge of the Bogunsky District Court of Zhytomyr in case No. 295/1559/20 dated 06.02.2020 draws the attention of the trial participants to the following: in the legal conclusions of the ECHR in the cases “Yalloch v. Germany” (decision dated 11.07.2006), “Funke v. France” (decision dated February 25, 1993), “J.B. v. Switzerland” (decision dated 05.03.2001) stated that coercive measures should not be applied to a person in order to obtain data from him or her that can be used as a basis for bringing charges against such a person. The conclusions of the ECHR set out in these cases do not mean that the compulsory collection of biological samples in any case contradicts the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Instead, when biological samples are taken from a person in order to establish his or her involvement in a criminal offense, and due to the lack of other evidence to substantiate the suspicion, their compulsory removal will contradict the provisions of Article 6 of the Convention and, in this case, violate the principles enshrined in Article 63

of the Constitution of Ukraine and Article 18 of the CPC of Ukraine¹⁹. However, the above seems rather doubtful given that it is actually impossible to take samples from the suspect or accused, since in this case, in any case, the involvement of the person in the criminal offense will be established, and therefore the evidence will be incriminating. This approach simply leads to a reduction in the ways of obtaining reliable information about the circumstances of a criminal offense for the prosecution.

Summarizing all of the above, it is necessary to emphasize that the international experience of sample collection and mistakes made by law enforcement agencies in the process of such activity indicates the need to adopt a specialized legal act in Ukraine, which would determine the procedure, grounds and methods of collecting biological samples from individuals for examination. Since significant human rights violations during such proceedings are very frequent and Ukraine should take into account the failures and problems highlighted in the case law of the ECHR in relation to other states in order to avoid similar problems.

3.1 Taking biological samples for forensic reasons: the Italian regulation

It is interesting to compare how different European countries have different laws on taking biological material from citizens and the related human rights guarantees.

In Italy, for example, the legislator recently introduced Article 224bis of the Code of Criminal Procedure, which precisely regulates ‘the judge’s orders for expert opinions that require the performance of acts likely to affect personal freedom’²⁰.

The law first of all sets out the fields of application: these are serious offences against the person punishable by a minimum sentence of three years’ imprisonment up to life imprisonment, including road’s homicide²¹.

¹⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Hasselbaink v. the Netherlands*: No. 73329/16. Strasbourg: Council of Europe, 2021. Available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22site_mid%22:%5B%22003-6931170-9316839%22%5D%7D. Access on: 12 jan. 2023.

¹⁸ TATAROV, Oleg. Forcible taking of biological samples is violation of citizens’ rights. *Liga.net*, 27 jul. 2016. Available at: <https://blog.liga.net/user/otatarov/article/23187>. Access on: 15 jan. 2023.

¹⁹ BOGUNSKY DISTRICT COURT OF ZHYTOMYR. *The Decision of Bogunsky District Court of Zhytomyr*: case No. 295/1559/20. 06 feb. 2020. Available at: <https://reestr.court.gov.ua/Review/87489691>. Access on: 05 jan. 2023.

²⁰ ITALIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE. Title II - Criminal Procedure Code: Means of proof: Chapter VI – Expertise. *Brocardi.it*, 2023. Available at: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-terzo/titolo-ii/>. Access on: 09 jan. 2023.

²¹ ITALIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE. Title II - Crimi-

Outside these offences, the law does not provide for the application of coercive DNA sampling to citizens. In these cases, it is possible to directly take the biological sample from the citizen even if the citizen does not give consent, if there is a warrant from the competent judge. The taking, in these cases, is carried out by the person with the appropriate power of attorney from the judiciary, i.e., the police or specialized private professionals.

The same law also specifies the modalities and types of biological samples that can be taken by the judge's delegate (police or private professionals appointed by the judiciary): specifically, the taking of hair, hair and/or cells of the mucous membrane of the oral cavity is possible.

The law also lays down minimum requirements that the judge's order for coercive collection of biological material must necessarily contain:

- Generalities of the person to be subjected to the taking of biological material;
- Indication of the offence for which it is necessary to carry out this type of investigative activity;
- Indication of the reasons that determine that this investigation is indispensable for the purposes of Justice;
- Notice that the citizen who is to undergo the taking of the biological material may be assisted by a lawyer or a technical adviser at the time of biological sampling;
- The indication of the place, day and time fixed for the performance of the biological sampling on the citizen;
- A warning that, in the event of the citizen's failure to appear at the place and on the day set for the biological sampling, he may be joined by the police and compulsorily accompanied to the performance of the biological sampling.

The rule states that, for the execution of the biological sampling, all medical or technical practices that may cause serious suffering to the citizen are prohibited. Acts that cause only slight - if any - suffering are permitted.

Furthermore, the taking of a sample is to be considered legally invalid if, at the time of the taking of the sample, the citizen is not assisted by a lawyer or a trusted technical advisor²².

This article of the Code of Criminal Procedure was inserted by virtue of Law No. 85 of 2009, which also regulated the establishment of the DNA database to combat organized crime and all cross-border crimes.

Few years before of the above-mentioned law which established the DNA database in Italy, the GDPR (Data Protection Authority) shared a document with the Italian Parliament about the necessity of the DNA database for a better international crime-fighting. Furthermore, in this document the GDPR highlighted that the sense of the DNA database is only identification. For this reason, the database would not be allowed to contain itself any biological samples. The database have to be only a recipient of a alfa-numeric genetics profiles useful for comparison and person identification. These data are high sensible; this is the reason why only authorized operators have the access to the file codes of the database. Furthermore, GDPR specify that it must to avoid any ab-use of the biological samples collection from persons, also if these ones committed some crimes. In fact, the GDPR's suggestion is to regulate at properly the cluster of the person from whose the biological samples can be taken and added to the DNA database²³.

The law also stipulates that, if the person who is to undergo biological sampling is under the age of 18, or is incapacitated, consent may be given by the parent or legal guardian.

Finally, it is interesting to note that Italian law lays down very strictly all the procedures for taking biological samples from citizens in a direct form, i.e., with invasive acts. It should be noted, however, that the law in force does not lay down precise rules for taking biological material from a given citizen 'outside his or her body', i.e., without the performance of a direct invasive act²⁴. Such are the cases of the taking of genetic mate-

nal Procedure Code: Means of proof: Chapter VI – Expertise. *Brocardi.it*, 2023. Available at: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-terzo/titolo-ii/>. Access on: 09 jan. 2023.

²² FRANCIONE, Gennaro. *La Tavola delle prove legali*. Roma: Nuova Editrice Universitaria, 2021.

²³ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. DNA database: the Privacy Guarantor sends a report to the Government and Parliament. *GPDP*, 21 sep. 2007. Available at: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1441899>. Access on: 08 jan. 2023.

²⁴ FELICIONI, Paola. L'acquisizione di materiale biologico final-

rial from objects that have been in the possession of specific persons on which there are probably biological traces of them.

New research on the topic of the legal issue on the DNA database, biobank health-related more in the details – suggest that the approach for the biological samples collection is regulated in a very different way according to the context. In fact, in the healthcare system, the biobank is a powerful tool for the health system. The collection and the processing of these biological samples occurs with very different procedures. Data collected are – anyway – subjects to the same guaranties of privacy²⁵.

At the end, in accordance with the current law, persons that have to be subject to the biological collection for investigative/forensic purposes have the possibility to have the assistance and presence of their lawyer/forensic science expert during the biological sample collection. Through this possibility, the legislator would like to permit a full defense right. A similar approach/system of guaranties doesn't apply for the collection of biological samples from findings in which DNA of a given person is present. On this topic, the Italian Supreme Court, with the Judgement No. 49610/2016, specify that biological samples collected from findings are subjects to different guaranties for the criminal investigation/forensic case if compared with the biological samples taken directly from a given person (in this case, the collection is supposed to be an “invasive act” which is subject of specific procedures/guaranties).

4 Procedural procedure for obtaining biological samples from a person during the examination

Taking biological samples from a person for examination is a rather complicated procedural stage of

collecting materials of biological origin of a person for further examination. The ECHR case law even defines it as interference with a person's private life²⁶.

It should be noted that there is no “legal” definition of “biological samples” in the legislation. It seems that in the context of sampling under Article 245 of the CPC of Ukraine, biological samples should be considered as originating from the human body and representing biological material, such as tissues, cells, biological fluids, secrets and products of vital activity, physiological secretions, swabs, scrapings, flushes, biopsy material obtained from a person, as well as material of embryofetal origin; any material containing genetic information that can be reproduced or be reproduced in the human biological system²⁷. Accordingly, samples of voice, handwriting, signature, speech, etc. are not biological samples. However, it is worth noting that the national judicial practice is known for decisions that do not support this assertion. Thus, in the decision of the High Anti-Corruption Court dated 08.07.2021 No. 991/4406/21 it is determined that fingerprints are biological samples of a person. The above-mentioned decision granted the request for the selection of experimental (comparative) samples of finger nail phalanx prints and palm prints, because they are of essential importance for criminal proceedings²⁸.

Taking this into account, the question arises as how expedient it is to use Article 160-161 and Article 241 of the CPC of Ukraine, which establish the regime of temporary access to things and documents and identification of a person. Temporary access by its legal nature is a measure to ensure criminal proceedings, which consists in providing the party to the criminal proceedings with the person in possession of such things and documents, the opportunity to get acquainted with them, make copies and seize them. Taking into

izzata alla prova del DNA tra regola ed eccezione. *Journal Processo Penale e Giustizia*, v. 3, 2018. Available at: <http://www.processopenaleggiustizia.it/acquisizione-materiale-biologico-prova-DNA>. Access on: 12 jan. 2023.

²⁵ PICIOCCHI, Cinzia ; DUCATO, Rossana ; MARTINELLI, Lucia *et al.* Legal issues in governing genetic biobanks: the Italian framework as a case study for the implications for citizen's health through public-private initiatives. *Journal of Community Genetics*, n. 9, p. 177–190, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12687-017-0328-2>. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12687-017-0328-2>. Access on: 18 jan. 2023.

²⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case “X v. the Netherlands” (press release)*. 7 aug. 2018. Available at: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-h-proty-niderlandiv/>. Access on: 12 jan. 2023.

²⁷ ANTONIUK, Polina E. Organizational and tactical aspects of compulsory taking of biological samples from a person in criminal proceedings. *Criminal Bulletin*, v. 1, n. 27, p. 34-39, 2017. Available at: http://clar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/16430/1/Visnik_1-27-2017-34-39.pdf. Access on: 10 jan. 2023.

²⁸ DECISION OF THE HIGH ANTI-CORRUPTION COURT. *The Unified State Register of Court Decisions*: case No. 991/4406/21, proceeding No. 1-кв/991/4469/21. 08 jul. 2021. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98248612>. Access on: 12 jan. 2023.

account the mentioned wording, “are found” and not “will be found” or something else, it should be noted the correctness of the opinion that biological samples that can be taken from individuals do not exist at the time of consideration of the appeal of the parties to the investigating judge, moreover, it is possible to provide temporary access to those objects that do not exist in nature yet²⁹; an application to the investigating judge for permission to obtain samples may take place when such samples (things and documents) already actually exist and are held in the possession of a certain person, who may be limited in his right only on the basis of a relevant court decision. That is, it could only be talked about free, and not experimental samples³⁰. However, we can somewhat disagree with the fact that scientists actually criticize the application of the procedure defined in Articles 160-161 of the CPC of Ukraine for obtaining biological samples, since these articles actually only determine the need to obtain a decision of the investigating judge and the content of the request to obtain such a decision. As for Article 161 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, it is really not necessary for taking biological samples, as it only sets restrictions on access to a person’s personal correspondence.

Based on the above, through the prism of criminal procedural science, we offer definitions of the following concepts, such as “collection of biological samples from a person” and “biological samples”, namely:

- taking (selection) of biological samples from a person is the process of extracting from a person samples of biological origin that contain genetic information and can be reproduced in the human biological system for the purpose of further use during the examination;

- biological samples are biological materials that contain genetic information and can be reproduced in the human biological system.

In terms of examination as a way to obtain biological samples from a person, it should be noted the following. The purpose of the examination is to detect traces of a criminal offense or special signs on the body of a person, unless it is necessary to conduct a forensic examination (Part 1 of Article 241 of the CPC of Ukraine). The CPC of Ukraine recognizes that examination is an investigative (search) action, which consists in examining a suspect, witness or victim to detect traces of a criminal offense or special signs on their body, if it does not require a forensic examination. However, even in this case, one cannot completely agree with the opinion of the scientists. Because it is necessary to take into account such biological samples as semen, saliva, smears, scrapings, and others. The mechanisms of their taking can be quite different and involve interference or even violation of the human mucous or skin. In this case, the taking of biological samples from a person becomes somewhat similar to the examination of a person. Greater attention should be paid to ensuring the observance of human rights, in particular human honor and dignity.

In the case when it comes to obtaining biological samples from a person, in the meaning stated above, their obtaining must take place within the limits of a separate procedural action of an intrusive nature, which must be carried out only by the decision of the investigating judge and carried out in a manner that will be proportional (commensurate) with respect for the individual’s right to personal integrity, will not violate the guarantees specified in Article 3 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms³¹, and the limits of the permissible use of coercion will take into account the practice of the ECHR in the cases “Salikhov v. Russia”, “P.G. and J.H. v. the United Kingdom”, “S. and Marper v. The United Kingdom”, “Saunders v. the United Kingdom”, “O’Halloran and Francis v. the United Kingdom”, “Jalloh v. Germany”³².

²⁹ LAW ASSOCIATION “VYSHNEVY AND PARTNERS”. *Compulsory collection of biological samples*: ECHR practice. 22 oct. 2021. Available at: https://protocol.ua/ua/primusove_vidibrannya_biologichnih_zrazkiv_praktika_espl/. Access on: 18 jan. 2023.

³⁰ MOGILA, Vadim S. *Legal life of modern Ukraine*: materials of the international scientific conference. Odesa, 2020. p. 290-293. Available at: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/13225/Могіла%20В.%20С.%20Питання%20реалізації%20повноважень%20слідчого%20та%20слідчого%20судді%20щодо%20отримання%20зразків%20для%20експертизи.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Access on: 12 jan. 2023.

³¹ CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS. *No. 995_004*. 04 nov. 1950. Available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text. Access on: 08 jan. 2023.

³² MOGILA, Vadim S. *Legal life of modern Ukraine*: materials of the international scientific conference. Odesa, 2020. p. 290-293. Available at: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/13225/Могіла%20В.%20С.%20Питання%20реалізації%20повноважень%20слідчого%20та%20слідчого%20судді%20щодо%20отримання%20зразків%20для%20експертизи.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Access on: 12 jan. 2023.

Process scientist V. Rogalska sees the following problems in obtaining (taking) biological samples from a person for examination: «1) the ambiguity of the practice of attributing the refusal to provide biological samples voluntarily for examination to the exercise of the right not to testify against oneself; 2) the uncertainty in current legal acts, which samples should be classified as biological; 3) the lack of clear regulations in the legislation regarding the possibility of taking samples for examination before entering information into the Unified Register of Pre-trial Investigations; 4) the ambiguity of the practice of taking biological samples from a person for examination from a person who is not a party to criminal proceedings or has not acquired a procedural status; 5) the lack of a clearly regulated procedural order for the selection of biological samples for examination in the CPC of Ukraine³³.

Thus, taking into account the criticism of scientists, it should be noted that the issue of making amendments to Article 245 of the CPC of Ukraine, indicating the conditions and other procedural aspects of taking biological samples from a person, is urgent. This would eliminate the need to apply the analogy of the law, as well as legally enshrine the limits of application of physical and moral coercion.

4.1 The use of tactical techniques in the collection of biological samples from a person during an examination

The provisions of the current criminal procedural legislation determine that the parties have the opportunity to take biological samples from a person for examination. Moreover, it is possible to forcefully take such samples in the order determined for the examination of a person. At the same time, a request for forced collection of samples must be submitted in the manner provided for a request for temporary access to things and documents. Therefore, due to so many formalities at the legislative level and bearing in mind the need to comply with international standards of human rights,

criminalists have developed certain technical and forensic techniques for conducting such a procedural action.

First of all, it should be noted that the legislator defines the procedure for taking biological samples from a person with reference to Article 241 of the CPC of Ukraine. Therefore, first of all, the investigator must obtain a decision of the prosecutor to conduct this procedural action. And in case of forced sampling of a person, it is necessary to obtain a decision of the investigating judge.

If there is a procedural basis for conducting such an investigative (search) action, the party has the right to proceed to other stages of its conduct. As a general rule, biological samples are taken in medical institutions. Such samples include all types of human secretions (blood, saliva, semen, etc.). However, before taking samples from a person, it is necessary to consult with an expert on which samples will be most appropriate to take. For example, for molecular genetic examination, it would be more appropriate to take blood samples from a person. Despite this, criminologists point out the need to comply with the following investigative techniques:

1) to ensure the delivery of all participants in the collection of biological samples to the premises in which it will be carried out (since not all biological samples must be collected in the conditions of a medical institution). For example, fingerprints can be taken in the investigator's or prosecutor's office;

2) to take biological samples from a person is recommended by a specialist (doctor, forensic scientist) of the same gender as the person whose samples will be taken;

3) before conducting a procedural action, determine the participants of such a procedural action: which units will assist in the compulsory collection of biological samples from a person, explain their rights and obligations, if necessary, warn (or involve for the procedural action) the defender of the person from whom biological samples will be taken, determine the witnesses and involve them in conducting such a procedural action (or involve a specialist for continuous video recording).

The tactical aspects of the compulsory collection of biological samples from a person include the direct influence of the investigator (inquirer, prosecutor) as subjects of the prosecution party on the person who has to be taken biological samples for examination from, or through his or her defender (representative) in or-

³³ LUSKATOV, Oleksandr V. *et al. Forced sampling of a person for examination. methodological recommendations for practical units*. Dnipro: Dnipro State University of Internal Affairs, 2017. 36 p. Available at: <http://er.dduvs.in.ua/bitstream/123456789/555/1/МЕТОД%20РЕК%20ПРИМУС%20ПРИ%20ВИЛУЧ%20БІОЛОГ%20ПРАКТИК%202017.pdf>. Access on: 21 jan. 2023.

der to induce the person to voluntarily provide the necessary biological samples. In this case, the investigator (inquirer, prosecutor) must clearly explain to the person or his/her defense counsel (representative) the mechanism of coercion and the way of its implementation in case of refusal of the latter to voluntarily provide the necessary samples. National law and international conventions on the subject must be observed, as the Convention is considered indispensable for the promotion of human dignity:

Among the Conventions, the preamble of the 1969 American Convention on Human Rights, also known as the Pact of San José of the Costa Rica, deserves to be highlighted for its clarity. It is in it that the intrinsic value of the human person is best expressed, because it displays a declaration that the requirement of protection of human rights derives not from being a national of a certain State, but rather from “the fact that it is based on the attributes of the human person”. It follows from this imperative that the protection is conventional, adjunctive, or complementary to domestic law for the sole reason that it exists, and not because the person has a special talent or is a member of a caste, ethnic group, or group. In other words, dignity is not constructed, but is inherent in the human person³⁴.

In the literature, there are proposals for detailing the implementation of this action, indicating the number of participants involved in its implementation, their powers to limit the actions of a person, etc. Such detailing is informative for the person from whom it is planned to take biological samples. After such information and demonstration of decisive actions and readiness of the investigator (prosecutor) to compulsory sampling, most people agree to provide them voluntarily.³⁵ Tactics and methods of taking biological samples from a human corpse also remain an understudied issue. This issue is especially acute today, as law enforcement officers find mass graves of civilians on the territories liberated from Russian occupants. Criminologists provide

the following recommendations in this regard: “the forensic expert during the autopsy of the corpse takes a blood sample from the heart cavity or large vessels. To avoid decay, such samples should be stored in a refrigerator and delivered to the laboratory for examination as soon as possible.” Regarding the recommendations for taking saliva samples from a person: “such actions must be carried out directly in the laboratory (forensic medicine, forensic biology or in the conditions of the procedure room of a medical institution), since it is not possible to store saliva even in a refrigerator, due to the possible destruction of group antigens”³⁶. However, there are many other modern tactics invented by criminologists in order to fill numerous gaps and conflicts in the current legislation regarding the collection of biological samples from a person.

5 Conclusions

Theoretical generalization and solution of the scientific task, which consists in obtaining new results in the form of scientifically based conclusions related to the collection of biological samples from a person during an examination have been carried out in the research. This has provided an opportunity to identify problematic issues and formulate proposals for improving the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine and the practice of its application. The main results of the work include the following:

The legal principles of taking biological samples from a person for examination are based on the provisions of the Constitution of Ukraine, the laws of Ukraine and subordinate legal acts, the principles of ensuring human rights and freedoms, respect for human honor and dignity, freedom and personal integrity, the practice of the European Court of Human Rights and recommendations of international expert institutions.

Taking biological samples from a person is an interference with his/her private life, the right to which is guaranteed by the Constitution of Ukraine and interna-

³⁴ LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. The dignity of the human person and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Belo Horizonte, year 11, n. 36, p. 175-202, jan./jun. 2017. Available at: <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/8.-Siddharta-e-Eduardo-Val-A-Dignidade-e-a-jurisprud%C3%Aancia-da-Corte-IDH-VF-Revista-direitos-Humanos-e-justi%C3%A7a-2017.pdf>. Access on: 9 apr. 2023.

³⁵ ANTONIUK, Polina E. Organizational and tactical aspects of compulsory taking of biological samples from a person in criminal proceedings. *Criminal Bulletin*, v. 1, n. 27, p. 34-39, 2017. Available at: http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/16430/1/Visnik_1-27-2017-34-39.pdf. Access on: 10 jan. 2023.

³⁶ FURMAN, Yaroslav V.; YUSUPOV, Volodymyr V.; KOTLIARENKO, Lydia T.; DMYTRUK, Ruslana S. *Features of human biological traces collection in pre-trial proceedings*: methodical recommendations. Kyiv: Ministry Of Internal Rights Of Ukraine: National Academy of Internal Affairs, 2016. 44 p. Available at: <http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/1605/1/Методичка%20біологія%20арк%20фінал.pdf>. Access on: 10 jan. 2023.

tional treaties. Accordingly, this right should be ensured by the provisions of criminal procedure and correlated with the objectives of criminal proceedings.

1. The issue of the concept and legal nature of taking biological samples from a person for examination remains controversial. Some scholars regard them as physical evidence, others as secondary physical evidence or documents. The authors support the position according to which biological samples for examination are an independent category of objects that have their own procedural nature and purpose. Biological samples that can be taken from a person for examination should be understood as samples of biological materials that contain genetic information and can be reproduced in the human biological system as a biological entity. The activity related to the collection of biological samples from a person is the process of extracting from a person samples of biological origin that contain genetic information and can be reproduced in the human biological system for the purpose of further use in conducting an examination.
2. Based on the current legislation in the field of conducting forensic examinations, it is possible to distinguish the stages of conducting an examination related to the study of biological samples from a person, namely:

- 1) availability of legal grounds for the examination;
- 2) taking biological samples for examination;
- 3) taking biological samples from a person for examination;
- 4) direct conduct of the examination;
- 5) obtaining an expert conclusion;
- 6) conducting additional, repeated examination, if necessary. These stages are procedurally coordinated and legally regulated.

The CPC of Ukraine should be amended in the issue of taking biological samples from a person for examination, in particular, it is advisable to improve the

content of the provisions of Article 245 of the CPC of Ukraine, setting it out in the following wording:

4. Compulsory taking of biological samples from a person is carried out by an authorized specialist exclusively with the participation of an investigator, inquirer or prosecutor and a defender, with the least harm to the person who the biological samples are taken from.

5. During the compulsory collection of biological samples from a person, it is allowed to use physical and psychological coercion to the extent necessary to comply with the court decision on the compulsory collection of biological samples of a person.

There is a need to further introduction of modern technical means in the field of forensic science and forensic medicine in investigative practice when taking biological samples from a person for examination. Therefore, law enforcement agencies must strictly adhere to the recommendations and rules developed by the Ministry of Health of Ukraine when taking biological samples from a person for examination. Taking into account the identified criminal procedural and forensic problematic aspects related to the taking of biological samples from a person for examination, as well as the lack of a proper regulatory mechanism for its implementation and certain restrictions on human rights, the legality and effectiveness of such a procedural action depends on the competence of the investigator, inquirer and prosecutor as participants in criminal proceedings on the part of the prosecution. The specified participants in criminal proceedings need to understand the legal nature of biological samples of a person and the choice of behavioural tactics to influence a person at the appropriate level. Adherence to these aspects will avoid humiliation of honor and dignity during the collection of biological samples from a person for examination.

A similar situation happens in Italy; according to Italian's laws, biological samples from a person is considered to be an interference with his/her private life as well. The legislator – in the past decade – made specified modification of the criminal procedure's code in order to guarantee the act of taking biological sample from a person stringently regulated by the law and in accordance with the EU standards and procedures. This is the reason of the law Nr 85/2009 and the following application norms.

Right now, in Italy it's still needed a better regulation of the "indirect acts" for taking biological samples from a given person and the acts of "differently use" of the samples taken by a given person for investigative reasons.

References

- ABLAMSKYI, Serhii Ye.; ANSARI, Faiz A.; NOSACH, Andrii V. Evaluating the current state of realization of victims' rights in the criminal process: An explanation under Ukrainian and Indian criminal procedure codes. *Novum Jus*, v. 16, n. 2, p. 23–48, 2022. DOI: 10.14718/NovumJus.2022.16.2.2. Access on: 12 jan. 2023.
- ABLAMSKYI, Serhii; HLOBENKO, Hennadii; CHYCHA, Ruslan; MARTOVYTSKA, Olena; BURLAKA, Iryna. Ensuring Protection of the Rights of the Aggrieved Person in Criminal Proceedings through the Prism of Requirements of International Law Acts. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory*, Issues, 23, Special Issue, p. 1-7, 2020. Available at: <https://www.abacademies.org/articles/Ensuring-protection-of-the-rights-of-the-aggrieved-person-1544-0044-25-SI-540.pdf>. Access on: 12 jan. 2023.
- ANTONIUK, Polina E. Organizational and tactical aspects of compulsory taking of biological samples from a person in criminal proceedings. *Criminal Bulletin*, v. 1, n. 27, p. 34-39, 2017. Available at: http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/16430/1/Visnik_1-27-2017-34-39.pdf. Access on: 10 jan. 2023.
- BOGUNSKY DISTRICT COURT OF ZHYTOMYR. *The Decision of Bogunsky District Court of Zhytomyr*. case No. 295/1559/20. 06 feb. 2020. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87489691>. Access on: 05 jan. 2023.
- CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS. No. 995_004. 04 nov. 1950. Available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text. Access on: 08 jan. 2023.
- DECISION OF THE HIGH ANTI-CORRUPTION COURT. The Unified State Register of Court Decisions: case No. 991/4406/21, proceeding No. 1-кС/991/4469/21. 08 jul. 2021. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98248612>. Access on: 12 jan. 2023.
- DUDYCZ, Andrii V. *An expert as a participant of the criminal proceedings: criminal proceedings and criminalistics: court expertise: operational search activity*. 2016. Dissertation (Master's degree in Law Sciences) - National University Odesa Law Academy, Odesa, 2016. 253 p. Available at: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/7807/Дисертація%20Дудич%20А.В..pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Access on: 10 jan. 2023.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case "X v. the Netherlands" (press release)*. 7 aug. 2018. Available at: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-h-proty-niderlandiv/>. Access on: 12 jan. 2023.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case "Yalloch v. Germany"*. *Bulletin of the European Court of Human Rights*, n. 88, jul./aug. 2006. Available at: <http://rudocs.exdat.com/docs/index-386794.html>. Access on: 12 jan. 2023.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Hasselbaink v. the Netherlands*: No. 73329/16. Strasbourg: Council of Europe, 2021. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-6931170-9316839%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-6931170-9316839%22]}). Access on: 12 jan. 2023.
- FELICIONI, Paola. L'acquisizione di materiale biologico finalizzata alla prova del DNA tra regola ed eccezione. *Journal Processo Penale e Giustizia*, v. 3, 2018. Available at: <http://www.processopenaleegiustizia.it/acquisizione-materiale-biologico-prova-DNA>. Access on: 12 jan. 2023.
- FRANCIONE, Gennaro. *La Tavola delle prove legali*. Roma: Nuova Editrice Universitaria, 2021.
- FURMAN, Yaroslav V.; YUSUPOV, Volodymyr V.; KOTLIARENKO, Lydia T.; DMYTRUK, Ruslana S. *Features of human biological traces collection in pre-trial proceedings: methodical recommendations*. Kyiv: Ministry Of Internal Rights Of Ukraine: National Academy of Internal Affairs, 2016. 44 p. Available at: <http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/1605/1/Методичка%20біологія%20друку%20фінал.pdf>. Access on: 10 jan. 2023.
- GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. DNA database: the Privacy Guarantees

tor sends a report to the Government and Parliament. *GPDP*, 21 sep. 2007. Available at: <https://www.garantepivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1441899>. Access on: 08 jan. 2023.

ITALIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE. Title II - Criminal Procedure Code: Means of proof: Chapter VI – Expertise. *Brocardi.it*, 2023. Available at: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-terzo/titolo-ii/>. Access on: 09 jan. 2023.

KUSHPII, Volodymyr P.; PALIUKH, Andriy I.; SMUK, Marta I. The procedure for obtaining samples for examination as part of criminal proceedings. *Scientific notes of Lviv University of Business and Law*, n. 26, p. 141-146, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.4433061>. Available at: <https://zenodo.org/record/4433061#.ZDhm0XbMKUk>. Access on: 15 jan. 2023.

LAW ASSOCIATION “VYSHNEVY AND PARTNERS”. *Compulsory collection of biological samples: ECHR practice*. 22 oct. 2021. Available at: https://protocol.ua/ua/primusove_vidibrannya_biologichnih_zrazkiv_praktika_espl/. Access on: 18 jan. 2023.

LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. The dignity of the human person and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, year 11, n. 36, p. 175-202, jan./jun. 2017. Available at: <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/8.-Siddharta-e-Eduardo-Val-A-Dignidade-e-a-jurisprud%C3%Aancia-da-Corte-IDH-VF-Revista-direitos-Humanos-e-justi%C3%A7a-2017.pdf>. Access on: 9 apr. 2023.

LUSKATOV, Oleksandr V. *et al. Forced sampling of a person for examination. methodological recommendations for practical units*. Dnipro: Dnipro State University of Internal Affairs, 2017. 36 p. Available at: <http://er.dduvs.in.ua/bitstream/123456789/555/1/МЕТОД%20ПЕК%20ПРИМУС%20ПРИ%20ВИЛУЧ%20БИОЛОГ%20ЗРАЗКІВ%202017.pdf>. Access on: 21 jan. 2023.

MOGILA, Vadim S. *Legal life of modern Ukraine: materials of the international scientific conference*. Odesa, 2020. p. 290-293. Available at: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/13225/Могіла%20В.%20С.%20Питання%20реалізації%20повноважень%20слідчого%20та%20слідчого%20судді%20щодо%20отримання%20зразків%20для%20експертизи>.

[pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.garantepivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1441899). Access on: 12 jan. 2023.

ORDER OF THE MINISTRY OF JUSTICE OF UKRAINE. *Instructions on the appointment and conduct of forensic examinations and expert studies and Scientific and methodological recommendations on the preparation and appointment of forensic examinations and expert studies*: No. 53/5. 08 oct. 1998. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98?lang=en#Text>. Access on: 10 jan. 2023.

ORDER OF THE MINISTRY OF JUSTICE OF UKRAINE. *Scientific and methodological recommendations on the preparation of materials and appointment of forensic examinations*: No. 144/5. 30 dec. 2004. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0061-05#o211>. Access on: 12 jan. 2023.

PICIOCCHI, Cinzia ; DUCATO, Rossana ; MARTINELLI, Lucia *et al.* Legal issues in governing genetic biobanks: the Italian framework as a case study for the implications for citizen's health through public-private initiatives. *Journal of Community Genetics*, n. 9, p. 177–190, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12687-017-0328-2>. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12687-017-0328-2>. Access on: 18 jan. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. The taking of evidence abroad in private international law: beyond lex fori and lex diligentiae. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 685-704, 2015. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3742/pdf>. Access on: 04 jan. 2023.

SAVCHUK, Tatiana I.; KOSTYUKOVA, Tatiana S.; HRETSKIИ, Inna A. Problems and Perspectives of Forensic Examination of Dactyloscopic Origin's Traces. *Law and Safety*, v. 78, n. 3, p. 109-113, 2020. DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2020.3.14>. Available at: <http://pb.univd.edu.ua/index.php/PB/article/view/pb.2020.3.14>. Access on: 18 jan. 2023.

STEPANIUK, Ruslan L.; PERLIN, Stanislav I. DN Testing as a Branch of Forensic Technology: Problems of Formation and Directions of Development. *Law and Safety*, v. 77, n. 2, p. 93-99, 2020. DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2020.2.13>. Available at: <http://pb.univd.edu.ua/index.php/PB/article/view/362>. Access on: 18 jan. 2023.

TATAROV, Oleg. Forcible taking of biological samples is violation of citizens' rights. *Liga.net*, 27 jul. 2016. Available at: <https://blog.liga.net/user/otatarov/article/23187>. Access on: 15 jan. 2023.

UKRAINE. *On Judicial Examination*. Law of Ukraine on February 25, 1994, n. 4038-XII. 1994. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12?lang=en#Text>. Access on: 10 jan. 2023.

UKRAINE. *The Constitution of Ukraine*. Law on June 28, 1996 No. 254к/96-BP. 1996. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en#Text>. Access on: 12 jan. 2023.

UKRAINE. *The Criminal Procedural Code of Ukraine*. Law on April 13, 2012 No. 4651-VI. 2012. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?lang=en#Text>. Access on: 12 jan. 2023.

ZHYTOMYR SCIENTIFIC RESEARCH FORENSIC CENTRE OF THE MINISTRY OF INTERNAL AFFAIRS OF UKRAINE. *Experts of Zhytomyr Scientific Research Forensic Centre of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine conduct odorological examinations in criminal proceedings*. 2023. Available at: <https://www.ndekc.zhitomir.ua/odorologichna-ekpertiza>. Access on: 15 jan. 2023.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Análise empírica das cláusulas de expropriação indireta nos acordos de investimentos a partir da Teoria do Continente do Direito Internacional

Empirical analysis of the indirect expropriation in investment agreements under the Theory of the Continent of International Law

Vivian Daniele Rocha Gabriel

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Análise empírica das cláusulas de expropriação indireta nos acordos de investimentos a partir da Teoria do Continente do Direito Internacional*

Empirical analysis of the indirect expropriation in investment agreements under the Theory of the Continent of International Law

Vivian Daniele Rocha Gabriel **

Resumo

Quanto mais cooperativo é um acordo internacional, menor é a probabilidade de as partes o violarem. Considerando que a questão da expropriação indireta tem sido frequentemente levada à arbitragem de investimentos, a problemática que se coloca é se acordos de investimentos têm sido cooperativos em relação à expropriação indireta. A hipótese é a de que os acordos de investimentos têm sido pouco cooperativos em relação ao tema, porém, há acordos de investimentos que estão sendo mais cooperativos que outros, e podem se tornar paradigmas de mudança no Direito Internacional dos Investimentos. Para comprovar a tese, o artigo analisou a expropriação indireta nos acordos de investimentos e se essas cláusulas, presentes em alguns acordos selecionados, ensejam a cooperação. Primeiramente, analisou-se, por meio do método histórico, a evolução da expropriação no Direito Internacional, iniciada com a expropriação direta. Posteriormente, realizou-se análise comparada da *regulatory taking* americana, oriunda do *common law*, com o intuito de comprovar a sua exportação para o âmbito internacional como expropriação indireta. Em seguida, examinou-se a Teoria do Continente do Direito Internacional, de Bárbara Koremenos, identificando-se os problemas que devem ser combatidos em prol da cooperação nas cláusulas dos acordos. A partir desse marco teórico, e a fim de dissuadir os problemas de cooperação ou incerteza para a cooperação na expropriação indireta, extraiu-se a moldura jurídica ideal e mais cooperativa possível a respeito do tema, que contém cláusulas de exceções de interesse público, mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias, regras de punição, assim como cláusulas com imprecisão na linguagem e reservas. Criou-se uma sistemática de gradação para cada uma dessas cláusulas em quatro graus distintos: ++, +, 0 e -. Para as variáveis dependentes: precisão, sobrevivência temporal, monitoramento e solução de controvérsias, o ++ representa a solução mais cooperativa incluída na redação dos acordos e o -, a opção menos cooperativa. Na variável exceção de interesse público, a mensuração se dá na ordem contrária, quanto mais flexível o acordo (nível -), mais cooperativo ele é. Por fim, por meio de pesquisa empírica, analisaram-se os acordos de investimento de Brasil, Rússia, Índia, China,

* Recebido em 14/09/2022

Aprovado em 19/12/2022

O presente artigo é baseado na tese de doutorado defendida pela autora em 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), denominada “Expropriação Indireta no Direito dos Investimentos”, com a atualização da análise empírica empreendida, e foi apresentado no GT 11 – Aspectos Teóricos e Metodológicos e Proposições Normativas Baseadas em Evidências Empíricas, do XI Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, realizado em Curitiba/PR, em agosto de 2022. A autora agradece os feedbacks recebidos, especialmente, dos Professores Fábio Morosini (UFRGS), Michelle Rattton (FGV/SP) e Leandro Ribeiro (FGV/RJ)

** Advogada em Comércio Internacional no Magalhães e Dias Advocacia. Doutora e mestre em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Email: vivian.d.rocha@gmail.com

Canadá e EUA, entre 2001 e 2022, e descobriu-se que o modelo de acordo que mais se aproxima do arranjo ideal cooperativo em relação à expropriação indireta é o canadense. Esse acordo possui grau máximo de precisão, exceções quanto ao interesse público, elevado grau de sobrevivência temporal, sistema centralizado de monitoramento, porém partilha o ônus da fiscalização do acordo com as próprias partes do acordo e com entidades não estatais, e sua solução de controvérsias é baseada na arbitragem de investimentos, com a exclusão de matérias não arbitráveis e que não poderão ser arguidas pelos investidores. Concluiu-se que o acordo canadense deve ser o paradigma de reforma dos acordos de investimento em relação à expropriação indireta.

Palavras-chave: expropriação indireta; *regulatory taking*; Teoria do Continente do Direito Internacional; cooperação.

Abstract

The more cooperative an international agreement is, the less likely parties are to violate it. Whereas the issue of indirect expropriation has often been brought up in investment arbitration, the issue that arises is whether investment agreements have been cooperative on indirect expropriation. The hypothesis is that investment agreements have been uncooperative in relation to this topic, however, there are investment agreements that have been more cooperative than others and may become paradigms of change in International Investment Law. To prove the thesis, this article analyzed indirect expropriation in investment agreements and whether these clauses, present in some selected agreements, result in cooperation. Firstly, the evolution of expropriation in International Law was analyzed, through the historical method, which begins with direct expropriation. Afterwards, a comparative analysis of the American regulatory taking, originated from the common law, was carried out, to prove its export to the international field as indirect expropriation. Then, the Theory of the Continent of International Law, by Bárbara Koremenos, was examined, identifying the problems that must be fought in favor of cooperation in the clauses of the agreements. From this theoretical framework and to dissuade problems of cooperation or uncertainty for cooperation in indirect expropriation, the ideal and most cooperative legal framework possible on the topic was extracted,

which contains clauses of exceptions of public interest, centralized mechanism of delegated formal monitoring and dispute resolution, punishment rules, as well as clauses with imprecise language and reservations. A gradation system was created for each of these clauses in four distinct degrees: ++, +, 0 and -. For the dependent variables of precision, temporal survival, monitoring and dispute resolution, the ++ represents the most cooperative solution included in the drafting of the agreements and the -, the least cooperative option. In the public interest exception variable, the measurement takes place in the opposite order, the more flexible the agreement (level -), the more cooperative it is. Finally, through empirical research, the investment agreements of Brazil, Russia, India, China, Canada, and the USA were analyzed between 2001 and 2022, and it was found that the agreement model that most closely approximates the ideal cooperative arrangement in relation to indirect expropriation is the Canadian. This agreement has a maximum degree of precision, exceptions regarding the public interest, a high degree of temporal survival, a centralized monitoring system, however, it shares the burden of supervising the agreement with the parties to the agreement and with non-state entities, and its dispute resolution clause is based on investment arbitration, excluding non-arbitrable matters that cannot be argued by investors. It was concluded that the Canadian agreement should be the paradigm for reforming investment agreements in relation to indirect expropriation.

Keywords: indirect expropriation; *regulatory taking*; Theory of the Continent of International Law; cooperation.

1 Introdução

A interferência estatal nos direitos de propriedade dos investidores estrangeiros trata-se de assunto recorrentemente discutido no Direito Internacional dos Investimentos. Inicialmente, referiu-se, essencialmente, à questão da transferência direta da propriedade do ente privado para o Estado sem o pagamento da devida compensação. Em reação aos efeitos negativos dessas medidas, criou-se um arcabouço jurídico protetivo para resguardar o investidor, o qual é consubstanciado pelos acordos de promoção e proteção de investimentos (APPRI) e, especialmente, pelos tratados bilaterais de in-

vestimento (BITs¹). No entanto, conforme os casos de expropriação direta foram diminuindo na esfera internacional, paralelamente, também surgiam outros tipos de interferências à propriedade estrangeira. Estas não foram facilmente identificáveis, tampouco consistiram na transferência de posse dos direitos de propriedade estrangeira ao Estado. Entretanto, por meio de ações regulatórias estatais, ingeria-se no uso, no gozo, no valor e na condução dos investimentos de forma a gerar efeitos tão negativos ao investidor que se equipararam estes a uma expropriação clássica. Emergiu-se, portanto, a expropriação indireta.

Embora passasse a integrar o arcabouço dos BITs, a falta de clareza normativa e o aumento progressivo dos casos, levados a tribunais arbitrais de investimento, fez com que o tema se tornasse cada vez mais complexo. A prática variável dos tribunais arbitrais de investimento passou a causar certo grau de insegurança jurídica internacional aos investidores e aos Estados. Em primeiro momento, pela falta de consenso sobre o instituto da expropriação indireta. Em segundo, pois, muitas vezes, os árbitros deixaram de lado o conjunto de direitos e valores embutidos nas medidas regulatórias suscitadas como expropriatórias,² causando a apreensão dos Estados soberanos.

Diante disso, indaga-se se os acordos de investimento, em seu atual estado da arte, têm se apresentado de fato como cooperativos quanto à questão da expropriação indireta, ou seja, se os arranjos sobre expropriação indireta e outros dispositivos do acordo que os influenciam ensejam a não violação do acordo. Essa dúvida se torna importante, pois, quanto mais cooperativo é o acordo, teoricamente, menor a probabilidade de as partes o violarem e, conseqüentemente, a questão de a expropriação indireta ser levada à arbitragem de investimentos.

A tese que responde à problemática é a de que os acordos de investimentos têm sido pouco cooperativos em relação à expropriação indireta, porém, há acordos de investimentos que estão sendo mais cooperativos que outros, já que, conforme a sua configuração, suas cláusulas afastam mais ou menos problemas de cooperação e incertezas. Para comprovar a tese, o presente artigo se propôs a analisar acordos selecionados de países rele-

vantes na área dos investimentos, diante da inviabilidade de análise de mais de 3.000 BITs atualmente em vigor.

Nesse sentido, a partir do modelo de acordo mais cooperativo, encontrado nos acordos selecionados, este poderia servir como paradigma de mudança *ex ante* nos acordos de investimentos pouco cooperativos, o que refletiria, sobretudo, a arbitragem investidor-Estado, diminuindo-se a margem discricionária *ex post* dos tribunais arbitrais de investimento.

Desse modo, o objetivo central do presente artigo será analisar a expropriação indireta e se o arranjo de cláusulas dos acordos de investimento colabora para que sejam cooperativos quanto a esse instituto. A metodologia empregada consistirá, em um primeiro momento, na aplicação do método histórico para compreensão do contexto de surgimento da expropriação indireta no plano internacional e sua inclusão no regime internacional de proteção dos investimentos. Nesse contexto, será estudada também a *regulatory taking*, instituto advindo do Direito americano e que envolve a diminuição do uso economicamente viável de propriedades em razão de regulações estatais deletérias, a qual, aparentemente, foi transposta para o plano internacional por meio dos BITs e dos acordos preferenciais de comércio que os EUA fazem parte, especialmente o *North America Free Trade Agreement (NAFTA)*.

Em seguida, será analisado o arcabouço clausular dos acordos de investimento e seu reflexo em relação à cooperação e à expropriação indireta. Para isso, será aplicada a Teoria do Continente do Direito Internacional, desenvolvida por Bárbara Koremenos, que auxiliará a compreensão e instrumentalização da variação dos desenhos dos acordos internacionais. A Teoria possibilitará maior entendimento sobre as mudanças em relação ao recorte específico do Direito Internacional dos Investimentos e, especialmente, à questão da expropriação indireta. A escolha dessa teoria se justifica, pois se trata de aperfeiçoamento da Teoria do Desenho Institucional Racional, desenvolvida pela própria Koremenos, em parceria com Charles Lipson e Duncan Snidal, em 2004³, e oriunda das Relações Internacionais. O desenho institucional racional foi uma tentativa de explicar a racionalidade dos Estados na busca de arranjos variá-

¹ Créditos do autor

² Sigla para a nomenclatura inglesa *bilateral investment treaties*, a qual é mais utilizada no Direito Internacional.

³ ORTINO, Federico. Refining the Content and Role of Investment 'Rules' and 'Standards': A New Approach to International Investment Treaty Making. *ICSID Review*, v. 28, n. 1, p. 152-168, 2013. p. 162.

veis para seus acordos internacionais, para solucionar determinados problemas materiais e de cooperação, e atender aos seus interesses. Na Teoria do Continente, Koremenos⁴ considera o desenho institucional racional como ponto de partida e o atualiza em suas variáveis e conjecturas, ampliando sua aplicação empírica em diversas áreas do Direito Internacional. O refinamento técnico da teoria pode ser observado no alargamento dos problemas de cooperação e no refinamento das conjecturas,⁵ especificando, por exemplo, as flexibilidades adequadas a cada situação-problema, dentre outras variáveis dependentes que tiveram suas subdimensões mais bem trabalhadas.

A partir da análise dos problemas de cooperação e as incertezas verificados na questão da expropriação indireta, e das cláusulas específicas dos tratados que visam mitigar ou dissuadir esses problemas, será elaborado um arranjo ideal de cláusulas que, teoricamente, seria o mais apropriado para fomentar a cooperação em um acordo internacional de investimento. Serão selecionadas as variáveis dependentes (ou cláusulas) analisadas nos BITs selecionados, e será estabelecida uma gradação para que seja possível classificá-las como mais ou menos cooperativas.

Por fim, um dos pontos mais importantes do trabalho será o emprego do empirismo para que se possa efetuar uma análise qualitativa dos acordos internacionais de investimento. Essa será realizada com base em um recorte temporal específico dos BITs firmados no século XXI, de 1º de janeiro de 2001 a 1º de janeiro de 2022, e um recorte material dos acordos de China, Canadá, EUA, Índia, Rússia e Brasil. O lapso temporal selecionado foi escolhido também pensando nos tratados assinados ou renegociados no século XXI, e que, teoricamente, já são vetores da reforma em andamento e contêm alterações importantes a serem estudadas. A limitação da amostra dos países se deu, primeiramente, porque o universo de acordos de investimento assinados chega a mais de 3.000 BITs, por isso a necessidade de se focar em um número específico de acordos, para que o exame qualitativo seja mais profícuo. Além disso,

esses países são relevantes para o cenário econômico internacional e, em uma primeira leitura, possuem atuação destacada no atual cenário do Direito Internacional dos Investimentos. Ao final do artigo, será avaliado qual é o modelo que enseja mais cooperação em relação à expropriação indireta, dentre os padrões de proteção internacional empiricamente examinados.

2 Expropriação Indireta e sua Intervenção nos Direitos de Propriedade dos Investidores Estrangeiros

O Direito Internacional dos Investimentos é o principal arcabouço jurídico para o resguardo dos direitos dos investidores no exterior e foi desenvolvido com mais intensidade após a Segunda Guerra Mundial, especialmente em face de ações discriminatórias e arbitrárias de Estados receptores de investimento, as quais afetaram, dentre outras questões, o direito à propriedade dos investidores estrangeiros.

Inicialmente, as discussões concentravam-se em episódios de expropriação e nacionalização sem o pagamento de devida compensação, os quais ganharam grande repercussão com os casos da nacionalização do canal de Suez pelo Egito, em 1956, e da Companhia de Petróleo Anglo-Iraniana pelo Irã, em 1953⁶. Nesses casos, países em desenvolvimento arguíram o Princípio da Soberania Permanente sobre os recursos naturais, a riqueza e as atividades econômicas⁷ para afastar violações em sua soberania econômica em razão de direitos contratuais ou do direito de propriedade requeridos por outros Estados ou por companhias estrangeiras.⁸

Em um primeiro momento, as normas costumeiras forneceram os subsídios protetivos para lidar com a questão da expropriação. Posteriormente, essas diretrizes foram codificadas, primeiramente nos tratados de

⁴ KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan. The Rational Design of International Institutions. In: KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan (org.). *The rational design of international institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1-39.

⁵ KOREMENOS, Barbara. *The continent of international law explaining agreement design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 2.

⁶ KOREMENOS, Barbara. *The continent of international law explaining agreement design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 11.

⁷ TRUITT, J. Frederick. *Expropriation of private foreign investment*. Bloomington: Graduate School of Business Division of Research University of Indiana, 1974. p. 12 e 19.

⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e o petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, p. 1-37, 2010. p. 2.

comércio, amizade e navegação e, posteriormente, nos BITs.

A partir da década de 1960, houve um arrefecimento desse tipo de intervenção estatal direta nos direitos de propriedade dos investidores estrangeiros. Desde então, outros tipos de interferências, com caráter mais sofisticado, porém igualmente impactante, apareceram. Estes se referem à denominada expropriação indireta.

Na expropriação indireta, há uma variedade de ações regulatórias, omissões ou outras condutas deletérias⁹ que impactam, negativamente, a operação da companhia estrangeira, privando o investidor do uso ou do gozo do investimento e comprometendo os benefícios substanciais da propriedade, sem que haja uma transferência formal do título da propriedade. As ações podem ser oriundas do Executivo (federal, estadual e municipal), do Legislativo, do Judiciário, de agências especializadas,¹⁰ dentre outras entidades estatais. Essas ações tornam a permanência do investimento ou a geração de lucros impossível, forçando o investidor a encerrar suas operações.¹¹

A expropriação indireta tem como antecedente relevante a *regulatory taking*, instituto oriundo do Direito Americano e que está no centro dos debates sobre os limites do controle governamental sobre a propriedade privada. O conceito tem sido levantado perante o judiciário americano, especialmente em casos em que a regulação estatal desvaloriza a propriedade ou impede que o proprietário prossiga com o seu uso, limitando o exercício dos direitos de propriedade, o que requer, segundo a interpretação da 5ª Emenda, necessariamente, compensação.

Dentre os casos envolvendo a *regulatory taking*, o caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*,¹² de 1978 merece destaque. Neste, houve a tentativa da Penn Central, empresa que administrava a estação de trem Gran Central Railroad Station, de Nova York, de construir um prédio de escritórios acima do prédio histórico da estação. A Lei municipal de Preservação de Marcos

Históricos, de 1965, designou uma Comissão de Preservação municipal para avaliar edifícios, estruturas e bairros para preservar a arquitetura histórica da cidade e esta negou autorização para a construção do empreendimento, e a empresa entrou com ação alegando que, ao negar a construção no espaço aéreo acima da estação, a prefeitura havia realizado uma *regulatory taking*. Em sua análise, a Suprema Corte elaborou um teste multifatorial para determinar quando ocorreria uma *regulatory taking* e concluiu que a Penn Central falhou em comprová-lo. A corte concluiu que 3 fatores específicos deveriam ser analisados: (i) o impacto econômico da regulação; (ii) o nível de interferência da ação nas expectativas que se colocavam sobre o investimento; e (iii) o caráter da ação governamental.¹³ O método levantou questões importantes, como a de que um regulamento seria reconhecido como uma *regulatory taking* se tivesse ido “longe demais” em seu propósito e fosse excessivo na regulação da propriedade.

Segundo Waelde e Kolo,¹⁴ o termo *regulatory taking*, ainda, não foi formalmente utilizado na redação de nenhum BIT ou acordo preferencial de comércio, porém, ao se analisar a linguagem dos primeiros acordos de investimento envolvendo os EUA, especialmente na década de 1980 e no início dos anos 1990, sugere-se que os APPRI claramente incluíram em sua redação — até certo ponto — esse instituto, como uma forma não convencional e atual de expropriação e que demanda pagamento de compensação.¹⁵ No entanto, a expropriação indireta no Direito Internacional dos investimentos vai além da *regulatory taking* americana, pois (i) os direitos protegidos são mais amplos e envolvem direitos reais tangíveis, intangíveis, apresentando desde direitos contratuais, *market share* e lucros futuros até direitos de propriedade intelectual; (ii) as medidas envolvem uma diminuição no valor do direito real em si, normas que impliquem redução da atividade lucrativa,¹⁶ o que ocor-

¹³ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*. 438 U.S. 104, 1978.

¹⁴ MELTZ, Robert; MERRIAM, Dwight H.; FRANK, Richard M. *The takings issue: constitutional limits on land-use control and environmental regulation*. Washington: Island Press, 1999. p. 131.

¹⁵ WAELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and ‘regulatory taking’ in international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001. p. 821.

¹⁶ STANLEY, Jon A. Keeping big brother out of our backyard: regulatory takings as defined in international law and compared to american fifth amendment jurisprudence. *Emory International Law Re-*

⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 43.

¹⁰ REISMAN, W. Michael; SLOANE, Robert D. Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation. *Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, p. 115-150, 2004. p. 118.

¹¹ BONNITCHA, Jonathan. *Substantive protection under investment treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 5.

¹² SUBEDI, Surya P. *International investment law: reconciling policy and principle*. 3. ed. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 151.

re, por exemplo, quando licenças para operar são retiradas ou quando há restrições às exportações, limitando o acesso ao mercado do país. As ações do judiciário também podem ser consideradas expropriações e as medidas podem envolver normas de interesse geral, como as de proteção ambiental; (iii) não é necessário que o investidor seja privado de todo o seu investimento, podendo a restrição ser parcial¹⁷, isto é, deve-se analisar se houve destruição da capacidade de fazer uso do investimento em sentido econômico, não sendo necessária a tomada total e (iv) pode ser discutida por meio da arbitragem de investimentos, em que não é necessário o esgotamento dos recursos internos para tanto.

Paralelamente à proliferação dos APPRIs, houve algumas tentativas de negociação de acordos multilaterais sobre investimentos. Houve a discussão de acordos no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os quais foram precursores da positivação da expropriação indireta, porém não se trataram de instrumentos vinculantes. O primeiro refere-se à Convenção Ab-Shawcross, de 1959, que estipulou que nenhuma medida deveria ser efetuada para privar, direta ou indiretamente, a propriedade do estrangeiro, exceto por meio do devido processo legal. Em caso de prova de não discriminação das medidas, deveria haver o pagamento justo e equitativo de compensação, que deveria simbolizar o valor genuíno da propriedade afetada, ser realizada de maneira transferível e ser paga sem atrasos indevidos. Ainda, se a ação constituísse uma interferência ilegal na propriedade, isso não demonstraria um exercício soberano de pleno direito, pois a medida não atenderia ao interesse público¹⁸.

A segunda tentativa diz respeito ao Projeto de Convenção para a Responsabilidade dos Estados por Danos aos Estrangeiros (Projeto de Convenção de Harvard), de 1961, que dispunha que a tomada da propriedade incluía a apropriação absoluta da propriedade, além de qualquer interferência desmotivada no uso, no gozo ou na disposição desta, por um período razoável após o início da interferência. O documento abordou questões sensíveis sobre a fronteira tênue entre uma regulação legítima não compensável e uma expropriação indire-

ta. Haveria, portanto, uma categoria de regulações não compensáveis, aquelas que resultassem da execução de leis tributárias; de uma mudança geral no valor da moeda; da ação das autoridades competentes do Estado na manutenção da ordem pública, da saúde ou da moralidade; ou do exercício válido de direitos ou de outra forma incidentais relativas ao funcionamento normal das leis do Estado. Estas não seriam consideradas prejudiciais ao investidor e, portanto, não se configurariam como expropriação indireta¹⁹.

O Projeto de Convenção de 1961 passou por uma revisão, sendo sucedido por um terceiro documento, o Projeto da Convenção da Proteção da Propriedade Estrangeira, de 1967, com algumas modificações ao projeto anterior. Primeiramente, o termo “propriedade” se referiu a todos os bens, direitos e interesses tomados direta ou indiretamente, ficando estipulado que nenhuma parte tomaria medidas que privassem, direta ou indiretamente, a propriedade de um nacional de outra parte, a não ser que fossem justificadas pelo interesse nacional, seguissem o devido processo, não fossem discriminatórias e que fosse paga compensação justa. A expropriação indireta foi referida como uma privação, em última instância, do gozo ou do valor da propriedade do estrangeiro, sem que fosse identificável, por exemplo, como privação completa, a depender de sua extensão ou de sua duração. Porém, assim como no projeto anterior, se reconheceria, implicitamente, o direito soberano de um Estado, mediante lei, de privar os proprietários, incluindo estrangeiros, de bens que se encontrassem em seu território se isso se mostrasse importante para a persecução de seus fins políticos, sociais ou econômicos. O projeto de Convenção de Proteção da Propriedade Estrangeira de 1967 nunca foi aberto para assinaturas²⁰.

Diante da ausência de um arcabouço regulatório multilateral, a prescrição da expropriação indireta se difundiu com maior intensidade nos BITs, se iniciando de forma tímida e menos específica, progredindo para re-

view, v. 15, n. 1, p. 349-389, 2001. p. 356.

¹⁷ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 368-370.

¹⁸ KRIEBAUM, Ursula. Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, n. 5, p. 717-744, 2007. p. 723.

¹⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law. In: *OECD Working Papers on International Investment 2004/04*, OECD Publishing, 2004. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 7.

²⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. 12 out. 1967. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 41.

ferências desde textos vagos e pouco diretos, como medidas equivalentes à expropriação (*measures tantamount to expropriation* ou *equivalent to expropriation*) ou outras medidas similares (*other similar measures hereinafter referred to as “expropriation”*), até textos com menção expressa à expropriação indireta. Porém, tais termos podem ser intercambiáveis, havendo mais uma diferença formal do que substancial em seu significado²¹. Considerando-se essas características, questiona-se se os arranjos da expropriação indireta, combinados com outras cláusulas negociadas nos acordos de investimento, ensejam a cooperação, ou seja, a não violação dos acordos quanto a esse tema.

3 Teoria do Continente do Direito Internacional como Marco Teórico Explicativo para o Desenho das Cláusulas de Expropriação Indireta nos Acordos de Investimento

Diante da racionalidade inerente ao processo negociador, optou-se pelo racionalismo institucional como suporte explicativo para analisar a expropriação indireta nos acordos de investimento. Essa vertente teórica, desenvolvida nas Relações Internacionais, é trabalhada com foco em uma de suas ramificações, a Teoria do Continente do Direito Internacional, desenvolvida por Bárbara Koremenos. Sua premissa central é que, conforme certos problemas de cooperação e incertezas incidam na relação ou em determinada matéria, é possível escolher, de antemão, quais cláusulas seriam mais aconselháveis de forma a afastá-los. Assim, as disposições dos acordos não são escolhidas de forma aleatória, mas são moldadas por problemas de cooperação e incertezas (que podem incidir, inclusive, de forma combinada); e, ao combatê-los, busca-se tornar a cooperação a mais próxima do eficiente e diminuir as chances de o acordo ser violado.

Dentre os problemas de cooperação que os acordos tentam resolver, estão: (i) *problema quanto à distribuição*: preferências divergentes que os Estados têm sobre os termos substantivos do acordo e a distribuição de custos e benefícios a respeito; (ii) *problema quanto ao cum-*

primento: atores detêm incentivos individuais para abdicarem da cooperação enquanto outros cooperam; (iii) *problema quanto à coordenação*: os Estados devem coordenar exatamente um resultado para melhor cooperarem na sua efetivação, e caso isso não seja possível, abrir-se-á margem para que os Estados prefiram ações unilaterais à cooperação conjunta, minando o acordo; (iv) *problema quanto ao comprometimento*: um Estado assume um compromisso por meio de acordo internacional e, no curso da aplicação do tratado, já em um momento futuro, há uma mudança que torna inconsistente a cooperação; (v) *incerteza em relação ao comportamento*: dificuldade de saber o que os outros Estados estão fazendo e se estão cooperando ou se abandonaram os compromissos assumidos; (vi) *incerteza em relação ao estado no mundo*: é não saber se as condições e a conjuntura serão favoráveis ou não para a concretização dos compromissos, considerando as características dos próprios Estados e do cenário global; (vii) *número de Estados*: quanto mais Estados estão envolvidos, mais difícil é a cooperação em tarefas, desde a mais simples, como as de comunicação entre os Estados, até as mais complexas, como votações ou revisões dos acordos e (viii) *assimetria de poder entre os participantes*: quando há Estados com níveis de poder distintos e que podem exercer pressão relevante para a concretização da cooperação²².

A partir da Teoria, identificaram-se os problemas de cooperação incidentes na expropriação indireta, as soluções previstas na Teoria para combatê-los e desenhou-se um modelo de cláusula ideal que ensinaria maior cooperação, conforme o quadro 1.

Quadro 1: desenho cooperativo quanto à expropriação indireta

Problemas de cooperação ou incerteza	Desenho da cláusula
Incerteza quanto ao estado do mundo	Exceções de interesse público
	Mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias
Incerteza quanto ao comportamento	Mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias
Problema quanto ao cumprimento	Regras de punição
	Mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias

²¹ HOFFMANN, Anne K. Indirect expropriation. In: REINISCH, August (org.). *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 151-170. p. 155.

²² S'TERN, Brigitte. In search of the frontiers of indirect expropriation. In: ROVINE, Arthur W. (ed.). *Contemporary issues in international arbitration and mediation*. Leiden: Brill, 2008. p. 29-52. (The Fordham Papers, v. 1). p. 33-34.

Problemas de cooperação ou incerteza	Desenho da cláusula
Problema quanto ao comprometimento	Regras de punição
	Mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias
Problema quanto à distribuição	Imprecisão e reservas

Fonte: KOREMENOS, 2016; GABRIEL, 2019, p. 184.

A respeito dos 5 problemas de cooperação selecionados, a criação de um mecanismo centralizado de monitoramento e de solução de controvérsias, formalmente delegado, pode ser utilizada para eliminar instabilidades em 4 deles, em vez de um monitoramento informal realizado por atores não estatais. Nesse caso, seria preferível um órgão conduzido por autoridade central delegada e com procedimentos formais bem-definidos, em vez de sistema descentralizado para troca de informações entre as próprias partes.

O próximo arranjo de cláusulas é a inclusão de punições. Esta será realizada pelo alargamento do escopo do tratado para que se incluam regras fortes, e não meros padrões de comportamento, que disponham sobre sanções a serem aplicadas pelo mecanismo de solução de controvérsias à parte violadora. Essa aplicação terá efeito inibidor e servirá de exemplo para terceiros, além dos custos reputacionais intrínsecos à sanção.

Devem ser incluídas, também, flexibilidades, porém, de forma pontual e em situações específicas. Primeiramente, as exceções de interesse público, que afastam a incerteza em relação ao estado do mundo. Sua incidência faz sentido ao trazer mais segurança sobre situações que não se encaixam na regra, e reafirmar que a proteção aos investidores não é absoluta, sendo relativizada quando se trata de medidas referentes a áreas específicas.

Posteriormente, a imprecisão da linguagem e as reservas incidirão no afastamento dos problemas quanto à distribuição. A vagueza na redação pode ocorrer de forma específica no texto, atingindo, apenas, a matéria da divergência relativa à distribuição de ganhos, não sendo necessária no acordo todo ou na cláusula sobre expropriação indireta em geral. Isso faria com que não se comprometesse a precisão em outros itens, como na definição do instituto e nas hipóteses de exceção, e se tentasse acomodar a cooperação. A interposição de reservas é o único ponto de discordância com a aplicação das variáveis dependentes extraídas da teoria do Conti-

nente para a presente análise. As reservas são flexibilidades características de acordos multilaterais, visto que são úteis quando há dificuldade de se alcançar consenso integral na redação de acordo multipartes. Sua incidência faz com que a parte que as interpõe continue cooperando com o restante do tratado, exceto em relação àquela matéria específica. Como os BITs são bilaterais, caso uma das partes não se comprometa com um tema, parece mais fácil excluí-lo em vez de adicionar reserva.

4 Pesquisa Empírica nas Cláusulas de Expropriação Indireta nos Acordos de Investimento Selecionados

Extraído o desenho ideal, realizou-se pesquisa empírica para identificar qual acordo de investimentos é o mais próximo desse modelo e que poderá servir de paradigma para os demais Estados. A análise qualitativa das cláusulas de expropriação indireta dos acordos selecionados avaliará se as variáveis precisão da linguagem, exceções de interesse público, sobrevivência temporal, monitoramento e solução de controvérsias estão presentes em maior ou menor intensidade. Como o universo dos BITs conta com mais de 3.000 acordos, decidiu-se analisar os acordos de China, Canadá, EUA, Índia, Rússia e Brasil, entre 01/01/01 e 01/01/22. A escolha desses países não foi por acaso, e engloba países de importância regional e global, e que renegociam seus acordos nos últimos anos. A limitação temporal visou abranger os acordos firmados ou renegociados no século XXI.

Para a pesquisa empírica, elegeram-se as variáveis dependentes para serem analisadas nos acordos foram as seguintes: (i) precisão; (ii) exceção; (iii) sobrevivência temporal; (iv) monitoramento; e (v) solução de controvérsias. Cada uma delas representa um traço do desenho do acordo que, conforme a teoria utilizada, serve para afastar problemas de cooperação e incertezas na expropriação indireta. De acordo com determinada cláusula ou arranjo de cláusulas inseridos nessas dimensões, em maior ou menor grau, o acordo será mais ou menos cooperativo para o Estado.

A gradação foi estabelecida em quatro graus distintos: ++, +, 0 e -. Para as variáveis dependentes: precisão, sobrevivência temporal, monitoramento e solução de controvérsias, o ++ representa a solução mais

cooperativa incluída na redação dos acordos e o –, a opção menos cooperativa. Quanto à variável exceção de interesse público, sua mensuração se dá na ordem contrária, haja vista que quanto mais exceções houver nos acordos, isto é, quanto mais flexível o acordo (nível –), mais cooperativo ele é. Assim, realizou-se a métrica de análise dos acordos conforme quadro 2.

Quadro 2: precisão

Gradação	Descrição
++	O acordo define a expropriação indireta; há fatores de avaliação para diferenciar a regulação compensável da não compensável e/ou incluem-se no acordo os requisitos para a expropriação paulatina.
+	O acordo menciona a expropriação indireta, mas não a define.
0	O acordo menciona a medida como equivalente ou similar à expropriação.
–	O acordo não menciona a expropriação indireta.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 190.

A dimensão referente à precisão foi escolhida para que se pudesse analisar as disposições sobre expropriação e avaliar, por meio de sua linguagem, como tem sido a evolução normativa desse instituto, ora mais vago, ora mais preciso. Em uma primeira leitura, pode se observar que as disposições sobre expropriação nem sempre vêm inteiramente nas cláusulas específicas no corpo do tratado, podendo aparecer, também, nos anexos dos acordos, por isso a abrangência da matéria é tratada no acordo como um todo. Assim, quanto mais definida é a cláusula de expropriação, mais ações ou comportamentos são limitados, favorecendo a proteção do investidor. A gradação varia, portanto, da situação em que não há definição, passando por uma definição mais fraca e vaga, sem sequer mencionar o instituto. Posteriormente, evolui-se para uma gradação ainda vaga, mas que já menciona a expropriação indireta, reconhecendo o instituto. E, por fim, o cenário em que o grau protetivo para o Estado é menor refere-se àquele em que aparecem disposições detalhadas sobre a expropriação indireta no acordo. Estas abrangeriam a nomenclatura “expropriação indireta”, sua definição, o estabelecimento de critérios para a diferenciação entre medidas compensáveis e não compensáveis e, em alguns casos e de forma ainda mais específica, requisitos para a expropriação paulatina.

Quadro 3: exceção de interesse público

Gradação	Descrição
++	Sem exceções.
+	Exceções nos anexos; exclusão de medidas relacionadas a proteção ambiental, saúde pública e segurança.
0	Exceções nos anexos e/ou cláusulas específicas no corpo do tratado que protegem o meio ambiente, a saúde pública e a segurança ou outra temática de interesse público.
–	Exceções nos anexos; exclusões de medidas de proteção ambiental, saúde pública, segurança, questões trabalhistas, licença compulsória de fármacos e outras medidas, relacionadas, entre outros setores, à propriedade intelectual; cláusulas específicas no corpo do tratado; cláusula específica sobre o direito de regular.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 191.

A dimensão da exceção de interesse público²³ é uma das mais importantes da análise, visto que é reconhecida como a principal inovação presente nos acordos de forma combinada com as disposições de expropriação indireta. Sua gradação inicia-se com a ausência de exceções. A gradação seguinte corresponde à presença de exceções às medidas de proteção ambiental, saúde pública e segurança, as quais não são compensáveis e, portanto, não constituirão expropriação indireta. Contudo, nesse caso, as demais medidas em áreas não especificadas ainda são passíveis de contestação e compensação.

O grau estabelecido inclui não somente as exceções contidas nos anexos, mas também cláusulas específicas relacionadas às temáticas de interesse público. Estas, normalmente, são de cunho mais programático, mas, ainda assim, reforçam o direito do Estado de regular essas matérias. Por fim, a última gradação seria aquela com a maior quantidade de exceções possíveis, em áreas e setores, menções ao direito do Estado de regular determinadas áreas e, o mais importante: nesses casos, há no acordo uma cláusula específica que legitima o direito de regular do Estado.

²³ KOREMENOS, Barbara. *The continent of international law explaining agreement design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 27-37.

Quadro 4: sobrevivência temporal

Gradação	Descrição
++	Tempo de sobrevivência maior que 10 anos.
+	Tempo de sobrevivência de 5 a 10 anos.
0	Tempo de sobrevivência menor que 5 anos.
-	Sem tempo de sobrevivência.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 192.

A dimensão da sobrevivência temporal foi escolhida, pois se relaciona com o âmbito material dos acordos e, principalmente, pois, apesar de a Teoria do Continente do Direito Internacional estabelecer que a sobrevivência temporal, ou tempo de espera, seja parte das exceções, entende-se que o tempo de espera, vinculado a um acordo já denunciado e terminado, não deixa de representar uma punição ao Estado por desejar cessar a cooperação. Sua gradação foi moldada a partir do tempo de vinculação superveniente à saída do acordo, e o cenário mais rígido e favorável à eliminação de problemas que atrapalhem a cooperação constitui um tempo de sobrevivência maior que 10 anos. As outras gradações vinculam o Estado por menos tempo, até se chegar ao patamar mais fraco do ponto de vista da cooperação, que é a ausência de tempo de sobrevivência.

Quadro 5: monitoramento

Gradação	Descrição
++	Monitoramento por órgão centralizado formal delegado; presença de cláusula de transparência e/ou de cláusula de troca de informações, para fiscalização conjunta das partes; participação de <i>experts</i> e de atores não estatais na fiscalização.
+	Monitoramento por órgão centralizado formal delegado; presença de cláusula de transparência para fiscalização conjunta das partes.
0	Monitoramento por órgão centralizado formal delegado.
-	Sem monitoramento.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 193.

A dimensão do monitoramento foi selecionada para que se pudesse medir o grau de fiscalização e esforços para dar transparência às medidas regulatórias dos Estados. Sua gradação vai da ausência de monitoramento até o reforço progressivo na cooperação por meio de um órgão centralizador, do compromisso de troca de

informações e transparência entre as partes, estabelecido por cláusulas específicas, e do auxílio dos entes não estatais no monitoramento do acordo, como ONGs, associações e *experts*. O patamar em que haveria mais monitoramento seria, portanto, aquele em que há mais colaboração e todos atuam, conjuntamente, para garantir maior transparência às regulações estatais.

Quadro 6: solução de controvérsias

Gradação	Descrição
++	Arbitragem investidor-Estado para qualquer matéria.
+	Arbitragem investidor-Estado e entre Estados com a exclusão de determinadas matérias.
0	Arbitragem entre Estados.
-	Solução descentralizada.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 193.

A dimensão solução de controvérsias tem papel fundamental para o afastamento de problemas de cooperação nos acordos. Para sua análise, estabeleceu-se gradação que engloba desde uma situação em que há solução descentralizada, ou seja, as partes poderão resolver suas disputas entre si, até a inclusão de um órgão centralizado delegado. A variação ocorrerá conforme as peculiaridades desse sistema de solução de controvérsias.

A gradação consiste na inclusão da arbitragem entre Estados, a qual concentra a ação inteiramente nos Estados. Em seguida, o cenário progride para uma maior proteção do investidor, com o aparecimento de disposição acerca da arbitragem de investimentos, a qual pressupõe que o investidor pode acionar o Estado independentemente. O fato de o acordo ressaltar, normalmente, por meio de reservas, que determinada matéria não é arbitrável, traz benefícios protetivos aos Estados, que não terão tal matéria contestada na arbitragem (tanto de investimentos quanto entre Estados). Porém, quando a cláusula de solução de controvérsias é estabelecida sem reservas; o que ocorre na maioria dos casos, qualquer matéria poderá ser arguida *a posteriori* se houver uma disputa.

Dessa forma, conforme a métrica e a gradação estipuladas, o desenho mais propenso à cooperação seria um acordo preciso; com exceções nos anexos, normas relacionadas às áreas específicas, que reforçam o direito de regular no corpo do acordo, bem como cláusula específica sobre o direito de regular do Estado; com cláusula

de sobrevivência longa, abrangendo um período maior que 10 anos; com um monitoramento robusto, efetuado tanto pelas partes quanto por órgão centralizado delegado e entes não estatais; e com cláusula prevendo a arbitragem investidor-Estado como método de solução de controvérsias, sem nenhuma exclusão material sobre o que pode ser submetido à arbitragem. Destaca-se que essa métrica foi elaborada dessa maneira em razão de alguns acordos do século XXI já possuírem cláusulas específicas garantindo o direito de regular do Estado, o que fortalece ainda mais essa premissa.

Por outro lado, a moldura jurídica mais fraca à cooperação seria aquela em que a cláusula de expropriação é genérica, sem mencionar a expropriação indireta; não há exceções; não há cláusula de sobrevivência, ou seja, haveria a saída imediata do acordo após o período de notificação; não há monitoramento e a solução de controvérsias é descentralizada. Ressalta-se que esses são cenários extremos, havendo, ainda, a possibilidade de variação.

Assim, após apresentada a métrica e a gradação utilizada na análise dos acordos, ressaltam-se as limitações do método escolhido. Com a presente métrica e gradação, tentou-se conduzir a análise para critérios objetivos envolvendo as características dos acordos e sua relação com a cooperação. Contudo, a pesquisa não está isenta de subjetividade, especialmente porque a análise empírica foi realizada de forma individual, sem o auxílio de outros pesquisadores para realizar a dupla ou tripla análise que se costuma fazer no caso de pesquisas empíricas extensas e com mais tempo, capital humano e estrutura.

Outro esclarecimento necessário diz respeito à ausência de análise da cláusula de tratamento justo e equitativo e a cláusula guarda-chuva, ou *umbrella clause*. A primeira delas corresponde a um padrão de proteção ambíguo utilizado com frequência para cobrir lacunas deixadas por outros padrões de proteção internacional, referindo-se, normalmente, a comportamentos em consonância com o Direito Internacional, de acordo com padrões mínimos de proteção, ou a uma lista determinada de elementos, a depender do tratado.²⁴ A segunda, a mecanismo que amplia a proteção ao investidor estrangeiro por ter o efeito de estender ou alargar a obriga-

ção contratual entre o investidor e o Estado ao nível de proteção entre Estados, ou seja, em relação ao tratado de investimentos.²⁵

Nenhuma das cláusulas foi examinada, pois se optou por adequar o desdobramento teórico do Continente do Direito Internacional ao objeto de acordo com a lógica da interação de suas variáveis, e nem o tratamento justo e equitativo, nem a *umbrella clause* se encontram nas dimensões de variáveis dependentes úteis à dissolução dos problemas de cooperação. Apesar de se reconhecer a sua importância para o Direito Internacional dos Investimentos, elas não se adequam ao prisma aplicado no presente trabalho em razão da linha de raciocínio baseada no marco teórico utilizado²⁶.

A pesquisa empírica revelou os seguintes resultados:

(i) *China*

Entre os 48 acordos analisados, concluiu-se que a China iniciou o século XXI negociando tratados com caráter mais impreciso, sem exceções de interesse público, com um grau de punição fraco em relação à superveniência da cobertura do acordo após o seu término e com um mecanismo de monitoramento e solução de controvérsias concentrado e forte. Seu padrão de negociação não é coerente, haja vista sua variação de molduras jurídicas ao longo da série trabalhada, mesmo quando seguia um padrão anteriormente. Isso faz com que se perceba que a opção chinesa varia, principalmente, quanto ao parceiro, e não segue um modelo aplicável a todos de forma igual.

A China assinou o que pode ser considerado o acordo mais cooperativo dentre os arranjos mais modernos pactuados, qual seja, o BIT China-Canadá, de 2012, que apresenta todas as características necessárias para afastar entraves à cooperação e incertezas que possam incidir na temática da expropriação indireta. Possui cláusula de exceção em um grau alto (nível 0) e precisão da linguagem em grau muito alto (nível ++), assim como um mecanismo de solução de controvérsias centralizado, também responsável pelo monitoramento do acordo.

²⁵ XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. *Direito internacional dos investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

²⁶ YANNACA-SMALL, K. Interpretation of the Umbrella Clause in investment agreements. *OECD Working Papers on International Investment 2006/03*, OECD Publishing, 2006. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

²⁴ MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 65-77, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/3187/pdf>. Acesso em: 13 set. 2022.

Quanto ao último, ressalta-se que a fiscalização é alta em seu grau máximo (nível ++), uma vez que não somente é realizada pelo órgão citado, mas também deve ser realizada pelas partes, com o apoio formal dos entes não estatais, que poderão participar do monitoramento do acordo. Além disso, o acordo com o Canadá possui uma exclusão à arbitragem no anexo D.34, afastando a Lei de Investimentos Canadense da arbitragem investidor-Estado. Isso faz com que sua centralização esteja em um grau menor (nível +) em comparação aos outros acordos, porém isso não prejudica seu caráter cooperativo.

Tabela 1: tratados bilaterais de investimento da China²⁷

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
China-Chipre	2001	2002	0	++	+	0	++
China-Quênia	2001	Não está em vigor	0	++	+	0	++
China-Nigéria	2001	2010	0	++	+	0	++
China-Jordânia	2001	Não está em vigor	+	++	+	0	++
China-Holanda	2001	2004	0	++	++	0	++
China-Mianmar	2001	2002	0	++	+	0	++
China-Bósnia e Herzegovina	2002	2005	0	++	+	0	++
China-Trinidad e Tobago	2002	2004	0	++	+	0	++
China-Costa do Marfim	2002	Não está em vigor	0	++	+	0	++
China-Guiana	2003	2004	0	++	+	0	++
China-Djibouti	2003	Não está em vigor	0	++	+	0	++
China-Alemanha	2003	2005	+	++	++	0	++
China-Benin	2004	Não está em vigor	0	++	+	0	++
China-Letônia	2004	2006	0	++	+	+	++
China-Uganda	2004	Não está em vigor	+	++	+	0	++

²⁷ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Expropriação indireta nos acordos de investimento*. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 194-195.

China-Tunísia	2004	2006	0	++	+	0	++
China-Finlândia	2004	2006	0	++	++	+	++
China-Coreia do Norte	2005	2005	0	++	+	0	++
China-BLEU (União Econômica Bélgica-Luxemburgo)	2005	2009	+	++	+	0	++
China-Espanha	2005	2008	0	++	+	0	++
China-Madagascar	2005	2007	0	++	+	0	++
China-República Tcheca	2005	2006	0	++	+	0	++
China-Portugal	2005	2008	0	++	+	+	++
China-Rússia	2006	2009	0	++	+	0	++
China-Índia	2006	Terminado	++	+	++	0	++
China-Coreia do Sul	2007	2007	+	++	+	+	++
China-França	2007	2010	+	++	++	0	++
China-México	2008	2009	+	++	+	0	++
China-Colômbia	2008	2013	++	0	+	0	++
China-Suíça	2009	2010	+	++	+	0	++
China-Mali	2009	2009	0	++	+	0	++
China-Malta	2009	2009	0	++	+	0	++
China-Uzbequistão	2011	2011	++	0	+	0	++
China-Canadá	2012	2014	++	0	++	++	+
China-Tanzânia	2013	2014	++	-	+	0	++
China - Turquia	2015	2020	+	++	+	+	++

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 197-198.

(ii) Canadá

Entre os 21 acordos analisados, todos possuem a mesma gradação em suas cláusulas. A partir disso, extrai-se que o objetivo do Canadá foi criar um modelo coerente, robusto e aplicável a qualquer parceiro. Seu padrão de proteção consiste em uma combinação muito cooperativa, em que a cláusula sobre expropriação indireta possui linguagem altamente precisa (nível ++), inclusive com o acréscimo da expressão “para maior certeza”, ou for greater certainty, ao se explicar o conceito e a abrangência de medidas tributárias como passíveis de constituírem expropriação indireta, havendo também a inclusão de exceções em grau alto (nível 0), as quais englobam flexibilidades nos anexos referente às

mais variadas áreas e setores, além de menções no corpo do texto do acordo. Além dessas cláusulas, também há rigidez na sobrevivência temporal, a qual prescreve uma vinculação superveniente após o fim do acordo de mais de 10 anos e a inclusão de um mecanismo de monitoramento forte, com órgão centralizado delegado e obrigação estipulada às partes de trocarem informações sobre suas regulações internas que possam afetar os investidores, como forma de dar mais transparência à relação.

O BIT Canadá-Benim ressalta, ainda, a criação de uma comissão conjunta, formada por representantes dos Estados para que aprofundem o monitoramento das regulações domésticas dos países, o que revela o esforço legislativo em determinar um monitoramento forte. Por fim, esse ônus de monitoramento ainda foi formalmente dividido nos acordos canadenses com o reconhecimento da possibilidade de fiscalização e acompanhamento por entidades não estatais, por meio do relatório de experts e das regras procedimentais para submissão por *amicus curiae* — as quais aparecem regulamentadas no BIT Canadá-Burkina Faso. A abertura canadense à participação de atores não estatais ocorre pelo Canadá desde 2006, enquanto países como China e Índia somente a incluíram, de forma pontual, em 2012 (no próprio acordo China-Canadá) e em 2016 (no acordo Índia-Belarus).

Quanto ao mecanismo de solução de controvérsias, a arbitragem investidor-Estado figura em todos os acordos. Contudo, ao final dos anexos dos acordos, há sempre ressalva quanto à lei doméstica canadense sobre investimentos, a qual se estipula que não será arbitrável. Essa medida tem caráter de reserva, pois expõe o desejo da parte em não se atrelar à arbitragem de investimentos se esta envolver determinada legislação, permanecendo aberta à cooperação em relação ao restante do tratado. Há reserva também da outra parte, apenas, no BIT Canadá-Mongólia, em que a Mongólia exclui da arbitragem decisões que proíbem ou restringem a aquisição dos investimentos em seu território.

Tabela 2: tratados bilaterais de investimento do Canadá²⁸

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Canadá-Peru	2006	2007	++	0	++	++	+
Canadá-Letônia	2009	2011	++	0	++	++	+
Canadá-República Tcheca	2009	2012	++	0	++	++	+
Canadá-Romênia	2009	2011	++	0	++	++	+
Canadá-Jordânia	2009	2009	++	0	++	++	+
Canadá-Eslováquia	2010	2012	++	0	++	++	+
Canadá-Kuwait	2012	2014	++	0	++	++	+
Canadá-China	2012	2014	++	0	++	++	+
Canadá-Benim	2013	2014	++	0	++	++	+
Canadá-Tanzânia	2013	2013	++	0	++	++	+
Canadá-Camarões	2014	2016	++	0	++	++	+
Canadá-Nigéria	2014	Não está em vigor	++	0	++	++	+
Canadá-Sérvia	2014	2015	++	0	++	++	+
Canadá-Senegal	2014	2016	++	0	++	++	+
Canadá-Mali	2014	2016	++	0	++	++	+
Canadá-Costa do Marfim	2014	2015	++	0	++	++	+
Canadá-Burkina Faso	2015	2017	++	0	++	++	+
Canadá-Guiné	2015	2017	++	0	++	++	+
Canadá-Hong Kong	2016	2016	++	0	++	++	+
Canadá-Mongólia	2016	2017	++	0	++	++	+
Canadá-Moldova	2018	Não está em vigor	++	0	++	++	+

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 201-202.

(iii) EUA

No lapso temporal pesquisado, os únicos BITs firmados pelos EUA foram com Uruguai, em 2005, e com Ruanda, em 2008. Uma justificativa para tanto pode ser a preferência americana para com a assinatura dos acordos de livre comércio, que, dentre outras matérias,

²⁸ Elaboração própria com base em dados coletados pela UNCTAD.

também inclui capítulo sobre investimentos. Os BITs americanos são altamente precisos (nível ++), possuem exceções de interesse público altas, porém sem cláusula que reforça o direito de regular. Suas cláusulas quanto à sobrevivência temporal são altas, porém não em seu nível máximo, abrangendo um período de 5 a 10 anos de cobertura das proteções do acordo mesmo após o seu término. A gradação de seu monitoramento é alta e, assim como os acordos canadenses, envolve a fiscalização por órgão centralizado delegado, pelas partes do acordo e por entidades não estatais e experts.

A única variação entre os acordos é em relação ao sistema de solução de controvérsias, pois o anexo C, item 1, do acordo entre EUA e Uruguai estabelece que os EUA não poderão levar uma demanda que envolva os artigos 3 a 10 do acordo, que envolve também expropriação, à arbitragem de investimentos se ela já tiver sido analisada pelos tribunais administrativos internos uruguaios. Desse modo, a centralização do mecanismo de solução de controvérsias desse acordo é, apenas, alta, haja vista essa exclusão. Nesse sentido, o modelo de acordo americano é tão cooperativo quanto o canadense, mesmo sendo o acordo EUA-Ruanda mais rígido, permitindo a arbitragem sem qualquer exclusão.

Tabela 3: tratados bilaterais de investimento dos Estados Unidos²⁹

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
E U A - Uruguai	2005	2006	++	0	+	++	+
E U A - Ruanda	2008	2012	++	0	+	++	++

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 204.

(iv) Índia

De 2001 até 2022, a Índia contou com 46 BITs assinados, 23 acordos terminados, 6 que não estão em vigor e, do universo inicial, apenas 17 em vigor. Os BITs indianos começaram a ser negociados com um traço de imprecisão em sua linguagem, apenas referindo-se ao instituto da expropriação indireta como equivalente ou similar à expropriação. Contudo, mesmo havendo uma mudança pontual com o BIT Índia-Kuwait, que era al-

tamente preciso (nível ++), de 2001 a 2004, todos os acordos firmados continuaram com linguagem vaga. Somente em 2006, em relação ao BIT Índia-Arábia Saudita, o grau de detalhamento dos acordos voltou e, após períodos de alternância, de 2010 a 2022, a linguagem dos BITs indianos foi marcada por alta precisão (nível ++). No entanto, a definição de expropriação indireta no BIT Índia-Kuwait é uma das mais detalhadas e prevê que “expropriação” também se aplica a intervenções ou medidas regulatórias referentes ao congelamento ou ao bloqueio do investimento; imposição ou tributação arbitrária ou excessiva sobre o investimento; venda compulsória de todo o investimento ou de parte dele, ou outras medidas comparáveis, que tenham efeito confiscatório ou expropriador de fato. Embora haja detalhamento ao definir no que consiste a expropriação indireta, durante a análise também se constataram especificidades apresentando, o que não estaria inserido nesse conceito. Nesse sentido, vários acordos indianos determinam a exceção de que ações ou decisões judiciais que versem sobre o interesse público, incluindo temas como meio ambiente, saúde pública ou segurança, não poderão ser arguidas como expropriação indireta. Assim como nos BITs chineses, nos indianos, também, há uma ação recíproca de troca de padrões. Essa mudança ocorre, em particular, na transição do BIT Índia-Líbia para o Índia-Islândia, em que, de um acordo vago (nível 0) e sem exceções (nível ++), a Índia passa a negociar um tratado muito preciso (nível ++) e com um grau de exceções alto (nível 0), novamente alterando para o padrão anterior no acordo firmado a seguir, o BIT Índia-Etiópia, voltando ao segundo modelo alternado com o BIT Índia-Uruguai. Com exceção do BIT com a Macedônia do Norte, todos os seguintes apresentaram essa alternância, ora preciso e flexível, ora vago e sem exceções, até um período constante de 2009 a 2011 e uma alteração pontual com o TBI Índia- Emirados Árabes, que é preciso, porém sem exceções. Desse modo, essa alternância faz com que se perceba a falta de concerto dos modelos de acordo indiano. Além disso, ressalta-se que o nível de flexibilidade dos BITs indianos somente se elevou quando combinado com uma alta precisão de linguagem, gerando uma combinação. O mesmo não se pode dizer da precisão na linguagem, que já incidiu com cláusulas com menor flexibilidade.

Outra peculiaridade a ser destacada é o alto grau de sobrevivência temporal do acordo, possuindo a maioria deles cláusula de espera com mais de 10 anos, o que

²⁹ Elaboração própria com base em dados coletados pela UNCTAD.

leva a pensar que os BITs indianos são altamente punitivos nesse sentido. Esse quadro, entretanto, foi exce-tuado pelos acordos firmados com Belarus em 2018 e Quirguistão, em 2019, que incluiu um tempo de espera menor, de até 5 anos. Nesse contexto, esses acordos dispõem de um mecanismo de monitoramento de nível forte, em que a função será legitimamente exercida pelo órgão centralizado delegado, pelas partes e pelos entes não estatais. Ocorre que essa não era a prática até então, havendo, simplesmente, a fiscalização por meio do órgão central, o que se alterou com o BIT com a Islândia, que previa cláusula de transparência, prescrevendo que as partes também deveriam auxiliar na fiscalização. Nesse particular, os BITs com a Islândia, Belarus e Quirguistão mostram-se como os mais avançados em sua formatação, em comparação com o restante, visto que, além da combinação entre precisão e flexibilidade, possuem mecanismo de monitoramento mais forte que os outros. Contudo, mesmo que o acordo islandês possua, apenas, monitoramento alto (nível +), os BITs com Belarus e Quirguistão possuem monitoramento mais forte, no entanto, o grau de punição do BIT com o Quirguistão é baixo, pois não possui sobrevivência temporal. Por fim, o acordo com o Brasil segue uma tendência dos acordos de investimento brasileiros, não menciona a expropriação indireta (apenas a direta), por isso, considerou-se a inexistência de exceções de interesse público que as excluam da incidência expropriação indireta. Ainda, o acordo não indica sobrevivência temporal e submete as disputas à arbitragem entre Estados.

Tabela 4: tratados bilaterais de investimento da Índia³⁰

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Índia-Mongólia	2001	2002 Terminado	0	++	+	0	++
Índia-Croácia	2001	2002 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Kuwait	2001	2003 Terminado	++	++	++	0	++
Índia-Ucrânia	2001	2003 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Chipre	2002	2004 Terminado	0	++	+	0	++
Índia-Gana	2002	Não Ratificado	0	++	++	0	++

³⁰ Elaboração própria com base em dados coletados pela UNCTAD.

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Índia-Iêmen	2002	2004 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Taiwan	2002	2002 Terminado	0	++	+	0	++
Índia-Finlândia	2002	2003	0	++	++	0	++
Índia-Belarus	2002	2003 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Sérvia	2003	2009	0	++	+	0	++
Índia-Djibouti	2003	Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Armênia	2003	2006 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Sudão	2003	2010	0	++	++	0	++
Índia-Hungria	2003	2006 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Barein	2004	2007 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Arábia Saudita	2006	2008	++	+	++	0	++
Índia-Bósnia e Herzegovina	2006	2008 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Eslováquia	2006	2007 Terminado	++	+	+	0	++
Índia-China	2006	2007 Terminado	++	+	++	0	++
Índia-Jordânia	2006	2009	++	+	++	0	++
Índia-Trinidad e Tobago	2007	2007 Terminado	++	+	++	0	++
Índia-Grécia	2007	2008 Terminado	0	++	+	0	++
Índia-México	2007	2008	+	+	+	0	++
Índia-Líbia	2007	2009	0	++	++	0	++
Índia-Islândia	2007	2008	++	0	++	+	++
Índia-Etiópia	2007	Terminado	0	++	+	0	++
Índia-Uruguai	2008	Terminado	++	0	++	0	++
Índia-Macedônia do Norte	2008	2008 Terminado	++	++	+	0	++
Índia-Brunel	2008	2009	++	0	++	0	++
Índia-Síria	2008	2009	++	0	+	0	++
Índia-Mianmar	2008	2009	0	++	++	0	++
Índia-Senegal	2008	2009	++	0	++	0	++
Índia-Bangladesh	2009	2011	0	++	+	0	++
Índia-Moçambique	2009	2009	0	++	++	0	++

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Índia-Colômbia	2009	Não está em vigor	++	0	+	0	++
Índia-Letônia	2010	2010	++	0	++	0	++
Índia-Congo	2010	Não está em vigor	++	0	++	0	++
Índia-Seychelles	2010	Terminado	++	0	++	0	++
Índia-Lituânia	2011	2011	++	0	++	0	++
Índia-Eslovênia	2011	Terminado	++	0	+	0	++
Índia-Nepal	2011	Terminado	++	0	+	0	++
Índia-Emirados Árabes Unidos	2013	2014	++	++	-	0	++
Índia-Belarus	2018	Não está em vigor	++	0	0	++	++
Índia-Quirguistão	2019	Não está em vigor	++	0	-	++	++
Índia-Brasil	2020	Não está em vigor	-	++	-	+	0

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 205-207.

(v) Rússia

No século XXI, a Rússia firmou 28 BITs. Destes, 8 ainda não estão em vigor e 20 são inteiramente válidos. Os parceiros da Rússia são bastante variados, englobando países africanos, europeus, do Oriente Médio, da Ásia e alguns países latino americanos. A linguagem da cláusula de expropriação do acordo russo é tradicional em termos de elementos abrangidos e na forma como são abordados,³¹ mencionando o instituto apenas ao tratar da proibição de expropriação ou medidas com efeito equivalente à expropriação. Além disso, os acordos russos possuem um padrão de aplicação, uma vez que todos os acordos são iguais em todos os itens. As únicas exceções são o BIT Rússia-Guatemala, em que a linguagem se torna mais precisa quando há menção à expropriação indireta. Os outros acordos seguem as mesmas características comuns aos demais acordos russos, com ausência de exceções de interesse público; sobrevivência temporal alta ou muito alta; monitoramento realizado apenas pelos órgãos centralizados e sistema de solução de controvérsias forte por meio da arbitragem investidor-Estados. A segunda exceção é o BIT com o

³¹ Elaboração própria com base em dados coletados pela UNC-TAD.

Turcomenistão, em que se identificam, além do monitoramento centralizado, cláusula de transparência e obrigação de fiscalização também pelas partes. Os acordos russos especificam, em seu texto, que serão arbitráveis as disputas que surjam em relação aos investidores, incluindo, mas não se limitando, às controvérsias sobre o montante, as condições e o procedimento de pagamento de compensação.

A partir do BIT Rússia-Nicarágua, infere-se que, apesar da especificação acerca da arbitrabilidade do quantum e do procedimento da compensação, a discussão sobre a expropriação em si não está isenta de contestação perante a arbitragem de investimentos. Em outros acordos russos analisados, a disposição também aparece, mesmo sem o termo “mas não limitado unicamente”, prevendo que se inclui a análise do quantum expropriatório. Mesmo assim, o texto não fala que, em relação à expropriação, se este seria o único caso para análise. Frisa-se que essa cláusula é um resquício dos BITs assinados na era soviética, e, assim como muitos BITs chineses de primeira geração, limitaram a arbitragem a demandas sobre o pagamento de compensação em razão de expropriação e livre transferência de fundos.³² Ainda, no BIT Rússia-Irã, a proteção do acordo somente será aplicada aos investimentos aprovados sob a lei de investimentos do Irã e pela Organização para o Investimento e Assistência Econômica e Técnica do Irã ou outro órgão que a suceda. Nesse caso, há uma limitação do Estado iraniano à proteção dos investimentos, visto que cabe a ele decidir, ao final, o que será considerado investimento à luz de seu Direito doméstico.

continuação.

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Rússia-Turcomenistão	2009	2010	0	++	+	+	++
Rússia-Nigéria	2009	Não está em vigor	0	++	++	0	++
Rússia-Namíbia	2009	Não está em vigor	0	++	++	0	++
Rússia-Angola	2009	2011	0	++	+	0	++
Rússia-Emirados Árabes Unidos	2010	2013	0	++	++	0	++

³² RIPINSKY, Sergey. Russia. In: BROWN, Chester (ed.). *Commentaries on selected model investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 593-621. p. 610.

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Rússia-Gingapura	2010	2012	0	++	++	0	++
Rússia-Guiné Equatorial	2011	2016	0	++	++	0	++
Rússia-Nicarágua	2012	2013	0	++	+	0	++
Rússia-Zimbábue	2012	2014	0	++	++	0	++
Rússia-Uzbequistão	2013	2014	0	++	++	0	++
Rússia-Guatemala	2013	Não está em vigor	+	++	+	0	++
Rússia-Barcín	2014	2015	0	++	+	0	++
Rússia-Azerbaijão	2014	2015	0	++	+	0	++
Rússia-Camboja	2015	2016	0	++	++	0	++
Rússia-Irã	2015	2017	0	++	+	0	++
Rússia-Marrocos	2016	Não está em vigor	0	++	+	0	++
Rússia-Palestina	2016	Não está em vigor	0	++	++	0	++

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 209-210.

(vi) Brasil

O Brasil passou por uma mudança de paradigma em seu modelo de acordo de investimentos nos últimos anos. Embora tenha assinado 14 BITs nos anos 1990, estes não foram ratificados. Além disso, o país tem um histórico de resistência à arbitragem investidor-Estado. Para o Brasil, esse sistema de solução de controvérsias pode limitar o espaço regulatório dos Estados na medida em que permite que investidores sejam sujeitos de Direito Internacional Público não por seus direitos garantidos — como no regime internacional de Direitos Humanos —, mas por meio de seus interesses privados, salvaguardados em detrimento do interesse público.

No entanto, em 2015, o país desenvolveu novo modelo de acordo de investimentos, o acordo de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI). Foram 14 ACFIs assinados. Porém, apenas 2 estão em vigor (com Angola e México). Os ACFIs possuem tanto as disposições tradicionais dos BITs quanto cláusulas consideradas inovadoras, como as de responsabilidade social e corporativa, transparência e publicidade das informações regulatórias e instalação de entidades centralizadas, como um ombudsman e um comitê conjunto para cuidar da fiscalização e da dissuasão de disputas antes

que cheguem às vias adjudicatórias. Em caso de falha na dissuasão do entrave, poderá, por meio de seu Estado de origem, acionar um comitê conjunto interestatal para a solução da controvérsia. Caso esse meio também se mostre ineficiente, as partes do acordo, ou seja, os Estados, poderão acionar a arbitragem Estado-Estado, único meio jurisdicional disponível.

A expropriação indireta também figura como uma das resistências históricas do Brasil, que a considera um conceito abstrato e vago, que exige uma análise individual caso a caso, o que enseja que árbitros realizem análise subjetiva dos acordos e de disposições caras à sociedade — tais como direitos humanos, segurança nacional, proteção ao meio ambiente, entre outras — em tribunais ad hoc, o que geraria ingerência sobre seu espaço regulatório e seu direito de regular.³³

A cláusula de expropriação dos ACFIs é a mais vaga possível dentre todos os acordos examinados no presente trabalho, visto que não menciona a expropriação indireta (nível –). Nos primeiros acordos, firmados com Moçambique, Angola e México, dispôs-se o termo “expropriação” sem qualquer ressalva, o que deixou em aberto a cobertura de ambas as tipologias, tanto direta quanto indireta. Contudo, a partir do ACFI com o Chile, houve inclusão de item que esclarece que a cobertura do acordo se limita à expropriação direta. Desse modo, como o acordo sequer menciona expropriação indireta, excluindo-a, tampouco inclui exceções. Houve a inclusão de cláusulas assemelhadas a normas programáticas, reforçando o compromisso com a proteção do meio ambiente e com questões trabalhistas e de saúde. Quanto à sobrevivência temporal, ressalta-se que somente um não apresenta cláusula de espera. O ACFI com a Etiópia, de 2018, inclui uma cláusula dispondo que a cobertura do acordo permanecerá por 5 anos após o término do acordo. Mesmo sendo uma dimensão fraca, esta simboliza o único item distinto do padrão estabelecido nos acordos. No entanto, ressalta-se que os ACFIs mais recentes dispõem que, se as partes não acordarem sobre a denúncia, esta se concretizará somente após um ano. Nesse particular, considera-se que o período de espera de um ano até a desvinculação do acordo é equivalente a uma punição nos mesmos moldes do previsto nos acordos anteriores, que em sua esmagadora maioria

³³ RIPINSKY, Sergey. Russia. In: BROWN, Chester (ed.). *Commentaries on selected model investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 593-621. p. 614.

previam períodos longos de espera até a desvinculação total das proteções do acordo.

Ainda, salienta-se que os ACFIs brasileiros são bastante centralizados, apresentando sistema de monitoramento por meio de órgão centralizado; contudo, o ônus da fiscalização é dividido com as partes, tendo em conta a cláusula de transparência dos acordos, que prescreve o dever da parte de colaborar com a publicação de suas regulações, além da cláusula específica a respeito da troca de informações. Por fim, apesar de seu sistema de solução de controvérsias ser centralizado delegado, não se concentra na arbitragem investidor-Estado, mas sim na arbitragem entre Estados.

Tabela 6: acordos de cooperação e facilitação de investimento do Brasil³⁴

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Brasil-Moçambique	2015	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Angola	2015	2017	-	++	-	+	0
Brasil-México	2015	2018	-	++	-	+	0
Brasil-Malaui	2015	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Colômbia	2015	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Chile	2015	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Peru	2016	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Etiópia	2018	Não está em vigor	-	++	0	+	0
Brasil-Suriname	2018	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Guiana	2018	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Emirados Árabes Unidos	2019	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Marrocos	2019	Não está em vigor	-	++	-	+	0

³⁴ HEES, Felipe; CAVALCANTE, Pedro Mendonça; PARANHOS, Pedro. The Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA) in the context of the discussions on the reform of the ISDS System. *South Centre Investment Policy Brief*, n. 11, p. 2, 2018.

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Brasil-Ecuador	2019	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Índia	2020	Não está em vigor	-	++	-	+	0

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 213.

5 Considerações finais

Realizada a análise, concluiu-se que os acordos analisados se demonstram pouco cooperativos em geral quanto à questão da expropriação indireta, conforme a tese apresentada. Porém, de fato, alguns acordos se mostram mais cooperativos que outros, sendo o mais cooperativo aquele acordo que mais se aproxima do modelo cooperativo propugnado, que é o BIT canadense. Essa conclusão foi possível a partir de um desenho metodológico ideal, contendo as características (variáveis) que tornariam os acordos mais cooperativos e que afastariam problemas que pudessem afetar a cooperação do acordo nesse aspecto. Tal modelo foi criado a partir de variáveis extraídas da Teoria do Continente do Direito Internacional, de Bárbara Koremenos. Essas variáveis foram contextualizadas, especificamente, à expropriação indireta e, nesse contexto, um dos méritos do trabalho foi criar uma escala valorativa para as variáveis presentes no modelo ideal. Isso possibilitou responder, de forma técnica, se os acordos de investimento, em seu atual estado da arte, têm se apresentado de fato como cooperativos quanto à questão da expropriação indireta, como ressaltado anteriormente.

A coerência normativa dos acordos canadenses é a primeira característica cooperativa benéfica do modelo, pois demonstra maior previsibilidade e simetria de informações quando, de antemão, um Estado cogitar negociar com o Canadá. Além disso, de forma mais contextualizada aos problemas de cooperação, o acordo canadense apresenta o grau máximo de precisão ao abordar a definição da expropriação indireta e seus fatores de análise por diferenciá-la de uma regulação não compensável, o que traz mais segurança jurídica às partes. Assim, quanto maior a precisão da redação do acordo, mais protegido estará o Estado contra decisões extensivas temerárias.

O modelo canadense contém exceções quanto ao interesse público, possibilitando uma redução da incerteza, pois esclarecem quais tipos de regulação não são caracterizados como expropriação indireta. Nesse sentido, demandas envolvendo o questionamento relacionadas à proteção ambiental, saúde pública, segurança, dentre outras áreas excetuadas no bojo do acordo serão claramente afastadas; contudo, se o investidor preferir ir adiante com a reclamação mesmo assim, o fará a seu próprio risco. Ademais, além de dirimir a incerteza em relação ao estado do mundo, as exceções não deixam de influenciar também no afastamento da incerteza quanto ao comportamento, pois os Estados terão ciência de que as regulações não enquadradas nas exceções poderão ser limitadas pelo compromisso internacional, podendo moldar suas ações regulatórias com base nessa informação.

A sobrevivência temporal dos acordos canadenses também parece adequada, pois o grau elevado de espera, de mais de 10 anos, serve como uma punição mais alta para o Estado que pretenda cessar a cooperação, o que poderá funcionar como coibição de seu comportamento no que diz respeito ao abandono do cumprimento e do comprometimento com o acordo. Essa dimensão torna-se importante, pois pode se refletir na inibição de futuras violações dos compromissos e diminuir a margem em favor do abandono da cooperação.

Quanto ao monitoramento, o BIT canadense está à frente comparado aos outros acordos analisados, visto que estabelece um sistema que partilha o ônus da fiscalização. Isso não quer dizer que o sistema de monitoramento deixou de ser centralizado, mas é compartilhado entre as próprias partes do acordo e entidades não estatais. Isso reforça a cooperação, além de ampliar a participação dos principais destinatários de certas regulações.

Ademais, quanto ao sistema de solução de controvérsias, o BIT canadense optou pela arbitragem de investimentos, porém, explicitamente excluiu da apreciação dos tribunais de investimento sua regulação interna sobre investimentos. Apesar de isso representar uma redução na centralização, em comparação ao grau máximo avaliado, em que toda e qualquer regulação poderia ser arbitrada, entende-se que não prejudica a efetividade do acordo e o propósito da cooperação, pois continuará havendo órgão adjudicatório e espaço para negociação.

O máximo efeito será o aumento da precisão acerca das regulações que o investidor não poderá arguir.

Além das peculiaridades técnicas relacionadas ao suporte teórico utilizado, o acordo canadense parece adequado por tentar deixar menos desiguais os direitos entre investidores e Estados. Especificamente no que se refere à expropriação indireta, o fato de ser abrangente quanto às exceções e ao interesse público faz com que se reconheça o direito do Estado de regular nessas áreas. Além disso, a abertura de participação à sociedade civil e aos entes não estatais legitima um movimento que tem se multiplicado cada vez mais, que é a participação da sociedade civil. Isso faz com que o acordo suavize um pouco o estereótipo de instrumento inteiramente voltado para a proteção dos investidores, assim como eram os BITs tradicionais dos anos 1990.

Por fim, diante da declaração de que o modelo canadense de BIT é o mais cooperativo entre a amostra analisada, seria interessante que servisse de paradigma à mudança *ex ante* em curso no Direito Internacional dos Investimentos. A mudança dos Estados em direção a um perfil de tratado mais cooperativo faz com que tanto Estados quanto investidores tenham mais estabilidade ao final. Isso poderá implicar menor nível de violação a esses instrumentos em comparação com os atuais.

Tal arcabouço fará com que se contenha a função interpretativa e quase legislativa dos tribunais arbitrais de investimento, pois menos casos serão direcionados a esses órgãos centralizados e, os que o forem, serão mais limitados, sem que haja a necessidade, ao menos no que se refere à expropriação indireta, de interferências significativas ou excessos. Isso gerará mais estabilidade, pois o Estado retoma sua centralidade na condução das diretrizes internacionais sobre investimentos, preserva seu *policy space*, pelo menos de maneira mais clara nas áreas destacadas nos acordos, e os investidores, apesar de abdicarem de sua ampla proteção em parte, terão mais previsibilidade e segurança jurídica na questão da expropriação indireta, considerando haver uma regra mais forte e uma restrição na margem subjetiva de apreciação dos tribunais arbitrais de investimento.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

- BONNITCHA, Jonathan. *Substantive protection under investment treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Expropriação indireta nos acordos de investimento*. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- HEES, Felipe; CAVALCANTE, Pedro Mendonça; PARANHOS, Pedro. The Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA) in the context of the discussions on the reform of the ISDS System. *South Centre Investment Policy Brief*, n. 11, 2018.
- HOFFMANN, Anne K. Indirect expropriation. In: REINISCH, August (org.). *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 151-170.
- KOREMENOS, Barbara. *The continent of international law explaining agreement design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan. The Rational Design of International Institutions. In: KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan (org.). *The rational design of international institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1-39.
- KRIEBAUM, Ursula. Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, n. 5, p. 717-744, 2007.
- MELTZ, Robert; MERRIAM, Dwight H.; FRANK, Richard M. *The takings issue: constitutional limits on land-use control and environmental regulation*. Washington: Island Press, 1999.
- MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 65-77, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/3187/pdf>. Acesso em: 13 set. 2022.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. 12 out. 1967. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law. In: *OECD Working Papers on International Investment 2004/04*, OECD Publishing, 2004. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017.
- ORTINO, Federico. Refining the content and role of investment ‘rules’ and ‘standards’: a new approach to international investment treaty making. *ICSID Review*, v. 28, n. 1, p. 152-168, 2013.
- REISMAN, W. Michael; SLOANE, Robert D. Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation. *Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, p. 115-150, 2004.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e o petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, p. 1-37, 2010.
- RIPINSKY, Sergey. Russia. In: BROWN, Chester (ed.). *Commentaries on selected model investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 593-621.
- SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010.
- STANLEY, Jon A. Keeping big brother out of our backyard: regulatory takings as defined in international law and compared to american fifth amendment jurisprudence. *Emory International Law Review*, v. 15, n. 1, p. 349-389, 2001.
- STERN, Brigitte. In search of the frontiers of indirect expropriation. In: ROVINE, Arthur W. (ed.). *Contemporary issues in international arbitration and mediation*. Leiden: Brill, 2008. p. 29-52. (The Fordham Papers, v. 1).
- SUBEDI, Surya P. *International investment law: reconciling policy and principle*. 3. ed. Oxford: Hart Publishing, 2016.
- TRUITT, J. Frederick. *Expropriation of private foreign investment*. Bloomington: Graduate School of Business Division of Research University of Indiana, 1974.
- UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. *Investment Policy Hub*. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/>. Acesso em: 29 jul. 2022.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*. 438 U.S. 104, 1978.

WAEDELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and ‘regulatory taking’ in international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001.

WORTLEY, B.A. *Expropriation in public international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1959.

XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. *Direito internacional dos investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

YANNACA-SMALL, K. Interpretation of the Umbrella Clause in investment agreements. *OECD Working Papers on International Investment 2006/03*, OECD Publishing, 2006. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Discourse on online transportation regulation under Posner's theory: a comparative analysis in Indonesia and Brazil

Discurso sobre transporte online sob a teoria de Posner: uma análise comparativa na Indonésia e no Brasil

Sapto Hermawan

Febrian Indar Surya Kusuma

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Discourse on online transportation regulation under Posner's theory: a comparative analysis in Indonesia and Brazil*

Discurso sobre transporte online sob a teoria de Posner: uma análise comparativa na Indonésia e no Brasil

Sapto Hermawan**

Febrian Indar Surya Kusuma***

Abstract

The international transportation industry faces rejection and conflict due to legal gaps, mainly in online platform services. This paper examines how legal regulations allow Brazil and Indonesia to accommodate global businesses like Uber and other online transportation platforms. The research uses qualitative methods and comparative and theoretical approaches, gathering legal information through a literature review. Posner's Theory of Economic Analysis of Law suggests that actors have varying strategies to maximize their opportunity costs, leading to different legal protections for international companies like Uber in each country. While previous research highlights the role of international law in supporting corporate legitimacy in the global market, this article proposes a new perspective on the importance of national law in protecting international businesses. This paper demonstrates that Indonesia and Brazil have potential markets for digital transportation, but social friction towards the changing digital landscape must be addressed through robust and adaptive regulation.

Keywords: international business; online transportation; Posner's theory; regulation.

Resumo

A indústria de transporte internacional enfrenta rejeição e conflito devido a lacunas legais, principalmente em serviços de plataformas online. Este trabalho examina como as regulamentações legais permitem que o Brasil e a Indonésia acomodem empresas globais como Uber e outras plataformas de transporte online. A pesquisa usa métodos qualitativos e abordagens comparativas e teóricas, coletando informações legais por meio de revisão bibliográfica. A Teoria da Análise Econômica do Direito de Posner sugere que os atores têm estratégias diferentes para maximizar seus custos de oportunidade, levando a diferentes proteções legais para empresas internacionais como Uber em cada país. Embora pesquisas anteriores destaquem o papel do direito internacional em apoiar a legitimidade corporativa no mercado

* Recebido em 16/11/2022
Aprovado em 23/03/2023

** : Sapto Hermawan is a lecturer at the Faculty of Law, Universitas Sebelas Maret Surakarta. he obtained a bachelor's degree from the faculty of law - Universitas gadjah mada in 2002, continues he passed magister hukum at the faculty of law - Universitas gadjah mada in 2012. Afterward, Sapto Hermawan held Ph. D after defending his dissertation at the faculty of law - at Universitas gadjah mada in 2018. Area of expertise and interest in philosophy of law, jurisprudence, administrative law, environmental law, and natural resources policy. His latest publication can explore at: https://scholar.google.co.id/citations?user=_aYExa4AAAAJ&hl=en
Email: saptohermawan_fh@staff.uns.ac.id

*** Febrian is a Researcher at the Faculty of Law, Universitas Sebelas Maret Surakarta. he obtained a bachelor's degree from the faculty of law - Universitas Sebelas Maret in 2017, continues he passed magister hukum at the faculty of law - Universitas Sebelas Maret in 2021. Nowadays, Febrian is a PhD candidate in the Doctoral Program at the Faculty of Law at Universitas Sebelas Maret. Area of expertise and interest in philosophy of law, jurisprudence, administrative law, and natural resources policy.
email: febriank28@gmail.com

global, este artigo propõe uma nova perspectiva sobre a importância do direito nacional na proteção de empresas internacionais. Este trabalho demonstra que a Indonésia e o Brasil têm mercados potenciais para transporte digital, mas a fricção social em relação à mudança do cenário digital deve ser abordada por meio de regulamentação robusta e adaptativa.

Palavras-chave: negócios internacionais; transporte online; teoria de Posner; regulamentação.

1 Introduction

One of the characteristics of digital civilization is marked by changes in people's lifestyles; one is the ease of doing everything with one hand. One of the conveniences of this application is the use of technology-based transportation. Currently, the development of online transportation services is very varied, one of which is Uber. Uber is a transnational company providing the first online transportation service, reaching 80 countries in 2017.¹ The European Union, through the European Commission, has responded to this phenomenon by issuing supranational regulations on online application platforms. However, the breakdown of these provisions is the authority of each country.² The Italian government chose to submit a draft law to support sharing economy activities. Generally, this national-scale regulation ensures transparency, fair competition, taxation mechanisms, supervision, and consumer protection.

Several cities, such as Hamburg, Berlin, and Madrid, are also experiencing dynamics in welcoming the arrival of Uber.³ These cities have rejected Uber's presence as an application-based transportation service provider. Uber's restrictions in various countries indicate problems such as violations of tax obligations, administrative fulfillment, driver professionalism, and no insurance for consumers. The government enforces these provi-

sions for providers of public transportation services to protect the parties. By defaulting on Uber from meeting these requirements, Uber can reduce the cost of producing services, enabling them to lower fares.⁴ The judge considers that the protection of consumers is an essential requirement. Based on these considerations, restrictions on the Uber application cannot be said to violate the principle of freedom of trade as regulated by supranational trade law in the European Union.

Indonesia⁵ and Brazil⁶ are the top five countries with the largest population and areas in the world that are also influenced by the digital transportation mode trend. The number of internet users in Brazil covered 143.5 million in 2019.⁷ Meanwhile, internet users in Indonesia in the same year reached 196 million people.⁸ This number illustrates the immense market potential for developing internet-based transportation service providers in the two countries. As in other countries, the inclusion of Uber has also generated resistance from conventional taxi drivers.

This research raised legal issues regarding how legal regulations in Brazil and Indonesia can accommodate global businesses such as Uber and other online transportation platforms. Regulations that are not dynamic have created legal issues. Online transportation services are illegal because they refuse to operate like other public transportation services. The perceived horizontal collision contrasts with the support given by consumers to the developments in modern transportation services. To deal with this situation, Indonesia and Brazil have different ways to accommodate the need for legality for online transportation modes. Although both countries

⁴ DE MASI, Francesco. *The Uber case: a ride for the future of the european single market*. 2016. Tesi (Laurea in European Business Law) - Dipartimento di Giurisprudenza, LUISS, Roma, 2017. Available at: https://tesi.luiss.it/21529/1/119073_DE%20MASI_FRANCESCO.pdf. Access in: 2 July 2022. p. 90.

⁵ WORLD BANK. *Indonesia overview*. The World Bank. Available at: <https://www.worldbank.org/en/country/indonesia/overview>. Access in: 3 July 2022.

⁶ UNITED NATIONS. *Brazil: contry profile: national implementation of Agenda 21*. 1997. Available at: <https://www.un.org/esa/earthsummit/brzil-cp.htm>. Access in: 3 July 2022.

⁷ IBGE. Continuous PNAD ICT 2019: Internet reaches 82.7% Brazilian households. *Agência IBGE Notícias*, 2019. Available at: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/en/agencia-press-room/2185-news-agency/releases-en/30533-continuous-pnad-ict-2019-internet-reaches-82-7-brazilian-households>. Access in: 3 July 2022.

⁸ DJUNAEDI, Arif Z. Digitalization impact on growth & human capital: Indonesia broadband plan case study. *Review of Business, Accounting & Finance*, v. 1, n. 3, p. 299-309, June 2021. p. 300.

¹ HYUN, J. Kim; CHAN, S. Suh. Spreading the sharing economy: institutional conditions for the international diffusion of Uber: 2010-2017. *PLOS ONE*, v. 16, n. 3, p. 1-14, 2021. p. 3.

² LA DIEGA, Guido Noto. Uber law and awareness by design: an empirical study on online platforms and dehumanised negotiations. *European Journal of Consumer Law: Revue Européenne de Droit de la Consommation*, n. 2, p. 383-413, 2016. p. 385.

³ DI AMATO, Alessio. Uber and the sharing economy. *The Italian Law Journal*, v. 2, n. 1, p. 177-190, 2016. p. 180.

have legislative bodies with authority to make regulations, neither chose that path as the only way to legalize this application. They use alternative methods considered the most efficient to accommodate the parties' interests.

The normative legal research method using the statute, comparative, and conceptual approaches is a means to see the responsiveness of the two countries in facing the need for regulations in the industrial era 4.0.⁹ This era is interpreted as a time when there was a change in the chain production and communication patterns between humans and machines. The use of information technology and the internet is a crucial element in carrying out daily activities. This phenomenon also led to a changing trend in providing digital transportation services.¹⁰ This effort is carried out as part of the impact of globalization by utilizing gadgets and internet access owned by the majority of the world's population so that they can access transportation services according to personal needs with various additional services that ensure the convenience of every transaction.

Indonesia's¹¹ and Brazil's¹² participation in international institutions such as the IMF, WTO, and GATT has impacted national sovereignty. Governments can no longer hinder the flow of global competition and must comply with international trade cooperation agreements. A Meta-Law is seen as being able to become the basis for corporate operations in the global market.¹³ Consequently, national service and service provider

companies must compete with transnational companies with all the facilities. This condition also occurs in the shift in transportation services from conventional to operating by utilizing information technology bases.

According to Nyhart, economic life views law as a procedural system that provides predictability by codifying goals. Thus, the existence of intervention from international law against a country's sovereignty to restrict foreign companies that want to do business in their jurisdiction certainly has a significant impact on the economic and social life of the people. However, an exciting thing happened to the digital transformation phenomenon in transportation. Foreign and national companies in this field need government authority to issue regulations that protect them.

The government's decision not to prohibit transnational companies such as Uber and Grab from operating seems to have caused turmoil in the community. Consumers' enthusiasm towards modes of transportation that provide cheap, easy, and innovative services appears to be inversely proportional to conventional transportation service entrepreneurs. This condition then became the background for the attitudes of the Brazilian and Indonesian governments to intervene in the economic sector so that this innovation could maximize the potential for the country's economic growth while also increasing the welfare of the people. Incremental policies are needed to anticipate obstacles to the country's economy.

Based on these considerations, it is necessary to study alternative policy options that are best practices from the Brazilian and Indonesian governments in accommodating online transportation. The comparison between Brazil and Indonesia is a form of comparable comparison because the two countries provide concrete examples of government responsiveness. Even though the two countries have chosen different paths in making decisions, both offer innovation so that the regulations required by digital transportation businesses can be side by side with the community's needs and the conventional businesses' demands with deeply rooted roots.

An in-depth analysis will determine how the two countries can produce a practical legal umbrella to protect online transportation. By taking advantage of existing regulation-making procedures in Indonesia and Brazil, the government addressed social and economic conflicts quickly and appropriately. In general, Indo-

⁹ SULEIMAN, Zhanybek *et al.* Industry 4.0: clustering of concepts and characteristics. *Cogent Engineering*, v. 9, n. 1, p. 2034264, 2022. p. 2.

¹⁰ DILDOR, Shadibekova; NARIMONJON, Ismoilov. Development of digital logistics and transport in the process of globalization. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON FUTURE NETWORKS & DISTRIBUTED SYSTEMS, 5., Dec. 2021, Dubai. *Annals [...]*. Dubai: ACM, 13 Apr. 2022. Available at: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3508072.3508207>. Access in: 22 Mar. 2023.

¹¹ DAMURI, Yose Rizal. *An evaluation of the need for selected trade facilitation measures in Indonesia: implications for the WTO negotiations on trade facilitation*. Jakarta: Asia-Pacific Research and Training Network on Trade, Working Paper Series, n. 10, Apr. 2006.

¹² ABREU, Marcelo de Paiva. *Brazil, the GATT, and the WTO: history and prospects*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Economia. Texto para discussão, n. 392, set. 1998. Available at: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/186636/1/td392.pdf>. Access in: 29 Mar. 2023.

¹³ FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 9, n. 1, p. 15-25, jan./jun. 2012. Available at: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/1633>. Access in: 22 Mar. 2023.

nesia offers a national policy alternative by utilizing a judicial review procedure, while Brazil protects digital businesses by utilizing local government authority. The differences in methods and legal force of the types of regulations made by the two countries seem to be still able to produce optimal results. They are worthy of being an example for other countries facing similar problems. With the different approaches the government takes despite facing similar problems, it can emphasize the importance of its sensitivity to social, economic, and political conditions in its territory when it is about to make an effective policy.

An analysis of best practices in alternative forms of regulation can be seen through an analysis of the São Paulo government's courage in resolving disputes between conventional and application-based transportation providers. This regulation has been widely highlighted as a commitment to creating an ideal business competition without leaving the need to accommodate the interests of all parties. Several studies have taken São Paulo policy as the focus of study to look at the security of the service¹⁴, the relationship between the government and the Uber company¹⁵, the development of the actors involved, and the socio-legal aspects.¹⁶ In addition, the impact of Uber's legality policy on reducing accident deaths has also been analyzed.¹⁷

Meanwhile, previous studies about Indonesia only explained a series of regulations that would be legal protection for online transportation and asked the government to fill the legal void by making new regulations.¹⁸ Another study only highlights the lack of legal protection for online taxi drivers and inadequate legal protections protection for consumer protection.¹⁹ However,

unlike this research, the novelty lies in the rationality of the strategy used by the actors to legalize Uber as an international company representing similar companies with enormous and broad economic potential in the future. Exploring this matter can also be considered for other countries facing similar problems.

Strict licensing to provide public transportation services following the laws and regulations has burdened service production costs. That causes the fare of conventional taxis to be higher than online taxis in general. Price competition becomes the initial strategy to attract customers. However, it did not run effectively due to the rejection of the online taxi fleet operations. When observing this issue in both countries, this paper then determines Posner's theory to analyze it. Assuming this theory is based on the reasoning that legal and economic issues should be in a straight line and not on opposite lines. Therefore, Richard Posner's theory, which examines the impact of material contained in regulation (legal realm) to influence ongoing economic activity, is the suitable logic for this phenomenon.²⁰ This theory thinks that the relationship between the law of supply and demand is not the only aspect affecting fluctuations in national economic conditions.

Furthermore, it includes activities that will become external factors, such as policy changes and implementing new sectoral laws and regulations. The rational choices made by online transportation drivers who seek to optimize economic potential through legal channels are also inseparable from the following aspects: (a) the law of demand, (b) opportunity cost, and (c) the free flow of resources contained in Posner's theory. Business actors who drive the national economy directly have a significant role in the community's welfare. It has the right to get government support through effective regulations that have value and use (value, utility, and efficiency).²¹

This study is essential to provide an overview of strategic steps in responding to legal gaps. This con-

¹⁴ BARRETO, Yuri; SILVEIRA NETO, Raul da Mota; CARAZZA, Luis. Uber and traffic safety: evidence from Brazilian cities. *Journal of Urban Economics*, v. 123, p. 103347, 2021.

¹⁵ NAVARRO, Rodrigo. Government relations and Uber in Brazil. *Revista Brasileira de Relações Governamentais*, v. 1, n. 1, p. 28-33, ago. 2016.

¹⁶ ZANATTA, Rafael A. F.; KIRA, Beatriz. Regulation of Uber in São Paulo: from conflict to regulatory experimentation. *International Journal of Private Law*, v. 9, n. 1/2, p. 83-94, 2018.

¹⁷ BARRETO, Yuri; SILVEIRA NETO, Raul da Mota; CARAZZA, Luis. Uber and traffic safety: evidence from Brazilian cities. *Journal of Urban Economics*, v. 123, p. 103347, 2021.

¹⁸ HANDAYATI, Nur; TASLIM, Galuh Lintang; SURYAAGUST, Satyagraha. Pengangkutan online ditinjau dari undang-undang nomor 22 tahun 2009. *Lex Journal: Kajian Hukum & Keadilan*, v. 3, n. 2, Apr. 2020.

¹⁹ NASUTION, Dian Mandayani Ananda. Tinjauan hukum terhadap layanan transaksi dan transportasi berbasis aplikasi online. *RE-*

SAM Jurnal Hukum, v. 4, n. 1, p. 17-30, Apr. 2018.

²⁰ HARNAY, Sophie; MARCIANO, Alain. Posner, economics and the law: from "law and economics" to an economic analysis of law. *Journal of the History of Economic Thought*, v. 31, n. 2, p. 215-232, 2009. p. 220.

²¹ FAUZI, Mohammad Yasir; PURNAMAWATI, Vivi. Pendekatan analisis economic of law Posner terhadap konsep wasiat wajibah dalam penyelesaian sengketa waris beda agama. *ASAS: Jurnal Hukum Ekonomi Syariah*, v. 12, n. 2, p. 1-16, Dec. 2020.

dition may occur in other essential sectors due to the development of industry 4.0 in Indonesia, Brazil, and even other countries. Furthermore, this paper analyzes qualitative research methods with a statutory legal approach. The analysis results combine Posner's theory and related normativity in both countries and are divided into four sub-chapter. The first part explains the background of the issue. Then the second part explains Posner's theory. The following sub-chapter describes the legal avenue for legal disparities in digital transportation services. This study continues with the same problem in Brazil, mainly the government's strategy in dealing with the issue of online transportation services. The last part contains conclusions.

2 Literature review: Posner's economic analysis of law

Internal and external aspects influence the dynamics of economic conditions in a country. In simple terms, fluctuations in the analysis of macroeconomic conditions appeared because of the demand and supply of goods or services in the market. However, this condition cannot be said to be the only determining factor for the economic theory proposed by Posner. Once again, to consider the potential and risks of an important sector that can affect economic conditions, external factors indirectly have a decisive role in the sustainability of ongoing business activities.²² In this context, future research of the business sector is determined and influenced by the contribution of policies taken by the government and is also closely related to society's social conditions.

The government may not fully supervise what happens in the economic chain. However, the government has a hand in determining the boundaries for the operation of an economic system, as stated in a regulation that regulates economic activity.²³ Hence, it is appropriate that the strategic steps taken by entrepreneurs are not only guided by economic factors that may affect their business journey. However, furthermore, the business strengthening strategy must be able to

touch on external factors that have a significant impact. In Posner's theoretical framework, it seems that the role of the government in determining the course of an economic condition is contained in the rule of law. It is a reference point for entrepreneurs to maximize the profits they earn.

The government has used the law as a mechanism to exercise control over the market. Efforts made by people to maximize the profits they get as a concrete form of the rational choice chosen to deal with conditions in society are the fundamental essence of the discussion about the economic sector. The discussion on the economic sector and its impact on society are not limited to the high annual inflation rate, the large number of unemployed, the lack of absorption of the labor force, and distribution problems in the economic chain. More than that, in this context, it is then seen that the economic sector analysis shows the influence of human desires, which causes resource limitations. This action makes humans think logically to achieve maximum results, personal satisfaction, or 'self-interest'.²⁴

Satisfaction or self-interest is not only in the form of money. The discussion related to the economic scope of Posner's theory does provide a more comprehensive limitation related to these economic factors. There is also a broader understanding when discussing an appreciation for a commodity, good, or service. Although money is one of the main things in economic calculations, in this case, satisfaction and self-interest come from emphasizing the value of a commodity rather than the price. This view becomes one of the points in determining the steps to developing its economic potential. Long-term satisfaction and benefits have provided dynamic boundaries according to the needs and developments of the times.

To fulfill this self-interest, the actions taken to result from thoughts that are not only spontaneous. Furthermore, the action was motivated by the results of the rational choice of conditions that could directly or in-

²² HARNAY, Sophie; MARCIANO, Alain. Posner, economics and the law: from "law and economics" to an economic analysis of law. *Journal of the History of Economic Thought*, v. 31, n. 2, p. 215-232, 2009.

²³ MINDA, Gary. The lawyer - economist at Chicago: Richard A. Posner and the economic analysis of law. *Ohio State Law Journal*, v. 39, n. 1, p. 439-475, 1978.

²⁴ RIYANTO, Agus. Economic analysis of law terhadap kejahatan korporasi. *Binus University: Business Law*, Dec. 2018. Available at: <https://business-law.binus.ac.id/2018/12/12/economic-analysis-of-law-terhadap-kejahatan-korporasi/>. Access in: 29 Mar. 2023. MAHARANI, Amelia Fitri Bella. Produk cacat tersembunyi dalam perspektif hukum perlindungan konsumen di Indonesia: analisis product liability. *Lex Prudentum: Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 53-61, May 2022.

directly affect their business.²⁵ In this case, Posner also emphasizes that this rational action is a logical response to the satisfaction of fulfilling self-interest. The strategy of these business actors depends on three basic principles that are influenced by: (a) the law of demand, (b) opportunity costs, and (c) the free flow of resources.²⁶

Relating to supply and demand's principle, in this context, the considerations one chooses will also be influenced by the law of demand. Consumers' presence or absence of demand strongly influences the running of an economic cycle.²⁷ This concept emphasizes the importance of certainty for consumers. It is essential to make customers believe that whatever the company offers is the best choice. Moreover, what they pay is proportional to the benefits they get. With the guarantee of security for the rational choice of consumers, the demand will increase according to the supply and demand curves. Moreover, what they pay is proportional to the benefits they get. With the guarantee of security for the rational choice of consumers, the demand will increase according to the supply and demand curves.

The second principle that will affect the rational choice of an entrepreneur is the utilization of the opportunity cost. In this case, essential production factors must be present but do not require additional costs that will affect the final result of calculating the profit and loss of the commodity offered. Maximizing the utilization of opportunity costs can be an excellent potential for long-term business development adapted to the needs of the times. Like other production factors, opportunity costs also play an essential role in providing an overview of trade competition strategies. That factor must be utilized by parties who want excellent service and superior products.

The last factor must consider the actions it can use to maintain free-flow market conditions. A potential resource can only be used to fulfill self-interest when the exchange for access to its use can be legally guaranteed. Permits issued by the government will be the basis for someone to take advantage of these commodities so

that the hidden potential can be explored and become an opportunity for an economical chain that occurs voluntarily. Thus, the demand and supply curves will be formed as they should. The curve can be an indicator that shows whether or not there are obstacles to implementing this aspect.

The existence of the development of a resource into a particular activity is enough to show the benefits obtained. However, if the expected profit does not materialize, it can be said that there has been an obstacle in the economic cycle. Things that can trigger these inhibiting factors can be seen in conditions influenced by external factors, a relatively low standard of living, difficulties in accessing the availability of information, and the scarcity of something that has been going on for a long time.

These considerations are the basis for economic actors to seek protection against the applicable law. Posner believes that the norms contained in the law can be a person's behavior when carrying out economic activities. The primary purpose of this logical consideration is to obtain a practical, valuable, and utility legal norm. The main goal of the cross-sectoral analysis proposed by Posner is to obtain a norm that can support economic activity appropriately.

3 Judicial review as a legal avenue for resolving issues on Indonesian digital transportation

The benefit of the sharing economy model adopted by online transportation service providers in Indonesia, such as Uber, Grab, and Go-Jek, is a unique new item. Personal assets can now become a facility that can be used by the public, but also because the e-hailing system that is a feature of this application has marked the entry of a collaboration model for gig workers.²⁸ The many modern economic concepts in the digital era developed in this work model have significantly impacted providing excellent service with cost and time efficiency that conventional transportation network models can-

²⁵ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. Netherlands: Wolters Kluwer Law and Business, 1986. p. 3.

²⁶ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. Netherlands: Wolters Kluwer Law and Business, 1986. p. 4.

²⁷ PRASETYO, Rohmat Adi; RISMAYANI, Riris. Studi karakteristik dan faktor-faktor downstream user transportasi online (ride sharing) di kota Bandung. *Jurnal Wacana Ekonomi*, v. 18, n. 1, p. 33-44, 2018.

²⁸ TAPSCOTT, Don; AGNEW, David. Governance in the digital economy. *Finance & Development*, p. 34-37, Dec. 1999. Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1999/12/pdf/tapscott.pdf>. Access in: 29 Mar. 2023.

not provide.²⁹ As a result, these legal voids then impact resistance driven by workers in the conventional transportation sector who feel disadvantaged by the presence of new competitors in their business. Although the government continues to encourage the progress of various sectors to take advantage of information and communication technology to provide progress to the country's economy,³⁰ legal protection is not an adaptive market competition minimal. The refusal that started in 2017 in several areas was then carried out by conventional transportation driver's strikes and sweeping against online taxi drivers.

Legal action proposes to overcome the rejection through a judicial review procedure. Through a judicial review request submitted to the Constitutional Court of The Republic of Indonesia (after this referred to as the MK) in 2016, the national online driver legal advocacy team or TIMAH PANAS requested that the Constitutional Court be able to decide on the unconstitutionality of Law Number 22/2009 concerning Traffic and Road Transportation (LLAJ Law). In case number 78/PUU-XIV/2016, the online application transportation drivers who act as individuals stated that the LLAJ Law had violated their constitutional right to get a job and a decent living. As stated in Article 27 paragraph (1) of the Constitution and Article 28 paragraph (1), every citizen has the right to the opportunity for protection through legal certainty and access to a job that they use to fulfill their daily needs. However, this provision is hindered by the existence of Article 139, paragraph (4) of the LLAJ Law. The article explains explicitly that state-owned enterprises, regional-owned enterprises, or legal entities can only provide public transportation under the legislation's provisions. Article 139 paragraph (4) of the LLAJ Law is seen as only protecting the interests of corporations and cannot reflect the application of the principle of equality before the law. The article can be interpreted that online transportation drivers who use the economy-sharing system to provide road transportation fleets, not on this route can still not be accommodated. The verse has values contradictory to the interests of developing innovations in the transportation sector that rely on online application networks.

²⁹ GÖRÖG, Georgina. The definitions of sharing economy: a systematic literature review. *Management*, v. 13, n. 2, p. 175-189, 2018.

³⁰ INDONESIA. Ministry of Communications and Informatics of the Republic of Indonesia. *Connected Indonesia: more digital, more advanced*. Jakarta: Ministry of Communications and Informatics of the Republic of Indonesia, 2020.

Nevertheless, through Decision Number 78/PUU-XIV/2016, the Constitutional Court has started rejecting the application.

As an effort to obtain protection through judicial review procedures, online transportation drivers then appoint legal representatives to submit a judicial review application to the Minister of Transportation Regulation (*Permenhub*) Number 26 of 2017 concerning the Implementation of Transportation of People with Public Motorized Vehicles Not on Route to the Supreme Court (MA). The applicants questioned the legal status of the Minister of Transportation Regulation number 35/2003, which should have been revoked by the Minister of Transportation 32/2016. *Permenhub* 32/2016 has not yet been implemented effectively; the regulation has been revoked with the issuance of Minister of Transportation Regulation 26/2017. In addition, the material content contained in *Permenhub* 26/2017 is not much different from what has been stated in *Permenhub* 32/2016.

In this case, the applicants act as individuals running micro, small, and medium enterprises (MSMEs). This position is based on the understanding of article 3, article 4, and article 5, letter c of Law number 20/2008 on MSMEs, according to articles 28A, 28 C paragraph (1), 28 D paragraph (1), and paragraph (2) and 28 H paragraph (2) of the 1945 Constitution, applicants as MSME actors have the opportunity to gain access to decent work to improve their standard of living. Based on the principle of equality before the law, their fundamental rights are also protected in Law Number 39/1999, which explains Human Rights, particularly Article 9 paragraph (1), article 12, and article 13. With the enactment of Minister of Transportation Regulation 26/2017, the rights owned by the applicants have been harmed. These provisions have violated the nature of the MSME Law, in particular Article 7 paragraph (1) letters b, d, r, and f, Article 9 letters a and b, Article 11, Article 12, and Article 25, which prioritizes the simplicity of the licensing procedure so that can create a conducive business climate. Based on these various considerations, the Supreme Court then decided to accept the entirety of the submitted application and stated that the articles being tested no longer had binding legal force following the ruling contained in decision Number 37P/HUM/2017.

In Posner's theory, legal norms can bind and coerce factors that affect economic sectors. Furthermore, the analysis conducted on the influence of a legal norm in economic activities is a way to see how the law can influence the actions of business people who are conventional taxi drivers. As evidence, it can then be seen that there is a change in the behaviour of conventional transportation drivers compared to before and after the legal protection for the provision of application-based transportation services. Currently, the application service has embraced both types of transportation service providers, those who have just joined as partners in providing online transportation fleets as MSME business actors and those previously drivers of conventional taxis and basic motorcycle taxis.

The strategy used by online taxi drivers to take legal action as a rational action and a form of long-term conflict resolution has paid off. It can solve problems that arise as a form of rejection of the presence of a revolution in the field of transportation, but the applications used to provide transportation services are also proliferating. Following the economic theory put forward by Posner, in choosing the actions they will take, business people in the modern transportation sector have made logical choices that can optimize their profits by managing their resources. In considering this logical choice, business actors must be able to determine actions that can positively impact the long term.³¹ The selection of the method for proposing a Judicial Review application to the Constitutional Court and the Supreme Court has proven to be the right step to support every step of business development in this digital era. This paper assumes that it is necessary to understand and analyze the factors behind a rational choice by considering the basic principles proposed by Posner in the theory of economic analysis of law.

In this context, online transportation drivers are primarily interested in obtaining legal protection when carrying out their profession to meet the needs of a decent standard of living. Furthermore, according to Posner, a law that can be used as a strong foundation must contain material content that is useful, effective, and has clear values and goals.³² The legal voids that

make the application-based transportation driver profession illegal are challenging to resolve. Getting legal protection that suits this urgent interest becomes a logical choice when they submit a material review of the existing legal rules. This thought is certainly not without economic considerations. For business people, there is often a saying that time is money. In this case, the sooner the rules guarantee their legitimacy in their work, the sooner they will guarantee the benefits they will get. The procedure for submitting a judicial review of statutory regulations, whether carried out through the Constitutional Court or the Supreme Court, will certainly be faster when compared to the procedures required to make regulations through a legislative body. Legislative institutions or the government will not consider the advantages and disadvantages arising due to the duration of policymaking. Therefore, the choice is entirely for entrepreneurs who need legal guarantees to fulfill their self-interests.³³

The struggle to obtain legal protection for the transformation and innovation of business operations in the transportation sector in this digital era is a form of utilization of the opportunity cost aspect described by Posner. The ease of access to information provided by the internet and smartphones is a potential resource that can not be ignored. One example is an online transportation application service that can open its business network to reach other sectors, such as food purchases and electronic-based financing. This rapid development occurred after the main facilities offered had received legal protection and no longer caused horizontal conflicts in the community. Economic resources protected by law are then turned into an economic activity that generates profits for business actors.³⁴

Following the economic analysis of the legal field, the judicial review efforts carried out by online transportation drivers are a form of manifestation of efforts to ensure the free flow of resources. As previously explained, the development of economic sharing that minimizes the production costs of online transportation services has led to resistance from conventional transportation drivers. Ease of access, low cost, wide

³¹ HARIYANA, Trinas Dewi. Pengaturan ritel di Indonesia ditinjau dari perspektif economic analysis of law. *Uniska Law Review*, v. 1, n. 2, p. 1-17, Dec. 2020.

³² MURNI. Analisis ekonomi terhadap pasal-pasal hukum persaingan usaha dalam undang-undang nomor 5 tahun 1999. *Arena Hukum*,

v. 6, n. 1, p. 21-30, Apr. 2012.

³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 6. ed. Boston: Pearson Education, 2011.

³⁴ KORNHAUSER, Lewis. The economical analysis of law. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2022. Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>. Access in: 29 Mar. 2023.

coverage, and better performance are the advantages of innovative products in this 4.0 industrial era. The legal gaps in the LLAJ Law and Permenhub 26/2017 have hampered the development of the digital economy potential, which should receive support from the government under the provisions of the MSME Law.³⁵

The legal gaps that gave rise to these refusal actions have also become a barrier to the increasing number of online transportation application users, even though providers have provided various additional incentives and the superiority of the services offered. This condition is enough to indicate a need for conflict resolution efforts that involve elements of conventional transportation drivers to hinder the free flow of resources. In addition, the economic incentives that application service providers have provided cannot provide a sense of security for consumers to use their services. The absence of regulations from the government that can explicitly accommodate the needs of this new type of business model has made transactions in the market unable to run correctly.

Based on the law of demand, to make the market balance condition appropriately run, it is necessary to take legal action so that the regulations that are the basis for the legitimacy of their profession can fully guarantee consumer safety. This guarantee is needed to increase their willingness to choose modern transportation services as the best rational choice in the long term and firmly rooted in the community.

To fulfill the self-interest of applicants, they want to get a legal umbrella for their profession. In line with the basic concept of legal considerations from an economic point of view, the application for judicial review to the Constitutional Court and Supreme Court is a strategic step to carry out long-term conflict resolution. To obtain a sufficient legal basis, have value and use the following economic principles. This effort finally provided a basis for protection for online transportation drivers after the Supreme Court issued decision Number 37P/HUM/2017, which granted their request. This decision has protected MSME actors with the potential for long-term economic development and provided guarantees for applying the principle of equality before the law to welcome the industrial era 4.0 in Indonesia.

³⁵ KUSUMADARA, Afifah. Kedudukan hukum sebagai alat pembangunan ekonomi di era reformasi. *Jurnal Hukum & Pembangunan*, v. 40, n. 3, p. 364-389, July/Sep. 2010.

4 Digital transportation: experience in São Paulo, Brazil

The internet data network penetrated 92.6% of households in Brazil in 2018 with all the conveniences it offers.³⁶ From the number of internet users, cell phones are the primary tool used to enjoy information technology facilities.³⁷ This number is a potential market consideration for international online transportation platform providers like Uber. São Paulo, Brazil's most significant metropolitan city, is the world's second most significant Uber user. In 2018, at least 600,000 people worked as Uber drivers, with the number of Uber users reaching 22 million.³⁸ This significant achievement figure results from stakeholders' struggle to accommodate Uber as a legal and beneficial form of business for the community.

The negative impact of the increase in the number of private vehicles operating in the City of São Paulo since 2012, such as the lack of parking space and the high risk of death due to road accidents, and the number of drivers who are affected by alcohol can at least be reduced by making Uber services available to the public. In addition, from several projected scenarios of e-hailing development, this application can reduce travel time for people who will travel and affect overall economic effectiveness.³⁹

As stated by Posner, a market potential that will affect the law of demand is an essential factor in determining strategies for potential businesses. The momentum of Uber's entry into the transportation service provider market in Brazil, coinciding with the 2014 FIFA

³⁶ HADDAD, Eduardo Amaral *et al.* A socioeconomic analysis of ride-hailing emergence and expansion in São Paulo, Brazil. *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives*, v. 1, p. 100016, June 2019. Available at: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S2590198219300168>. Access in: 5 July 2022. p. 1.

³⁷ IBGE. Continuous PNAD ICT 2019: Internet reaches 82.7% Brazilian households. *Agência IBGE Notícias*, 2019. Available at: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/en/agencia-press-room/2185-news-agency/releases-en/30533-continuous-pnad-ict-2019-internet-reaches-82-7-brazilian-households>. Access in: 3 July 2022.

³⁸ BARRETO, Yuri; SILVEIRA NETO, Raul da Mota; CARAZZA, Luis. Uber and traffic safety: evidence from Brazilian cities. *Journal of Urban Economics*, v. 123, p. 103347, 2021. p. 1.

³⁹ HADDAD, Eduardo Amaral *et al.* A socioeconomic analysis of ride-hailing emergence and expansion in São Paulo, Brazil. *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives*, v. 1, p. 100016, June 2019. Available at: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S2590198219300168>. Access in: 5 July 2022. p. 6.

World Cup, marked the emergence of internet-based innovations quickly accepted by the wider community. Although Uber offers easy access to services, safe driving, and financial benefits, these advantages have been hampered by protests and resistance from conventional taxi drivers. The obstacles that arise from conventional taxi drivers have hindered Uber's steps from expanding its business wings at the beginning of its emergence.

Conventional taxi drivers consider that Uber provides illegal public transportation services because it does not meet general administrative requirements for taxi providers.⁴⁰ Taxi drivers and taxi associations have even filed a lawsuit to close the Uber app a year later. As a result, judge Luiz Roberto Corcioli Filho briefly ordered the removal of the Uber app and imposed a \$100,000 fine for non-compliance. However, the decision was later annulled because a similar lawsuit had been previously decided because the prosecutor was entitled to file the lawsuit, not the association.

Debate continues to occur between uber supporters and conventional taxis. The courts in Brazil are not only guided by normative law but also give a large portion of the consideration of legal doctrines presented by experts to produce legal products.⁴¹ Based on these principles, it is unsurprising that the conflict brought to court has developed.⁴² The legal argument initially aimed to determine whether Uber is an illegal activity. However, it later developed to determine the boundaries between individual transport being a public service, the types of regulations that must be formed, and how to accommodate the interests of new players in the transportation world without compromising conventional service providers.

The legal process and refusal by taxi drivers have hampered the principle of free resource flow from the Uber business. The lengthy court process with ongoing debates certainly significantly impacts economic activity. According to the logic of economic analysis of law, Uber and various transportation application platforms

need a legal umbrella to explore the potential of the City of São Paulo. Intervention from the government is a way to bridge the interests of the parties so that economic growth is not hampered.

In order to maximize the opportunity cost of these economic activities, alternative ways for the legality of Uber services must still be fulfilled. Representatives of the students then sought the support of the Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brazil's business competition authority) to argue that the lawsuit filed by the taxi drivers was unfounded and market-oriented. After approving this argument with bill numbers 349/2014 and 16279/2015, the City of São Paulo took steps to make The Decreto Municipal Number 56981/2016.⁴³ Through this legal remedy, the municipal government of São Paulo uses the powers granted by Article 18 (1) of the Política Nacional de Mobilidade Urbana to regulate transportation services.⁴⁴ This regulation is the legal basis for Uber and several other types of sharing economy models.

The government has designed a mechanism for registering a digital transportation provider platform through the Operadora de Transporte Credenciada (OTC). This mechanism is the most flexible alternative policy option while implementing a limited intervention to ensure the market mechanism can run optimally. This provision also allows the government to maximize opportunity costs by sharing user and driver data centered on Laboratory for urban Mobility (the-Mobilab) technology and protocols. With this mechanism, the government can monitor trip map updates, user service evaluations, and driver identity and fare details.

Based on this analysis, it can be seen that the So Paulo City government has taken strategic steps to ensure the effectiveness of the law of demand from Uber users and the sharing economy model in the future through The Decreto Municipal Number 56981/2016. This legal umbrella provides legal guarantees that ensure a free flow of resources from the digital world and São Paulo's social potential. In addition, the government also maxi-

⁴⁰ ZANATTA, Rafael A. F.; KIRA, Beatriz. Regulation of Uber in São Paulo: from conflict to regulatory experimentation. *International Journal of Private Law*, v. 9, n. 1/2, p. 83-94, 2018. p. 86.

⁴¹ PASSOS, Edilenice. Doing legal research in Brazil. *Hauser Global Law School Program*, Feb. 2005. Available at: <https://www.nyulaw-global.org/globalex/Brazil.html>. Access in: 7 July 2022.

⁴² ZANATTA, Rafael A. F.; KIRA, Beatriz. Regulation of Uber in São Paulo: from conflict to regulatory experimentation. *International Journal of Private Law*, v. 9, n. 1/2, p. 83-94, 2018. p. 86-92.

⁴³ ZANATTA, Rafael A. F.; KIRA, Beatriz. Regulation of Uber in São Paulo: from conflict to regulatory experimentation. *International Journal of Private Law*, v. 9, n. 1/2, p. 83-94, 2018. p. 90.

⁴⁴ DEFOSSEZ, Delphine Aurélie Laurence. The regulation of a project of the deregulation: Uber in Brazil and the European Union. *Journal of Law and Regulation*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-28, May 2017. p. 18.

mizes the opportunity cost through data sharing in Laboratory for urban Mobility (the-Mobilab).

5 Conclusion

This paper highlights the importance of legal regulations in accommodating global businesses like Uber and other online transportation platforms in Brazil and Indonesia. The economic analysis of law theory suggests that actors have varying strategies to maximize their opportunity costs, leading to different legal protections for international companies in each country. To ensure the legality of these economic activities and guarantee security for all parties involved, regulations that legalize the implementation of online transportation modes are proposed. In Indonesia, online transportation drivers who use the judicial review method as a business strategy demonstrate the need for temporary legal protection to reduce losses due to horizontal conflicts. In Brazil, the municipal government's limited intervention has played a vital role in initiating the birth of a legal umbrella for a business activity model in the form of a sharing economy, maximizing the opportunity cost by presenting OTC and Mobilab. The economic analysis of law theory provides a framework for solving economic sector problems through the law's visions, emphasizing the importance of robust and adaptive legal regulations to address social friction towards the changing digital landscape.

References

ABREU, Marcelo de Paiva. *Brazil, the GATT, and the WTO: history and prospects*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Economia. Texto para discussão, n. 392, set. 1998. Available at: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/186636/1/td392.pdf>. Access in: 29 Mar. 2023.

BARRETO, Yuri; SILVEIRA NETO, Raul da Mota; CARAZZA, Luis. Uber and traffic safety: evidence from Brazilian cities. *Journal of Urban Economics*, v. 123, p. 103347, 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 6. ed. Boston: Pearson Education, 2011.

DAMURI, Yose Rizal. *An evaluation of the need for selected trade facilitation measures in Indonesia: implications for the WTO negotiations on trade facilitation*. Jakarta: Asia-Pacific Research and Training Network on Trade, Working Paper Series, n. 10, Apr. 2006.

DE MASI, Francesco. *The Uber case: a ride for the future of the European single market*. 2016. Tesi (Laurea in European Business Law) - Dipartimento di Giurisprudenza, LUISS, Roma, 2017. Available at: https://tesi.luiss.it/21529/1/119073_DE%20MASI_FRANCESCO.pdf. Access in: 2 July 2022.

DEFOSSEZ, Delphine Aurélie Laurence. The regulation of a project of the deregulation: Uber in Brazil and the European Union. *Journal of Law and Regulation*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-28, May 2017.

DI AMATO, Alessio. Uber and the sharing economy. *The Italian Law Journal*, v. 2, n. 1, p. 177-190, 2016.

DILDOR, Shadibekova; NARIMONJON, Ismoilov. Development of digital logistics and transport in the process of globalization. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON FUTURE NETWORKS & DISTRIBUTED SYSTEMS, 5. Dec. 2021, Dubai. *Annals* [...]. Dubai: ACM, 13 Apr. 2022. Available at: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3508072.3508207>. Access in: 22 Mar. 2023.

DJUNAEDI, Arif Z. Digitalization impact on growth & human capital: Indonesia broadband plan case study. *Review of Business, Accounting & Finance*, v. 1, n. 3, p. 299-309, June 2021.

FAUZI, Mohammad Yasir; PURNAMAWATI, Vivi. Pendekatan analisis economic of law Posner terhadap konsep wasiat wajibah dalam penyelesaian sengketa waris beda agama. *ASAS: Jurnal Hukum Ekonomi Syariah*, v. 12, n. 2, p. 1-16, Dec. 2020.

FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 15-25, jan./jun. 2012. Available at: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/1633>. Access in: 22 Mar. 2023.

GÖRÖG, Georgina. The definitions of sharing economy: a systematic literature review. *Management*, v. 13, n. 2, p. 175-189, 2018.

- HADDAD, Eduardo Amaral *et al.* A socioeconomic analysis of ride-hailing emergence and expansion in São Paulo, Brazil. *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives*, v. 1, p. 100016, June 2019. Available at: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S2590198219300168>. Access in: 5 July 2022.
- HANDAYATI, Nur; TASLIM, Galuh Lintang; SURYA-AGUST, Satyagraha. Pengangkutan online ditinjau dari undang-undang nomor 22 tahun 2009. *Lex Journal: Kajian Hukum & Keadilan*, v. 3, n. 2, Apr. 2020.
- HARIYANA, Trinas Dewi. Pengaturan ritel di Indonesia ditinjau dari perspektif economic analysis of law. *Uniska Law Review*, v. 1, n. 2, p. 1-17, Dec. 2020.
- HARNAY, Sophie; MARCIANO, Alain. Posner, economics and the law: from “law and economics” to an economic analysis of law. *Journal of the History of Economic Thought*, v. 31, n. 2, p. 215-232, 2009.
- HYUN, J. Kim; CHAN, S. Suh. Spreading the sharing economy: institutional conditions for the international diffusion of Uber: 2010-2017. *PLOS ONE*, v. 16, n. 3, p. 1-14, 2021.
- IBGE. Continuous PNAD ICT 2019: Internet reaches 82.7% Brazilian households. *Agência IBGE Notícias*, 2019. Available at: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/en/agencia-press-room/2185-news-agency/releases-en/30533-continuous-pnad-ict-2019-internet-reaches-82-7-brazilian-households>. Access in: 3 July 2022.
- INDONESIA. Ministry of Communications and Informatics of the Republic of Indonesia. *Connected Indonesia: more digital, more advanced*. Jakarta: Ministry of Communications and Informatics of the Republic of Indonesia, 2020.
- KORNHAUSER, Lewis. The economical analysis of law. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2022. Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>. Access in: 29 Mar. 2023.
- KUSUMADARA, Afifah. Kedudukan hukum sebagai alat pembangunan ekonomi di era reformasi. *Jurnal Hukum & Pembangunan*, v. 40, n. 3, p. 364-389, July/Sep. 2010.
- LA DIEGA, Guido Noto. Uber law and awareness by design: an empirical study on online platforms and dehumanised negotiations. *European Journal of Consumer Law: Revue Européenne de Droit de la Consommation*, n. 2, p. 383-413, 2016.
- MAHARANI, Amelia Fitri Bella. Produk cacat tersembunyi dalam perspektif hukum perlindungan konsumen di Indonesia: analisis product liability. *Lex Prudentium: Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 53-61, May 2022.
- MINDA, Gary. The lawyer - economist at Chicago: Richard A. Posner and the economic analysis of law. *Ohio State Law Journal*, v. 39, n. 1, p. 439-475, 1978.
- MURNI. Analisis ekonomi terhadap pasal-pasal hukum persaingan: an usaha dalam undang-undang nomor 5 tahun 1999. *Arena Hukum*, v. 6, n. 1, p. 21-30, Apr. 2012.
- NASUTION, Dian Mandayani Ananda. Tinjauan hukum terhadap layanan transaksi dan transportasi berbasis aplikasi online. *RESAM Jurnal Hukum*, v. 4, n. 1, p. 17-30, Apr. 2018.
- NAVARRO, Rodrigo. Government relations and Uber in Brazil. *Revista Brasileira de Relações Governamentais*, v. 1, n. 1, p. 28-33, ago. 2016.
- PASSOS, Edilenice. Doing legal research in Brazil. *Hausser Global Law School Program*, Feb. 2005. Available at: <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Brazil.html>. Access in: 7 July 2022.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. Netherlands: Wolters Kluwer Law and Business, 1986.
- PRASETYO, Rohmat Adi; RISMAYANI, Riris. Studi karakteristik dan faktor-faktor downstream user transportasi online (ride sharing) di kota bandung. *Jurnal Wacana Ekonomi*, v. 18, n. 1, p. 33-44, 2018.
- RIYANTO, Agus. Economic analysis of law terhadap kejahatan korporasi. *Binus University: Business Law*, Dec. 2018. Available at: <https://business-law.binus.ac.id/2018/12/12/economic-analysis-of-law-terhadap-kejahatan-korporasi/>. Access in: 29 Mar. 2023.
- SULEIMAN, Zhanybek *et al.* Industry 4.0: clustering of concepts and characteristics. *Cogent Engineering*, v. 9, n. 1, p. 2034264, 2022.
- TAPSCOTT, Don; AGNEW, David. Governance in the digital economy. *Finance & Development*, p. 34-37, Dec. 1999. Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1999/12/pdf/tapscott.pdf>. Access in: 29 Mar. 2023.
- UNITED NATIONS. *Brazil*: contry profile: national implementation of Agenda 21. 1997. Available at: <https://www.un.org/esa/earthsummit/brzil-cp.htm>. Access in: 3 July 2022.

WORLD BANK. *Indonesia overview*. The World Bank. Available at: <https://www.worldbank.org/en/country/indonesia/overview>. Access in: 3 July 2022.

ZANATTA, Rafael A. F.; KIRA, Beatriz. Regulation of Uber in São Paulo: from conflict to regulatory experimentation. *International Journal of Private Law*, v. 9, n. 1/2, p. 83-94, 2018.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

“Meu mundo, minhas regras”: direito internacional, branquitude e o genocídio do povo negro brasileiro

Karine de Souza Silva

“Meu mundo, minhas regras”: direito internacional, branquitude e o genocídio do povo negro brasileiro

Fabia Fernandes Carvalho e Lucas Chaves de Freitas

Independência em três movimentos: antitráfico e o Brasil escravista no direito internacional

Adriane Sanctis de Brito

O papel das opiniões dissidentes de Antônio Augusto Cançado Trindade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Matheus Macedo Lima Porto e Flávia de Ávila

International law’s premature farewell to the concept of war

Sven Peterke e Johannes van Aggelen

O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero como resposta institucional à pretensão universalização do feminino, amparada nos esforços internacionais de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres

Deise Brião Ferraz e Marli Marlene Moraes da Costa

Legality and legitimacy of domestic court decision as a source of international law-making

Eka An Aqimuddin e Atip Latipulhayat

Duas ideias irreconciliáveis? Regionalismo e *Jus Cogens* no Direito Internacional

Lucas Carlos Lima e Loris Marotti

Impacto e importância, para o Brasil, de oito relatórios temáticos da Relatoria Especial das Nações Unidas sobre tortura

Henrique Napoleão Alves

Interconstitucionalidade entre Portugal e a União Europeia no acesso ao sistema judiciário: compreensão da linguagem e competências infocomunicacionais

Ana Melro

Taking biological samples from a person for examination in criminal proceedings: correlation between obtaining evidence and observing human rights

Serhii Ablamskyi, Oleksandr Muzychuk, Eugenio D’Orío e Vitalii Romaniuk

Análise empírica das cláusulas de expropriação indireta nos acordos de investimentos a partir da Teoria do Continente do Direito Internacional

Vivian Daniele Rocha Gabriel

Discourse on online transportation regulation under Posner’s theory: a comparative analysis in Indonesia and Brazil

Sapto Hermawan e Febrian Indar Surya Kusuma
